

Université Paris-Panthéon-Assas
école doctorale d’histoire du droit, philosophie du droit
et sociologie du droit – ED8

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 23 novembre 2023

Les biens des civils ennemis en droit international



Nikolaos Karmis

Sous la direction de Monsieur le Professeur Denis Alland

Membres du jury :

M. Pierre d’Argent, Professeur à l’Université catholique de Louvain,
(rapporteur)

M. Romain Le Bœuf, Professeur à l’Université d’Aix Marseille (rapporteur)

M. Éric Desmons, Professeur à l’Université Sorbonne Paris Nord

M. Yves Nouvel, Professeur à l’Université Paris-Panthéon Assas

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens tout d'abord à exprimer ma plus sincère reconnaissance à Monsieur le Professeur Denis Alland pour avoir accepté de diriger mes recherches tout au long de ces années. J'aimerais lui exprimer toute ma gratitude pour son soutien constant et sa disponibilité précieuse. Ses remarques ont toujours été une source d'inspiration pour une réflexion profonde sur la complexité du monde du droit.

Qu'il me soit également permis de remercier Messieurs les Professeurs Pierre d'Argent, Romain le Bœuf, Eric Desmons et Yves Nouvel, qui m'ont fait l'honneur d'accepter de siéger dans mon jury de soutenance et de lire le résultat de mes recherches.

Ce travail n'aurait pas pu se réaliser sans la confiance que le Professeur Stéphane Rials m'a si généreusement accordée depuis l'année de mon master. Je lui en suis profondément reconnaissant. Mes pensées s'adressent au Professeur Olivier Jouanjan dont les enseignements m'ont profondément marqué.

Mes remerciements s'adressent aussi aux Professeurs de la faculté de droit de l'Université de Créteil qui m'ont offert la chance d'intégrer plusieurs équipes pédagogiques. Je témoigne ma plus vive reconnaissance à la Professeure Manon Altwegg-Boussac pour sa confiance à mon égard durant ces dernières années. Pour les mêmes raisons, mes plus vifs remerciements sont adressés au Professeur Noé Wagener et à Claire Saunier.

Un moment déterminant pour la réalisation du présent travail était la rencontre avec le Professeur William Schabas. Avoir la chance d'échanger avec lui et d'apprendre de lui était un grand privilège.

Que le Professeur Themistoklis Raptopoulos soit également remercié pour son aide précieuse et son soutien indéfectible.

J'exprime également ma reconnaissance au Professeur Nicolas Warembourg pour nos échanges fructueux et enrichissants ; au Professeur Pierre Blanquet pour son amitié ; au Professeur Andréas Helmis de m'avoir toujours soutenu et fait découvrir le monde universitaire francophone ; à Ioannis Prezas pour nos échanges lors de la première phase de réalisation de ce travail.

Qu'il me soit permis d'exprimer mes remerciements à ma grande amie Charline Putti, à Alexis Le Barbier, Kamel El Hilali, Maxime Salembier, Olivier Pascault. Qu'ils trouvent dans ces lignes un modeste témoignage de ma reconnaissance pour les relectures de mon texte et surtout pour leur bonté et générosité si admirables.

À Michail Christodoulou, Georgios Naziroglou, Marios Kalogeropoulos, Christos Andrianopoulos. Ils étaient toujours à mes côtés lorsque l'horizon s'assombrissait. À Ursula Walser pour nos discussions. À Raymond Verdier pour son accueil si chaleureux à Paris.

Mes meilleures pensées s'adressent à Eugenia Palieraki, Marina Kalara, Laura Gentilezza, Eleni Apostolidou, Jenny Mitrovgeni-Polychronatou, Mario Donoso, Dimitrios Tsilikis, Angelos Dalachanis, Antonis Nasis, Foivi Vlastou Dimopoulou, Marianna Paschou, Eirini Mente, Rocio Trujillo, Luiza Sampaio Cunha, Modestos Siotos, Eirini Tsoumani.

À ma mère pour son appui permanent et inconditionnel ; à mon père pour ses encouragements.

Et surtout à Maria Kalantzopoulou pour le bonheur de chaque jour et de chaque moment partagé, qui grâce à elle prend du sens.

Titre et résumé : Les biens des civils ennemis en droit international

La notion de « biens des civils ennemis » renvoie à un régime discriminatoire et préjudiciable aux biens des personnes rattachées à un État adverse. La qualification d'ennemi, indice d'un rapport d'hostilité de haute intensité, concerne le civil ou ressortissant qui devient ainsi une simple émanation de cet État. L'ingérence dans les biens des civils ennemis relevait traditionnellement du droit de la guerre au sens formel.

À la lumière de l'encadrement des prérogatives des belligérants par le droit international, il faut examiner les conditions de réémergence d'un tel régime fondé sur l'assimilation de l'individu à l'État adverse. Un tel régime risque de surgir, même en dehors du cadre des rapports entre des belligérants, par le recours à des mesures de contrainte économique autorisant des actes d'ingérence dans des biens privés en temps de « paix ». La réflexion sur les « biens des civils ennemis » permet ainsi de reconsidérer la licéité de mesures d'une telle intensité et radicalité.

La notion de « biens des civils ennemis » se fonde sur une conception de responsabilité collective incombant à l'ensemble des ressortissants d'un État. Cette conception peut se concrétiser, *post bellum*, dans des mesures de saisie de biens privés à titre de réparations de guerre. Cela présuppose l'établissement d'un rapport asymétrique entre les anciens belligérants. L'asymétrie interétatique entre un vainqueur et un vaincu risque ainsi d'affecter le sort des biens privés des ressortissants de ce dernier.

L'étude des particularités d'un tel régime, mis en œuvre au détriment des ennemis vaincus au lendemain des deux grands conflits du XX^{ème} siècle et affectant les « biens des ressortissants ex-ennemis », permet de saisir les spécificités du droit régissant les biens privés dans le cadre des situations post-confliktuelles contemporaines.

Mots clefs: caractère ennemi ; mise sous séquestre ; gel, saisie et confiscation d'avoirs ; navires de commerce ; sanctions ; contre-mesures ; réparations de guerre ; occupation militaire ; jus post bellum ; guerre au sens formel ; biens abandonnés – expulsions massives ; responsabilité collective

Title and summary : enemy civilians' property in international law

The concept of "enemy civilians' property" refers to a discriminatory regime that is prejudicial to the property of persons attached to an adversary State. The qualification of enemy, indicative of a relationship of high-intensity hostility, concerns civilians or nationals who thus become a mere part of that State. Interference in the property of enemy civilians traditionally came under the law of war in the formal/legal sense.

Taking into consideration the restrictions on the prerogatives of belligerents under international law, it is necessary to examine the conditions for the revival of such a regime based on the assimilation of the individual to the adversary State. There is a risk that such a regime may emerge, even outside the framework of relations between belligerents, through the use of economic coercion measures authorising thus acts of interference in private property in times of "peace". Focusing on the "property of enemy civilians" thus makes it possible to reconsider the lawfulness of measures of such intensity and radicalness.

The notion of "enemy civilians' property" is based on a concept of collective responsibility incumbent on all the nationals of a State. This concept can take the form, *post bellum*, of measures of confiscation of private property as war reparations. This implies the establishment of an asymmetrical relationship

between the former belligerents. The inter-state asymmetry between a victorious and a defeated party thus risks affecting the fate of the private property of the nationals of the latter.

A study of the specific features of such a regime, implemented against defeated enemies in the aftermath of the two major conflicts of the twentieth century and affecting the “property of ex-enemy nationals”, provides an in-depth understanding of the specific features of the law regarding private property in contemporary post-conflict situations.

enemy character; sequestration; freezing, seizure and confiscation of assets; merchant ship; sanctions; countermeasures; war reparations; military occupation; jus post bellum; war in the formal/technical sense; abandoned property – mass expulsions; collective responsibility

Principales abréviations

AFDI : Annuaire français de droit international

AJIL : American journal of international law

AHKG : Alliierte hohe Kommission für Deutschland

BGH : Bundesgerichtshof

BHR : Haut représentant international en Bosnie-Herzégovine

BvR : Verfassungsbeschwerde

BVerfG : Bundesverfassungsgericht

BVerwG : Bundesverwaltungsgericht

CADH : Convention américaine des droits de l'homme

CDH : Comité des droits de l'homme

CDI : Commission du droit international

CIJ : Cour internationale de justice

CNUDM : Convention des Nations Unies sur le Droit de la mer

CPJI : Cour permanente de Justice internationale

CS : Conseil de sécurité

CA : Cour d'appel

C.Cass : Cour de cassation

CCNU : Commission de conciliation des Nations Unies

CE : Conseil d'État

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CPI : Cour pénale internationale

CREE : Commission des réclamations Ethiopie / Erythrée

DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme

Éd. : édité / éditeur

EJIL : European journal of international law

F.R. : Federal register

GATT : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

HCR : Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés

IEEPA: International Emergency Economic Powers Act

JO : Journal Officiel

CG : Convention(s) de Genève de 1949

HRC BiH : Human rights chamber for Bosnia Herzegovina

LG : Landesgericht

NJW : Neue juristische Wochenschrift

Not. : Notamment

OKH : Oberkommando des Heeres

OLG : Oberlandesgericht

OMC : Organisation mondiale du commerce

ONU : Organisation des Nations-Unies

Op. cit. : opus citatum

OTAN : Organisation du traité de l'Atlantique nord

PA/CEDH : Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

PACG : Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949

PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques

PIDESC : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

PESC : Politique étrangère et de sécurité commune

RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

RDA : République démocratique allemande

RDP : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

RES AG : Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU

Rés. : Résolution

RFA : République fédérale allemande

RFDA : Revue française de droit administratif

RGDIP : Revue générale de droit international public

SDN: Société des Nations

SMAD : Sowjetische Militäradministration in Deutschland

TBI : traité bilatéral d'investissement

Trib. Civ. : Tribunal civil

t. : tome

UE : Union européenne

UNMIK : Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo

US : United States

V. : voir /voyons

VG : Verwaltungsgericht

vol. : volume

ZaoerV : Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Sommaire

Introduction générale

PARTIE I – LES BIENS DES CIVILS ENNEMIS *PENDENTE BELLO*

Titre 1. Les droits des belligérants exercés sur les biens privés ennemis dans le cadre de la guerre au sens formel

Chapitre 1. Le régime protecteur des biens privés ennemis en guerre sur terre

Chapitre 2. Le régime moins protecteur des biens privés ennemis en guerre maritime

Titre 2. Les droits des belligérants exercés sur les biens privés ennemis en dehors du cadre de la guerre au sens formel

Chapitre 1. L'encadrement des pouvoirs des belligérants exercés sur les biens privés ennemis dans le cadre de conflits armés

Chapitre 2. Des mesures contre des biens privés prises en dehors de rapport de belligérance. Une attribution latente du caractère ennemi

PARTIE II – LES BIENS DES RESSORTISSANTS ENNEMIS *POST BELLUM*

Titre 1. Le régime non-protecteur des biens des ressortissants (ex)ennemis dans le cadre des réparations de guerre

Chapitre 1. La saisie des biens des ressortissants de l'État ennemi vaincu

Chapitre 2. La saisie des biens des ressortissants de l'État ennemi vaincu dans le cadre d'une occupation *post bellum*

Titre 2. Les biens des ressortissants ennemis expulsés

Chapitre 1. La saisie des biens des ressortissants ennemis expulsés à titre de réparations de guerre

Chapitre 2. Les biens abandonnés par des populations déplacées, en dehors du cadre de réparations de guerre

Conclusion générale

Introduction générale

1. « Ce qui a été, c'est ce qui sera, et ce qui s'est fait, c'est ce qui se fera, il n'y a rien de nouveau sous le soleil ». Par ce verset célèbre de l'Écclésiaste, le représentant permanent de l'Ukraine auprès des Nations Unies, Serhiy Kyslytsya, a entamé son discours auprès de l'Assemblée générale, dans la séance du 14 novembre 2022, relative au projet de résolution, intitulé « Agression contre l'Ukraine : recours et réparation », et adopté le même jour¹. Le verset biblique a été suivi par l'extrait d'une déclaration de l'ancien ministre des Affaires étrangères de l'Union soviétique, Vyacheslav Molotov, datant de 1945. Dans cet extrait, Molotov, après avoir évoqué la destruction systématique des biens civils par « l'ennemi », revendiquait devant les Alliés un « droit moral de recevoir une compensation ». Par ces citations, le représentant ukrainien a voulu esquisser un parallèle entre deux périodes historiques différentes, liant ainsi « l'horizon d'attente » au « champ d'expérience »². La ligne d'action de la Fédération russe serait ainsi identique à celle suivie « par les guides spirituels du Troisième Reich sur la terre ukrainienne il y a 80 ans »³. La lutte du peuple soviétique contre l'ennemi-agresseur pendant la Seconde Guerre mondiale serait comparable à celle du peuple ukrainien en 2022. Cette analogie serait justifiable, d'après le représentant ukrainien, parce que, dans les deux cas, les actes perpétrés par l'*ennemi-occupant* semblent être indissociables de son comportement en tant qu'*ennemi-agresseur*. Cette double qualification devrait avoir comme résultat, d'après le représentant ukrainien, la mise en œuvre d'un régime juridique en matière de réparations de guerre.

2. Un tel usage juridico-politique de la notion d'ennemi engendre la suspicion due à l'insaisissabilité de ce concept. Le recours aux sources lexicographiques et encyclopédiques ne contribue pas à la dispersion du brouillard conceptuel provoqué par l'usage de cette notion. En effet, l'entrée « ennemi », présente dans certaines encyclopédies ou dictionnaires du droit international, renvoie à une pluralité d'usages. Il est indiqué que le terme, « employé comme substantif, sert à désigner, a) soit l'État avec lequel on est en guerre, [...] b) soit par extension,

¹ Assemblée générale, onzième session extraordinaire d'urgence, 15e séance plénière lundi 14 novembre 2022, Documents officiels, A/ES-11/PV.15, 14 novembre 2022.

² Ces termes sont employés par R. Koselleck dans son article, « Champ d'expérience » et « horizon d'attente » : deux catégories historiques, pp. 308-329, dans R. Koselleck, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, J. Hoock, M. Cl. Hoock-Demarle (trad.), Paris, EHESS, 2000, 334 p. L'auteur s'appuyait sur le verset biblique « rien de nouveau sous le soleil » comme exemple de l'appréhension cyclique du temps. Il considérait que la dissociation des atteintes du futur de l'expérience du passé était liée à l'expansion de l'idée du « progrès » et de la perfectibilité de l'homme.

³ Expression utilisée par le même représentant lors du débat ayant abouti à la résolution de l'Assemblée générale adoptée le 2 mars qui condamne l'agression en Ukraine. Onzième session extraordinaire d'urgence, 1^{ère} séance plénière lundi 28 février 2022, A/ES-11/PV.1. Pour la résolution Rés. AG ES-11/1, 2 mars 2022.

les forces armées, les sujets, citoyens et ressortissants de l'État belligérant adverse », tandis que comme adjectif il qualifie « ce qui appartient à l'État belligérant adverse ou à ses ressortissants »⁴. La qualité d'ennemi était souvent associée à l'état de guerre. En effet, une des conséquences majeures de la déclaration de l'état de guerre était l'attribution du caractère ennemi aux ressortissants des États impliqués dans le conflit⁵. A l'aune de cette qualification, un régime juridique spécial, affectant la condition personnelle et patrimoniale des personnes ennemies, était mis en œuvre⁶. L'expression « biens des civils ennemis » devenait ainsi une notion juridique. Cette notion juridique comprenait une qualification préalable, à savoir l'attribution du caractère ennemi, et la mise en œuvre d'un régime discriminatoire.

3. Il convient tout d'abord de présenter l'intérêt d'une étude portant sur cet usage spécifique du qualificatif d'ennemi. La tentative de saisir le sens juridique de la notion d'ennemi dans sa globalité est probablement illusoire. Il paraît ainsi opportun de se focaliser sur un usage juridique bien précis de cette notion. Dans un premier temps il faut identifier la notion juridique de « biens des civils ennemis ». Le choix de se focaliser sur les « biens des civils ennemis », se justifie par le constat d'un lien qui existe entre les trois termes figurant dans cette notion (A). Son étude présuppose la définition du terme « biens ». Malgré la spécificité de l'usage de ce terme dans ce contexte, le sens qui lui est attribué ne s'éloigne pas de son sens juridique ordinaire (B). Cette analyse sera suivie par la présentation du plan de la thèse (C).

A. L'identification d'une notion juridique

4. Une expression devient une notion juridique, si elle est associée à un régime juridique. Notre objectif est de démontrer comment une interrogation générale sur l'ennemi conduit à une réflexion sur les civils, *a priori* non concernés par le rapport d'inimitié (§ 1). Le rapport d'inimitié semble, toutefois, inclure les civils à titre des propriétaires des biens (§ 2). En effet, les États belligérants revendiquent un titre juridique qui leur permet d'atteindre les biens des civils ennemis (§ 3). L'exercice d'un droit belligérant sur les biens des civils ennemis est concevable même après la cessation des hostilités (§ 4).

⁴ J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xli-1198 p., « Ennemi », p.428.

⁵ A. Loets, « Enemies and enemy subjects », *Max Planck Encyclopedia of Public international law*, version numérique, 2013.

⁶ Il est aussi admis que la notion d'ennemi met en lumière la différence entre l'arsenal sémantique d'un conflit armé international et celui d'un conflit armé non-international. Il semble que le recours à des hostilités interétatiques soit compatible avec l'usage du qualificatif ennemi tandis que pour les acteurs impliqués dans un conflit armé non-étatique le qualificatif d'adversaire paraît plus commode. V. A. Loets, *idem*.

§ 1 Le principe de non-implication des civils dans le rapport d'inimitié.

5. Le point de départ du raisonnement est une réflexion générale sur les caractéristiques du rapport d'inimitié (1.1). La guerre est conçue comme l'institution qui permet l'analyse de la structure du rapport d'inimitié (1.2). Cette réflexion amène à une interrogation autour du statut des civils, *a priori*, non-impliqués dans un rapport d'inimitié (1.3).

1.1– Les spécificités du rapport d'inimitié.

Le rapport d'inimitié (a) se résume en un lien intersubjectif particulier (b) qui se fonde sur une qualification et qui produit certains effets (c).

a. L'intensité comme critère d'identification du rapport d'inimitié.

6. Du champ sémantique auquel appartient la notion d'ennemi relèvent des notions dont les ressemblances pourraient, à défaut d'un dénominateur commun, être caractérisées par l'expression d'air de famille. La différence entre les opposants, les concurrents, les rivaux, les adversaires et les ennemis consiste en une progression en fonction du degré d'intensité caractérisant une circonstance conflictuelle⁷. La spécificité du rapport entre des ennemis semble

⁷ Sur l'absence d'une distinction sémantique rigoureuse entre les termes v. M. Morani, « Il "nemico" nelle lingue indeuropee », pp. 9-82, v. not. pp. 38-39, dans Miglio, G. et al., *Amicus (inimicus) hostis : le radici concettuali della conflittualità "privata" e della conflittualità "politica"*, Milano : Giuffrè, 1992, 1955 p. Un des textes de référence de la littérature romaine qui porte sur cette distinction terminologique est l'œuvre de Cicéron, *De Officiis*. « [P] ar l'usage, ce mot [*hostis*] a acquis un sens plus fort : il a cessé de s'appliquer à l'étranger et s'emploie pour désigner celui qui porte les armes contre la cité. [D] ans une lutte soutenue contre un concitoyen, nous n'usons pas des mêmes procédés envers un ennemi [*inimicus*] qu'envers un compétiteur [*competitor*] (dans le premier cas, c'est notre vie, c'est notre bon renom qui est en jeu, dans le second, c'est une charge honorifique, une dignité) », *Des devoirs (De officiis)*, livre 1, par. XII, 37, dans Cicéron, M. T., *Caton l'ancien, de la vieillesse. Lélius, de l'amitié. Des devoirs*, ed. N. Kousnetzoff et A. Kojève, trad. C. Appuhn, Paris, Garnier frères, 1967, 309 p. Vattel se prononce aussi sur la différence entre le *hostis* et l'*inimicus*, E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations des souverains*, vol. 2, Londres 1758, 638 p., pp. 173-174 : « L'Ennemi est celui avec qui l'on est en Guerre ouverte. Les Latins avaient un terme particulier (*hostis*) pour désigner un Ennemi public, et ils le distinguaient d'un ennemi particulier (*inimicus*). Notre langue n'a qu'un même terme pour ces deux ordres de personnes, qui cependant doivent être soigneusement distinguées. L'ennemi particulier est une personne qui cherche notre mal, qui y prend plaisir : L'Ennemi public forme des prétentions contre nous, ou se refuse aux nôtres, et soutient ses droits, vrais ou prétendus, par la force des armes. Le premier n'est jamais innocent ; il nourrit dans son cœur l'animosité et la haine. Il est possible que l'Ennemi public ne soit point animé de ces odieux sentiments, qu'ils ne désirent point notre mal, et qu'il cherche seulement à soutenir ses droits ». Pour une typologie des notions traduisant une certaine inimitié v. C. Schmitt, *Le nomos de la terre dans le droit des gens du Jus publicum europaeum*, Paris, PUF, 2012, 363 p. Schmitt en s'appuyant sur Richard Zouch, juriste anglais de la première moitié du 17^{ème} siècle, propose la distinction entre *inimicus*, *adversarius*, et *hostis* comme des échelons d'une même échelle. Les considérations relatives entre les différentes figures de l'opposant sont empruntées à Zouch et tirées de son traité intitulé *Juris et Judicii Feialis sive Juris inter Gentes Explicatio*, paru à Oxford en 1650. En tant qu'*inimicus* est qualifié l'ennemi absolu qui ne se trouve en aucun *juris communio* avec les autres belligérants. En tant qu'*adversarius* était qualifié l'adversaire pour qui le droit d'appartenance à la *communio juris* avait été suspendu. Une distinction interne était concevable entre le *hostis iustus* et le *hostis iniustus* qui ainsi était assimilable à l'*inimicus*. La figure du pirate pourrait être présentée comme emblématique pour le cas de l'*inimicus* tandis que comme *hostis iniustus* étaient présentées les entités relevant des peuples non civilisés. Ce n'est qu'à l'égard des *justi hosti* que les règles internationales de la guerre doivent être observées. Schmitt souligné que cette typologie renvoie à la classification opérée par Bodin au sujet des types de pouvoir et la distinction entre *dominatio*, *praepotentia* et *patrocinum*. V. not. pp. 163-164.

être saisissable par le biais de la catégorie d'intensité. L'intensité du rapport d'inimitié ne caractérise pas la relation entre de simples concurrents⁸. Ces derniers interagissent à l'intérieur d'un cercle social commun. Le conflit entre des concurrents est susceptible d'exercer un effet de structuration sociale aux antipodes de celui impliquant des ennemis qui présuppose la dissolution du lien intersubjectif⁹. Provoqué soit par le « désir mimétique »¹⁰, soit par la

⁸ La référence à l'intensité du rapport d'inimitié aide à rejeter la thèse doctrinale d'assimilation du statut du criminel à celui de l'ennemi. Cette assimilation se trouve à l'origine de la construction doctrinale de la théorie du droit pénal de l'ennemi. Cette sous-catégorie du droit pénal serait ainsi applicable aux criminels ayant définitivement rompu leurs liens avec le corps social. L'ennemi se présente comme le citoyen déloyal dont la sphère privée est restreinte. Cette analyse conduit à la distinction entre le « droit pénal du citoyen » et le « droit pénal de l'ennemi ». La figure de l'ennemi n'est pas identique à celle d'un membre de la communauté politique au nom de laquelle ce dernier est jugé et bénéficie de certaines garanties, parmi lesquelles, s'il est inculpé, le droit à un procès équitable, et la juste mesure de la peine. Dans le cadre du droit pénal de l'ennemi, le justiciable serait considéré comme s'étant mis en dehors de la communauté politique en vertu de quoi il deviendrait possible de lui retirer la jouissance de ces droits émanant de son allégeance citoyenne. V. G. Jakobs, « Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, pp. 751-785. Pour une analyse complète des fondements philosophiques de la pensée de Jakobs v. G. L. Morguet, *Feindstrafrecht — eine kritische Analyse*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 326 p., not. pp. 28-33. Il a été souligné que la doctrine du droit pénal de l'ennemi « s'étalonne sur une autre figure de l'ennemi, située quelque part entre l'agent subversif et le criminel séditieux, qui dessine un continuum qui s'étend du guérillero au milicien ». D. Linhardt, C. Mordeau de Bellaing, « La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme, genèse et circulation d'une entreprise de dogmatique juridique », *Droit et société*, 2017, n. 97, pp. 615-640, p.629. A partir des années 1990 et dans le contexte ibéro-américain, la doctrine du droit pénal de l'ennemi est devenue une référence récurrente pour des acteurs politiques et administratifs désireux de justifier des actions dont la conformité aux principes de l'État de droit était douteuse. Pour le cas de la Colombie v. en détail A. Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht : Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 387 p. Le terme *vogelfrei*, tiré de la tradition germanique, illustre assez bien le statut de l'ennemi exclu de la société politique. Il décrit le statut d'une personne qui, n'étant plus reconnu comme faisant partie de la communauté politique, relève du monde des animaux et des oiseaux. L'étymologie du terme est incertaine. J. Grimm dans son ouvrage *Deutsche Grammatik*, paru en 1826, renvoie à l'image de l'oiseau qui vole sur l'air et qui peut être une cible. Cité par R. Schmidt-Wiegand, « Vogelfrei », pp. 930-931, dans A. Erler, E. Kaufmann, D. Werkmüller, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, Schmidt, 1991-1998, xx-2086 p. Intrinsèquement liée à la conception germanique de liberté, ce thème fut cher pour la littérature allemande du 18^{ème} et du 19^{ème} siècle. À la lumière de cette qualification pourrait être interprétée la figure de Michael Kolhaas de la nouvelle de H. von Kleist. La radicalité du statut du *vogelfrei* devrait se distinguer par rapport à l'abaissement, certes moins rigoureux, de la *capitis diminutio* du droit romain. En effet, la vie d'une personne ayant subi cette peine, engendrant la privation des droits civils et politiques, doit être respectée. En langue française d'usage est aussi le terme déchéance, suppression ou retranchement d'état. La *capitis diminutio* était pour les romains l'équivalent, quant à ses effets juridiques, de la mort. En effet elle entraînait la perte du droit de la cité, des droits politiques, de toute capacité civile, de tout droit en rapport avec les institutions du *ius civile*. V. en détail E. Delastre, *De la capitis deminutio minima, en droit romain*, Paris 1984, 201 p. Pour une étude des pratiques similaires en Grèce antique v. P. Usteri, *Ächtung und Verbannung im griechischen Recht*, Weidmann, Berlin, 1903, 172 p. Le terme se trouve aussi dans les écrits relatifs aux mesures prises pendant la Première Guerre mondiale. « Les Germains ont aussi fait revivre le principe des temps barbares rejeté par tout le droit international actuel : "l'ennemi n'a aucun droit". Cette réponse péremptoire fut faite quelques heures avant la mobilisation, à un de nos compatriotes résidant en Allemagne qui insistait vivement auprès d'un officier pour obtenir un passeport lui permettant de rentrer en France. "Vous n'avez plus de droits", lui déclara brutalement ce dernier pour couper court à toute explication et pour bien marquer la "*capitis deminutio maxima*" qui venait de frapper "l'ennemi" ». A. Reulos, « Du rôle des administrateurs-séquestres de biens appartenant à des sujets ennemis en France », *Journal du droit international, Clunet*, 1916, vol. 43, pp. 4-11, p.7.

⁹ Il s'agit de la thèse de G. Simmel qui reconnaît les traces d'une rationalité inhérente à un conflit entre des concurrents. Aucune rationalité intersubjective n'est repérable dans le conflit entre des ennemis. V. G. Simmel, *Sociologie, études sur les formes de la socialisation*, PUF, Paris 2010, XII-756 p., not. ch. 4.

¹⁰ Il s'agit de la thèse de R. Girard qui interprète l'hostilité entre les hommes en tant que dérivé secondaire de l'instinct humain d'imitation. Le conflit est déclenché du désir d'accaparement du même objet par des rivaux. V. R. Girard, *La violence et le sacré*, Paris, Grasset Bernard, 1972, 451 p., p.205, « Deux désirs qui convergent sur le même objet se font mutuellement obstacle. Toute mimesis portant sur le désir débouche automatiquement sur le conflit ». Toutefois, selon l'auteur, ce n'est pas la convergence accidentelle des plusieurs désirs sur un même objet qui provoque la rivalité, mais la mimésis de l'acte de désir indépendamment de toute référence à l'ordre objectif.

« disposition pulsionnelle primitive »¹¹ de l'être humain, le rapport d'inimitié présuppose et aboutit à la dissociation radicale des acteurs impliqués. Cette dissociation comme reflet de l'intensité d'un « rapport » d'inimitié se trouve, selon une tradition de pensée, à l'origine du processus de consolidation des communautés politiques¹². La qualification d'ennemi se trouverait à l'origine de l'acte de fondation des groupes humains politiquement constitués. Elle est conçue comme catégorie de connaissance « du politique et non de la politique », dépourvue de contenu matériel¹³. L'État comme entité juridique ne permet pas en son intérieur une dissociation d'un tel degré qui aurait permis le dépassement du seuil exigé pour l'établissement d'un rapport d'inimitié¹⁴. L'existence d'un rapport d'inimitié se trouve ainsi aux antipodes du consensus fondamental, censé être le fondement pacificateur de l'émergence d'un ordre juridique¹⁵. L'inimitié désigne des forces de dispersion, de dissolution et de répulsion qui s'opposent aux forces d'attraction et de réunion. En fonction de ce mouvement permanent entre

¹¹ V. S. Freud, *Le malaise dans la culture*, PUF, Paris, 2015, 144 p. Pour l'auteur, les tendances de pacification se trouvent aux antipodes de la pulsion agressive naturelle aux hommes qui constitue la représentation principale de la pulsion de mort.

¹² Pour la généalogie de cette idée — certes non inventée — développée par Schmitt, v. C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Humboldt & Berlin, 2018, 332 p., not. pp.78-79 et 88-90. Pour les prémisses anthropologiques de cette thèse pessimiste pour la nature humaine v. U. Tietz, « Anthropologischer Ansatz politischer Theorien, Die Freund-Feind Distinktion von Carl Schmitt und das animal rationale », p 123-138, dans Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen, ein kooperativer Kommentar*, Mehring R. (éd.), De Gruyter, pp.252. En fait, Schmitt fonde la prééminence du conflit et l'importance de désignation de l'ennemi sur un argument anthropologique : l'agressivité innée de l'homme. Dans la pensée schmittienne, l'agressivité est une prémisses ontologique. Pour la déconstruction de cette thèse v. A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Suhrkamp, Berlin, 2022, 525 p., not. p. 83 et 179. L'auteur souligne que l'argument anthropologique schmittien se heurte à une multitude de recherches psychologiques, sociologiques et anthropologiques, selon lesquelles les comportements coopératifs sont aussi fréquents que les comportements conflictuels. L'identification d'un groupe comme entité politique ne passe pas impérativement par l'hostilité envers un autre groupe.

¹³ Pour des observations lucides sur la richesse sémantique des concepts découlant de la notion de *polis* v. Chr. Meier, *La naissance du politique*, Paris, Gallimard, 1995, 444 p., not. Introduction et Ch. I, intitulé *Du politikos au politique moderne*, pp. 11-40.

¹⁴ En ce sens v. E. W. Böckenförde, « Der Begriff des Politischen als Schlüssen zum staatsrechtlichen Werk Cal Schmitts », pp. 344-366, dans *Recht, Staat Freiheit*, Suhrkamp, Berlin, 1991, 382 p., p.346 : « L'État en tant qu'unité politique signifiait, à partir de ce concept du Politique, que l'État est une unité pacifiée en soi et, pour cette raison même, l'unité politique qui englobe le Politique. Il se distingue des autres unités politiques vers l'extérieur, mais en son sein, toutes les oppositions, tous les conflits et toutes les disputes restent en dessous du niveau d'un groupe d'amis et d'ennemis ; c'est-à-dire qu'ils sont dépassés par une appartenance commune (amitié) reposant sur une homogénéité relative des hommes vivant ensemble et s'intègrent ainsi à l'ordre de paix garanti par le monopole de la violence de l'État. La politique au sein de l'État, contrairement à la politique étrangère par exemple, n'est politique que dans un sens secondaire. Elle est, au sens classique du terme, la police, le soin à l'égard des personnes et la confrontation pour le bon ordre de la communauté et à l'intérieur de celle-ci, qui ne déborde pas le cadre pacifié et ne compromet pas le niveau d'intégration assuré par l'État même ». [Sauf indication contraire, les passages cités en français tirés d'ouvrages ou de contributions en langue étrangère sont traduits par nous-mêmes].

¹⁵ « Il faut souligner l'importance du consensus de base pour la paix intérieure dans une société. Sans un tel consensus, les différentes opinions et intérêts devraient chercher à s'éliminer mutuellement. En revanche, le consensus constitutionnel de base transforme la lutte en concurrence et permet ainsi la coexistence des rivaux. La condition préalable à l'effet de pacification du consensus de base est qu'il englobe le plus grand nombre possible. Il ne peut fournir sa fonction d'intégration que là où beaucoup se reconnaissent en lui. Il ne faut pas s'attendre à ce que tout le monde s'y reconnaisse, à moins de payer le prix d'une absence totale de contenu et d'abandonner ainsi l'utilité du consensus de base. Mais si de grands groupes sociaux, leurs convictions et leurs intérêts ne sont pas pris en considération (par un ordre juridique), l'opération de conversion des ennemis en simples rivaux échoue ». D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Berlin, 2020, 447 p., p.306.

des forces et des puissances qui s'allient ou se désunissent s'esquisse le champ « du » politique¹⁶¹⁷. Le plus haut degré d'opposition - qui se fonde sur une sorte de gradation de l'altérité- fournit ainsi un critère, voire un instrument de délimitation de la sphère du politique. La désignation de l'ennemi est ainsi entendue comme la condition d'émergence « du » politique¹⁸.

7. Le rapport d'inimitié reflétant l'intensité radicale d'une dissociation s'instaure à partir d'une opération de qualification. Cette qualification s'opère à l'occasion de conflits atteignant une haute intensité. Toutefois, aucun recours à des critères abstraits ne permet d'établir de manière objective l'intensité d'un conflit, indépendamment de l'observation *in concreto* de la pratique étatique. Aucune référence à la catégorie des droits fondamentaux ou d'intérêts vitaux de l'État et à leur possible menace ou atteinte ne pourrait apporter de l'aide à cette tentative intellectuelle de répertorier des cas où l'ennemi, et non pas un simple concurrent, est identifiable. Les raisons ou les motifs qui guident un État et l'orientent vers l'établissement d'un rapport d'inimitié semblent être insondables.

b. Un lien intersubjectif fondé sur la qualification d'ennemi.

8. Les éléments déjà esquissés visent à saisir les conditions d'apparition de cette qualification, à savoir l'émergence d'un rapport conflictuel de haute intensité. Revenant à la structure du rapport d'inimitié, il faut s'interroger sur les caractéristiques de ce lien. Comme tout lien intersubjectif, il se fonde sur le regard porté sur l'autre, qualifié d'ennemi. La structure du lien intersubjectif à la suite de cette qualification présente une originalité. Le qualificatif d'ennemi, au moment où il est proféré, rétroagit sur l'auteur de la qualification. Reconnaître l'autre comme ennemi aurait comme conséquence, *ipso facto*, d'être soi-même traité en ennemi. La structure globale du lien intersubjectif est ainsi altérée. Pour cette raison, cette qualification prend l'allure d'un mécanisme de reconnaissance de soi. En vertu de cette qualification, son

¹⁶ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, op. cit., p. 39 : « Le champ des relations du politique se modifie constamment (*fortwährend*) selon les forces et les puissances qui s'allient ou se désunissent pour s'affirmer ».

¹⁷ L'image de mouvement des corps physiques, empruntée à Hobbes, explique l'aspect matériel de cette tendance de réunion et de dispersion permanente. V. J.-W Lapierre, « Corps biologique, corps politique dans la philosophie de Hobbes », *Revue européenne des sciences sociales* 1980, pp. 85-101. L'auteur attribue à Hobbes une métaphysique matérialiste, au sein de laquelle « seuls des corps existent et peuvent être objets de connaissance ».

¹⁸ J. F. Kervegan, *Hegel, Carl Schmitt : le politique entre spéculation et positivité*, PUF, Paris, 2005, 349 p., p. 183 : « Le politique n'a pas de contenu particulier : toute pratique, toute pensée, tout domaine d'action est susceptible de devenir politique, et le devient effectivement dès l'instant que l'intensité des rapports entre humains y franchit un certain seuil dont la distinction ami/ennemi est le marqueur. [...] La suggestion de Schmitt est donc de renoncer à définir la substance ou l'essence du politique (la politique, si l'on veut), et de se contenter d'identifier celui-ci à l'aide d'un simple repère : "il y a" politique dès l'instant où se rencontre la distinction entre ami et ennemi, et où par conséquent on atteint "le degré extrême d'association et de dissociation" ».

auteur se reconnaît comme l'ennemi de celui auquel ce qualificatif est apposé. Cet acte de reconnaissance réciproque se fonde ainsi sur un rapport d'inimitié symétrique¹⁹.

c. Une qualification donnant lieu à un rapport asymétrique.

9. Toutefois, l'élément de symétrie ne serait pas susceptible d'épuiser toute référence au rapport d'inimitié. En effet, un rapport conflictuel de haute intensité semble ne pas être compatible avec un rapport symétrique. On pourrait même considérer que le conflit atteint son apogée dans le cadre d'un rapport asymétrique. Un faisceau d'usages de la qualification d'ennemi pourrait ainsi être établi, dont les deux extrémités seraient les suivantes : soit l'ennemi est reconnu comme acteur égal, ce qui a comme conséquence l'émergence d'un rapport symétrique, soit il est reconnu comme acteur inégal et, par conséquent, un rapport asymétrique s'établit. L'asymétrie de ce dernier rapport est due à l'absence de reconnaissance réciproque entre le sujet qui procède à la qualification d'ennemi et l'entité désignée comme telle. Cet usage du terme, dont la finalité est une discrimination négative, équivaut linguistiquement à une privation et à une spoliation qui pourraient même atteindre un degré absolu²⁰.

10. La réflexion sur la symétrie ou l'asymétrie des acteurs impliqués dans un rapport conflictuel se trouve à l'épicentre de toute considération relative à la guerre comme institution juridique.

1.2 - La guerre comme institution encadrant le rapport d'inimitié symétrique ou asymétrique

La guerre est le cadre dans lequel les rapports d'inimitié, qu'ils soient symétriques ou asymétriques, se déploient. Une typologie d'ennemis pourrait ainsi être établie en fonction du contenu normatif attribué à l'institution de la guerre.

11. Si la guerre est reconnue comme mécanisme de résolution des différends entre des belligérants égaux, un rapport symétrique avec l'ennemi est établi. Si, en revanche, un des

¹⁹ Cette analyse rend saisissable la thèse selon laquelle l'ennemi est l'« incarnation de l'interrogation de soi ». V. C. Schmitt, *Ex captivitate Salus*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 95 p., pp.89-90 : « Qui puis-je même reconnaître comme mon ennemi ? Apparemment, seulement celui qui peut me remettre en question. En le reconnaissant comme ennemi, je reconnais qu'il peut me remettre en question. Et qui peut vraiment me remettre en question ? Seulement moi, moi-même. Ou mon frère. L'autre se révèle être mon frère. L'autre se révèle être mon ennemi. Adam et Eve ont eu deux fils, Caïn et Abel. C'est ainsi que commence l'histoire de l'humanité. Voilà à quoi ressemble le père de toutes choses. C'est la tension dialectique qui maintient l'histoire du monde en mouvement, et l'histoire du monde n'est pas encore terminée. Attention donc, et ne parlez pas à la légèreté de l'ennemi. L'homme se classe par son ennemi. On se classe par ce que l'on reconnaît comme ennemi [...]. L'ennemi est la forme de l'interrogation sur soi ».

²⁰ Ces considérations s'appuient sur la pensée de R. Koselleck qui analyse le terme ennemi à la lumière des concepts « antonymes asymétriques », v. « La sémantique historico-politique des concepts antonymes asymétriques », dans *Le futur passé, contributions à la sémantique des temps historiques*, *op.cit.*, pp. 191-232. Pour saisir la finalité de la figure linguistique dualiste « ami-ennemi », il analyse les paires d'oppositions entre Hellènes et Barbares, celle entre chrétiens et païens, et l'opposition qui émerge dans le champ sémantique de l'humanité entre homme et non-homme.

acteurs prétend être guidé par une cause juste, ses rapports avec les autres belligérants se caractérisent d'une asymétrie.

12. L'établissement d'un rapport d'inimitié symétrique semble émaner de la structure de la guerre médiévale. En effet, la guerre médiévale présentait des similitudes de structure avec un litige juridictionnel. La guerre désignait ainsi une situation entre des adversaires dont l'un au moins avait manifesté sa volonté de régler un différend par le recours à la force des armes. L'objectif de la confrontation militaire n'était pas d'anéantir l'ennemi, mais de le contraindre à participer à une lutte, à savoir à un litige, dont l'issue prenait la forme d'un verdict²¹. La guerre, comptant parmi les nombreux fléaux de la vie quotidienne, ne mettait pas en cause les conditions d'existence de l'ordre politique et spirituel dans lequel s'inscrivaient les adversaires, entendus comme ennemis symétriques²².

13. En revanche, l'ennemi asymétrique émane de la tradition de la guerre juste. Si la guerre tient « la place d'une sentence de justice vindicative », l'ennemi est perçu comme malfaiteur et la punition de la faute commise est perçue comme la *iusta causa*²³. La revendication d'une *iusta causa* par un belligérant paraît ainsi incompatible avec l'établissement d'un rapport symétrique entre les belligérants.

14. Néanmoins, l'octroi d'un statut d'ennemi asymétrique par le belligérant agissant conformément à une *iusta causa*, n'épuise pas la tradition de la guerre juste, soumise à plusieurs évolutions durant les siècles. Une guerre, perçue comme juste par l'ensemble des belligérants impliqués dans un conflit, était ainsi envisageable²⁴. Conformément à cette conception, la guerre n'était plus conçue comme punition, justifiable par un acte illicite fautif antérieur, constaté par une autorité suprême, et dont la décision avait comme conséquence l'établissement d'un rapport d'inimitié asymétrique. En raison de la prolifération des États souverains et faute d'autorité supra-étatique reconnue par l'ensemble de la communauté internationale, la conception traditionnelle de la guerre juste, proclamée par une autorité suprême, a été

²¹ Pour une présentation générale de cette thématique v. J. Whitman, *The verdict of battle : the law of victory and the making of modern war*, Cambridge Mass., Harvard university press, 2012, 323 p.

²² Pour la distinction entre une guerre et une querelle et leur usage pendant le moyen âge, v. O. Brunner, *Land und Herrschaft, Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Osterreichs im Mittelalter*, Darmstadt, 1981, 463 p., not. p.39.

²³ P. Haggenmacher, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVIème siècle », *Revue internationale de la Croix rouge*, 1992, vol. 74, pp. 450-462, pp. 451 : « La guerre juste est donc essentiellement une sanction visant à rétablir le droit violé. Acte unilatéral d'exécution, elle suppose par définition l'inégalité des adversaires, qui s'affrontent en des qualités tout à fait différentes, l'un comme délinquant, l'autre comme justicier. Ce dernier est seul à mener une guerre juste et il est même, à strictement parler, seul véritable belligérant : son adversaire, auteur du fait illicite, n'est que l'objet récalcitrant d'une coercition armée ». Pour une analyse de différentes théories sur les conditions de la guerre v. P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983, xxiv-682 p., pp. 44 et s.

²⁴ Il s'agit d'une des thèses défendues par Vitoria dans son *De jure belli*. A ce sujet v. V. Harouel-Bureloup, « Guerre », pp.771-775, dans D. Alland, St. Rials (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003 pp.xxv-1649.

remplacée par la reconnaissance de la possibilité d'éclatement d'un *bellum iustum ex utraque parte*²⁵. Les aspects subjectifs de la *recta causa* et de la *recta intentio* semblaient être désormais désuets²⁶. La guerre, interprétée comme acte solennel du souverain n'était plus conçue comme une manifestation de la *justitia vindicativa*²⁷. La guerre était ainsi conçue comme un duel entre des entités souveraines, à savoir des États impliqués dans un rapport d'inimitié symétrique.

15. Ainsi on était passé d'une conception asymétrique de l'ennemi à une conception symétrique fondée sur l'attribution du caractère d'adversaire égal et légitime.²⁸ Si l'injustice à l'origine de la guerre est commise par une autorité légitime, à savoir un prince souverain, la guerre retrouve l'allure de technique de pouvoir ordinaire. C'est ainsi l'aspect formel de la qualité du belligérant qui commence à être pris en considération et qui octroie de nouveau à l'affrontement la dimension d'un duel entre des acteurs égaux. La perte en importance de l'élément substantiel ou matériel (*recta/justa causa*) au profit de l'élément formel (*auctoritas principis*), coïncidait avec la consolidation progressive de l'autorité du *princeps* et la concentration du pouvoir entre les mains d'un nombre relativement restreint de *principes*. Ces derniers ne reconnaissaient aucun juge supérieur et se considéraient être titulaires de la capacité de mener une guerre²⁹. La reconnaissance de la légitimité de l'autorité des États se reflète ainsi dans leur pouvoir à recourir à la guerre³⁰. La reconnaissance d'un *jus ad bellum*, dont titulaires étaient les États de l'espace européen, marquait une rupture avec la doctrine du *bellum justum*,

²⁵ A ce sujet v. le chapitre consacré aux « transformations de la doctrine de la guerre juste » (*Wandlungen der Lehre vom Gerechten Krieg*) dans le livre W. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984, 897 p., pp.240-262. L'auteur détecte la racine de ce changement dans la doctrine de Vitoria, d'Ayala, de Gentili et de Grotius.

²⁶ J. H. Zedler, « Krieg », *Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste*, 1737, vol. 15, 2214 p., pp. 1884-1905, p.1892-1896 : « Le soi-disant *Bellum punitivum* est une simple chimère, car la guerre et la punition sont des notions irréconciliables. [...] Vu que des actions injustes de la part des deux parties peuvent se produire, à la fois les deux belligérants peuvent avoir une cause légitime de guerre ».

²⁷ Pour cette interprétation v. les développements relatifs à la guerre de la première encyclopédie allemande de droit et de sciences politiques parue de 1834 à 1843. K. von Rotteck, C. Welcker, « Krieg », *Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften*, Altona, 1840, vol. 9, pp. 491-509, p.493 : « Comme il n'existe pas de tribunal doté d'une *auctoritas* extérieurement valable sur les États indépendants ou souverains, toute guerre doit être considérée comme juste de part et d'autre, comme entreprise de bonne foi par toutes les parties, ou comme exempte de la tache de l'injustice apparente, tant qu'il n'y a pas d'injustice matérielle tout à fait évidente à la base de la demande de l'une ou de l'autre partie, ou tant qu'il n'y a pas de violation des formes de conduite de la guerre généralement reconnues par le droit. »

²⁸ La réflexion autour de la *justa causa* a été remplacée par le principe selon lequel *par in parem non habet jurisdictionem*. Pour une analyse conséquente de la distinction entre l'*auctoritas principis*, le *justa causa* et la *recta intentio* v. F. Dickmann, *Friedesrecht und Friedenssicherung, Studien zum Friedensproblem in der Geschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1971, 183 p., surtout pp.120 et s.

²⁹ L'expérience des guerres civiles confessionnelles a contribué au renforcement de l'autorité du pouvoir interne qui est dorénavant censée garantir le marquage net de la frontière entre le domaine *infra civitatem*, espace de paix inconditionnelle, et le domaine *extra civitatem*, à savoir l'espace d'interaction entre les *homines artificiales*, à savoir les États.

³⁰ A ce sujet v. Grotius : « La guerre publique est ou solennelle selon le droit des gens, ou non-solennelle. La guerre que j'appelle ici solennelle est le plus ordinairement nommée guerre juste [...] Pour que la guerre soit solennelle selon le droit des gens, deux conditions sont requises/d'abord, que de part et d'autre, ceux qui la font soient investis dans la nation de la souveraine puissance ; ensuite, qu'on ait observé certaines formalités, dont nous traiterons en leur lieu. Ces conditions étant conjointement requises, l'une ne suffit pas sans l'autre ». H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2005, 868 p., p. 93.

puisque toute considération relative à la cause de la guerre était remplacée par des réflexions portant sur la figure du *justus hostis*.³¹ Des rapports symétriques étaient, ainsi, établis entre des *justi hosti* en cas de recours à la guerre³². La prise en considération de cette oscillation entre des rapports d'inimitié symétriques et asymétriques nous permet de saisir les spécificités des différentes étapes de l'évolution de l'institution de la guerre. A chaque étape de cette évolution, correspondait un rapport spécial d'inimitié.

16. L'analyse précédemment déployée avait comme objectif de proposer une interprétation du rapport d'inimitié. Ce dernier semble décrire un rapport conflictuel de haute intensité. Il convient ainsi de se pencher sur le terme « haute intensité ». Cette intensité ne se mesure pas en fonction d'un élément structurel, à savoir le caractère symétrique ou asymétrique du rapport d'inimitié établi. Il faut, par conséquent, identifier le critère qui permet de saisir la haute intensité inhérente au rapport d'inimitié. Un tel critère pourrait être la décision de mettre en œuvre un régime particulier. Quel régime serait apte à indiquer l'établissement d'un rapport conflictuel de haute intensité, à savoir d'un rapport d'inimitié ?

1.3 – Le principe d'exclusion des civils du rapport d'inimitié

17. La spécificité du qualificatif ennemi réside dans le fait qu'il peut être attaché à plusieurs objets, à savoir des États, des individus, des biens. Il faudrait ainsi se demander si l'attribution du caractère d'ennemi à des individus relevant de l'État adverse fournit des preuves de l'intensité de ce rapport. La thèse pourrait être défendue, selon laquelle, une telle qualification, attachée de manière cumulative à l'État adverse et ses propres ressortissants, témoignerait d'un rapport d'inimitié caractérisé par un degré élevé de conflictualité. L'établissement d'un rapport d'inimitié aurait, ainsi, pour conséquence l'émergence d'un régime spécifique pour les individus relevant des acteurs impliqués dans ce rapport. Il faudrait, ainsi, se pencher sur le

³¹ Vitoria s'est penché sur la possibilité d'un *bellum justum ex utraque parte*, v. M.Mantovani, « Notes sur l'apport de Francisco de Vitoria et de Francisco Suárez à la théorie du droit de la guerre », pp.135-151, dans J. Baechler, P. Devolvé (dir.), *Guerre et droit*, Hermann, Paris, 2017, 254 p.

³² Le *jus publicum europaeum* reposait ainsi sur le principe de reconnaissance pour le souverain de son droit de mener la guerre ainsi que sur la séparation stricte entre l'état de guerre et l'état de paix. La notion décrit les prémisses fondamentales du droit public des États européens de la période 1648-1815. « C'est cette notion d'Europe, avec sa référence à la chrétienté, comprise principalement comme une communauté culturelle sécularisée fondée sur l'héritage chrétien, mais sans être encore totalement détachée de son enracinement religieux, qui se reflète dans la dénomination énigmatique du droit international de cette époque "Droit public de l'Europe". Cette appellation est très pertinente, car la substance spirituelle de cet ordre juridique international englobe en même temps un ensemble de valeurs, de convictions et de règles empiriques qu'il amalgame d'une manière qui lui est propre ». W. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, op.cit., p. 339. Pour une présentation des auteurs qui ont glosé sur cette notion et l'usage schmittien du terme pour marquer l'opposition aux prérogatives des organisations internationales sur les États et l'abolition de la guerre comme outil de résolutions des différends v. A. von Bogdandy, St. Hinghofer-Szalkay, « Das etwas unheimliche *ius publicum europaeum*, », *ZaoeRV*, 2013, pp. 209-248.

caractère d'ennemi, attribué à des personnes relevant de l'adversaire public. Cette qualification peut être perçue comme preuve d'existence d'un rapport conflictuel de haute intensité. Toutefois, cette possibilité d'inclure les ressortissants de l'adversaire au rapport d'inimitié entre en collision (b, d) avec leur qualité de civils (a, c).

a. Le statut protecteur des civils.

18. Le passage du registre du qualificatif attaché à l'État à celui des individus relevant de l'État entre en tension avec un des principes cardinaux du droit de la guerre, à savoir le principe de distinction entre les combattants et les civils. En effet, les ressortissants d'un État sont impliqués dans une guerre, soit à titre de combattants, soit à titre de civils. La guerre, conçue comme une relation d'État à État³³, a comme conséquence que les individus se confrontent seulement en raison de leur qualité des soldats. Les simples citoyens sont censés rester en dehors du rapport conflictuel³⁴. La guerre respecte ainsi des « formes juridiques » précises³⁵. Un des

³³ J.J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Felix Alcan, 1896, xxvi-424 p., Liv.I, Ch. IV, p.24. V. aussi la lettre rédigée par Talleyrand et adressée à Napoléon, cité par A. G. Heffter, *Le droit international de l'Europe*, Berlin, Paris, Schroeder, Cotillon, 1857, xii-499 p. p. 230 : « D'après la maxime que la guerre n'est pas une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement non point comme hommes, non pas même comme membres ou sujets de l'État, mais uniquement comme ses défenseurs, le droit des gens ne permet pas que le droit de la guerre et le droit de conquête qui en dérive s'étendent aux citoyens paisibles et sans armes, aux habitations et aux propriétés privées, aux marchandises de commerce, aux magasins qui les renferment, aux chariots qui les transportent, aux bâtiments non armés qui les voient sur les rivières ou sur les mers, en un mot à la personne et aux biens particuliers ».

³⁴ La guerre publique solennelle, fondée sur le principe de l'égalité des belligérants, est présentée comme l'institution au sein de laquelle les premiers mécanismes de cantonnement de la guerre apparaissent. La reconnaissance de la liberté des États de mener des guerres à titre d'entités souveraines est ainsi contrebalancée par l'émergence de règles qui rendent les hostilités plus « humaines ». v. à ce sujet W. Schätzel, « Frieden und Gerechtigkeit », *Die Friedens-Warte*, 1950-1951, pp. 97-101, p.103 : « Il est curieux de constater que la doctrine de la guerre juste n'est pas aussi bonne qu'on le dit, et que la doctrine du droit à la libre conduite de la guerre était liée à toute une série de mesures préventives et de règles qui devaient rendre la guerre plus humaine. A cette époque remonte la séparation nette entre civils et militaires, avec la tentative de laisser autant que possible la population civile indemne, le principe continental de validité des contrats de droit privé et des relations économiques entre les belligérants, visant à limiter autant que possible les inconvénients économiques de la guerre, la formation du droit de la neutralité, visant à limiter la guerre aux deux belligérants et à leur territoire, et enfin la tentative d'humaniser la guerre par la formation d'un règlement de combat, l'interdiction de certains moyens et méthodes de guerre, le traitement des prisonniers et des blessés. Tout cela n'a certainement pas servi à maintenir la paix, mais a permis au XIXe siècle, alors que les moyens de guerre destructeurs de notre époque n'avaient pas encore été inventés, de rendre la guerre moins dévastatrice pour la population ».

³⁵ Des doutes néanmoins peuvent être exprimés quant à la reconnaissance d'une pleine liberté de l'État lui permettant d'entreprendre une guerre. Le caractère mythique du *liberum ius ad bellum* (liberté à la guerre, compétence de guerre, *freies Kriegsführungsrecht*), aux antipodes de la théorie du droit de la guerre juste, a été mis en exergue. H. Simon, « The myth of *Liberum ius ad bellum*: justifying war in 19th century legal theory and political practice », *EJIL*, 2018, vol. 29, pp.113-136, p.136 : « The proposition of so-called *liberum ius ad bellum* leans on a one-sided, realist tradition in the history of international law, which has been revitalized by Wilhelm G. Grewe. Faced with the highly controversial legal disputes in the 19th century, and with the complex justification discourses in state practice, it seems to be justified to formulate the thesis that *liberum ius ad bellum* constitutes a myth in the history of international law ». L'auteur se réfère à l'ouvrage de Wilhelm Grewe, *Die Epochen des Völkerrechts*, op. cit., qui présente l'histoire du droit international en tant qu'histoire des luttes entre les Grandes puissances pour l'hégémonie mondiale. L'affirmation de la thèse de la liberté de guerre se présente aujourd'hui comme liée à l'image stéréotype de l'Allemagne unifiée en 1871 sous l'autorité prussienne. V. J. Dolezik, *Narrative zum Gerechten Krieg im Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, 318 p., p.97 « La thèse de la liberté et son affirmation par un certain nombre d'auteurs de l'Allemagne wilhelminienne est aussi associée au prétendu *Sonderweg* allemand. Le particularisme historique de la consolidation nationale allemande tardive se reflète dans la prédominance de la doctrine moniste faisant prévaloir le droit interne sur le droit international.

principes relevant de ce cadre légal, est celui de la distinction ou discrimination entre civils et combattants. Le principe de distinction entre civils et combattants, en tant que règle régissant les pratiques belligérantes, émerge pendant l'époque de reconnaissance de la liberté des États d'entreprendre la guerre comme outil de politique³⁶. La distinction des personnes en combattants et civils a été présentée comme le moyen par excellence de rationalisation, voire d'humanisation de la guerre³⁷. Le principe de distinction acquiert dès la seconde moitié du 19^{ème} siècle une dimension juridique. Les premières cristallisations du principe de distinction sont repérables déjà dans le code Lieber de 1863, la déclaration de Petersbourg de 1868, le protocole de la conférence de Bruxelles de 1874, le manuel d'Oxford de 1880 ainsi que la quatrième convention de la Haye de 1907 relative aux lois et aux usages de la guerre sur terre.

b. Un statut protecteur contrebalancé par la qualification d'ennemi.

19. Tout rapport entretenu entre un État belligérant et les ressortissants de l'État ennemi semble toujours être régi par le principe de distinction. En vertu de ce principe, le statut protecteur de civil est attribué aux ressortissants de l'adversaire. L'État belligérant se trouve ainsi en face de combattants et de civils. L'attribution de ce régime obéit à une finalité protectrice évidente. D'une part, les combattants jouissent du statut de prisonnier de guerre en cas d'arrestation et de détention et d'autre part les civils ne doivent pas être molestés. Un statut protecteur est ainsi attribué aux civils. Par statut protecteur, il faut entendre les immunités accordées à une personne en raison de sa qualité de civil ou de combattant. Les statuts

Cette doctrine moniste doit être associée à la formation institutionnelle de l'empire allemand en tant qu'instance supérieure aux structures étatiques subordonnées. La formation de l'Empire allemand unifié s'est opérée dans une époque de renforcement de la coopération internationale parmi les États européens. La relation entre le droit international et le droit interne a été ainsi perçue comme rapport de concurrence. En effet, la souveraineté a été présentée comme contraire au droit international (*Völkerrechts-Souveränitäts-Paradoxon*). Le respect de la souveraineté était compatible avec le droit étatique externe (*äußeres Staatsrecht*) et ne se conciliait pas avec la reconnaissance d'instances supérieures à l'empire ou de la validité de règles relevant de sources supra-étatiques ».

³⁶ La codification des règles de la conduite de guerre était entendue comme moyen d'assouplissement des pratiques de guerre, à l'image du médecin intervenant pour pallier la souffrance des malades. W. Schätzel, « Frieden und Gerechtigkeit », *op.cit.*, p.103 : « C'est sous le règne de ce système que l'Europe a pu vivre sa période la plus pacifique et celle où elle a subi le moins de pertes. Il était donc compréhensible que les Conférences de paix de la Haye aient tenté de faire progresser le droit international par ce biais. On a procédé en quelque sorte comme un médecin qui lutte contre une épidémie impossible à éradiquer en cherchant à l'isoler et à la soulager dans son évolution. Localiser, réglementer, humaniser, tels étaient les moyens de ce système ».

³⁷ Il ne faut pas oublier que des aspects restrictifs du comportement des belligérants sont inhérents à la doctrine du droit médiévale de la guerre juste. L'étude historique démontre que malgré la perception des ennemis en tant que criminels à abattre sous les auspices de l'autorité divine, des traces des pratiques humanitaires (terme certes anachronique) sont repérables mêmes dans les guerres saintes. Ainsi s'expliquent des auteurs comme Grotius qui insistent sur les *temperamenta*, limitations imposées au belligérant censé mener une guerre juste. Les restrictions à la guerre sont ainsi réfléchies à partir de la guerre asymétrique. Haggemacher, Grotius, *op.cit.*, p. 597 : « Les *temperamenta* ne font pour l'essentiel que développer des bourgeons formés depuis longtemps dans la doctrine scolastique de la guerre et qui s'étaient mis à pousser dès le moyen âge ; et si c'est l'influence de l'École de Salamanque avant tout qui les fera pousser, ce sera en dehors du théorème de la guerre juste des deux côtés que celle-là avait mis à la mode. [...] Quant aux *temperamenta*, ils statuent certes des limites au droit de guerre, mais qui n'obligent que le belligérant actif, alors que son adversaire, n'ayant aucun droit, n'est guère concerné par elles ».

protecteurs respectifs, censés constituer la pierre angulaire du droit humanitaire, sont assurés à condition qu'aucune violation du principe de distinction entre des combattants et des civils ne soit constatée. La mise en œuvre de ce régime protecteur constituerait ainsi un obstacle pour l'établissement d'un rapport conflictuel de haute intensité. La qualification en tant que civil paraît ainsi incompatible avec l'attribution de la qualité d'ennemi et l'inclusion du civil dans le rapport d'inimitié. Le caractère antinomique de la notion de « civil-ennemi » est ainsi évident. Si la catégorie des civils renvoie à un contenu normatif précis, le qualificatif d'ennemi devient une notion purement descriptive dont l'usage n'engendre pas l'application d'un régime juridique précis. En effet, si le qualificatif d'ennemi est employé pour décrire un rapport conflictuel de haute intensité, le principe de distinction joue un rôle de cantonnement de cette intensité. En effet, le principe de distinction est censé atténuer le rapport d'inimitié parmi les individus des États belligérants. A la lumière de cette analyse, le caractère antinomique des deux qualificatifs est évident. L'attribution du caractère d'ennemi, entendue comme signe d'un rapport conflictuel de haute intensité est incompatible avec la reconnaissance de la qualité de civil. Si l'implication des personnes privées relevant de l'adversaire serait signe d'existence d'un rapport de conflictualité de haute intensité, l'attribution du caractère de civil met des bornes à cette implication. Par conséquent, si le principe de distinction est opératoire et bien respecté par les belligérants, le rapport conflictuel ne peut pas atteindre son plus haut degré d'intensité.

c. Les limites du principe de distinction.

20. Malgré la tentative de reconnaître le caractère normatif du principe de distinction, les pratiques de guerre depuis le début du 20^{ème} siècle remettent en doute l'effectivité de cette règle. La violation systématique de cette règle est souvent associée au concept de guerre totale. Dans le cadre d'une guerre totale, le concept des civils ennemis n'est pas contradictoire, puisque le régime protecteur associé à la qualité de civil n'est plus respecté par les belligérants. En effet, ce type de guerre, reflétée dans la mobilisation générale de la population, se fonde sur une réinterprétation du lien unissant l'individu à la communauté³⁸. Sous la menace de la guerre

³⁸ J. Hummel, « Le constitutionnalisme européen à l'épreuve de l'irrationalité politique (1914-1918). La République française et l'Empire allemand face à la "guerre totale" », *Droits*, 2007, n. 46, pp. 97-116, p.104 : « Enfin, la subordination du politique tient également aux idées défendues par Erich Ludendorff qui est convaincu que les directions politique et militaire doivent ne faire qu'un et revenir logiquement à un militaire, seul à même d'organiser la nation pour la mettre en état de "guerre totale". Exigeant "le sacrifice de la vie mortelle de l'individu à la vie immortelle de la communauté populaire", la guerre totale se substitue aux anciennes guerres de cabinet dans la mesure où le peuple est appelé à participer à l'effort de guerre non seulement par l'armée de conscription, mais aussi par l'intervention directe ou indirecte des civils. En dernière analyse, la politique n'est rien d'autre que la guerre totale et nécessite à ce titre la mobilisation totale de la nation ». L'atteinte au principe de distinction, due à la qualification d'ennemi, pourrait être présentée comme une remise en cause de la séparation entre le droit privé et le droit public. J. Broch, *Faire face à*

d'une telle ampleur, tout critère qui permet une distinction entre les combattants et les civils semble perdre sa pertinence³⁹. L'expérience de la Seconde Guerre est, à cet égard, significative⁴⁰.

l'ennemi. René Cassin, *juriste monté au « front intellectuel »*, Palais de l'Institut de France, Paris, 2021, 124 p., p.52 : « Au cours de la période 1914-1919, la frontière droit public/droit privé s'est estompée, de même que les autres subdivisions thématiques en branches du droit, pour constituer un seul et même droit de l'ennemi. L'idée-force qui le régit est qu'est l'ennemi celui qui est désigné comme tel par les autorités, et qu'il est non seulement possible, mais indispensable, surtout à titre préventif, de lui appliquer un traitement différencié en fonction du degré de dangerosité pour la société qui est le sien, le but étant sa mise hors d'état de nuire ».

³⁹ A ce sujet v. M. Bloch, *L'étrange défaite : témoignage écrit en 1940*, Gallimard, Paris, 1990, 326 p., p.163 : « Devant le péril national et les devoirs qu'il prescrit, tous les adultes, par contre, sont égaux et c'est un étrange malentendu que de prétendre reconnaître à aucun d'eux je ne sais quel privilège d'immunité. Qu'est-ce, au vrai, qu'un "civil", au sens que le mot revêt en temps de guerre ? Rien de plus qu'un homme auquel le nombre de ses années, sa santé, parfois sa profession, jugée particulièrement nécessaire à la défense, interdisent de porter utilement les armes. Se voir ainsi empêché de pouvoir servir son pays, de la façon dont tout citoyen doit souhaiter le faire, est un malheur ; on ne comprend point pourquoi il conférerait le droit de se soustraire au danger commun » ; p. 164 : « Au temps des armées de métier, le soldat professionnel, tantôt seigneur, tantôt mercenaire, versait son sang pour ses mandants. En échange, les populations non combattantes l'entretenaient de leurs redevances ou lui payaient salaire. S'il laissait entamer leur sécurité, elles pouvaient légitimement se plaindre. C'était une rupture de contrat. De nos jours où quiconque en a la force se fait soldat, personne, dans la cité menacée, n'échappe à la levée en masse, à ses gênes ni à ses risques. Là est la seule voie claire. Le reste n'est que sensiblerie — ou lâcheté. »

⁴⁰ La guerre totale se présentait comme action de l'État total qui, en rupture avec l'État libéral, n'admettait plus la distinction entre l'autorité étatique et la sphère de l'individu. Malgré toutes les différences de nature, il existe un certain point de contact du concept de guerre absolue, prôné par Clausewitz, avec le concept de guerre totale, popularisé par Ludendorff dans son fameux livre de 1935. A la fois les deux concepts s'inscrivent dans le contexte idéologique leurs époques respectives. La guerre totale, comprise comme l'expression suprême de la volonté de vivre du peuple, implique la soumission de la politique à la guerre, qui ne présuppose pas seulement la préparation militaire et l'entraînement des troupes, mais bien plus encore la préparation psychologique de la guerre, signe d'unité du peuple issue de la force de l'âme collective (*aus seelischer Kraft stammende Geschlossenheit des Volkes*). Expression utilisée par H. U. Wehler dans son article « Absoluter und totaler Krieg, von Clausewitz zu Ludendorff », *Politische Vierteljahresschrift*, 1969, vol. 10, pp. 220-248, p. 240. Pour une définition de l'État total v. E. Fortshoff qui dans son ouvrage *Der totale Staat*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, 46 p., décrit l'État total comme étape successive de l'État nation libéral du 19ème siècle. Dans la définition retenue, il met en avant le nouveau lien qui existe entre l'entité publique et l'individu. P. 7-8 : « L'État total doit être un État de responsabilité totale. Il représente l'engagement total de chaque individu envers la nation. Cette obligation supprime le caractère privé de l'existence individuelle. En tout et pour tout, dans son action et sa sortie publiques comme au sein de sa famille et de sa communauté domestique, chaque individu est responsable du destin de la nation. Ce qui est essentiel, ce n'est pas que l'État impose des lois et des ordres même dans les plus petites cellules de la vie nationale, mais qu'il puisse là aussi faire valoir une responsabilité, qu'il puisse demander des comptes à l'individu qui ne subordonne pas totalement son destin personnel à celui de la nation. Cette exigence de l'État, qui est totale et qui s'impose à chaque membre du peuple, constitue la nouvelle essence de l'État. [...] Le fondement véritable et porteur du nouvel État est un nouvel esprit d'État, l'abandon volontaire de l'existence privée antérieure et la soumission à la nouvelle loi de vie totale de l'État, acceptée en son for intérieur ». Néanmoins, cette « soumission » ne doit pas être assimilée au sacrifice de l'individu qui remonte aux vers célèbres tirés des Odes d'Horace *Dulce et decorum est pro patria mori*. Il paraît que les pratiques de guerre totale sont incompatibles avec toute conception de sacrifice. La notion du sacrifice de l'individu, qu'il soit combattant ou civil, en tant que membre du corps politique désirant même s'exposer à des dangers létaux pour défendre la tête de ce corps, a subi des modifications radicales tout au long du 20ème siècle. Les pratiques des guerres absolues semblent avoir rendu inopérante toute tentative de réévaluer émotionnellement le sacrifice au nom du « corps mystique séculier ». Ces réflexions sont empruntées à E. Kantorowicz qui oppose le sacrifice des vies humaines à leur simple liquidation. « [L]e désenchantement du monde a progressé rapidement, et les anciennes valeurs éthiques qui ont partout fait l'objet d'abus et d'exploitations misérables sont sur le point de se dissiper comme de la fumée. La froide efficacité pendant et après la Seconde Guerre Mondiale, ajoutée à la peur de l'individu d'être pris au piège de soi-disant "illusions" plutôt que d'adhérer à des "vues réalistes", a éliminé les "superstructures" traditionnelles, religieuses ou idéologiques, à telle enseigne que les vies humaines ne sont plus sacrifiées, mais "liquidées". Nous sommes sur le point de demander au soldat de mourir sans proposer un quelconque équivalent émotionnel réconciliateur en échange de cette vie perdue. Si la mort du soldat au combat — pour ne pas mentionner celle du civil dans les villes bombardées — est dépouillée de toute idée embrassant l'*humanitas*, fût-elle Dieu, roi ou *patria*, elle sera aussi dépourvue de toute idée anoblissante du sacrifice de soi. Elle devient un meurtre de sang-froid, ou, ce qui est pire, prend la valeur et la signification d'un accident de circulation politique un jour de fête légale ». p. 165-166, E. H. Kantorowicz, « Mourir pour la patrie (*Pro Patria Mori*) dans la pensée politique médiévale », trad. L. Mayali, pp. 127-166, dans E.H. Kantorowicz, *Mourir pour la patrie et autres textes*, Fayard, Paris, 2004, 166 p.

21. En dehors du contexte spécifique des deux Guerres mondiales, le principe de distinction semble être mis à l'épreuve dans les conflits contemporains. L'explication pour cela réside dans le fait que le principe de distinction présuppose l'étanchéité des groupes concernés, à savoir les civils et les combattants⁴¹. Or, dans les conflits contemporains, l'imbrication continue des rôles des personnes impliquées, ne relevant, de manière exclusive, ni de la catégorie des combattants, ni de celle des civils, est aisément constatée. Un tel cas emblématique d'imbrication des rôles constitue la participation directe des civils aux hostilités, engendrant la restriction de la protection qui leur est normalement accordée⁴². Le motif de participation directe aux hostilités pour enlever le statut protecteur accordé au civil, constitue un défi pour le principe de distinction et la distinction radicale entre combattants et civils. Ce dysfonctionnement du principe de distinction peut, ainsi, permettre la réémergence du qualificatif d'ennemi, doté d'un contenu

À l'émergence et à la prédominance de la conception totale de la guerre ont contribué aussi les évolutions techniques et principalement l'usage de l'aviation comme arme de guerre. V. entre autres E. Spetzler, *Luftkrieg und Menschlichkeit : die völkerrechtliche Stellung der Zivilpersonen im Luftkrieg*, Göttingen, Musterschmidt-Verlag, 1956, viii-451 p. Déjà dans la session de Madrid 1911, les membres de l'Institut de droit international, avaient souligné les caractères essentiellement particuliers de la guerre aérienne. Dans le texte voté portant sur le régime juridique des aéronefs, l'Institut a conclu que « la guerre aérienne est permise, mais à la condition de ne pas présenter pour les personnes ou les propriétés de la population pacifique de plus grands dangers que la guerre terrestre ou maritime ». Institut de droit international, Régime juridique des aérostats, Dix-huitième commission, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 24, 1911, pp. 303-346. L'ouvrage de référence pendant la période de l'entre-deux guerres a été celui du général Italien G. Douhet, *Il dominio dell'aria*, Mondadori, Milan, 1932, 430 p. Il privilégiait le bombardement des zones habitées parce que ceci pourrait avoir comme effet le raccourcissement de la durée de la guerre. Pendant la guerre froide, la menace constante d'une guerre nucléaire a eu comme effet la prolifération des considérations autour de l'émergence d'un éventuel *jus in bello atomico*. E. Stowell, « The laws of war and the atomic bomb », *AJIL*, 1945, pp.784-788. La pratique d'une guerre nucléaire ne permet pas la reconnaissance d'aucun statut à l'égard de l'ennemi dont l'éradication constitue le seul objectif de la mise en application de cet arsenal de guerre. V. en détail, E. Mensching, *Luftkrieg und Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2022, pp.583.

⁴¹ D'après M. Sassoli, le principe de distinction est « practically worthless without a definition of at least one of the categories between which the attacker has to distinguish ». M. Sassoli, « Legitimate targets of attacks under international humanitarian law », *International humanitarian law research initiative*, 2003, pp. 1-10, p. 2.

⁴² Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, art. 51 Protection de la population civile. Par 2 « Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile ». Par. 3 « Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par la présente Section, sauf si elles participant directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation ». Ces règles relèvent aussi du droit coutumier J. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary international humanitarian law*, Volume I, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2009 lix-628 p., rule 6, pp. 19 et s. Pour une présentation des effets préjudiciables de l'enlèvement du statut protecteur de civil v. Organization of American States, Report on terrorism and Human rights Inter-American commission on human rights, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 octobre 2002, par. 69 « Others falling within the category of unprivileged combatants are civilians, noncombatant personnel in the armed forces, as well as noncombatant members of the armed forces who, in violation of their protected status, actively engage in hostilities. These persons temporarily forfeit their immunity from direct individualized attack during such time as they assume the role of a combatant. It is possible in this connection, however, that once a person qualifies as a combatant, whether regular or irregular, privileged or unprivileged, he or she cannot on demand revert back to civilian status or otherwise alternate between combatant and civilian status ». Un des aspects les plus cruciaux est celui des limites temporelles de la participation directe aux « hostilités ». Pour la définition de la notion des hostilités et une présentation générale de cette problématique de non-étanchéité des catégories des civils et des combattants v. N. Melzer, *Targeted killing in international law*, Oxford, Oxford university press, 2008, liv-468 p. Les théories les plus importantes sont : la théorie des « actes spécifiques » et la théorie du « désengagement affirmatif ». La première considère comme début de la perte de l'immunité le moment de la participation concrète et s'étend jusqu'à la fin des opérations, permettant à la personne impliquée d'acquérir de nouveau son statut de civil (*revolving door*) tandis que la seconde affirme que les civils regagnent leur immunité au moment d'une distanciation explicite et d'une dissociation manifeste des hostilités.

normatif et reflétant un rapport conflictuel de haute intensité. Un nouveau statut d'ennemi émerge potentiellement, remplaçant les statuts non opératoires des combattants et des civils. Le statut de combattant-ennemi ou de civil ennemi saillirait en tant que fiction juridique, ayant comme objectif de remplacer les statuts figés de combattant et de civil⁴³. Le qualificatif d'ennemi, en l'occurrence, décrirait la volonté d'ôter à la personne concernée, qu'il soit combattant ou civil, la protection qui lui serait accordée en vertu du droit humanitaire, témoignant ainsi d'un rapport conflictuel de haute intensité. Néanmoins, malgré la prolifération des fictions juridiques faisant usage du terme ennemi, en l'associant soit à des civils soit à des combattants, servant l'objectif d'enlever toute protection accordée aux individus qualifiés ainsi, la conformité de ce (nouveau) statut avec le droit international humanitaire n'est pas assurée⁴⁴.

⁴³ La fiction de combattants ennemis ou de combattants illégaux, soutenue par le pouvoir exécutif des États-Unis, puise ses sources dans une construction jurisprudentielle américaine qui remonte à l'affaire *ex Quirin*, d'après laquelle, les combattants peuvent être capturés et déférés devant la justice militaire pour leurs actes qui « render their belligerencies unlawful », US Supreme Court, *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942). La qualification d'ennemi combattant n'y apparaît qu'une fois et semble décrire le même régime juridique que celui de combattant illégitime. Le terme de combattant illégitime décrit ainsi la personne dépourvue du statut de prisonnier de guerre. Dans l'arrêt *Ex Parte Quirin*, pp. 30-31 « By universal agreement and practice, the law of war draws a distinction between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerence unlawful. The spy who secretly and without uniform passes the military lines of a belligerent in time of war, seeking to gather military information and communicate it to the enemy, or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals. » Dans le même arrêt apparaît également la notion de combattant belligérant ainsi que celle d'ennemi belligérant pour qualifier les « citizens of the United States who associate themselves with the military arm of an enemy government », *ibid.* p. 37-38. En dehors du cadre de cette décision, la notion de combattant ennemi apparaît à de nombreuses reprises dans des décisions qui font référence au statut de soldats étrangers capturés ayant transgressé les lois de la guerre. V. par exemple la décision de la Cour suprême *In re Yamashita*, qui portait sur le fondement juridique de l'autorité d'une commission militaire de poursuivre le général de l'armée japonaise sur les îles des Philippines après la cessation des hostilités. P. 11 « The trial and punishment of an enemy combatant who has committed violations of the law of war is not only a part of conduct of war, but also is an exercise of authority sanctioned by congress to administer system of military justice recognized by law of war », we had occasion to consider at length the sources and nature of the authority to create military commissions for the trial of enemy combatants for offenses against the law of war ». p. 7 « We further pointed out that Congress, by sanctioning trial of enemy combatants for violations of the Law of War by military commission, had not attempted to codify the law of war or to mark its precise boundaries ». US Supreme Court, *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946).

⁴⁴ Par ailleurs, il peut être constaté que le terme de combattant ennemi était interchangeable d'autres, à savoir *enemy belligerents*, *unlawful belligerents*, et *unlawful combatants*. Aucune distinction claire entre la notion de combattant illégal et de combattant ennemi ne pouvait être établie. La première fois que le terme d'ennemi combattant apparaît dans le cadre de la guerre contre le terrorisme, est dans un jugement de février 2002. Dans l'affaire United States District Court, *C.D. California Coalition of Clergy v. Bush*, 189 F. Supp. 2 d 1036 (2002), le juge Howard Matz avait rejeté une pétition de habeas corpus, considérant que les détenus étaient d'*aliens* et d'*enemy combatants*. En l'occurrence, l'administration américaine s'est appuyée sur la décision *Ex Quirin* pour déterminer le sort juridique des personnes impliquées dans la guerre contre le terrorisme. En outre, l'expression de « combattant illégitime ennemi » fut employée dans le *Military Commission act de 2006*, s. 3930 109th congress, *Public Law*, 109-366, 17 octobre 2006, 10 U.S.C.A., Chapter 47. En ajoutant le qualificatif d'ennemi, l'administration déniait l'application automatique de la III^{ème} convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre à des combattants illégaux. L'objectif était alors la restriction du champ d'application du régime de prisonnier de guerre. La qualification d'ennemi a été choisie par l'administration américaine pour ne pas se soumettre à l'emprise des Conventions de Genève et du droit humanitaire. Dans un mémorandum de Haynes aux membres de la *ASIL Council on foreign relation*, d'amples explications ont été fournies pour l'utilisation du terme de combattant ennemi. W. J. Haynes « General counsel on foreign relations, Memorandum (Enemy combatant) », *Members of the ASIL-CFR Roundtable*, December 12, 2002, « Enemy Combatant

En effet, le droit humanitaire esquisse un cadre de protection qui est applicable même pour les combattants ou les civils ayant transgressé les règles relatives à leur rôle respectif. Un cadre juridique vide de toute protection pour les personnes impliquées dans les hostilités ne serait pas concevable⁴⁵. Malgré les incertitudes quant à l'effectivité de ce principe à la lumière de la pratique, la distinction entre combattants et civils, prévue explicitement dans l'article 48 du 1^{er} Protocole additionnel aux conventions de Genève de 1948, régit aussi les conflits contemporains⁴⁶. Au-delà de ces cristallisations conventionnelles, la CIJ dans son opinion sur les armes nucléaires a interprété le principe de distinction comme principe cardinal du droit humanitaire⁴⁷.

An "enemy combatant" is an individual who, under the laws and customs of war, may be detained for the duration of an armed conflict. In the current conflict with al Qaida and the Taliban, the term includes a member, agent, or associate of al Qaida or the Taliban. In applying this definition, the United States government has acted consistently with the observation of the Supreme Court of the United States in *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 37-38 (1942): « Citizens who associate themselves with the military arm of the enemy government, and with its aid, guidance and direction enter this country bent on hostile acts are enemy belligerents within the meaning of the Hague Convention and the law of war. » "Enemy combatant" is a general category that subsumes two sub-categories : lawful and unlawful combatants. See *Quirin*, 317 U.S. at 37-38. Lawful combatants receive prisoner of war (POW) status and the protections of the Third Geneva Convention. Unlawful combatants do not receive POW status and do not receive the full protections of the Third Geneva Convention ». V. aussi M. Danner, *Torture and truth : America, Abu Ghraib, and the war on terror*, New York, New York Review of books, 2004, 600 p., p. 42, « This new paradigm renders obsolete Geneva's strict limitations on questioning of enemy prisoners and renders quaint some of its provisions ».

⁴⁵ Il faut rejeter la thèse selon laquelle, les combattants illégaux n'ont pas droit à une quelconque protection en vertu du droit international humanitaire. Le fait qu'une personne ait participé illégalement à des hostilités n'est pas un critère permettant d'exclure l'application de la IV^{ème} Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IVCG) à son égard. Pour les personnes qui ne remplissent pas les conditions d'application de la IVCG, les garanties contenues dans l'article 75 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des conflits armés internationaux (1^{er} PACG), constituent les protections minimales qui s'appliquent à toutes les personnes, y compris les combattants illégaux. Cette interprétation est confortée par l'Art. 45 1^{er} PACG, par.3 3. « Toute personne qui, ayant pris part à des hostilités, n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre et ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable conformément à la IVCG a droit, en tout temps, à la protection de l'article 75 du présent Protocole ». Pour une analyse v. « Commentary on Art. 45 », Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987, xxxv-1625 p. Avant l'adoption du 1^{er}PACG, ces types de combattants illégaux étaient protégés uniquement sur la base de l'article 3 commun des CG en tant que droit international coutumier ou de la Clause dite Martens. L'article 3 commun des quatre Conventions de Genève fixe le minimum commun applicable en période de conflit armé international ou interne. Les principes qu'il contient restent applicables dans des situations non couvertes par le droit humanitaire, comme les troubles ou tensions internes. La clause Martens, introduite dans le préambule de la Convention II de la Haye de 1899, qui doit son nom à Frédéric de Martens, délégué russe à la Conférence de la paix de la Haye de 1899, visait à déterminer le devoir d'humanité des États à l'égard des personnes non concernées, par des dispositions précises.

⁴⁶ 1^{er} PACG, Article 48 — Règle fondamentale : « En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires ».

⁴⁷ CIJ, *Avis consultatif, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, Recueil, 1996, p. 226. Par. 78, p. 257 « Les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire sont les suivants. Le premier principe est destiné à protéger la population civile et les biens de caractère civil, et établit la distinction entre combattants et non-combattants ; les États ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Selon le second principe, il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants ». La CIJ n'a pas exclu la légalité d'application des armes nucléaires, puisque ces dernières sont susceptibles de protéger le droit de l'État à la légitime défense. Elle a, toutefois, souligné que leur application ne pourrait pas être conforme au droit humanitaire. L'opposition entre un droit étatique, d'une part, et des règles régissant les conflits armés est manifeste. Il faut, par conséquent, s'interroger sur la portée normative de ces règles. Le droit à l'existence d'un État est qualifié de règle de *ius cogens*. Le caractère de règle impérative est reconnu

d. L'opposition entre le principe de distinction et la qualification d'ennemi.

22. L'incompatibilité fonctionnelle a été constatée entre la qualification d'ennemi témoignant d'un rapport conflictuel de haute intensité et le statut protecteur de civils. Le caractère ennemi, attaché à des personnes, ne pourrait pas engendrer un régime normatif propre et dépasser les catégories déjà solides du droit international humanitaire. Par conséquent, le principe de distinction met des obstacles à la possibilité de mise en œuvre d'un rapport conflictuel de haute intensité. Il faut, ainsi, se pencher sur des actes qui ne relèvent pas du champ militaire *stricto sensu*, puisque ce dernier est imprégné par le principe de distinction, qui s'analyse en l'octroi des statuts protecteurs.

23. L'interrogation porte sur l'existence et l'identification d'un champ d'action des belligérants qui n'est pas régi par le principe de distinction, et n'est donc pas associé à des statuts protecteurs conférés aux civils.

§ 2 L'inclusion systématique des biens des civils dans le rapport d'inimitié dans le cadre d'une guerre.

En dépit de ce statut protecteur, les civils semblent être visés à titre d'ennemis par des mesures de guerre économique (2.1). Ces mesures de guerre économique sont souvent associées à la guerre au sens formel du terme (2.2).

aussi au respect des civils selon le droit humanitaire. p. 257, par. 79 : « Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier ». La même nature normative a été reconnue au respect des civils par d'autres juridictions internationales. Dans l'affaire Strugar, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a souligné le caractère coutumier du principe de distinction. TPIY, *Le Procureur v. Strugar*, IT 01 41 AR 72, 22 Novembre 2002, par. 10 « the Trial Chamber made no error in its finding that, as the Appeals Chamber understood it, the principles prohibiting attacks on civilians...[in] article 13 of Additional Protocol II [is a] principle of customary international law. Customary international law establishes that a violation of these principles entails individual criminal responsibility ». La même position a été défendue dans l'affaire TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, 15 juillet 1999, not. par. 98, 117, et 132 ; v. aussi TPIY, *Le Procureur c. Kordiz et Cerkez*, IT-95-14/2-T, 26 février 2001, par. 25-34. Le principe de distinction a été aussi mis en premier plan à plusieurs reprises dans des résolutions de l'Assemblée générale ainsi que dans des résolutions du Conseil de sécurité. V. p. ex. Rés. AG 51/112, 5 mars 1997, S/RES/912 (1994), 21 avril 1994 ; S/RES/925 (1994), 8 juin 1994 ; S/RES/935 (1994), 1 juillet 1994 ; S/RES/1181 (1998), 13 juillet 1998. V. aussi le Rapport présenté en application du paragraphe 5 de la Résolution 837 (1993) du CS au sujet de l'enquête menée au nom du Secrétaire général sur les attaques lancées le 5 juin 1993 contre les forces des Nations Unies en Somalie, UN Doc S/26 351, 24 août 1993, par. 9 : « Il n'est pas décisif de savoir si l'espèce considérée tombe clairement sous le coup des dispositions des Conventions de Genève de 1949. Cela n'est même pas important. Les Conventions en question visent les cas de guerre entre États et de guerre civile généralisée. Toutefois, les principes qu'elles consacrent ont une plus large portée. Ces principes, qui font à l'évidence partie du droit international coutumier contemporain, sont applicables dans tous les cas où des moyens militaires sont mis au service de fins politiques. Aucun principe n'est plus pertinent à l'égard du droit humanitaire de la guerre que celui qui fait obligation de respecter la distinction entre combattants et non-combattants. Toute organisation qui prend délibérément pour cible des civils ou s'en sert comme boucliers ou fait autrement preuve d'une indifférence coupable à la règle de la protection des non-combattants viole ce principe et encourt de ce fait une responsabilité pénale ».

2.1– Les civils visés à titre d’ennemis par des mesures de guerre économique

24. Le rapport d’inimitié a été conçu comme un rapport conflictuel de haute intensité. Selon notre hypothèse, le critère d’identification de cette intensité serait l’inclusion des civils dans le rapport d’inimitié. Le principe de distinction rend toute tentative d’inclusion des civils dans le rapport d’inimitié inopérante. En vertu du principe de distinction, la condition des civils relevant de l’État adverse ne pourrait être affectée par des actes militaires que dans la mesure où le droit de la guerre, nommé droit humanitaire à la suite de la Seconde Guerre mondiale, le permet. Il convient ainsi d’étudier, si des mesures de nature économique sont susceptibles de viser les civils.

25. Il faut se demander si le principe de distinction offre un statut protecteur contre des actes d’ingérence de nature économique, mis en œuvre par des belligérants. Si l’application du principe de distinction est affirmée, la situation personnelle et patrimoniale des civils ennemis ne pourrait pas se détériorer sous l’effet d’actes de nature économique. La qualité de civil, conçue comme statut protecteur, s’étendrait ainsi à la situation patrimoniale des ressortissants de l’adversaire. Les biens civils dont les propriétaires ou détenteurs seraient les ressortissants de l’adversaire, devraient ainsi rester intacts, en dehors du rapport conflictuel et non lésés par des mesures de contrainte économique. En revanche, si des limites sont apposées à l’application du principe de distinction, une brèche s’ouvrirait pour la mise en œuvre d’un régime attentatoire, fondé sur la qualification d’ennemi (a).

L’ingérence dans la sphère des intérêts économiques des ressortissants de l’État adverse pourrait, ainsi, être interprétée comme signe d’établissement d’un rapport conflictuel de haute intensité. La mise en œuvre d’un régime discriminatoire (b), attentatoire à la condition économique des civils (c, d), nous permettrait de constater l’existence d’un rapport d’inimitié.

a. Un régime juridique discriminatoire fondé sur une qualification.

26. L’analyse de la pratique législative et réglementaire des États en guerre démontre que des mesures économiques, attentatoires à la situation personnelle et patrimoniale des ressortissants de l’adversaire, sont souvent prises par les États belligérants. Des mesures de caractère économique visent des personnes relevant de la catégorie des civils pour le droit humanitaire et leurs biens, qualifiés des biens civils. La particularité de ces mesures réside dans le fait qu’elles relèvent d’un régime global qui se fonde sur un usage précis de la qualification d’ennemi. Si les raisons d’attribution du caractère ennemi à l’État adverse paraissent être insondables et insaisissables, le terme d’ennemi revient comme qualificatif à un autre niveau, à

savoir le niveau d'interaction économique de l'État belligérant avec les ressortissants -civils- de l'État adverse. Un régime juridique solide, fondé sur une qualification juridique bien précise, émerge. Ce régime concerne le statut personnel, ou patrimonial de l'ennemi étranger. Une nouvelle catégorie normative est ainsi créée, et un recours constant à cette catégorie peut être constaté dans les législations internes des États en état de guerre. Cet usage récurrent de la qualification d'ennemi dans les actes internes des belligérants témoigne d'un rapport conflictuel de haute intensité. La mise en œuvre d'un régime juridique précis, fondé sur l'attribution du caractère ennemi à des civils, est ainsi perçue comme preuve d'émergence d'un rapport d'inimitié. L'usage de ce qualificatif semble constituer le signe de passage d'un régime marqué par des lois de sûreté ou des mesures de police administrative vers une pratique de « guerre économique »⁴⁸.

b. La guerre économique comme condition de mise en œuvre d'un régime discriminatoire.

27. La tentative de saisir juridiquement le concept de guerre économique dans sa globalité s'avère probablement vaine. Plusieurs manifestations hétérogènes de la contrainte économique pourraient être regroupées sous cette notion⁴⁹. Il a été affirmé que la guerre économique est automatiquement déclenchée à la suite d'une déclaration formelle de guerre⁵⁰. Par conséquent, l'emploi du terme guerre économique ne concerne que des mesures prises lors de l'état de

⁴⁸ D. Cumin, *Le droit de la guerre*, vol. 2, Paris, Harmattan, 2015, 1681 p., p. 894.

⁴⁹ Pour une présentation de différents usages et les différents registres du terme v. A. Laidi, *Les États en guerre économique*, Seuil, Paris, 2010, 329 p.

⁵⁰ D. Steinicke, *Wirtschaftskrieg und Seekrieg, die allgemeine völkerrechtliche Anerkennung des anglo-amerikanischen Kriegsbegriffes und ihre Rechtsfolgen*, Hamburg, Forschungsstelle für Völkerrecht, 1970, 100 p. L'auteur précise que les mesures de guerre économique sont qualifiées de mesures de guerre au sens juridique du terme not. p. 72.

guerre formel⁵¹. Selon ce raisonnement, les actes de contrainte économique pris en dehors de l'état de guerre ne relèveraient pas de l'institution de guerre économique⁵².

28. Malgré l'échec de proposition d'une définition unitaire englobant plusieurs pratiques, l'examen de la pratique et de l'usage du terme par des acteurs internationaux ainsi que par la doctrine démontre qu'une partie de ce phénomène disparate consiste en des mesures dirigées contre la propriété privée des ressortissants de l'État qui est la cible ultime de la guerre économique⁵³.

⁵¹ La distinction a été proposée entre la guerre économique au sens large et au sens étroit du terme. La guerre économique au sens étroit du terme comprendrait des mesures prises dans le territoire de l'État belligérant se dirigeant contre les ressortissants ennemis et leurs biens. « La notion de guerre économique est, d'après son libellé, très large, de sorte que l'on pourrait y inclure toutes les mesures de guerre qui sont dirigées contre l'économie nationale ennemie. Cette interprétation semble cependant trop générale pour une approche juridique, de sorte qu'il est recommandé de différencier davantage le contenu, d'autant plus que la notion a fait l'objet de certaines délimitations dans la littérature, comme l'illustrent, par exemple, les termes de "guerre économique au sens strict" et de "guerre économique au sens large", voire de "guerre commerciale maritime" ». H. Dietz, *Völkerrecht und deutsche Prisenrechtsprechung im Zweiten Weltkrieg*, Frankfurt am Main, Metzner, 1979, xxxiv-424 p., p. 30. Sur la différence entre la guerre économique au sens étroit et au sens large du terme v. aussi F. J. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, vol. 2, Kriebsrecht, München, Beck, 1962, xvi-312 p., pp. 197-198 : « Par guerre économique au sens large, il faut entendre toutes les mesures prises par un belligérant contre la puissance économique de l'adversaire, quels que soient les moyens utilisés. Elle comprend donc non seulement les mesures prises contre l'économie de l'adversaire par voie législative, administrative et judiciaire par les organes de son propre État, mais aussi les mesures prises contre l'économie de l'adversaire par des moyens militaires [...]. La guerre économique au sens large comprend également les mesures prises par les belligérants contre l'économie des neutres, dans la mesure où elles visent à frapper indirectement la puissance économique de l'adversaire [...] La guerre économique au sens large comprend enfin les mesures prises par les belligérants dans le territoire occupé, qui ne visent pas tant à affaiblir l'économie de l'ennemi qu'à renforcer la leur et les moyens économiques de leur armée ». À cette conception s'oppose la notion de guerre économique au sens étroit du terme « [P] ar guerre économique au sens étroit et propre du terme, on entend toutes les mesures prises par un belligérant contre la puissance économique de son adversaire. [...] La guerre économique proprement dite comprend donc essentiellement — par opposition aux mesures de la force militaire — les mesures de la force civile qui créent d'abord une base pour une réglementation par voie de loi ou de décret, différente de la réglementation de droit de paix du droit interne régissant la condition des étrangers ainsi que du droit interétatique des transports et du commerce, mais aussi les mesures de nature administrative, judiciaire ou privée (résiliation de contrats, etc.). [...] Il s'agit notamment des mesures suivantes : a) la détermination du cercle des personnes présentant un caractère hostile et affectées ainsi des mesures de guerre économique proprement dites, b) la limitation ou l'interdiction de la comparution des personnes ennemies devant les tribunaux du belligérant, c) l'interruption des relations commerciales et de circulation avec les personnes privées ennemies, d) la limitation ou la non-validité des contrats conclus avec des personnes privées ennemies, e) les atteintes aux biens privés ennemis », *idem*, p.198. V. aussi G. Brodnitz, *Das System des Wirtschaftskrieges*, Tübingen, Mohr, 1920, 192 p., p.1. « Par guerre économique, nous entendons l'ensemble des mesures prises en vertu des lois de la guerre pour écraser économiquement l'adversaire ». Dans son analyse l'auteur n'emploie pas le terme pour se référer à des mesures militaires. V. aussi. A. Verdross, *Völkerrecht*, Wien, Springer, 1964, 671 p., p.468 « Alors que les actions de combat ne sont autorisées que contre les combattants, d'autres actions de guerre peuvent être entreprises contre tous les ressortissants ennemis. Les mesures de guerre économique prises sur le territoire national contre la population civile ennemie sont regroupées sous le terme de guerre économique ».

⁵² « La guerre économique, en tant que guerre au sens juridique du terme, renvoie, d'une part, à des mesures économiques et, d'autre part, à des mesures militaires à des fins économiques prises à l'occasion de l'état de guerre régi par le droit international public. Ce terme ne correspond pas aux mesures de concurrence économique prises lors de l'état de paix et qui sont souvent décrites par le terme de guerre froide. [...] La notion de guerre économique comprend donc toutes les mesures militaires et économiques prises durant un état de guerre et destinées à perturber ou à détruire l'économie de guerre ennemie. Les mesures de guerre économique de nature militaire comprennent toutes les mesures de nature militaire coercitive prises par les membres des forces armées contre l'économie de guerre ennemie, tandis que les mesures de guerre économique de nature économique comprennent toutes les autres mesures prises par les pouvoirs publics, c'est-à-dire par la législation, l'administration et la jurisprudence, dans le domaine du commerce et de l'économie, pour nuire directement ou indirectement à l'économie de guerre ennemie ». D. Steinicke, *Wirtschaftskrieg und Seekrieg*, *op.cit.*, pp. 73-74.

⁵³ D'après H. Held, une tentative à fournir une définition juridique de la guerre est repérable dans la Conférence des alliés de Paris en 1916, H. Held, « Wirtschaftskrieg », pp. 576-634, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*

29. Le régime normatif de la guerre économique comporte des règles relatives au droit des étrangers qui se distinguent de celles applicables en période de paix⁵⁴. Ces pratiques se fondent sur le caractère d'ennemi attaché à des personnes et à des biens civils⁵⁵. Dans ce cas spécifique, leur qualité de civil ne se présente pas comme un obstacle pour la qualification d'ennemi. La corrélation étroite entre la guerre économique et cette qualification est d'ailleurs soulignée par certains auteurs⁵⁶. Le caractère d'ennemi attribué engendre la mise en œuvre de pratiques discriminatoires à l'égard des personnes et des biens qualifiés de cette manière⁵⁷. L'attribution du caractère ennemi à des personnes ou des biens qualifiés de civils par le droit humanitaire

und der Diplomatie, Band 3, 1929, 1316 p., p. 594 « Lors de la Conférence économique de Paris des 14-17 juin 1916, les gouvernements alliés se sont mis d'accord sur le fait qu'à l'avenir, le commerce avec les habitants du territoire ennemi, quelle que soit leur nationalité, avec les ressortissants de l'ennemi et avec les entreprises contrôlées par l'ennemi serait en principe interdit. La codification des principes du droit de la guerre économique repose donc sur une combinaison du principe de territorialité avec le principe de nationalité et le principe britannique de rattachement économique à l'ennemi (*Wirtschaftszugehörigkeit*). Une marge discrétionnaire pour l'appréciation de la dépendance économique (*Wirtschaftskonnexität*) est laissée au gouvernement de chaque État. Les décisions retenues se reflètent dans les listes noires élaborées par l'exécutif. Toute personne figurant sur cette liste est considérée comme un ennemi au sens de l'interdiction du commerce. La possibilité d'établissement des listes noires pour conférer la qualité d'ennemi aux personnes y figurant a été approuvée lors de la Conférence économique de Paris de 1916 ». Sur l'importance de la Conférence de Paris de 1916 pour l'institution de guerre économique v. I. Jastrow, *Völkerrecht und Wirtschaftskrieg, Bemerkungen und Aktenstücke zur Methode der englischen Wirtschaftskriegführung*, Breslau, Kern 1917, 96 p., p. 18 « Le premier tiers des Résolutions de Paris constitue en fait une petite codification du droit international public sur la propriété et le commerce des sujets ennemis, telle que les auteurs des Résolutions la conçoivent ».

⁵⁴ Trois catégories des personnes ont ainsi été établies au moment de la déclaration de guerre. Quand la guerre éclate entre deux États « Relativement à chacun d'eux les sujets de l'autre ne seront plus simplement des étrangers ; ce seront désormais des ennemis, c'est-à-dire des suspects, car l'amour, très légitime d'ailleurs, dont on doit supposer qu'ils sont animés envers leur partie constitue à lui seul une raison suffisante pour les faire soupçonner de vouloir servir ses intérêts par tout moyen. [...] L'intérêt des particuliers ennemis s'accorde donc avec celui de l'État pour les faire soumettre, dès le début des hostilités, à des mesures de police plus ou moins sévères, Non seulement on leur interdira dorénavant l'accès au territoire, mais ceux qui s'y trouvaient en seront expulsés, ou bien, s'ils continuent à y demeurer, ils y seront soumis à une surveillance particulière ou même à une véritable détention ». p. 349-350 Valéry J., De la condition en France des ressortissants des puissances ennemis, *RGDIP* 1916 p. 349-394. La préservation de la sécurité interne semble être l'objectif poursuivi par cette catégorisation des étrangers. « La vie d'un État ne peut être saine et normale qu'autant que tous les hommes qui se trouvent groupés à l'intérieur de ses frontières ont les mêmes pensées que lui, et sont disposés à seconder sa politique. C'est là un besoin particulièrement impérieux en temps de guerre, car, s'il est nécessaire à un organisme que toutes les parties qui le composent fonctionnent d'une manière concordante et harmonieuse, jamais ce besoin ne se fait autant sentir que lorsqu'il se trouve dans cet état de trouble qu'est une maladie. Or, les périodes de guerre ne sont-elles pas pour les nations de véritables périodes de maladie, périodes au cours desquelles, par conséquent, il leur importe de rejeter tous les éléments étrangers dont la présence pourrait troubler l'ordre la bonne entente, l'harmonie, plus indispensables alors que dans n'importe quelle autre circonstance ? p. 357.

⁵⁵ À la guerre économique et souvent associée la guerre totale. Comme cela a été déjà souligné, cette dernière forme de guerre impliquant des attaques contre tous les centres de production de l'adversaire et mêmes les villes, rend désuètes les règles du droit de la guerre. Elle reconnaît aux belligérants une latitude quasi absolue dans l'emploi des moyens et le choix des méthodes de guerre. L. Kotsch, *The concept of war in contemporary history and international law*, Genève, Droz, 1956, 310 p., p. 125 : « Total economic warfare signifies the extension to a nation-wide scale of the right to reduce a besieged place by starvation ».

⁵⁶ Chr. Dominicé, *La notion du caractère ennemi des biens privés dans la guerre sur terre*, Genève, Droz, 1961, 255 p., p. 14-15 : « [D] e sorte qu'on range de façon générale parmi les normes de la guerre économique celles qui, délaissant la traditionnelle entre combattants et non-combattants, attachent au "caractère ennemi" des personnes et des biens des conséquences juridiques préjudiciables aux intérêts de l'Adversaire, par la modification qu'elles apportent au régime juridique normal de ces personnes et de ces biens. Ces normes sont celles qui visent : a) le contrôle et l'interdiction du commerce, au sens le plus large, avec l'ennemi ; b) Le contrôle et le traitement de la propriété privée, ennemi et neutre, notamment des capitaux et des sociétés commerciales ; c) Le droit d'ester en justice (*persona standi in judicio*) ; d) Dans la guerre maritime, le droit de prise, la contrebande, le blocus. »

⁵⁷ V. p. ex. Verdross, *Völkerrecht, op.cit.*, p. 469

visé à neutraliser le cadre protecteur à leur égard et permet la mise en place d'un régime de contrainte économique⁵⁸.

30. Dès lors, la facette économique de la guerre et ses conséquences directes ou indirectes sur la population civile représentent un défi majeur pour le principe de distinction, en vertu duquel un régime protecteur est reconnu au profit des civils. Le statut protecteur des civils serait ainsi menacé non pas par des actions militaires mais par la prolifération des mesures de contrainte économique qui visent leur statut économique. Par l'usage du terme « statut économique des civils », il s'agit de faire référence à la propriété privée et au commerce entrepris par eux. L'ingérence dans le statut économique, à savoir les atteintes à la propriété privée ou au commerce privé, ne s'effectue pas par des mesures militaires mais par des mesures de contrainte économique.

c. L'ingérence de la guerre dans l'économie privée ennemie

31. Ce type de mesures met en exergue la relation qui existe entre la guerre et l'économie, la première étant entendue comme affaire de l'État et la deuxième comme élément inhérent au fonctionnement paisible de la société civile. En effet, l'approche belliqueuse de la concurrence économique, conforme à la tradition du mercantilisme, est rejetée par la tradition libérale fidèle à la tradition du « doux commerce » et de l'interprétation des pratiques concurrentielles en tant que « forme de coopération »⁵⁹. Si le commerce est censé remplacer la guerre, cela est dû au fait que la guerre, dépourvue de toute utilité et de toute qualité glorificatrice, « achète par les malheurs du présent les malheurs de l'avenir ».⁶⁰ Loué pour sa douceur, qui s'oppose à la dureté de la violence militaire, le commerce substitue « la concurrence à la guerre et la négociation à

⁵⁸ Cumin, *Le droit de la guerre, op.cit.*, p. 898 : « La “guerre économique” délaisse la distinction combattants/non-combattants pour attacher au caractère ennemi — caractère fondé principalement sur la nationalité de la personne propriétaire du bien — des conséquences coercitives préjudiciables, que l'on retrouve dans la guerre maritime et aérienne ainsi que dans les sanctions économiques en temps de paix. Là les personnes sont inquiétées, mais dans leur propriété seulement, pour ce qu'elles sont, pas pour ce qu'elles font. Le point clef est donc la détermination du caractère ennemi ».

⁵⁹ J. Ph. Feldman, « Principe ami-ennemi et catallaxie. Carl Schmitt, le libéralisme et la guerre », *Droits*, 2007, n. 46, pp.67-96, p.88 : « Aux yeux des libéraux, les mercantilistes, parce qu'ils considèrent que l'économie est un jeu à somme nulle, transposent dans l'économie leur vision antagoniste des rapports politiques. Ce sont eux qui font des échanges une véritable “guerre économique”. Or, la concurrence n'est pas assimilable à un état de guerre puisqu'elle vise à offrir aux consommateurs les meilleurs biens et services aux meilleurs prix. Elle n'est d'ailleurs pas un état, mais une procédure ; précisément une procédure dynamique de découverte de ce que chacun ignore. Bien loin d'être un état de guerre, elle est ainsi une forme de coopération ». Aux antipodes des physiocrates, Rousseau décelait le caractère belligène des rapports commerciaux privilégiant plutôt un protectionnisme autarcique. Selon lui, les rapports marchands, guidés par l'amour propre, entraînaient la guerre commerciale, v. à ce sujet, E. Desmons, « Rousseauisme, souveraineté et commerce entre les nations », *Droits*, 2016, n. 64, pp. 3-16.

⁶⁰ Expression utilisée par Constant dans « L'esprit de la conquête », B. Constant, *Écrits politiques*, textes choisis, présentés et annotés par M. Gauchet, Gallimard, Paris, 1997, 870 p., p.176. Ch. XV « Résultats du système guerrier à l'époque actuelle ». Constant assimile la conquête à la guerre agressive, *idem* : « Les nations commerçantes de l'Europe moderne, industrieuses civilisées, placées sur un sol assez étendu pour leurs besoins, ayant avec les autres peuples des relations dont l'interruption devient un désastre, n'ont rien à espérer des conquêtes. »

la prédation »⁶¹. Le commerçant semble ainsi sceller définitivement le sort du citoyen-soldat, idéal des cités antiques.

32. La guerre économique se trouve aux antipodes de cette conception. Il est évident que la guerre économique, par le biais de l'inclusion des civils dans le rapport d'inimitié, dénature le rôle pacificateur des échanges économiques⁶². Dans le cadre d'une guerre économique, les intérêts du commerce et du gain individuel se laissent fléchir par l'idéal patriotique de la mort pour la patrie, qui conditionne l'exercice de la citoyenneté⁶³. La guerre économique est ainsi une institution qui attribue une importance particulière à la place des civils. Le ciblage des civils par des mesures de contrainte économique est une pratique récurrente qui relève de la guerre économique. L'objet des atteintes de nature économique, opérées en vertu de l'attribution du caractère ennemi aux ressortissants-civils de l'adversaire, sont les biens. La guerre économique serait ainsi associée à l'atteinte économique à des droits patrimoniaux des ressortissants de l'adversaire, signe d'un rapport conflictuel de haute intensité.

⁶¹ C. Spector, *Montesquieu : pouvoirs richesses et sociétés*, Hermann, Paris, 2010, 396 p., p. 295.

⁶² Néanmoins, cette opposition radicale entre le commerce et la guerre doit être nuancée. Même si le commerce tend à rendre la confrontation militaire obsolète en tant que technique, il obéit à la même finalité, à savoir l'aspiration à la possession. V. à ce sujet, B. Constant, *Écrits politiques, op. cit.*, ch. II : « Du caractère des nations modernes relativement à la guerre », p. 130 « La guerre et le commerce ne sont que deux moyens différents d'arriver au même but : celui de posséder ce que l'on désire. Le commerce n'est autre chose qu'un hommage rendu à la force du possesseur par l'aspirant à la possession. C'est une tentative pour obtenir de gré à gré ce qu'on n'espère plus conquérir par la violence. Un homme qui serait toujours le plus fort n'aurait jamais l'idée du commerce. C'est l'expérience qui, en lui prouvant que la guerre, c'est-à-dire l'emploi de sa force contre la force d'autrui, est exposée à diverses résistances et à divers échecs, le porte à recourir au commerce, c'est-à-dire à un moyen plus doux et plus sûr d'engager l'intérêt des autres à consentir à ce qui convient à son intérêt. La guerre est donc antérieure au commerce. L'une est l'impulsion sauvage, l'autre le calcul civilisé. Il est clair que plus la tendance commerciale domine, plus la tendance guerrière doit s'affaiblir ». En évoquant la jalousie commerciale anglaise, Montesquieu voyait derrière la défense effrénée des intérêts particuliers, une concurrence qui s'apparentait à une véritable guerre, qui empruntait toutefois d'autres méthodes. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Œuvres complètes, Paris, Gallimard, bibliothèque de la Pléiade, t. II, 1951, 1809 p., livre XIX ch. 27. p. 578 « Une nation commerçante a un nombre prodigieux de petits intérêts particuliers ; elle peut donc choquer et être choquée d'une infinité de manières. Celle-ci (l'Angleterre) deviendrait souverainement jalouse ; et elle s'affligerait plus de la prospérité des autres, qu'elle ne jouirait de la sienne. Et ses lois, d'ailleurs douces et faciles ; pourraient être si rigides à l'égard du commerce et de la navigation qu'on ferait chez elle, qu'elle emblerait ne négocier qu'avec des ennemis ». Sur l'aspect belliqueux du commerce britannique v. C. Spector, *Montesquieu : pouvoirs richesses et sociétés, op. cit.*, p. 314 : « L'Angleterre, nation commerçante par excellence, n'a certes pas renoncé à la guerre, pas plus qu'elle n'a renoncé à l'empire. Simplement, il s'agit à présent de "guerre de mer" et d'empire maritime, voué au commerce et non à la domination ». Pour une réflexion sur le rôle pacificateur du commerce et ses limites v. G. Barrera, « Le "doux" commerce et la paix chez Montesquieu », pp.13-23, dans G. Barrera, P. Ducoulombier, E. Maulin, *Le commerce et la paix*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2017, 209 p., p. 22 : « Le commerce porte-t-il à la paix ? C'est à voir ! Il porte à la concurrence, la concurrence à la guerre. Celles du siècle de Montesquieu en attestent pleinement. Dès le 17^{ème} siècle, les Hollandais, qui avaient supplanté les Portugais en Indonésie, avaient été supplantés *manu militari* par les Anglais. Et le 18^{ème} siècle marque nettement le lien du commerce avec l'empire. L'Angleterre des Hanovre a pénétré violemment en Amérique espagnole, en brisant l'exclusif. La guerre de sept ans, le traité de Paris de 1763 imposent la prédominance et l'empire britannique de l'Inde au Canada contre la France. Les nations commerçantes sont des nations rivales. La guerre n'est jamais loin ».

⁶³ E. Desmons, *Mourir pour la patrie ?*, Paris, PUF, 2001, 128 p., p. 15 : « L'individu moderne, préoccupé de commerce et de souci de soi, aimera peut-être se persuader de l'arrivée d'une fin de l'histoire rassurante dans laquelle la guerre n'aurait plus sa place : à l'utopie patriote usée succédera une idéologie pacifiste incertaine, une autre illusion censée enfouir définitivement la question du fondement moral de l'obligation militaire — et par conséquent liquider une dimension du questionnement philosophique sur la mort — au nom du *diktat* d'un Présent radieux et aveuglant, placé sous les auspices de l'économie et du doux commerce ». La découverte « de la perspective économique au début du 18^{ème} siècle va tendre à faire du patria mori un enjeu inutile » *idem*, p. 59.

d. Les biens privés comme cibles de la guerre économique

33. Les mesures affectant les civils ennemis et leurs biens ont été souvent pensées comme relevant de l'institution protéiforme de la guerre économique⁶⁴. Dans le cadre de la guerre économique, l'expression « biens des civils ennemis » ne paraît pas contradictoire. Cela s'explique par le fait que le principe de distinction n'est pas transposable au champ de la guerre économique⁶⁵. L'usage du terme « civil » n'a pas comme effet l'octroi d'un régime protecteur, incompatible en soi avec le qualificatif ennemi. D'après cette analyse, la guerre économique offrirait le cadre qui permet de saisir un usage juridique bien précis du qualificatif ennemi, attribué à des personnes relevant de l'État adverse et à leurs biens. Cet usage est interprété comme signe d'établissement d'un rapport conflictuel de haute intensité, à savoir d'un rapport d'inimitié. Il faut alors examiner, sous quelles conditions, ce régime discriminatoire affectant « les biens des civils ennemis », peut être mis en œuvre.

2.2– Les civils visés à titre d'ennemis par des mesures de guerre au sens formel.

34. Dans le cadre de la guerre économique, les ressortissants de l'adversaire peuvent être visés. Plus précisément, leurs biens peuvent subir les effets d'un régime discriminatoire. Le recours à ce type de mesures, mises en œuvre à la suite d'une qualification explicite d'ennemi, est souvent associé à l'état de guerre formel⁶⁶. Si les mesures contre des ennemis étrangers et contre des biens privés ennemis présupposent un état de guerre au sens formel (b), il convient de se pencher sur ce terme (a)⁶⁷.

⁶⁴ Pour une réflexion générale sur le rapport entre la guerre et la pensée économique v. E. Silberner, *La guerre dans la pensée économique du XVIème au XVIIIème siècle*, Sirey, Paris, 1939, 301 p. et E. Silberner, *The problem of war in XIXth century economic thought*, Princeton Univ. Press, 1946, 332 p.

⁶⁵ Les mesures de guerre économique « sont ainsi dirigées sans discrimination contre tous les ressortissants ennemis », D. Steinicke, *Wirtschaftskrieg und Seekrieg*, *op. cit.*, p.74.

⁶⁶ La guerre au sens formel du terme est aussi nommée guerre *stricto sensu*. Lors d'une guerre *stricto sensu* « [C] haque belligérant peut même saisir les biens privés des États ennemis. Les individus ne sont pas épargnés, comme il ressort surtout des pratiques des deux dernières guerres. A l'opposé de la conception traditionnelle soutenue par des auteurs classiques, la guerre n'a jamais été une entreprise intéressant exclusivement les États et non les peuples. Les nationaux de chaque belligérant perdent le droit de commercer avec l'ennemi. La situation des ressortissants ennemis est encore plus gravement affectée. Leurs biens peuvent être mis sous séquestre ; les traités de paix de 1947 ont entériné de telles mesures. Ils peuvent être expulsés. Lors des deux dernières guerres, ils ont même fait l'objet de mesures d'internement administratif ». M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2022, 2048 p., p.1076

⁶⁷ « En cas de conflit armé international, qu'advient-il des ressortissants de l'État (ou de la collectivité) A situé dans l'État (ou la collectivité) B ? Qu'advient-il également des biens, matériels ou immatériels, appartenant aux personnes ennemies (publiques ou privées) ? Du traitement des personnes à celui des biens, on passe de pouvoirs de police, réglés conventionnellement, à une pratique de "guerre économique". Cumin, *Le droit de la guerre*, *op.cit.*, p.894.

a. Le lien étroit entre l'institution de guerre au sens formel et les mesures visant les biens des civils ennemis.

35. Cette réflexion sur les critères d'identification de la guerre au sens formel du terme, se fonde sur une appréciation objective du degré d'intensité du lien conflictuel. L'état de guerre, censé refléter le plus haut degré d'hostilité entre des adversaires, se concrétise notamment dans des mesures visant les ressortissants de l'adversaire et leurs biens en vertu de l'attribution du caractère d'ennemi. La mise en œuvre d'un tel régime juridique, pourrait être conçue comme critère objectif d'existence d'une guerre au sens formel. Un lien intrinsèque apparaît ainsi entre la guerre au sens formel et l'usage juridique du qualificatif d'ennemi. Un lien de causalité apparaît entre ces deux concepts. La mise en œuvre d'un tel régime pourrait être présentée comme à la fois la cause et l'effet de prise d'une décision de déclenchement d'une guerre au sens formel du terme. Un tel régime discriminatoire peut être mis en œuvre, à la suite d'une déclaration de guerre. Dans ce cas, la déclaration de guerre est qualifiée d'acte-condition, engendrant l'application d'un régime juridique précis sur plusieurs niveaux⁶⁸.

36. Le recours à des mesures de guerre économique visant les ressortissants de l'adversaire et leurs biens privés est souvent interprété comme preuve de l'*animus belligerandi* de l'État. En effet, cet élément subjectif peut se concrétiser « de manière objective » en une déclaration de guerre, en un ultimatum ou même prendre la forme d'un acte de guerre⁶⁹. Parmi les actes

⁶⁸ A. Hamann, « Le statut juridique de la déclaration de guerre », *Jus politicum*, n. 15, 2016, pp. 1-39, p. 21-22. Selon l'auteur, la déclaration de guerre en tant qu'acte-condition « produit une modification de trois types de rapports de droit : d'abord, entre les États aussi bien belligérants que non-belligérants ; ensuite entre un État belligérant et les ressortissants d'un autre État belligérant ; enfin entre les ressortissants des États belligérants ». Par ailleurs, une guerre au sens formel pourrait décrire le cadre des relations juridiques entretenues par des États même en absence d'hostilités réelles. Cela fut le cas pour plusieurs États à l'égard de l'Allemagne au cours de la Première Guerre mondiale, et pour plus de la moitié des adversaires de l'Axe durant la Seconde Guerre mondiale.

⁶⁹ A. McNair, « The legal meaning of war, and the relation of war to reprisals », *Transactions of the Grotius society*, 1925, vol. 11, pp. 29-51, p.45 : « A state of war arises in International law (a) at the moment, if any, specified in a declaration of war; or (b) if none is specified, then immediately upon the communication of a declaration of war; or (c) upon the commission of an act of force, under the authority of a State, which is done *animo belligerandi*, or which, being done *sine animo belligerandi* but by way of reprisals or intervention, the other State elects to regard as creating a state of war, either by repelling force by force or in some other way; retroactive effect being given to this election, so that the state of war arises on the commission of the first act of force ». Pour une critique de la conception subjective fondée sur l'*animus belligerandi* v. Sir Wilfrid Greene, dans l'affaire de la Cour d'appel britannique, *Kawasaki Kisen Kabushiki of Kobe v. Bantham S.S. Co. Ltd.*, 1939, 2 K. b. 544, 577 C.A., *AJIL*, 1940, pp.533-536, p.535 « What *animus belligerandi* meant was again a matter of obscurity and to define war by relation to it came near to define war by itself ». L'élément subjectif prouvant l'éclatement de l'état de guerre peut aussi se refléter dans le comportement de l'État subissant les effets du premier recours à la force armée, à ce sujet v. Q. Wright, « Changes in the conception of war », *AJIL*, 1924, vol. 18, pp. 755-767, not pp.758-759 : « War begins when any state of the world manifests its intention to make war by some overt act, which may take the form of an act of war, a declaration of war or an *ultimatum* with a time limit. Between states parties to the III Hague Convention of 1907 (the contracting powers recognize that hostilities between themselves must not commence without previous and explicit warning, in the form either of a declaration of war, giving reasons, or of an ultimatum with conditional declaration of war) war can only begin by the last two of these methods. Acts of war unaccompanied by a declaration do not begin war for such states, though they may call forth a declaration by the party

susceptibles d'être interprétés en tant que preuve de cet *animus*, figure le recours aux mesures de guerre économique visant les ressortissants ennemis et leurs biens. Le seul constat du recours à ces mesures serait, ainsi, suffisant pour la transformation automatique du conflit en guerre au sens formel⁷⁰. En effet, si un État, engagé dans un conflit armé, non-qualifié de guerre par aucune des parties impliquées, décide de mettre en vigueur des mesures internes attentatoires à la sphère privée des ressortissants de l'État adverse (interdiction du commerce avec l'ennemi, contrôle ou séquestre des biens privés définis ennemis e.t.c.), ce recours pourrait être perçu en tant que preuve de l'*animus belligerandi*. Dans ce cas, le conflit se trouverait transformé *ipso facto* en guerre au sens formel.

37. Il paraît ainsi que le régime discriminatoire en question soit l'un des critères d'identification de la guerre au sens formel. Le recours aux mesures contre les ressortissants ennemis et leurs biens nous permettent de distinguer entre, d'une part, l'état de guerre au sens formel du terme et, d'autre part, les représailles armées, les conflits armés qui n'atteignent pas le seuil de la guerre, voire les sanctions. Pour ces rapports d'hostilité une partie de la doctrine utilise souvent la notion de guerre au sens matériel⁷¹. Le recours à des mesures de guerre économique affectant le sort des civils ennemis et de leurs biens semble ne pas être autorisé en temps de guerre au sens matériel⁷². Cette distinction met en avant la différence entre la guerre

attacked which does. For states not parties to this convention, an act of war can always be construed by either attack or the attacked as initiating war, but if neither of them does so construe it, war does not exist ».

⁷⁰ Sur la relation entre la guerre économique et l'état de guerre Dominicé souligne que « [L]a pratique internationale ne révèle pas que dans des situations de guerre au sens matériel, les parties au conflit aient pris des mesures semblables à celles qui, en temps de guerre s'attachent à la définition du caractère ennemi et aux conséquences qui en découlent, notamment pour les ressortissants d'États tiers qui pourraient être ainsi affectés du caractère ennemi et aux conséquences qui en découlent, notamment pour les ressortissants d'État tiers qui pourraient être ainsi affectés », Dominicé, *op.cit.* p. 30.

⁷¹ P. Guggenheim, *Traité de Droit international public : avec mention de la pratique internationale et suisse*, Genève, Georg et Cie, 1953, 2 vol., xxviii-592 p., xv-592 p., pp. 312-314 ; H. Briggs, *The law of nations*, Appleton Century, New York, 1952, xxvii-1108 p., p. 975 ; Ph. Jessup, « Should international law recognize an intermediate status between peace and war? », *AJIL*, 1954, vol. 48, pp. 98-103.

⁷² Cette thèse est adoptée par une partie de la doctrine, v. Guggenheim, *Traité de droit international public*, *op.cit.*, p. 312 : « On doit se demander si les normes du droit de la guerre sont également applicables à d'autres actes de coercition, comme les représailles armées, les mesures collectives d'exécution forcée de caractère militaire prises par l'organisation internationale et la guerre civile (guerre au sens matériel). Les règles du droit de la guerre qui ont un caractère à la fois militaire et humanitaire s'appliquent certainement à tous ces actes, pour autant qu'il s'agisse de conflits armés et internationaux. Cette constatation est conforme aux tendances juridico-politiques qui, pour des raisons humanitaires, veulent étendre certaines des limitations mises à l'emploi des moyens militaires à tout conflit, quelle que soit sa qualification formelle. C'est ainsi que les mesures contre la propriété privée ennemie, les normes concernant le commerce avec l'ennemi, les dispositions relatives au caractère pacifique des personnes et des corporations ne sont appliquées que dans une guerre au sens formel. Il se peut que certaines mesures analogues soient prises en temps de paix lorsque les relations sont exceptionnellement mauvaises entre certains États (guerre froide). Des limitations à l'exportation de produits d'importance stratégique ont été mises en vigueur en 1951 par les États-Unis d'Amérique à l'égard de l'Union Soviétique, ainsi qu'à l'égard de la Chine communiste, dont le gouvernement n'est pas reconnu par les États-Unis. Toutefois, il ne s'agit pas là de mesures relevant du droit de la guerre, mais de mesures de politique commerciale, politique qui n'est soumise à aucune autre règle de droit international que d'éventuelles dispositions conventionnelles ».

en tant que statut et la guerre en tant qu'action⁷³. Si la guerre, conçue en tant qu'action, renvoie à des opérations militaires, la guerre en tant que statut se résume à des mesures sans lien nécessaire apparent avec le recours à la force armée⁷⁴. Cette conception de guerre est rejetée par des auteurs qui insistent sur la dimension exclusivement militaire de la guerre et mettent ainsi l'accent sur la dimension de la guerre en tant qu'action. Selon eux, l'*animus belligerandi* ne s'exprime et ne se matérialise que par des actes de guerre et non pas par l'entrée en vigueur d'un statut spécifique relevant d'une législation de guerre et portant sur la condition personnelle ou patrimoniale des ressortissants de l'adversaire⁷⁵.

38. L'ingérence contre les biens des ressortissants ennemis est ainsi associée à une réflexion portant sur la guerre au sens formel du terme. Le régime attentatoire aux statuts patrimoniaux des ressortissants de l'adversaire se fonde ainsi sur un état spécifique. Néanmoins, la proclamation d'un état de guerre, engendrant la mise en œuvre d'un régime spécifique, ne semble plus conforme aux règles du droit international.

b. L'hypothèse de mise en œuvre d'un régime attaché aux biens ennemis en dehors du cadre de la guerre au sens formel du terme.

39. L'étude des mesures visant les ressortissants de l'adversaire et leurs biens a toujours été associée à une réflexion relative à l'état formel de guerre. Cet usage spécifique du terme ennemi était à la fois la conséquence et la condition de proclamation d'un état formel de guerre.

⁷³ Cette opposition entre la guerre comme action et la guerre comme statut a été soulignée par Grotius qui s'appuie sur Cicéron. Cicéron a défini la guerre : « Sur le point de traiter du droit de la guerre, nous devons voir ce que c'est que la guerre, ce que c'est le droit dont il s'agit. Cicéron a défini la guerre : "un débat qui se vide par la force." Mais l'usage a prévalu de désigner par ce mot non pas une action, mais un état ; ainsi la guerre est l'état d'individus qui vident leurs différends par la force, considérés comme tels ». *De jure belli*, Livre I, Chapitre I, II, p. 34. Grotius H., *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 205, 868 p. En conséquence, la guerre est la désignation d'un état qui peut exister même sans que ses opérations s'extériorisent. Le même point a été mis en exergue par Hobbes qui a souligné la dimension du temps dans cette opposition entre une action probablement instantanée et un statut étendu dans le temps, dépassant les instants de confrontation militaire. « [L]a nature de la guerre ne consiste pas dans le combat, mais dans un laps de temps durant lequel la volonté d'en appeler à la décision des armes est manifeste. Dans la nature de la guerre, comme dans celle du climat, il faut par conséquent considérer la durée : car de même qu'une seule averse ne fait pas un temps pluvieux, de même n'importe quelle bataille ne fait pas une guerre. Et le temps exempt de la guerre est la pax. Et donc, tout ce qu'entraîne par nature une guerre de tous contre tous accompagne aussi, nécessairement, la condition d'hommes privés de toute sécurité autre que celle que chacun peut attendre de sa vigueur et de son intelligence. Dans une telle condition, il n'y a pas de place pour un labeur industriel [*industria*] puisque celui-ci est sans fruit : donc pas de culture du sol, pas de navigation, pas de constructions commodes, pas d'engins pour mouvoir ce qui réclame de grandes forces, pas de connaissance de la face de la terre, pas de calcul du temps, pas d'arts, ni de société ». Th. Hobbes, *Léviathan*, tr. Fr. Tricaud, M. Pécharman, Paris, Vrin, 2004, xxxv-559 p., p. 107.

⁷⁴ L'exemple emblématique d'une guerre éclatée entre des pays en tant qu'état formel, sans aucun recours à la force militaire est celui des pays de l'Amérique du Sud avec le Troisième Reich pendant la Seconde Guerre mondiale.

⁷⁵ Ce point de vue est défendu par H. Kelsen dans son ouvrage *Principles of international law*, Rinehart & Co., New York, 1952, xvi-461 p., p.27 : « From the point of view of international law, the most important fact is the resort to war, and that means resort to an action, not resort to a status. Some writers consider the intention to make war, the *animus belligerandi*, of the state of states involved in war as essential. *Animus belligerandi* means the intention to wage war. But this can be only the intention to perform acts of war, that is to say, to use armed force, with all the consequences international law attaches to the use of armed force ».

Toutefois, en droit international contemporain, la guerre comme institution et, par conséquent, la guerre comme état juridique n'a plus droit de cité. Si la mise en œuvre des mesures visant les civils ennemis et leurs biens est envisageable en cas de guerre, l'abolition ou l'interdiction de cette dernière aurait comme conséquence la prohibition du recours aux premières. La prohibition de la guerre aurait ainsi comme conséquence l'exclusion de toute possibilité de recours à des mesures visant les ressortissants ennemis ou leurs biens. En effet, il paraît que le degré d'intensité qui caractérise une guerre au sens formel ne peut pas être atteint dans un système de sécurité collective.

40. Il est évident que l'émergence du concept de sécurité collective, conçue comme objectif fixé par la communauté internationale instituée en tant qu'ordre politico-juridique au lendemain de la Première Guerre mondiale, a bouleversé toute conception relative aux rapports d'hostilité interétatiques⁷⁶. L'idée même de sécurité collective était incompatible avec l'état de guerre au sens formel⁷⁷. Elle était conçue comme la condition nécessaire à l'abolition de la guerre au sens formel et à sa disparition de l'arsenal de moyens de résolution des conflits interétatiques. En effet, la tentative de prolifération des moyens de résolution de conflits, marquant une certaine juridisation des litiges interétatiques pendant la période de l'entre-deux-guerres, est incompatible avec le recours à la guerre au sens formel du terme. Après la consécration du principe d'interdiction du recours à la force par la Charte de l'ONU, il apparaît que toute discussion relative à la reconnaissance juridique d'un statut formel de guerre est dépourvu d'intérêt. En effet, l'émergence institutionnelle de la communauté internationale semble avoir rendu impossible l'établissement des rapports conflictuels de haute intensité parmi ses

⁷⁶ Dans la critique adressée par des auteurs contre le Pacte de la Société des Nations, plusieurs réflexions sont consacrées à la tentative de refondation des relations interétatiques à la suite de l'interdiction du recours à la guerre. La critique est aussi adressée à cette tentative d'attribution du caractère d'ami ou ennemi par une organisation internationale, qui présuppose la formation d'une communauté de destin exceptionnellement étroite, caractérisant une fédération d'États ou un État fédéral. V. p. ex. H. Rogge, *Kollektivsicherheit, Bündnispolitik, Völkerbund*, Junker und Dünhaupt, Berlin, 1937, 443 p. L'auteur, adressant une critique acerbe au fonctionnement de la Société des Nations, s'interroge sur le cas de discorde parmi les membres de cette structure étatique concernant la désignation de l'ennemi commun. « Dans ce cas, le principe de la politique ami/ennemi ne peut être que celui d'une puissance (ou d'un groupe de puissance) qui procède selon la règle prétentieuse de la politique d'alliance impérialiste : celui qui n'est pas avec moi est contre moi. [...] Les tentatives de diviser le monde des États, ou disons les États d'Europe, en amis et en ennemis selon la volonté d'une partie surpuissante, et de consolider ensuite son propre groupe en termes d'alliance sur la base d'une hostilité perpétuée envers l'adversaire commun, se heurtent toujours à la diversité de la vie des États, surtout en Europe », pp. 334-335.

⁷⁷ Un système de sécurité collective a comme finalité la préservation du statut quo. L'interrogation porte ainsi sur les limites des actes autorisés en vue de préservation du *statu quo* au nom de la sécurité collective, et leurs différences par rapport à l'institution de guerre. La recherche portait sur le critère juridique de distinction d'une guerre au sens formel du terme et des mesures « en-deçà de la guerre », autorisées par le Pacte de la Société des Nations. Pour ces dernières actions l'usage du terme « actes pacifiques d'hostilité » était courant. V. l'analyse de N. Politis, « Les représailles entre États membres de la société des nations », *RGDIP*, 1924, pp.5-16, p.14 : « Il est donc impossible de nier que les représailles violentes constituent incontestablement des actes de guerre et qu'elles tombent dès lors sous la prohibition de l'article 12 du Pacte ». Pour un aperçu du débat doctrinal de la période de l'entre-deux-guerres relatif aux mesures « en-deçà de la guerre » autorisées ou non par le pacte, v. R. Kolb, « Article 15 », dans R. Kolb (éd.), *Commentaire sur le pacte de la Société des Nations*, Bruxelles, Bruylant, 2014, vii-1410 p., pp. 599-692, et not. 611-616.

membres, comme cela avait été le cas lorsque la guerre était reconnue comme institution du droit international⁷⁸.

41. Néanmoins, si la possibilité d'établissement d'un rapport conflictuel de haute intensité n'est théoriquement plus envisageable entre les membres de cette institution, l'émergence d'un tel rapport d'inimitié ne pourrait pas être exclue si la Communauté internationale institutionnalisée s'immisce elle-même dans un conflit. En effet, il n'est pas exclu qu'un organe s'immisce dans un conflit au profit d'une des parties. Cette intervention au profit d'une des parties est censée obéir à la finalité de préservation de la paix et de la sécurité internationale. En effet, dans le cadre de l'ONU, la qualification d'agresseur, opérée par le Conseil de sécurité en vertu de l'art. 39 de la Charte, pourrait constituer un motif d'intervention dans un conflit en cours. À la lumière de cette qualification, il faudrait examiner si le rapport établi entre l'agresseur et le reste des États-membres ne se caractérise pas d'un degré d'intensité équivalent à celui d'un rapport d'inimitié. Il convient ainsi d'examiner les mesures qui concrétisent le rapport de l'ONU avec l'État qualifié d'agresseur. Il faut ainsi vérifier si les mesures contre l'agresseur présentent des similitudes avec celles relevant de l'état de guerre au sens formel⁷⁹. La mise en œuvre des mesures coercitives économiques prises par le Conseil de sécurité pourrait fournir la preuve de résurgence d'un régime qui présente des similitudes manifestes avec celui associé à la guerre au sens formel. Conformément à cette hypothèse, les ressortissants de l'État visé par les sanctions auraient un statut similaire à celui attribué aux ressortissants ennemis, lors d'une guerre au sens formel du terme. Cette hypothèse impose la reconsidération de la thèse en vertu de laquelle, le seul cas de recours à des mesures préjudiciables aux ressortissants d'un État adversaire serait la guerre au sens formel du terme.

⁷⁸ Pour une critique à la construction institutionnelle de la communauté internationale ayant comme conséquence l'abolition de tout rapport d'inimitié, v. J. Freund, *L'essence du politique*, Sirey, Paris, Dalloz, 2004, 867 p., p. 493 : « Nier l'ennemi, c'est nier la paix. Une telle négation, ainsi que le manichéisme qui en est la conséquence, sont sans doute caractéristiques de toutes les idéologies qui nient l'ennemi du point de vue eschatologique, puisque le cosmopolitisme des stoïciens est sur ce point identique au marxisme : le sage reste vertueux quel que soit l'acte qu'il accomplit et l'insensé reste ce qu'il est, ferait-il un acte vertueux ».

⁷⁹ Les moyens économiques utilisés lors de l'imposition des sanctions ont souvent fait l'objet de critique en raison de leur parenté avec des mesures prises en temps de guerre. Cette critique était adressée au mécanisme de sanctions économiques prévues par l'art. 16 du Pacte de la Société des Nations. L'art. 16 a été perçu en tant que mécanisme de guerre économique dont la contribution à la conception anglo-saxonne de la notion d'ennemi semble être majeure. Il s'agit d'un topos récurrent de la critique idéologique faite à la Société des Nations par un certain courant de la doctrine allemande de la période de l'entre-deux-guerres. La continuité était soulignée entre des mesures économiques prises en état de guerre et visant les civils de l'adversaire (p. ex. les mesures de blocus économique) et des mesures économiques visant les civils de l'État ayant transgressé le statu quo établi par le Pacte de la Société des Nations. V. en détail R. Franke, *Der Wirtschaftskampf dargestellt an Hand seiner historischen Entwicklung und in seiner Verwendung als Sanktionsmittel nach Artikel 16 des Völkerbündpaks*, Robert Noske, Leipzig, 1931, 121 p. W. Grewe, propose aussi la distinction entre la lutte économique en période de paix prenant la forme des sanctions et les méthodes de contrainte économique accompagnant les hostilités militaires. W. Grewe, « Zum System einer kriegswissenschaftlichen Wirtschaftslehre », *Europäische Revue*, 1937, pp.250-254, not. p. 250.

§ 3 L'inclusion éventuelle des biens des civils dans le rapport d'inimitié établi dans le cadre d'un conflit armé.

42. Après l'interdiction de la guerre en 1928 en tant que moyen de politique nationale et du recours à la force armée en 1945, les États ne peuvent être impliqués que dans des conflits armés. La notion de conflit armé est censée avoir remplacé la notion juridique de guerre. A la lumière de cette évolution, il faut s'interroger sur des prérogatives reconnues en faveur des États belligérants, en vertu desquelles, il serait permis d'établir un régime discriminatoire préjudiciable aux ressortissants de l'adversaire belligérant et à leurs biens, identique à celui jadis établi à l'occasion de guerres au sens formel du terme. Une notion souvent utilisée pour proposer le fondement de ce type d'action étatique est celle de « droits des belligérants ». En vertu des « droits des belligérants », les États impliqués dans un conflit armé auraient ainsi la possibilité de mettre en œuvre un régime portant sur le sort des civils ennemis et de leurs biens.

43. Les États invoquent ces droits pour mettre en œuvre un régime affectant les biens des civils ennemis. L'invocation des droits des belligérants, dans le cadre d'un conflit armé et non pas d'une guerre au sens formel, n'est pas toutefois dépourvue de difficultés (3.1). En outre, plusieurs questions sont soulevées au sujet de la source de ces droits (3.2). Il faudrait même examiner la qualification de ces prérogatives en tant que « droits » (3.3)

3.1- Des droits des belligérants exercés contre les biens des civils ennemis par des États impliqués dans des conflits armés.

44. Les mesures contre les ressortissants de l'adversaire ou leurs biens constituent une concrétisation des droits des belligérants. En effet, le terme « droits des belligérants » est souvent employé par la doctrine pour englober les prérogatives octroyées aux parties belligérantes⁸⁰. Ces prérogatives étatiques sont censées découler de manière automatique de la

⁸⁰ H. Lauterpacht, « The limits of the operation of the law of war », *British Yearbook of international law*, 1953, p.206-243, p.212. R. Tucker, *The law of war and neutrality at sea*, Washington, U.S. government printing office, 1957, xiii-457 p., p.13 : « [A] state unlawfully resorting to war cannot, for that reason alone, be deprived of established belligerent rights ». R. Baxter, « The legal consequences of the unlawful use of force under the charter », *Proceedings of the American Society of International Law*, 1968, pp.68-83, p.71-72 : « Quite without regard to whether there exists a "state of war" or a "declared war" it is surely open to a belligerent to seize property of its enemy which it may find within its territory, whether it be ships to be condemned in prize or property of the enemy state or enemy nationals to be seized under the trading with the enemy legislation. To deny both participants –the state acting lawfully and the state acting unlawfully- that privilege is to impose a new comprehensive prohibition of the employment of economic weapons. If the privilege runs only to the state acting lawfully, each participant in the conflict will maintain that it is acting in self-defense and will wage economic warfare against the enemy ». L'auteur emploie le terme de *privilege*. Sur les droits belligérants reconnus en guerre maritime, L. Doswald-Beck, *San Remo manual on international law applicable to armed conflicts at sea*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1995, ix-257 p., par. 118.4 « Visit and search as well as other belligerent rights may be exercised », par. 118.2 : « The Round Table, therefore, did not hesitate to acknowledge the right of belligerent warships to visit and search all merchant vessels, be they enemy or neutral ».

seule existence de l'état de guerre⁸¹. Il était traditionnellement affirmé que la condition d'exercice de ces « droits » était la proclamation de l'état de guerre⁸². La prise de mesures visant les civils ennemis et leurs biens était en effet associée à l'état formel de guerre. Si l'état de guerre n'est plus reconnu en droit international, il faut s'interroger sur la subsistance éventuelle de ces prérogatives malgré la prohibition de la guerre comme institution juridique. Il faut, par conséquent, se demander si le recours à des mesures visant les civils ennemis et leurs biens, est possible dans le cadre d'une action menée à la suite de l'invocation de la légitime défense. Le recours à des mesures de confiscation ou de saisie a été systématique dans le cadre des guerres au sens formel du terme, associé à un état de guerre. Ces actes étaient entrepris en raison de la mise en œuvre de « droits » de belligérance, à savoir des prérogatives octroyées ou revendiquées par l'État qui empruntait la voie de la guerre. Les atteintes aux biens ennemis ou aux biens neutres étaient jadis le résultat d'application d'une législation de guerre, conçue comme cristallisation des « droits » belligérants. Le concept des « droits » belligérants semble avoir subi de répercussions sérieuses en raison de l'interdiction du recours à la guerre et de l'interdiction du recours à la force armée après 1945. Il s'agit d'un changement de paradigme important puisqu'avant l'encadrement du recours à la force, des actions offensives étatiques étaient concevables sans aucune référence au principe de nécessité et de proportionnalité⁸³. Dorénavant, toute action, pour être justifiable et licite doit être conforme aux conditions de légitime défense et aux prémices du *jus in bello*. Des justifications comme celle de la légitime défense, qui relèvent d'un système d'encadrement du recours à la force, imposeraient probablement le rejet de validité d'« anciennes traditions déguisées en droits des belligérants malgré leur ancrage dans le temps »⁸⁴. Il paraît que la marge de manœuvre d'un État qui s'appuie sur ses pouvoirs émanant directement de l'état de belligérance, traditionnellement

⁸¹ S. Neff, « The prerogatives of violence- in search of the conceptual foundations of belligerents' rights », *German yearbook of international law*, 1995, vol. 38, pp. 41-72, p.41 : « [S]et of inherent rights possessed by belligerent States, which entail some transgression of the rules of general international law, and which arise by virtue of the existence of the state of war itself ».

⁸² Cela fut le cas en Égypte contre les navires neutres pour des raisons de soutien d'Israël en 1940 et 1950. V. Th. Brown, « World War prize law applied in a limited war situation: Egyptian restrictions on neutral shipping with Israel », *Minnesota law review*, 1966, vol. 50, pp. 849-873, p. 849 : « The central doctrine Egypt has applied has been the right of contraband control. In applying it, Egypt has relied upon the scope of that right as defined by the Allied belligerents of the past two World Wars. The Allies, involved in global wars, expanded the scope of belligerent rights over neutral rights at sea far beyond what had been done during the limited wars of the nineteenth century ».

⁸³ « [T]he traditional rights of belligerents in a state of war were much wider, with offensive action being fully permissible. Nor were the belligerents constrained by the principle of proportionality. Instead, they were limited only by rules forbidding certain specific weapons or tactics (such as chemical weapons or policies of no quarter), plus the general principle- the very general principle- that purely malicious damage ("unnecessary suffering" in the legal expression) was not allowed. In other words, certain belligerent acts could be lawful in a state of war which would not be allowable as self-defense in the narrow sense ». S. Neff, *War and the law of nations*, Cambridge, Cambridge university press, 2005, 443 p., p.350.

⁸⁴ A. Clapham, *War*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2021, 571 p., p.229.

associés à l'institution de la guerre, est beaucoup plus étendue que la marge d'actions d'un État impliqué dans un conflit armé international et agissant après l'invocation de son droit à la légitime défense. À la lumière du *jus ad bellum* et du *jus in bello*, la justification du recours aux mêmes mesures visant les civils de l'adversaire et leurs biens n'est pas aisément défendable. Entreprendre des actions d'atteinte à la propriété privée présuppose ainsi des éclaircissements quant au fondement juridique sur lequel s'appuie l'État y procédant. D'une part, un acte de saisie des biens privés des ressortissants de l'État adversaire paraît difficilement compatible avec le principe de nécessité qui doit régir son action selon le droit humanitaire mais aussi selon les règles relevant de son droit interne. D'autre part, l'invocation de la construction juridique des « droits » belligérants n'est pas dépourvue d'ambiguïtés puisque son contenu normatif renvoie à la guerre au sens formel du terme, institution non reconnue en droit international contemporain. Le recours à la notion des droits des belligérants pour faire référence aux prérogatives revendiquées par une partie qui s'immisce dans des hostilités n'est pas courant. L'explication de cet usage rare du terme réside probablement dans l'insécurité concernant leur source. En effet, une des ambiguïtés majeures de la notion des « droits des belligérants » est celle relative à leur source.

3.2 La source incertaine des droits des belligérants

45. La référence à la notion des droits des belligérants renvoie à des droits subjectifs dont les titulaires seraient les États, conformément à la doctrine classique des droits fondamentaux ou des intérêts vitaux de l'État⁸⁵. Il est ainsi difficile d'identifier la source de ces droits. Deux

⁸⁵ A. Bleckmann, « The Subjective Right in Public international law », *German yearbook of international law*, 1985, pp. 144-162, p. 144 : « [T]his central topic of subjective rights in public international law is rarely treated ». En tant que droits fondamentaux, sont qualifiés les droits matériellement constitutifs de l'État dont l'exercice constitue une manifestation de la souveraineté étatique. A ce sujet v. P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, Pedone Paris, 2022, 623 p., p.25 : « La distinction est proposée entre une conception matérielle du droit mettant l'accent sur l'importance de ces droits pour la persistance d'un sujet étatique et une conception formelle soulignant que ce droit fondamental doit faire l'objet d'une protection juridique renforcée dans un ordre juridique. L'analogie avec les droits fondamentaux de l'individu est manifeste ». Pour cette vision anthropomorphique de l'État qui est à l'origine de cette analogie entre l'individu et l'État v. E. Jouannet, *Le droit international libéral-providence : une histoire du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 351 p., p.144 : « [N] » est-ce pas supposer une commune nature de l'homme et de l'État que d'affubler ce dernier de droits inaliénables, de "droits" sans lesquels il n'est plus un État ? ». v. aussi D. Alland, « L'État sans qualités », *Droits*, 1992, n. 16, pp. 3-9, p. 6 : « Que l'État soit considéré, à l'instar de l'individu, comme une personne naturelle, est une affirmation aujourd'hui bien saugrenue. Il n'est pas assimilable à l'individu, c'est entendu ; ce n'est pas à dire qu'ils ne partagent aucun caractère. Tous deux possèdent une personnalité juridique qui, bien loin de traduire une quelconque "personnalité" naturelle, illustre la reconnaissance par l'ordre juridique d'un sujet de droit ». F. Poirat, « Doctrine des "droits fondamentaux de l'État" », *Droits*, 1992, n. 16, pp. 83-91, p. 86 « Le lien intrinsèque entre la doctrine des droits fondamentaux et la reconnaissance de la possibilité de recourir à la guerre réside dans le fait que la guerre est censée être l'effet juridique attaché à l'atteinte aux droits fondamentaux ». V. F. de Martens, *Traité de droit international*, trad. Alfred Léo, tome 1, Paris, Maresq, Paris, 567 p., p.388 : « Les droits fondamentaux étant indissolublement liés à l'existence des nations, tout attentant contre eux est un casus belli ». C'est la qualité des droits fondamentaux en tant que droits « parfaits », selon le langage vattelien, qui explique le fait qu'ils sont accompagnés du droit d'user de la force pour les faire valoir. E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations des souverains*, vol. 2, Londres 1758, 638 p., par. 49 p. 354 : « Toute nation,

hypothèses sont envisageables : soit l'État belligérant exerce ces prérogatives en vertu d'une règle internationale l'habilitant à agir ainsi, soit il agit de la sorte à titre d'État souverain. Si cette deuxième hypothèse est retenue, le rôle du droit international se résume en une simple délimitation des droits dont titulaires sont les États belligérants. Il faut souligner que cette deuxième hypothèse semble mieux refléter le processus historique d'élaboration des règles en matière du droit de la guerre ou du droit humanitaire. Il paraît que la finalité du droit de la guerre n'a pas été de conférer des fondements juridiques à l'action étatique mais plutôt de mettre des limites non-transgressibles à l'action étatique⁸⁶. Le droit international serait ainsi censé intervenir en aval pour délimiter les pratiques de guerre des États. Il consisterait à esquisser les limites à l'intérieur desquelles l'État pourrait agir en qualité d'État belligérant⁸⁷. Aux

comme tout homme, a donc le droit de ne point souffrir qu'une autre donne atteinte à sa conservation, à sa perfection, et à celle de son État, c'est-à-dire, de se garantir de toute lésion : et ce droit est parfait, puisqu'il est donné pour satisfaire à une obligation naturelle et indispensable. Lorsqu'on ne peut user de contrainte pour faire respecter son droit, l'effet en est très incertain ». Certes, c'est à l'État qui incombe le rôle de déterminer de manière souveraine ces droits. La seule limite découle du fait que l'État se trouve en rapport avec d'autres entités également indépendantes et reconnues juridiquement comme telles. Il faut rappeler que cette doctrine a été violemment critiquée pour son allure jusnaturaliste. Il était impossible pour le courant positiviste d'affirmer l'existence de règles qui diffèrent de règles ordinaires découlant des sources traditionnelles du droit international et qui sont conférés à l'État automatiquement du simple fait de la reconnaissance de sa personnalité juridique. V. H. Kelsen, *Théorie générale du droit international public*, RCADI, La Haye, 1954, recueil tome 84, pp.5-203, pp.98-99 : « Ces droits ne seraient pas établis, comme les autres droits et devoirs des États, par le droit international général à caractère coutumier ou par des traités. Ils auraient leur fondement dans la nature même de l'État ou dans celle de la communauté internationale ».

⁸⁶ V. p. ex. Art. 46 IV^{ème} Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907 : « La propriété privée ne peut pas être confisquée ».

⁸⁷ Malgré cette controverse relative à leur source, la référence aux droits belligérants est abondante dans les réflexions relatives à la reconnaissance de belligérance dans le cadre d'hostilités menées par des rebelles contre un gouvernement souverain. La reconnaissance de belligérance est ainsi interprétée en tant que condition d'octroi des droits belligérants aux parties à un conflit armé interne. Ch. Zorgbibe, « Aux origines de la reconnaissance de belligérance », *Revue internationale de la Croix rouge*, 1977, pp.127-144, p.127 : « Manifestation d'humanité du gouvernement de l'État attaqué, elle est aussi pour lui une promesse d'efficacité : il avoue qu'il en est réduit à faire la guerre » ; p. 129 : « Lorsque le gouvernement légal entend reconnaître, sa décision n'est pas subordonnée à la réalisation de certaines conditions par le parti rebelle. En effet, le pouvoir établi ne peut être suspecté de légèreté : il ne sera guère porté à traiter en ennemis sérieux une poignée d'émeutiers ; et s'il estime de son avantage de s'arroger les droits belligérants, il est libre de le faire en vertu du droit souverain de guerre qui est le sien au regard des théoriciens classiques ». Par cet acte unilatéral, l'État acquiert des droits belligérants à l'égard de l'adversaire, à savoir des prérogatives spéciales qui dépassent les moyens d'actions qui lui sont conférés en vertu du droit pénal. Par le biais de cet acte, qui ressemble à une déclaration de guerre, des obligations et des droits sont reconnues de manière réciproque aux parties impliquées dans les hostilités. V. l'analyse détaillée de A. Rougier, *Les guerres civiles et le droit des gens*, Paris, Larose, 1903, 569 p., p. 221 : « L'acquisition de ces droits nouveaux est le plus sérieux avantage que puisse trouver l'État à accorder à ses adversaires la reconnaissance. S'il perd d'un côté les moyens de répression que lui donnait l'application des lois criminelles, il acquiert, par contrepartie, des moyens d'action énergique pour réduire les rebelles. L'intérêt est grand, surtout pour les nations maritimes dont la puissance d'action serait singulièrement limitée si elles ne pouvaient ni exercer de blocus, ou d'embargo, ni faire de prises, ni saisir la contrebande de guerre amenée par les vaisseaux neutres ». Les droits belligérants pourraient ainsi être présentés comme les prérogatives précises attribuées aux rebelles en vertu de leur reconnaissance en tant que partie belligérante. Dailler, Forteau, Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 798 : « Lorsque les insurgés réussissent à prendre le contrôle d'une partie du territoire national et à mener une véritable guerre contre les autorités légales, il devient rapidement difficile de leur nier une certaine capacité juridique internationale. La reconnaissance de belligérance, qui n'est plus guère pratiquée, permet de leur attribuer la personnalité internationale d'un gouvernement "de fait" local. Les pouvoirs de l'autorité "belligérante" sur la portion de territoire qu'elle contrôle sont assimilables à ceux d'un occupant de guerre. [...] La reconnaissance de belligérance a une portée constitutive. Les autorités insurgées ne tirent pas directement du droit international leur capacité de sujet du droit, mais uniquement de la reconnaissance ». Aujourd'hui la reconnaissance de belligérance est probablement dépourvu d'intérêt juridique en raison de la convergence entre le

incertitudes relatives à la sources des droits des belligérants s'ajoutent des réserves concernant la pertinence du terme « droits » pour les prérogatives reconnues au profit des belligérants.

3.3 L'ambigüité de la notion de « droits des belligérants ».

46. Comme tout autre droit, les droits des belligérants s'inscrivent dans le cadre d'un rapport intersubjectif. Si l'hypothèse est retenue, selon laquelle, les belligérants sont autorisés à affecter le sort des ressortissants de l'adversaire et de leurs biens, en invoquant leurs « droits des belligérants », un examen plus minutieux de la structure du rapport ainsi créé s'impose.

47. Selon la théorie du « droit-reflexe », un droit correspond toujours à une obligation⁸⁸. Une certaine conduite peut ainsi être contraignante en raison de l'exercice d'un droit. Si un droit est reconnu au profit d'une personne, une obligation de respect de ce droit est imposée à autrui. Dans le cas des « droits des belligérants » ayant comme objet les biens des ressortissants de l'adversaire, l'interrogation porte sur l'identification de la personne obligée à se conformer à ce droit. On peut affirmer que dans le cadre de l'exercice de ce « droit belligérant » un double lien se crée, d'une part avec l'État adversaire et d'autre part avec ses ressortissants. Il s'agit, par conséquent, d'un droit qui semble exercer des effets dans deux registres différents relativement indépendants l'un par rapport à l'autre. Certes, il ne s'agit que d'une indépendance relative, puisque le lien entre l'État qui fait usage de son droit belligérant et les ressortissants de son adversaire n'est que le reflet, voire la conséquence, du lien qui unit les États adversaires eux-mêmes. Par conséquent, la première difficulté liée à l'usage du terme droit belligérant concerne l'identification de la personne contre qui ce « droit » est exercé.

3.4 Un regard analytique sur la structure des droits des belligérants exercés contre l'ennemi et ses ressortissants

48. L'analyse structurelle classique de la notion de droits opérée par le juriste américain Hohfeld pourrait servir comme outil d'appréhension de la notion de « droit belligérant » et de sa double structure, liant à la fois l'État belligérant à son adversaire et l'État belligérant aux ressortissants de son adversaire⁸⁹. Le fait que sa théorie porte principalement sur les droits dont les titulaires sont les personnes physiques ou morales de droit privé pourrait remettre en doute

régime juridique applicable en cas de conflit armé interne et le régime applicable en cas de conflit international, sans considération du statut conféré à la partie opposante.

⁸⁸ Selon Kelsen le « droit » n'est que la relation entre un individu à l'égard duquel un autre individu est obligé à une certaine conduite. Ce droit n'est qu'un réflexe de cette obligation. V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Paris, 1999, 368 p., p.134.

⁸⁹ W. N. Hohfeld, « Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning », *Yale law journal*, 1917, pp.710-770.

sa pertinence pour les relations de droit public établies entre un État belligérant et les ressortissants de ses adversaires⁹⁰.

49. La typologie élaborée par Hohfeld, dont l'objectif était l'analyse de la notion multiforme de droit subjectif et la décomposition de diverses situations en entités irréductibles, met en relation chaque type de droit à son corolaire et à son opposé⁹¹. Selon l'analyse de Hohfeld, à chaque droit correspond une obligation⁹². La reconnaissance des « droits des belligérants » signifie ainsi que des devoirs opposés doivent être reconnus au profit des belligérants adversaires. À l'aune de cette analyse, un cadre de rapports synallagmatiques entre les belligérants serait ainsi esquissé. Néanmoins, cette conception du conflit armé en tant qu'ensemble de droits et obligations liant les belligérants est probablement sans lien avec la réalité du rapport conflictuel entre les États. En effet, des droits et des obligations renvoient à la structure d'un rapport équilibré, difficilement compatible avec les rapports établis entre les États belligérants. À la lumière de cette considération, des réserves peuvent être exprimées quant à la pertinence de l'emploi du terme « droits belligérants ».

50. Il convient d'examiner si, en l'occurrence, le terme « droit » peut être remplacé par celui de « liberté ». Au lieu des droits des belligérants, des libertés pourraient ainsi être reconnues au profit des belligérants. Le terme « liberté » met en exergue la reconnaissance d'une possibilité de recourir ou non à certaines pratiques⁹³. Cette « liberté peut se fonder sur une règle d'autorisation explicitement statuée, ou être justifiée par le fait qu'aucune obligation ou interdiction ne se rapporte à cet acte étatique »⁹⁴.

⁹⁰ Pour une tentative d'application de la typologie de Hohfeld au droit international v. J. Mors, « The legal relations of collectives: belated insights from Hohfeld », *Leiden journal of international Law*, 2009, pp. 289-305.

⁹¹ Pour une analyse de la typologie hohfeldienne en langue française v. F. Kervegan, « Eléments d'une théorie institutionnelle des droits », *Klesis — revue philosophique*, 2011, n. 21, pp.112-132, p.117 et s.

⁹² Le terme droit (*right*), synonyme de prétention (*claim*) est « restreint à la signification précise de corrélatif d'un "devoir" (*duty*) », G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, xviii-813 p., p.223.

⁹³ C. Greenwood, « The relationship between *ius ad bellum* and *ius in bello* », *Review of international studies*, 1983, pp.221-234, p.227 : « At the outset, it should be noted that the peculiar character of the laws of war renders the traditional legal analysis, in which a duty on the part of one state is correlative to a right on the part of another state (or international organization), somewhat misleading. [...] [S]upposed "belligerent rights" are not rights in the true legal sense at all. To say that the law confers a right upon someone to do something presupposes that it also imposes a duty on someone else at least to refrain from obstructing the exercise of that right. If no such correlative duty exists, then it is inaccurate to speak of the law conferring a "right". What the law actually confers in such a case is a liberty; the person (or state) concerned may exercise that liberty without violating the law but others are under no duty to cooperate with him or even to abstain from obstructing him.[...] The notion that the *ius in bello* leaves states and individuals free to act in a particular way without giving them a "right" to do so is one aspect of a fundamental principle of that law. That principle is that war (or armed conflict) is not an institution established by international law but a fact which the law has always recognized and attempted to contain ». Le terme « liberty » est employé aussi par Alf Ross pour qualifier juridiquement les droits fondamentaux de l'État. A. Ross, *A textbook of international law*, Longmans Green & Co., 1947, 313 p., p.191 : « The current doctrine of fundamental rights presents a sorry picture of methodical and systematic confusion »; p.193 : « The right of self-preservation, self-assertion, existence and the like. There is here no real right but either merely an unregulated liberty or certain common limits to all conflicts with the law. As a main rule the state has liberty to act as it likes on its own territory ».

⁹⁴ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Berlin, Suhrkamp, 2020, 548 p., p.206.

51. Dans le tableau analytique esquissé par Hohfeld, la notion de « privilège » remplace celle de « liberté ». Le « privilège », entendu comme liberté ou faculté, aurait pour corollaire l'absence de droit pour autrui de faire obstacle à la mise en œuvre de cette liberté. Il semble ainsi que le terme liberté ou privilège « décrit » le rapport horizontal entre les États belligérants. La reconnaissance d'un privilège dont jouit l'État belligérant aurait comme conséquence le refus de tout droit au profit des autres belligérants de s'opposer à la jouissance de cette liberté. L'État belligérant serait ainsi libre de prendre des mesures portant sur les ressortissants de l'adversaire et sur leurs biens. L'État adversaire dont les ressortissants subissent les effets d'une telle décision n'aurait pas l'obligation de se conformer à une décision, comme cela aurait été le cas pour l'exercice d'un droit. En revanche, l'État adversaire n'aurait pas le droit d'intervenir, laissant ainsi l'État belligérant libre de prendre de telles décisions. Selon cette interprétation les belligérants sont titulaires de certaines « libertés »⁹⁵.

52. Si la notion de liberté ou de « privilège » semble être utile pour décrire le rapport entre les États belligérants, elle semble peu adéquate pour décrire l'autre facette du rapport établi à la suite de l'exercice des « droits des belligérants », à savoir le rapport liant l'État belligérant avec les ressortissants de l'adversaire.

53. Le terme qui semble le mieux adapté pour décrire ce rapport est celui de « pouvoir », c'est-à-dire une habilitation pour mettre en œuvre un changement affectant les rapports déjà établis. Le corrélat du « pouvoir » serait l'« assujettissement » de la personne affectée aux effets de cette décision et son contraire, l'« incapacité » d'agir sur cette situation juridique. L'exercice étatique du pouvoir belligérant apporterait une modification particulière des relations juridiques en cause, et aurait comme conséquence l'« assujettissement » des personnes relevant de l'État adversaire.

54. A la lumière de cette analyse le « pouvoir » exercé par l'État belligérant se concrétise à des actes juridiques déterminant le sort des ressortissants de l'État adversaire et de leurs biens. L'État se reconnaît ainsi compétent pour prendre des décisions dans ce domaine. Ce pouvoir belligérant « désigne les modalités d'exercice de la compétence »⁹⁶ de l'État qui se trouve

⁹⁵ L'exercice d'une liberté, n'est, toutefois, pas exempt de toute contrainte juridique. En droit interne une « liberté » reconnue aux individus, dont le corollaire n'est pas une obligation comme cela aurait été le cas s'il s'agissait d'un droit, est exercée à l'intérieur d'un cercle. Le périmètre de ce cercle désigne un champ protégé qui permet au titulaire de la « liberté » d'en faire usage. H.L.A. Hart, « Bentham on legal rights », pp. 171-201 dans Hart, *Oxford Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, viii-396 p., p. 179-180 : « The exercise of this liberty will always be protected by the law to some extent, even if there is no strictly correlative obligation upon others not to interfere with it.[...] This makes clear the difference between a liberty-right to do some kind of act protected by a strictly correlative obligation upon others not to interfere with it, and a liberty-right protected only by a normally adequate perimeter of general obligations ».

⁹⁶ Pour cette expression v. G. Cahin, « La notion de compétence internationale de l'État », p.9-52, *Les compétences de l'État en droit international*, SFDI, Pedone, 2006, 320 p., p. 12.

impliqué dans des rapports d'hostilités. La compétence de l'État offre le « cadre »,⁹⁷ le « cercle légal »⁹⁸ qui permet la possibilité d'action que constitue le pouvoir belligérant. En l'occurrence, l'État se reconnaît compétent « pour désigner des pouvoirs d'édiction de normes générales ou individuelles, de création de situations et de réalisation d'opérations matérielles, qui s'exercent dans les limites circonscrites par les divers rattachements qualifiant les compétences »⁹⁹.

55. Le rapport de belligérance permet à l'État de se déclarer compétent à l'égard des ressortissants de l'adversaire et leurs biens et exercer son pouvoir belligérant. En l'occurrence, la compétence de l'État belligérant ne pose pas de problèmes quand les biens sont sis sur son territoire. L'exercice de prérogatives des belligérants, soit sur une zone occupée, soit sur une zone sur laquelle l'État n'exerce aucune compétence, emporte toutefois la perplexité. Dans cette hypothèse, « la désignation du champ d'application légitime de ce que les pouvoirs permettent de faire, du ressort spatial, de la sphère temporelle, du domaine matériel dans lesquels ils peuvent légalement se déployer »¹⁰⁰, s'avère problématique.

56. À la lumière de cette analyse, imprégnée par les catégories de Hohfeld, l'usage global du terme « droits des belligérants » n'est pas dépourvu d'ambiguïtés. L'examen de la structure des rapports entre les belligérants impose une distinction entre les rapports établis au niveau interétatique et ceux liant les belligérants aux ressortissants de leurs adversaires. En effet, les termes « privilèges/libertés » et « pouvoirs » seraient mieux en mesure de décrire la subtilité de la structure de la pluralité des rapports associés à l'exercice des « droits des belligérants ». Cette analyse structurelle nous amène au constat selon lequel l'expression « droits des belligérants » n'est pas apte à décrire, de manière rigoureuse, la complexité des rapports institués entre les belligérants. Néanmoins, l'emploi quasi-systématique du terme par la doctrine justifie son usage pour l'examen des prérogatives exercées sur les biens des civils ennemis¹⁰¹.

⁹⁷ R. Rivier, *Droit international public*, PUF, 2017, 876 p., p.386.

⁹⁸ La compétence est « attribuée » à une personne et qui la rend singulière en lui donnant notamment le droit d'exercer son activité dans un cercle légal, dans une sphère d'action jugée valide par le droit positif. O. Beaud, « Compétence et souveraineté », pp.5-32, dans *La compétence*, AFDI, 2008, Lexis Nexis, 2008, xiv-272, p. 21 : « L'opposition est donc claire entre le concept de puissance d'État, les droits et pouvoirs de l'État et la compétence qui dessine les contours de l'exercice de cette puissance, détermine la sphère où le pouvoir s'exerce détermine une sorte de périmètre. La compétence serait une sorte d'instrument de bornage si l'on devait prendre une métaphore spatiale ».

⁹⁹ G. Cahin, « La notion de compétence internationale de l'État », *op.cit.*, p. 25.

¹⁰⁰ J. Combacau, « Conclusions générales », *Les compétences de l'État en droit international*, SFDI, Pedone, 2006, 320 p., pp.301-318, p. 307.

¹⁰¹ V. S. Neff, « The prerogatives of violence- in search of the conceptual foundations of belligerents' rights », *op.cit.* L'auteur justifie l'usage du terme tout en soulignant l'absence d'une définition satisfaisante unanimement approuvée, p. 41 : « [Belligerent rights] consist essentially of actions that are intrinsically unlawful-such as killing enemy nationals, occupying foreign territory or holding prisoners- but which spring into existence in time of war. There appears, however, not to be any very precise definition of belligerents' rights international law ». Il admet, toutefois, que l'expression « droits belligérants » « would form a kind of juridical empty set – i.e., the definition may make sense, but nothing in the real world matches it » p. 70. Il précise aussi que « [T]he expression “belligerent rights”, insofar as it refers to concepts in the juridical “real world”, can only be a loose expression », p.71.

57. Les mesures contre les civils ennemis et leurs biens pourraient ainsi être présentées comme des « libertés » exercées contre les autres belligérants et des « pouvoirs » exercés contre leurs ressortissants. Les États belligérants revendiquent des prérogatives qui leur permettent d'exercer des « pouvoirs » contre les ressortissants de l'adversaire. Ces « pouvoirs » se concrétisent dans des mesures visant leurs biens. L'interrogation porte aussi sur les limites temporelles de ces pouvoirs des belligérants.

§ 4 L'inclusion des biens des civils dans le rapport d'inimitié *post bellum*.

58. L'étude portant sur la licéité, la source, et la structure des droits ou pouvoirs des belligérants, doit être suivie par des considérations relatives aux limites *ratione temporis* de mise en œuvre de ces prérogatives. Si le recours à de telles prérogatives est envisageable dans le cadre des conflits armés, la cessation du conflit armé devrait y mettre un terme. Si, en revanche, la possibilité d'exercice de pouvoirs des belligérants est reconnue même après la cessation des hostilités, la séparation radicale entre le *jus in bello* et le *jus post bellum* est remise en doute. Des actions entreprises lors d'une guerre ou lors d'un conflit armé pourraient trouver de nouveaux fondements normatifs et cette fois être menées contre l'ancien belligérant. Un régime similaire, préjudiciable aux biens privés, pourrait ainsi être mis en œuvre. Cette continuité entre les mesures contre les ressortissants de l'adversaire et leurs biens et les mesures contre les ressortissants de l'adversaire vaincu et leurs biens témoignerait d'un rapport d'inimitié entre les belligérants non éteint, malgré la cessation des hostilités. Il convient donc de s'interroger sur la possibilité de continuité d'application des mesures visant les biens des ennemis civils après la cessation des hostilités et sa justification éventuelle¹⁰².

59. Il faut, par conséquent, étudier l'hypothèse de l'existence d'un rapport d'inimitié *post bellum* (4.1). Dans ce rapport pourraient être inclus les biens des ressortissants de l'« État vaincu (ex)ennemi », au titre de réparations de guerre (4.2). Un régime de responsabilité collective peut ainsi être imposé aux ressortissants de l'« État vaincu (ex)ennemi » (4.3).

4.1 L'exercice des droits des belligérants *post bellum*.

¹⁰² La mise sous séquestre des biens des civils ennemis, entreprise suite à l'exercice des droits belligérants, semble ainsi être légitimée par l'espérance légitime, en cas de victoire, de « se faire accorder certains droits sur ces biens par le Traité de paix ». Passage tiré de la décision de la Commission de conciliation franco-italienne du 1er mars 1952, Recueil 4e fasc. P. 57, cité par J. Basdevant (préf.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 755 p., entrée « Séquestre », pp. 560-561.

60. Les actes de l'État sortant d'un conflit armé sont régis par des règles qui forment un régime transitoire applicable après la cessation des hostilités¹⁰³. Toute considération portant sur la conclusion des traités de paix, sur les conditions de mise en œuvre d'un régime de réparations de guerre, relève de la catégorie normative du *jus post bellum*. Celle-ci n'a pas acquis d'autonomie par rapport aux autres groupes distincts des règles, à savoir le *jus ad bellum* ou le *jus in bello*¹⁰⁴. Intrinsèquement lié à la problématique de la justice transitionnelle, le *jus post bellum* vise à concilier différents objectifs comme celui de l'incrimination pénale de ceux qui ont violé des règles du *jus ad bellum*, voire du *jus in bello*, et à contribuer au rétablissement politique et juridique des relations entre les anciens belligérants¹⁰⁵. Les auteurs de la doctrine de la guerre juste, assimilant la guerre à une opération de justice, émettaient des réticences par rapport à la possibilité de dicter des règles relatives au comportement des vainqueurs au lendemain d'un conflit¹⁰⁶. La doctrine classique s'appuyait sur la thèse de séparation radicale entre la sphère de la guerre et la sphère de la paix. Toute construction normative visant à dépasser cette division ne pouvait pas être acceptée. Grotius, faisant appel au bon sens de l'entente nécessaire, précise que la prudence doit primer pour calmer l'ire à l'encontre de l'ancien ennemi¹⁰⁷. La prudence impose au vainqueur d'être intéressé par « la solvabilité du vaincu en tant que débiteur »¹⁰⁸. Les défenseurs de la thèse des origines doctrinales lointaines

¹⁰³ « [A]n objective, and partly independent framework for the articulation of rules of behavior regarding conflict termination and peace-making, including the process of transition itself », C. Stahn, « The future of jus post bellum », pp. 231-239, dans C. Stahn, J. Kleffner, *Jus post bellum : towards a law of transition from conflict to peace*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2008, xvii-241 p., p.233.

¹⁰⁴ Pour une généalogie du concept v. S. Neff, « Conflict termination and peace-making in the law of nations: a historical perspective », pp. 77-92, dans C. Stahn, J. Kleffner, *Jus post bellum : towards a law of transition from conflict to peace*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2008, xvii-241 p., p. 77-91. Contre la thèse favorable à la détection des origines du concept de *jus post bellum* dans les auteurs classiques v. Gr. Lewkowicz, « Jus Post Bellum : vieille antienne ou nouvelle branche du droit ? Sur le mythe de l'origine vénérable du Jus Post Bellum », *Revue belge de droit international*, 2011, pp. 11-25.

¹⁰⁵ Pour les finalités de la justice transitionnelle v. N. Turgis, *La justice transitionnelle en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, xvi-627 p., p.4 et s. Entendue comme justice pendant les périodes de transition, elle a été définie par le Secrétaire général des Nations Unies comme : « l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités de rendre la justice et de permettre la réconciliation. Peuvent figurer au nombre de ces processus des mécanismes tant judiciaires que non judiciaires, avec (le cas échéant) une intervention plus ou moins importante de la communauté internationale, et des poursuites engagées contre des individus, des indemnisations, des enquêtes visant à établir la vérité, une réforme des institutions, des contrôles et des révocations, ou une combinaison de ces mesures ». Rapport du Secrétaire général, Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, 23 août 2004, Doc. S/2004/616, 30 p., p. 7.

¹⁰⁶ Grotius établissait des règles relatives à la capitulation de l'ennemi et consacrait des développements au sujet de conclusion des traités de paix, v. H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 582-3. Pour une analyse v. C. Stahn, « *Jus ad bellum, jus in bello... jus post bellum?* Rethinking the conception of the law of armed force », *EJIL*, 2007, vol. 17, pp. 921-943, p.934.

¹⁰⁷ Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, op.cit., p. 738.

¹⁰⁸ A. Colonomos, « De la réparation à la restitution : trajectoires philosophiques d'une histoire », *Raisons politiques*, 2002, pp.157-169, p. 166. Une thèse similaire est revendiquée par Weber qui considère que le vainqueur est censé assumer une tâche de responsabilité à l'égard du vaincu pour l'avenir. M. Weber, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959, tr. Julien Freund, 232 p., pp. 167-168 : « Sur l'adoption à adopter à l'égard de l'ennemi — vainqueur "il faut lui dire 'Nous avons perdu la guerre et vous l'avez gagnée. Oublions le passé et discutons maintenant des conséquences

du *jus post bellum* s'appuient sur Kant qui procédait à la distinction des catégories normatives portant sur la guerre comme phénomène. Il distinguait le « droit à la guerre », le « droit dans la guerre », le « droit après la guerre » et le « droit de la paix »¹⁰⁹. Par « droit après la guerre », il entendait les conditions des traités imposées au vaincu par le vainqueur à l'aide du fait matériel de la force, tandis que de la catégorie du « droit de la paix », relevait le droit de neutralité, le droit d'alliance visant à la défense commune et le droit de garantie de la durée de la paix. Kant insistait sur le fait que le traité de paix devait refléter le rapport de force entre les parties sans avoir l'allure d'une guerre de nature punitive.

61. Il peut ainsi être affirmé qu'à la différence des rapports entretenus entre les belligérants lors du conflit armé, les mesures prises après la cessation des hostilités témoignent d'une asymétrie entre les anciens belligérants. Cette asymétrie est fondée sur l'issue militaire des hostilités et l'appréciation selon laquelle le belligérant vaincu aurait agi à titre d'agresseur. L'asymétrie factuelle entre le vainqueur et le vaincu *post bellum* prend ainsi une forme juridique. Un statut spécial est attribué au belligérant vaincu, présumé avoir été l'agresseur vaincu. L'élément juridique, à savoir le caractère d'agresseur, semble être intrinsèquement lié à l'élément factuel de la défaite. Ce statut spécial peut engendrer la mise en œuvre d'un régime spécial. Une des composantes de ce régime spécial peut ainsi être l'atteinte aux biens des ressortissants de l'ennemi vaincu dans le cadre des réparations de guerre. Selon cette hypothèse, le statut patrimonial des ressortissants de l'État ennemi vaincu est lié au statut particulier attribué, après la cessation des hostilités à cet État, stigmatisé d'agresseur¹¹⁰. L'interrogation porte ainsi sur la licéité du recours à un tel régime préjudiciable aux ressortissants de l'« État vaincu ex-ennemi ».

qu'il faut tirer de la situation nouvelle en considérant les intérêts matériels qui étaient en jeu et — question essentielle — en considérant la responsabilité devant l'avenir qui pèse en premier lieu sur le vainqueur'. Tout le reste dénote simplement une absence de dignité et se paiera un jour ou l'autre. Une nation pardonne toujours les préjudices matériels qu'on lui fait subir, mais non une atteinte portée à son honneur, surtout lorsqu'on emploie la manière d'un prédicateur qui veut avoir raison à tout prix”.

¹⁰⁹ E. Kant, *Métaphysique des mœurs : doctrine du droit, doctrine de la vertu*, Flammarion, Paris, 1994, 203 p., pp. 174-175. Pour une analyse approfondie de la doctrine kantienne du *jus post bellum*, M. Frank, « Kant und das Recht nach dem Krieg », *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 2010, p.498-519.

¹¹⁰ L'évaluation morale globale d'une guerre doit également inclure l'analyse de la phase post-confliktuelle pour qu'un jugement définitif sur la guerre puisse être proféré. M. Walzer, dans son ouvrage, *Arguing about War*, s'est penché sur le *jus post bellum* dans le contexte de l'intervention en Irak. Tout en reconnaissant un lien fort avec le *jus ad bellum*, il appréhendait le *jus post bellum* en tant que catégorie normative autonome précisant que « then we need criteria for *jus post bellum* that are distinct from (though not wholly independent of) those that we use to judge the war and its conduct ». M. Walzer, *Arguing about war*, New Haven, Yale Univ. Press, xv-208 p., p.163.

4.2 – Les atteintes aux biens des ressortissants de l'« Etat vaincu (ex)ennemi » à titre de réparations de guerre.

62. Les réflexions générales sur les caractéristiques du *jus post bellum* concernent aussi les modes de gestion des biens de l'adversaire vaincu et de ses ressortissants. Grotius, précisait qu'en matière de redistribution des propriétés après la cessation d'une guerre, la règle à appliquer était le principe *uti possidetis juris* ou le principe de préservation du *statu quo post bellum*¹¹¹. Grotius, tout en considérant que « les biens des sujets des ennemis ne pourront pas être acquis à titre de punition », laissait toutefois la possibilité de prendre et d'acquérir les biens des sujets « pour l'acquit de la dette originaire qui a donné naissance à la guerre, mais encore pour l'acquit d'une dette subséquente »¹¹². Il nuancait cependant cette affirmation en se fondant sur les « règles de la charité ». Ces règles qui ne relèvent pas du droit strict, constituaient, selon lui, des cristallisations d'exigences imposées par le devoir d'humanité à l'égard des vaincus¹¹³. De ce point de vue, l'indemnité de guerre était donc une somme à verser en compensation des dépenses engagées ou des préjudices subis, sans rapport avec l'enrichissement arbitraire lié au butin de guerre. Toutefois, seule une partie, le vainqueur, était censée être indemnisée. Il ne s'agit que d'une analogie avec le procès privé, où la partie en droit est rétablie dans son état antérieur - après une décision de justice - aux frais de la partie perdante¹¹⁴. Grotius insistait aussi sur la nécessité d'interpréter de manière restrictive les dispositions d'un traité de paix puisqu'elles sont déterminées de manière unilatérale par le vainqueur¹¹⁵. Une interprétation

¹¹¹ Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op.cit.*, p. 788.

¹¹² *Idem*, p. 737. Grotius se réfère entre autres à Thucydide qui précisait que, à la suite de la fin de la guerre du Péloponnèse, les Samiens ont été condamnés « à payer les frais de la guerre ».

¹¹³ Grotius mentionne, parmi les exemples tirés de l'histoire antique, le discours de Cyrus aux soldats après la chute de Babylone en 549 an. J. C. « Ce que vous détenez, vous ne le posséderez certes pas injustement ; mais si vous n'enlevez rien aux ennemis, ce sera un effet de votre humanité », Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op.cit.*, p. 738. Cette réflexion s'inscrit dans un cadre plus large consacré aux prérogatives étatiques sur la propriété privée. Il est admis par Grotius que l'État peut user des biens de ses sujets non seulement dans un cas de nécessité extrême, mais « aussi pour l'utilité publique, à laquelle ceux qui se sont réunis en société civile doivent être censés avoir voulu sacrifier les intérêts privés », *idem*, p. 787. Cette opération ne dispense pas l'État de l'obligation d'indemniser ses propres ressortissants. Toute perte subie de la part des personnes privées se justifie de l'« acte d'association » qui se trouve aux origines de la formation de chaque communauté politique.

¹¹⁴ Grotius souligne les similitudes entre les indemnités de guerre et la procédure d'injonction du procès privé. Cette exigence est appelée *Lex Grotiana*. Pour savoir si, et dans quelle mesure, ce principe a été suivi dans l'antiquité gréco-romaine, ou si les indemnités de guerre ont également été perçues comme une occasion de s'enrichir, v. J. Ungern-Sternbert, « Kriegssentschädigung – eine vertraglich geregelte Form der Beute? », pp. 247-264, dans M. Coudry, M. Humm, *Praeda, butin de guerre et société dans la Rome républicaine*, Stuttgart, Franz Steiner, 2009, 294 p.

¹¹⁵ Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op.cit.*, p.788 Livre III, Ch. XX par. XI : « 1. En ce qui concerne l'interprétation des clauses de la paix, il faut observer ce que nous avons établi plus haut, qu'il faut prendre ce qui est le plus favorable, dans le sens le plus étendu, et donner à ce qui est le plus défavorable une plus étroite signification. Si nous regardons le pur droit de nature, il semble que cette maxime : "Que chacun ait le sien", formulée ainsi par les Grecs : "ἕκαστον ἔχει τὰ ἑαυτοῦ" ; soit au rang des choses les plus favorables ; et par conséquent l'interprétation des clauses ambiguës doit avoir pour résultat que celui qui a pris justement les armes, obtienne ce pour quoi il les a prises, et recouvre les dommages et les frais ; mais non qu'il gagne quelque chose par droit de punition, car cela est odieux. 2.

arbitraire des de clauses économiques d'un traité de paix peut ainsi avoir comme effet la mise en œuvre d'un régime de réparations (a) discriminatoire (c) et asymétrique (b) préjudiciable pour les ressortissants de l'adversaire vaincu.

a. Les réparations de guerre en tant que matière régie par le *jus post bellum*.

63. *Le jus post bellum* est censé esquisser le cadre normatif qui permet de mesurer la licéité des mesures imposées au belligérant vaincu. De cet ensemble normatif relèvent aussi les règles relatives aux réparations de guerre. Les réparations de guerre peuvent dépasser le cadre ordinaire des réparations interétatiques et atteindre les ressortissants mêmes de l'État débiteur. Si le périmètre des personnes affectées par des mesures de réparations de guerre prenant même la forme de dépossession définitive s'élargit, la dimension punitive des réparations imposées sur l'ensemble de la population de l'État vaincu peut être aisément constatée¹¹⁶. Cette pratique serait contraire à la thèse selon laquelle « la prudence et la proportionnalité » devraient interdire des mesures de réparation « aveuglement vindicatives ou paralysantes »¹¹⁷. En effet, les règles fixant un rapport symétrique entre les anciens belligérants ne sont pas compatibles avec des

Mais comme il n'arrive guère qu'on vienne à la paix par l'aveu d'une injustice, il faut dans les traités prendre l'interprétation qui rende le plus possible égale la condition des parties, eu égard à la justice de la guerre, ce qui se fait principalement de deux manières : l'une, en convenant que les choses dont la possession aurait été troublée par la guerre se vident selon la formule de l'ancien droit que chacun y avait — ce sont les termes de Ménippus, dans le discours où il parle des différentes espèces de traités (Tite-Live, lib. XXXIV) l'autre, en convenant que les choses demeurent en l'état où elles sont : ce que les Grecs expriment ainsi : “qu'ils aient ce qu'ils ont”. Tite-Live propose une typologie des traités internationaux en fonction du sort des hostilités entre les adversaires. Cette réflexion est attribuée à Ménippe, membre de la délégation venue de la Grèce et d'une bonne partie de l'Asie mineure et représentant du roi Antiochus IV Epiphane, reçu à Rome en 192 av. J.C.. au lendemain de la fin de la campagne romaine qui avait eu comme but la libération de la Grèce de l'occupation macédonienne. “Ménippe déclara ne pas savoir quelle ambiguïté pouvait présenter leur message alors qu'ils étaient venus sans arrière-pensée demander l'amitié de Rome et conclure avec elle un traité d'alliance. Or les traités d'amitié conclus avec des États ou des Royaumes étaient de trois sortes. Premier cas : après une défaite militaire, des conditions sont imposées ; une fois que tout a été livré à celui qui a gagné la guerre, celui-ci est en droit de décider en toute liberté ce qu'il laisse aux vaincus ou ce qu'il souhaite réclamer à titre de représailles. Deuxième cas : des adversaires de même force à la guerre en viennent à faire la paix et à nouer des liens d'amitié d'égal à égal : les réclamations et la restitution des biens sont réglementées par une convention ; pour les biens qui ont souffert pendant la guerre, on se réfère à une situation antérieure faisant jurisprudence ou on règle le litige à l'amiable. Troisième cas : deux peuples qui n'ont jamais été en guerre décident de conclure un traité d'amitié et d'alliance : ils ne dictent pas de conditions et n'en reçoivent pas, situation qui n'existe que lorsqu'il y a un vainqueur et un vaincu. Telle était précisément la situation d'Antiochus. Ménippe s'étonnait donc que les Romains trouvent normal de lui imposer des conditions, de décider quelles villes d'Asie étaient libres et indépendantes, lesquelles devaient payer une redevance, lesquelles étaient interdites aux troupes royales et au roi. Une chose était de dicter la paix à un ennemi comme Philippe, une autre de contracter une alliance avec un ami comme Antiochus”, p.353-354, Tite-Live, Livres XXXI à XXXV, trad. Par Flobert A., Paris, Flammarion, 1997, 510 p.

¹¹⁶ G. Bass, « Jus post bellum », *Philosophy & Public affairs*, 2004, pp. 384-412, pp.408-409 : « Ideally, the bill would be footed directly from the bank accounts of the aggressor leaders, but that will be difficult practically, and anyway would not be anywhere near enough. So some kind of broader taxation will be required. Since the defeated aggressor state retains its sovereignty, this could be seen as a partial national price for that sovereignty. The burden should fall as much as possible on war supporters and profiteers –Junkers and the Krupp oligarchs, for instance. If a dictatorship has fallen, then the bank accounts of the thugs, probably lined by the exploitation of state power could also properly be turned over to the freed public. Economic restoration must be kept within limits.[...] Victorious governments must exercise restraint in imposing restorative obligations on losers who were aggressors in the war, but such restraint often falters in the face of war's devastations. Economic obligations can easily become harshly punitive ».

¹¹⁷ *Idem*, p. 412.

recours à des pratiques « discriminatoires » contre la population des États respectifs, jadis impliqués dans des hostilités. Parmi les règles proposées par des auteurs pour esquisser ce cadre normatif du *jus post bellum* figure l'obligation de respecter la distinction « entre les dirigeants politiques et militaires, les soldats et la population civile »¹¹⁸. Des mesures de réparations de guerre visant les biens de la population civile seraient ainsi interdites, en raison de leur caractère punitif manifeste. La finalité du *jus post bellum* serait ainsi de mettre des bornes aux prérogatives revendiquées par le vainqueur¹¹⁹.

b. Des mesures prises *post bellum* contre les biens privés en tant que reflet d'un rapport asymétrique.

64. Des mesures attentatoires aux biens privés des ressortissants de l'État vaincu peuvent se justifier, si elles constituent la cristallisation d'un rapport asymétrique entre les anciens belligérants. Cette asymétrie découle d'une part du fait matériel de la défaite et d'autre part d'un jugement portant sur la qualité du belligérant vaincu en tant qu'agresseur. Cette qualification peut être opérée par les organes d'une organisation internationale visant à préserver la paix et la sécurité collective. À l'aune de cette qualification une asymétrie structurelle peut être mise en œuvre, préjudiciable même aux intérêts des ressortissants de l'agresseur vaincu. La défaite de l'agresseur est ainsi perçue comme fondement factuel pour l'élaboration d'un système de sécurité collective. Cette association entre le fait matériel de la défaite de l'adversaire et l'établissement d'un régime juridique ayant comme objectif la préservation de la sécurité collective est prouvé par le fait que le Pacte de la Société des Nations a été rédigé lors de la Conférence de Paris de 1919. Le régime imposé aux vaincus de la Première Guerre mondiale était associé à l'objectif de garantie de la sécurité collective. Une continuité peut même être repérée entre une alliance militaire et un système de sécurité collective, mis en œuvre après la cessation des hostilités. Ce rapport peut être établi entre la Charte de l'Atlantique de 1941 devant servir au maintien de la paix et de la sécurité

¹¹⁸V. B. Orend, *War and international justice: a Kantian perspective*, Wilfried Laurier Univ. Press, Canada, 1971, pp.299, not. pp.232 et s. L'auteur insiste sur la nécessité de ne pas pénaliser indûment la population civile de l'agresseur pour l'agression menée par le régime. Il en tire ainsi la conclusion selon laquelle toute compensation monétaire devrait provenir des élites politiques et militaires de l'agresseur. Il précise qu'historiquement, ces biens personnels (des dictateurs et de leurs semblables) ont souvent été énormes et pourraient donc contribuer de manière considérable à satisfaire les demandes de compensation équitable de l'État qui réclame d'indemnisations. Toutefois, en l'absence de tels avoirs personnels, l'hypothèse est envisageable en vertu de laquelle l'État ayant subi les dommages, adresse des demandes modestes de compensation sur l'ensemble de la population civile de l'État-agresseur, par exemple par le biais d'une taxe modérée et universelle d'un certain type, pour une période préétablie, conçue pour collecter uniquement le montant convenu pour l'indemnisation.

¹¹⁹D. Mollendorf, « Jus ex bello », *Journal of political philosophy*, 2008, pp.123-136, p.130 : « Jus post bellum is mostly discussed as a victor's doctrine. It concerns, for the most part, the limitations on the terms that a victorious warring party can impose on the vanquished ». B. Orend, *The Morality of war*, Canada, Broadview press, 2006, 289 p., p.161 « Failure to construct principles of jus post bellum is to allow unconstrained war termination. And to allow unconstrained war termination is to allow the winner to enjoy the spoils of war ».

internationale, la déclaration des Nations Unies de 1942 et la Charte de l'ONU établi en 1945. Ces textes, négociés dans des circonstances différentes, semblent avoir fixé les mêmes finalités. La préservation de la paix a été conçue comme la règle suprême de l'ordre juridique qu'il s'agissait de créer¹²⁰. L'interdiction de la guerre et la criminalisation de l'agresseur ont été ainsi conçues comme moyens de garantir la paix¹²¹.

c. La possibilité de mise en œuvre d'un régime discriminatoire *post bellum*.

65. Le rapport d'inimitié de la plus haute intensité, établi entre la communauté internationale et l'État ayant violé la paix, peut ainsi se refléter dans le régime post-conflictuel imposé à un adversaire non-légitime. En raison de cette qualité de l'adversaire vaincu, l'encadrement des prérogatives exercées contre lui à la suite de la cessation des hostilités ne peut pas s'effectuer aisément. Par conséquent, la situation juridique post-conflictuelle et le nouveau régime juridique imposé à l'auteur des actes attentatoires à la paix et à la sécurité internationale diffèrent considérablement de la situation juridique de tout adversaire après la

¹²⁰ La réflexion porte sur l'identification de la finalité suprême de l'ordre juridique international, à savoir la préservation de la paix ou la mise en œuvre d'un régime fondé sur une conception de justice internationale. W. Schätzel, « Die Annexion im Völkerrecht », *Archiv des Völkerrechts*, 1950, pp.1-28, p.23 : « Lequel de ces deux objectifs est prioritaire ? Quel est le bien suprême que toute organisation d'États doit viser ? Wilson a répondu sans hésiter à cette question : la paix, et il me semble que cela correspondrait aussi aux enseignements de la religion chrétienne. Mais il reste tout de même l'épine de la violation du droit (*der Stachel der Rechtsverletzung*) » ; p. 22 : « La mission de tout ordre juridique est de garantir la paix et la justice. On leur attribue la même valeur et on peut penser qu'ils sont presque identiques. Mais ce n'est pas forcément le cas. La paix est le synonyme de la stabilité, du maintien du *statu quo*. Mais il se peut très bien que la situation donnée soit en contradiction avec la justice. Si un voleur a dépouillé sa victime, la justice exige qu'on lui reprenne son butin, même si c'est par la force, s'il n'y a pas d'autre solution. La justice n'est pas toujours pacifique, elle exige même souvent une lutte pour le droit ». Par cette dernière phrase l'auteur renvoie à la première phrase devenue célèbre de la *Lutte pour le droit* de Jhering : « la paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre ». Toutefois, la séparation radicale entre la paix et la justice doit être nuancée puisqu'une idée de justice semble être inhérente à tout ordre de paix. V. W. Janssen, « Friede », dans O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 2, Stuttgart, Klett, 1998, pp. 543-591, p.590 : « La fixation du concept de paix sur des représentations plus ou moins précises de l'ordre social a eu pour effet que chaque ordre politique établi s'efforçait de se doter de l'attribut d'un ordre de paix. L'empire c'est la paix, disait Napoléon III, l'empire allemand est vraiment la paix, tel était l'écho de Berlin en 1871. Une telle affirmation était perçue comme blasphème puisque seul le Christ était censé jusqu'alors pouvoir se considérer comme porteur de la paix. Ce phénomène est compréhensible si l'on prend conscience du fait que les États ont commencé à se considérer de plus en plus non plus comme des ordres de paix neutres, mais comme des incarnations et des réalisations de certains systèmes sociaux qui, malgré leurs différences, avaient en commun comme objectif de promettre la paix véritable et éternelle sur terre ».

¹²¹ La Charte des Nations Unies, issue d'une alliance de guerre, a fait de la prévention de la guerre son objectif principal, la question de la « justice matérielle » passant au second plan v. W. Schätzel, « Frieden und Gerechtigkeit », *Die Friedens-Warte*, 1950-1951, pp. 97-101. L'auteur souligne que sous les auspices de la Charte des Nations Unies l'agresseur est qualifié de criminel. Cela n'est perçu que partiellement comme résurrection de la doctrine de la guerre juste, p.104 : « Il existe une grande différence entre la conception de Grotius et celle de la Charte des Nations unies. Chez Grotius, c'est la justice matérielle qui est décisive, une guerre qui sert à la réaliser est bonne et juste. Selon la Charte des Nations unies, tout agresseur est condamné, même s'il a mille fois raison sur le plan matériel. Le droit de la guerre moderne ne soulève absolument pas la question de la justice matérielle (*materielle Gerechtigkeit*). Il est comparable à l'*uti possidetis* du préteur romain, qui interdisait à tous les citoyens de s'aider eux-mêmes et promettait d'abord sa protection à tous les propriétaires, bons ou mauvais, afin de maintenir la paix générale. Le voleur et le brigand bénéficiaient également de cette protection de la propriété. Il s'agit d'une protection de l'état actuel de la propriété contre les actes d'agression arbitraires, rien de plus. La question de savoir si ce droit acquis est justifié ou si un autre État peut à juste titre faire valoir des revendications est une toute autre question ».

terminaison formelle de la guerre par le recours aux traités de paix, selon le « droit international classique »¹²². En effet, la terminaison formelle de la guerre, la règlementation des questions des propriétés privées et le réaménagement territorial constituaient traditionnellement des éléments indispensables d'un traité de paix¹²³. À ces garanties de paix¹²⁴, s'ajoutait la prémisse selon laquelle le traité de paix impliquait la réconciliation avec l'adversaire. Cet objectif était assigné aux clauses d'amnistie¹²⁵.

66. Le régime juridique imposé aux États vaincus des deux Guerres mondiales, censées avoir brisé la légalité internationale, régime non-dépourvu de connotations punitives, démontre ce changement de paradigme¹²⁶. Un régime de responsabilité collective peut se refléter dans le régime imposé *post bellum* à la partie défaite. L'adversaire ayant capitulé sans condition peut être soumis à un régime punitif compromettant le principe d'égalité souveraine des États¹²⁷. Les

¹²² Pour une analyse de la notion de « droit international classique » v. E. Jouannet, *Le droit international libéral-providence : une histoire du droit international*, op.cit., p. 136 : « [L] a finalité libérale du droit international classique se caractérise par une dimension volontariste fortement accusée qui est en lien direct avec la conception de la liberté-souveraineté des États ». L'auteur cite un passage de H. Bonfils, tiré de son *Manuel de droit international public*, 7^{ème} éd., 1914, p. 12 : « Les trois bases sur lesquelles repose le droit international sont : 1) La coexistence de plusieurs États autonomes 2) Le fait de relations extérieures, réglées et permanentes entre États autonomes et 3) La volonté de ces États de se reconnaître mutuellement comme sujets de droits dans les limites de leur communauté ». Reprenant son raisonnement l'auteur souligne que l'« [O] n retrouve à nouveau l'une des notions fondatrices de la pensée libérale transposée à un monde d'États. Plus encore que durant le XVIII^{ème} siècle, la volonté de l'État souverain est un principe cardinal du droit international classique en raison d'une vision libérale qui privilégie l'individualité, la liberté et la subjectivité ». Pour une définition du terme classique v. aussi C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Vorwort 1963, op. cit., p. 41 : « Ce qui est classique, c'est la possibilité de faire des distinctions claires et nettes. L'intérieur et l'extérieur, la guerre et la paix, le militaire et le civil pendant la guerre, la neutralité ou la non-neutralité, tout cela est séparé de manière perceptible et n'est pas délibérément brouillé ».

¹²³ Le caractère d'ennemi ayant justifié la prise de mesures attentatoires à la propriété privée cessait ainsi de produire des effets juridiques à la suite de la cessation des hostilités. La clause de restitution des biens privés saisis était repérable dans des traités du 18^{ème} siècle. V. Le traité de Paris conclu en 1796 avec la Sardaigne « (1) a République Française & Sa Majesté le Roi de Sardaigne s'engagent à donner mainlevée du séquestre de tous effets, revenus ou biens saisis, confisqués, détenus ou vendus sur les citoyens ou sujets de l'autre puissance, relativement à la guerre actuelle ». Cité par R. Le Bœuf, *Le traité de paix : contribution à l'étude juridique du règlement conventionnel des différends internationaux*, Paris, Pedone, 2018, 757 p., p.104.

¹²⁴ V. à ce sujet U. Scheuner, « Der fehlende Friede », pp. 190-206, dans *Mensch und Staat in Recht und Geschichte : Festschrift für Herbert Kraus*, Kitzingen, Holzner-Verlag, 1954, viii-468 p.

¹²⁵ A. De Zayas, « Amnesty clause », *Max Planck encyclopedia of public international law*, 1992, vol.1, pp.3-15.

V. aussi les développements de Schmitt à ce sujet, C. Schmitt, *Le nomos de la Terre : dans le droit des gens du Jus publicum europaeum*, op. cit., not. p.235. Vattel précisait que : « L'amnistie est un oubli parfait du passé : et comme la paix est destinée à mettre à néant tous les sujets de discorde, ce doit être là le premier article du traité ». E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations des souverains*, vol. 2, Londres 1758, 638 p., p. 266.

¹²⁶ J. Freund, *L'essence du politique*, op. cit., p. 494 : « Le Traité de Versailles a rompu avec la tradition diplomatique normale et seule politiquement logique, en refusant de négocier avec le vaincu et en lui imposant purement et simplement les conditions du vainqueur. L'ennemi était nié puisqu'il perdait sa qualité d'interlocuteur politique pour devenir un coupable du point de vue d'une idéologie morale. Du même coup le traité de paix perdait toute signification, et la paix elle-même, puisqu'elle n'était plus une convention ou contrat entre le vainqueur et le vaincu, mais prenant l'allure d'une condamnation prononcée par le procureur ».

¹²⁷ M. Walzer, *Guerres justes et injustes, argumentation morale avec exemples historiques*, Paris, Belin, 1999, 488 p., p.226 : « En fait, la capitulation d'une nation sans conditions n'existe pas (dans le monde de la morale) car ces conditions sont inhérentes à l'idée même de relations internationales, comme à l'idée de relations humaines, et elles sont à peu près les mêmes dans des deux cadres. Même les criminels de droit commun, avec lesquels les autorités n'ont guère l'habitude de négocier, ne se rendent jamais sans conditions. S'il leur est impossible de poser des conditions au-delà de celles établies par la loi, il n'en reste pas moins que la loi leur reconnaît des droits, comme le droit de n'être pas soumis à la torture, qui leur appartient en tant qu'êtres humains et que citoyens, quel que soit leur crime. Les nations possèdent

clauses du traité de Versailles ou le règlement de la situation de l'Allemagne ayant capitulé après la seconde guerre en constituent l'exemple emblématique¹²⁸. Le régime asymétrique se concrétisait, entre autres, dans l'imposition de l'obligation de réparation pour les préjudices subis¹²⁹. Cette obligation de réparation incombait à l'État responsable pour la violation de la légalité internationale. Ce régime asymétrique, concrétisé dans des obligations de réparations de guerre, présuppose « *primo*, qu'une partie est dans son droit et que l'autre est dans son tort, *secundo*, que la partie dans son droit sera victorieuse »¹³⁰.

4.3. Des mesures prenant la dimension d'un régime de responsabilité collective.

67. L'obligation de réparations de guerre peut être imposée aussi au peuple de l'« État vaincu (ex)ennemi », sous la forme de confiscation des biens privés. L'établissement d'un rapport asymétrique au détriment de l'agresseur vaincu (a) prendrait la dimension d'une sanction collective imposée à sa population (b). À la suite de l'engagement de sa responsabilité collective, les biens des civils de l'ennemi vaincu devaient jouer un rôle primordial en matière de réparations de guerre¹³¹. Dans ce cas, la capitulation de l'État responsable de l'agression

des droits similaires au niveau international, et en tout premier lieu, le droit de ne pas être "rayées de la carte", c'est-à-dire dépossédées à tout jamais de leur souveraineté et de leur liberté ».

¹²⁸ P. Kecskemeti, *Strategic surrender, the politics of victory and defeat*, Stanford, Stanford Univ.Press, 1958, 240 p., p.21 : « [S]trategic surrender is characteristic of total wars in which the final outcome hinges on divergent attrition of the belligerents' mobilizable potentials, rather than on disruptive military action. A war must end in strategic surrender if (a) the warfare is total, (b) resources are mobilized progressively, and (c) a final asymmetrical outcome is brought about not by disruption but by attrition ».

¹²⁹ Cette asymétrie trouve ses origines dans la pratique de revendications pécuniaires (indemnités) contre la partie vaincue militairement depuis la fin du 18^{ème} siècle. En tant qu'indemnités sont définies les sommes exigées du vaincu, sous le prétexte de dédommagement des frais occasionnés par la guerre. V. E. Lehr, « Indemnité-droit international », pp. 709-713, dans Berthelot (dir.), *La grande encyclopédie : inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts*, t. 20, 1885-1902, 1200 p., p.711 : « Ce procédé d'exigences purement pécuniaires, qui donne à la guerre l'apparence d'une spéculation de commerce et qui, malgré ce qu'il a de critiquable, semble de nos jours avoir été érigé en système, n'apparaît dans l'histoire qu'à une époque relativement récente. C'est depuis la fin du siècle dernier seulement que des clauses de cette nature figurent dans les traités de paix ou d'armistice et que, non content des exactions commises pendant la lutte, on impose après la guerre des charges plus ou moins lourdes à la nation vaincue toute entière ». Après avoir examiné les traités imposés par la France lors de guerres napoléoniennes et subis par la France lors de la restauration, l'auteur considère que la puissance qui s'est montrée la plus excessive à cet égard c'était la Prusse en exigeant des indemnités très lourdes des États allemands vaincus en 1866 et de la France par le traité de Francfort de 1871. « Devant de telles énormités, il y a lieu de se demander où s'arrêtera cette progression sans cesse croissante de l'avidité des vainqueurs, et s'il ne serait pas juste de restreindre ces exigences à des limites raisonnables en soumettant désormais à un arbitrage international le règlement des comptes de guerre légitimes. Seulement, rien ne prouve que, de nos jours, cet appel à des juges désintéressés ait plus de chances d'être entendu qu'en bien d'autres matières, où la raison du plus fort est encore la loi suprême ».

¹³⁰ D. Cumin, *Le droit de la guerre*, op.cit., p.890.

¹³¹ B. Orend, « Terminating wars and establishing global governance », *Canadian journal law & jurisprudence*, 1999, pp.253-295, p.269 : « When it comes to exacting or establishing terms of compensation, care needs to be taken by the victorious Victim (and/or any third-party Vindicators on behalf of Victim) not to penalize unduly the civilian population of Aggressor for the aggression carried out by their regime. This would seem to entail, for example, that any monetary compensation due to Victim (say, to help it rebuild its infrastructure) ought to come, first and foremost, from the personal wealth of those political and military elites in Aggressor who were most responsible for the crime of aggression. Historically, such personal assets (of dictators and their ilk) have often been enormous and thus could go some

entraîne aussi des conséquences directes sur la population de cet État mettant en œuvre un régime de responsabilité collective¹³².

a. Les conditions de mise en œuvre d'un tel régime.

68. La responsabilité collective présuppose un lien assez étroit entre l'individu et la communauté dont il fait partie. Un régime de responsabilité collective se met en œuvre quand une sanction ne se dirige pas contre la personne responsable déterminée individuellement. Sous le régime de la responsabilité collective, un individu est soumis à une sanction - et donc censé être responsable du délit commis – en sa qualité de membre du groupe auquel appartient le délinquant¹³³. Il est souvent affirmé que « le principe de la responsabilité collective est l'un des éléments les plus caractéristiques de la technique juridique qui prévaut en droit international général, ce qui semble être étroitement lié au fait que les États sont les sujets du droit international »¹³⁴. Selon cette conception, l'engagement de la responsabilité internationale d'un État, censé être la « personnification d'un ordre juridique national », implique nécessairement l'engagement de la responsabilité collective du peuple de cet État¹³⁵. Pour saisir les relations juridiques cachées par « le voile de la personnification appelée État », il est ainsi recommandé d'« appréhender les devoirs, les obligations et les droits d'un État en termes de devoirs, d'obligations et de droits d'êtres humains »¹³⁶. Toute affirmation relative à un régime de responsabilité collective se fonde sur une opération intellectuelle qui est le contraire de l'imputation d'un acte à un État. Au regard de l'imputation d'un acte à un État, ce même État, en cas de commission d'actes internationalement illicites se présente comme débiteur. Si l'imputation « permet donc, du point de vue de l'obligation à la dette, de masquer la collectivité d'individus qui compose l'État », la mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective,

considerable way towards meeting the just compensation claims of Victim. But, in the absence of such personal assets, some modest claims of compensation by Victim may well be made upon the entire civilian population of Aggressor, for instance through a moderate, universal tax of some kind, for a pre-set period, designed to raise only the agreed-upon amount for just compensation ».

¹³² M. Walzer, *Guerres justes et injustes, argumentation morale avec exemples historiques*, op. cit., p.230 : « La capitulation sans conditions est à juste titre considérée comme une politique de caractère punitif. Il importe de voir exactement en quel sens. Cette politique n'aurait pénalisé le peuple allemand que dans la mesure où elle déclarait sa liberté politique temporairement suspendue et lui imposait une occupation militaire. Dans l'attente de l'instauration d'un régime anti-nazi succédant au nazisme, les Allemands devaient être placés politiquement sous-tutelle : c'était la conséquence de leur incapacité à renverser Hitler de leur propre initiative, raison essentielle de les tenir pour collectivement responsables des souffrances que leur chef et ses partisans avaient infligées aux autres nations ».

¹³³ Pour cette analyse v. H. Kelsen, « Collective and individual responsibility for acts of state in international law », *Jewish Yearbook of int. Law*, 1948, 1 vol., pp. 226-239, p.227.

¹³⁴ *Idem.* p.227.

¹³⁵ *Idem.* p.227

¹³⁶ *Idem.* p.228.

permet le « retour de l'être moral vers la collectivité des individus dont il est composé et qui l'incarne »¹³⁷.

69. La mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective présuppose l'appréhension de la guerre en tant que crime donnant lieu à une punition¹³⁸. Le mécanisme de responsabilité collective se fonde sur l'affirmation de culpabilité pour une communauté entière¹³⁹¹⁴⁰. Ce mécanisme peut s'ériger comme complément du mécanisme réclamant l'engagement de la responsabilité pénale des responsables politiques d'un État. L'engagement de la responsabilité collective présuppose ainsi le constat d'un rapport étroit entre le peuple et son gouvernement. Un tel constat se fonde sur une appréciation de la relation entretenue entre la société civile et la structure étatique. Si aucune différence ne peut être établie entre les deux, des éléments de légitimité peuvent être reconnus à la mise en place d'un régime de responsabilité collective.

70. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les thèses relatives à la responsabilité collective se sont multipliées¹⁴¹. Leur point culminant a été atteint avec le plan Morgenthau relatif au statut de l'Allemagne défaite et esquissé dès 1940, qui néanmoins n'a jamais été mis en œuvre. Au lendemain de la guerre et en dépit des déclarations qui, pendant la guerre,

¹³⁷ P. D'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public : la responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2002, xvi-902 p., p.534.

¹³⁸ V. à ce sujet la déclaration de Bismarck concernant la culpabilité et la condamnation de Napoléon III : « Cependant, l'opinion publique est trop encline à concevoir les relations et les événements politiques à la manière du droit privé et de la vie privée en général, et à exiger, entre autres choses, que dans les conflits entre États, le vainqueur, avec le code moral à la main, se fasse juge du vaincu et le punisse pour ce qu'il a fait contre lui, et peut-être aussi pour ce qu'il a fait contre d'autres. Mais un tel désir est tout à fait injustifié ; le poser, c'est se méprendre complètement sur la nature des choses politiques, dont les notions de punition, de récompense, de vengeance ne font pas partie, et y répondre, ce serait falsifier l'essence de la politique. La politique doit laisser au chef des batailles le soin de punir les péchés éventuels des princes et des peuples contre la loi morale de la divine Providence. Elle n'a ni le pouvoir ni le devoir de juger. [...] La politique n'a pas à venger ce qui a été fait, mais à faire en sorte que cela ne se reproduise plus ». Cité par F. W. Rothenpieler, *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, 310 p., p.48.

¹³⁹ Le caractère personnel de la culpabilité et de la peine encourue est souligné par Grotius v. *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., Lib. II Ch. XXI, par XII, p. 524 : « [N] ul homme innocent d'un délit ne peut être puni pour le délit d'autrui. La vraie raison de cela n'est pas celle qu'allègue le jurisconsulte Paul, que les châtements sont établis pour la correction des hommes ; car un exemple peut, ce semble, être fait hors de la personne même de coupable, en la personne néanmoins de quelqu'un qui le touche lui-même, comme bientôt nous le dirons. Mais c'est parce que toute obligation à la peine vient de ce que l'on l'a méritée ; or le mérite est personnel, comme ayant pour principe la volonté, qui est ce que l'on a de plus propre : d'où elle est appelée "libre arbitre" ».

¹⁴⁰ Pendant les 18^{ème} et 19^{ème} siècles, la guerre, conçue comme affrontement entre les puissances souveraines, excluait toute considération l'associant à une mesure de punition. V. p. ex. Le discours d'E. Burke, prononcé le 22 mars 1775 : « It looks to me to be narrow and pedantic, to apply the ordinary ideas of criminal justice to this great public contest. I do not know the method of drawing an indictment against a whole people », *Speech on Conciliation with America*, cité par J.L. Brierly, *The outlook for international law*, Oxford, Clarendon press, 1945, 142 p., p.55. Le 5 juin 1946, Churchill a cité devant le Parlement britannique ce passage du discours de Burke v. W. Churchill, *The Sinews of Peace, Post-war speeches 1945/46*, London, Cassel, 1948, 256 p., p. 167.

¹⁴¹ P. ex. v. P. E. Moseley, « Die Friedenspläne der Alliierten und die Aufteilung Deutschlands, Die Alliierten Verhandlungen von Jalta und Potsdam », *Europa-Archiv*, 1950, pp.3032-3043, p.3032 : « L'idée de punir l'Allemagne pour avoir obéi à Hitler, pour avoir soutenu les nazis dans leur quête de domination mondiale a été très populaire pendant la Seconde Guerre mondiale. De nombreux dirigeants alliés influents pensaient que l'Allemagne serait le plus durement touchée par des représailles si l'on décidait de la démembrer. Cette idée a atteint son apogée lors de la conférence de Yalta ».

animaient l'esprit public contre l'ensemble de la population allemande, les chefs des puissances alliées ont insisté sur l'écart qui séparait le peuple allemand de son gouvernement¹⁴².

71. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la politique de capitulation, justifiée par « la criminalité du régime du pays vaincu », s'est concrétisée principalement dans les mesures d'occupation alliée, visant à établir des nouvelles autorités politiques sur les États ennemis vaincus, et plus spécialement en Allemagne et au Japon. C'est sur le caractère criminel du régime du pays vaincu que s'est fondé le caractère punitif du régime imposé par les alliés et qui s'apparentait à une conquête visant la reconstruction politique¹⁴³. Cet objectif de restructuration politique de l'État ennemi vaincu et son association à un régime de réparations fondé sur l'affirmation de la responsabilité collective remet en question la thèse d'indifférence du droit international à l'égard de la structure politique interne d'un État.

72. Malgré l'indifférence du droit international à l'égard de la structure politique d'un État, le régime de réparations imposé aux ennemis au lendemain des Guerres Mondiales se fondait sur une reconsidération complète, à la fois de la structure étatique et du peuple ayant prétendument rendu légitimes les actes d'agression entrepris. Une partie des auteurs a mis l'accent sur la particularité allemande et la doctrine de l'État. En effet, une politique de transformation radicale de la société vaincue présupposait l'affirmation de responsabilité

¹⁴² Célèbre est devenue la phrase de J. Staline que la « Clique hitlérienne » ne pourrait pas être assimilable au peuple allemand. « Les "Hitlers" vont et viennent, tandis que le peuple et l'État allemand persistent ».

¹⁴³ Pour l'usage de ce terme v. M. Walzer, *Guerres justes et injustes*, op. cit., p. 227. En faisant le parallélisme avec l'esprit des croisades l'auteur souligne qu'« [i]l faut ici se montrer prudent, car c'est à ce moment que les guerres justes se rapprochent le plus des croisades. La croisade est une guerre à visée religieuse ou idéologique. Le but n'est pas de se défendre ou d'imposer le respect de la loi, mais de créer un ordre politique nouveau et de convertir les masses. Au plan international, elle est l'équivalent de la persécution religieuse et de la répression politique, et le principe de justice l'exclut à l'évidence ».

collective d'un peuple¹⁴⁴. La question posée concernait l'inexorabilité de l'ascension au pouvoir du parti national-socialiste¹⁴⁵.

b. Le débiteur collectif de l'obligation des réparations de guerre.

73. L'engagement de la responsabilité collective politique avait comme effet la reconnaissance des obligations incombant à l'ensemble des ressortissants de l'État allemand. Ces obligations pouvaient prendre la forme de réparations de guerre¹⁴⁶. Les demandes de réparation sont censées être adressées au niveau interétatique et concernent les rapports entre les États. La dimension collective d'un État n'apparaît que « lorsque se pose la question de la

¹⁴⁴ Parmi les auteurs favorables à l'affirmation de la responsabilité collective du peuple allemand v. E. Reger, *Vom künftigen Deutschland, Aufsätze zur Zeitgeschichte*, Berlin, Blanvalet, 1947, 186 p. ; E. Wiechert, *Rede an die deutsche Jugend*, München, Europäische Dokumente, 1945, 47 p. Ces auteurs ont mis l'accent sur l'obligation de résistance qui n'a pas été tenue par le peuple. Hannah Arendt a aussi souligné la complicité totale du peuple allemand, « Organisierte Schuld », *Die Wandlung*, 1946, pp.333-344, p.334 : « La mobilisation totale a abouti à la complicité totale du peuple allemand » ; p.336 « La politique totale, qui a totalement détruit l'atmosphère de neutralité dans laquelle se déroule la vie quotidienne des gens, a réussi à faire dépendre l'existence privée de chaque individu sur le sol allemand du fait qu'il commette des crimes ou qu'il en soit le complice ». A ce sujet v. aussi les considérations de philosophie morale de Karl Jaspers. Il proposait la distinction entre la responsabilité criminelle, la responsabilité politique, la responsabilité morale et la responsabilité métaphysique. La seule responsabilité qui pouvait être engagée dans le cas des Allemands vivant dans cette « atmosphère de défaite » (*Atmosphäre der Unterwerfung*) était la responsabilité politique. K. Jaspers, *La culpabilité Allemande*, Les éditions de Minuit, 1990, 128 p., p.82 : « Tout Allemand, sans exception, a sa part de responsabilité politique. Il doit collaborer aux réparations dont les modalités juridiques sont encore à trouver. Il doit porter sa part de la souffrance découlant des actes des vainqueurs, de leurs décisions arbitraires, de leur désunion. Nous ne sommes pas en état d'exercer ici une influence comme puissance. » Le même point de vue a été exprimé par H. Arendt, *Responsabilité et jugement*, Paris, Payot et Rivages, 2005, 320 p., pp. 199-200 : « Si nous sommes tous coupables, personne ne l'est. La culpabilité, à la différence de la responsabilité, singularise toujours ; elle est toujours strictement personnelle. Elle renvoie à un acte, pas à des intentions, ou à des potentialités. [...] J'ignore quand le terme de "responsabilité collective" est apparu pour la première fois, mais je crois pouvoir affirmer avec certitude que non seulement le terme, mais aussi les problèmes qu'il implique doivent leur pertinence et l'intérêt général qu'ils attirent à des situations qui sont politiques, et non juridiques ou morales ». Carl Jung distinguait aussi entre la culpabilité/responsabilité psychologique et la responsabilité morale ou criminelle. V. C. Jung, « After the catastrophe », *Essays on contemporary events*, E. Welsch (trad.), London Keagan Paul, 1947, 90 p., pp. 45-72, p. 46-49 : « The psychological use of the word "guilt" should on no account be confused with a legal or moral construction. [...] Guilt can be restricted to the lawbreaker only from the legal, moral, and intellectual point of view, but as a psychic phenomenon it spreads itself over the whole neighborhood. A house, a family, even a village where a murder has been committed feels the psychological guilt and is made to feel it by the outside world. [...] Psychological collective guilt is a tragic fate. It hits everybody, just and unjust alike, everybody who was anywhere near the place where the terrible thing happened ». Jung qualifiait la culpabilité collective signe d'impureté magique » (magische Unreinheit). L'état général de l'Europe après la guerre rendait compréhensible, selon lui, le retour de ce réflexe ancien et primitif. Jung soulignait que les Allemands ne pouvaient pas s'attendre à ce que l'Europe « fasse preuve de cette "finesse" qui consiste à savoir à chaque fois si le criminel s'appelle Müller ou Maier », idem. Pour une analyse v. F. König, « Kollektivschuld und Erbschuld », *Zeitschrift für katholische Theologie*, 1950, pp. 44-65, not. p. 55. J. Olick, « The guilt of nations? », *Ethics and international affairs*, 2003, pp.109-117, not.p.110. L'idée de responsabilité collective est présente dans les textes des théologiens allemands parus après la fin de la Seconde Guerre mondiale. La thèse en vertu de laquelle l'individu innocent devient coupable du fait de son appartenance à la communauté coupable renvoie au mécanisme du péché originel. V. en détail, F. W. Rothenpieler, *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht, op.cit.*, not. pp. 195-236 et Et pour les origines hébraïques de la notion de culpabilité collective dans le deutéronome v. J. Dietrich, *Kollektive Schuld und Haftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, xix-462 p.

¹⁴⁵ V. F. Meinecke, *Die deutsche Katastrophe, Betrachtungen und Erinnerungen*, Wiesbaden, Aero-Verlag, 1946 177 p.

¹⁴⁶ K. Jaspers, *La culpabilité Allemande, op.cit.* p. 87 : « Nous portons la responsabilité politique du régime qui fut le nôtre, des actes de ce régime, du déclenchement de la guerre dans une situation historique mondiale telle que celle-ci, et du caractère du chef que nous avons laissé se mettre à notre tête. C'est pourquoi nous avons à en répondre devant les vainqueurs, par notre travail et notre capacité productrice, et nous devons réparer, comme il incombe au vaincu ».

contribution à la dette internationale »¹⁴⁷. A l'État débiteur incombe alors le rôle de répartition de la tâche d'indemnisation qui, de manière inexorable, atteint le statut du peuple de l'État créancier¹⁴⁸. Par conséquent, toute réclamation d'indemnisation adressée à un État met en œuvre un régime de responsabilité collective, preuve de l'« ambivalence fondamentale de la singularité et de la collectivité », qui caractérise l'« être corporatif qu'est l'État »¹⁴⁹. Néanmoins, dans certains cas, un régime de responsabilité internationale peut émerger non-seulement lors de la contribution au paiement de la dette incombant à l'État. En effet, la mise en œuvre d'un régime de réparations pourrait inclure aussi l'appropriation des biens privés en guise de réparations. Dans ce cas, des règles internationales émanant des traités de paix pourraient déterminer le sort des biens privés. Dans cette hypothèse, ce n'est pas l'État qui à titre exclusif se présente comme le débiteur des réparations de guerre. L'ensemble des ressortissants de l'État peut être perçu comme le vrai débiteur de l'obligation de réparation. La saisie des biens privés se présente ainsi comme modalité de mise en œuvre du régime de responsabilité internationale de l'État *lato sensu*. Par cette expression pourraient ainsi être décrites à la fois les différentes émanations étatiques ainsi que les personnes physiques ou morales liées à l'État, en vertu d'un lien de rattachement. Le transfert ou la liquidation des biens privés, constituerait ainsi « par une dation en paiement, une forme de réparation par équivalent des dommages causés »¹⁵⁰.

74. L'expression « biens des civils ennemis » est une notion juridique qui se réfère soit à des rapports de belligérance, soit à des rapports établis au lendemain de la cessation des hostilités. Les mesures prises contre les biens des civils ennemis reflètent un rapport conflictuel de haute intensité. Le signe de ce rapport d'inimitié est le fait que les civils sont assimilés à l'adversaire. Leur statut d'ennemi engendre la mise en œuvre d'un régime préjudiciable à leurs biens. Le qualificatif d'ennemi est ainsi apposé à des biens privés appartenant aux civils soit de l'adversaire soit de l'agresseur vaincu. Les biens sont ainsi l'objet de ce rapport conflictuel de haute intensité. Ce constat justifie l'étude de la notion de « biens ».

B. La définition retenue du terme « biens ».

¹⁴⁷ P. D'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op.cit.*, p.536.

¹⁴⁸ *Idem*, p.723, L'auteur explique que même si la responsabilité incombe à l'État, « le paiement de la dette emporte toujours, d'une certaine manière et surtout lorsque la dette est importante, une nécessaire contribution des particuliers soumis à l'ordre juridique de l'État débiteur ».

¹⁴⁹ *Idem*, p.536.

¹⁵⁰ *Idem*, p.701.

75. Il est évident que les États belligérants adoptent une approche extensive de la notion de biens des civils ennemis. La finalité d'établir un rapport d'inimitié est ainsi servie par une interprétation large de la notion de biens. Cette interprétation large du terme de biens dans ce contexte spécifique ne diffère pas de celle relevant du droit international (§ 1) ou du droit interne (§ 2). Il convient aussi d'examiner la formule « biens, droits et intérêts ». En employant cette formule, plusieurs traités de paix font allusion aux biens des ressortissants ennemis, susceptibles d'être saisis à titre de réparations de guerre (§ 3). Une réflexion sur les biens des ennemis civils ne pourrait pas négliger le rôle spécial des biens privés en guerre maritime (§ 4).

§ 1 - La notion de biens en droit international.

76. Dans le dictionnaire du droit international public, dirigé par Salmon, il est indiqué que le terme « bien » renvoie à un élément mobilier ou immobilier susceptible d'appropriation. La définition comprend un bien « de toute nature, qu'il soit corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur le bien »¹⁵¹. Les biens sont conçus en tant que choses qui peuvent être l'objet d'un droit individuel au profit d'un titulaire déterminé. En droit international, malgré le fait que les tentatives de codification des règles relatives à la protection des biens privés des étrangers sont nombreuses¹⁵², la place accordée à cette règle dans les conventions multilatérales laisse planer des doutes quant à sa nature normative. Même si la déclaration universelle des droits de l'Homme proclamée en Assemblée générale des Nations Unies en 1948 y fait référence, de telles dispositions sont absentes des deux pactes de 1966. C'est la convention relative au statut des réfugiés entrée en vigueur en 1954 et la convention de 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination qui comportent des dispositions explicites au sujet du droit d'acquérir

¹⁵¹ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p.126. La présente étude ne se penche pas sur le régime des biens publics qui renvoie à la problématique des immunités. *Ibid.*, p. 128 Bien d'État : « A. Avoirs, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, appartenant à un État, ainsi que les droits et intérêts qui appartiennent à cet État en sa qualité de titulaire d'un droit sur ces avoirs. L'appartenance desdits biens à l'État est définie, sous réserve de dispositions conventionnelles particulières, par référence au droit interne de l'État. La référence au droit interne de l'État s'explique par le fait que "le droit international coutumier n'a pas établi de critère autonome permettant de déterminer quels sont les biens de l'État" (Commission de conciliation franco-italienne, Différend sur les biens immeubles appartenant à l'ordre de Saint-Maurice et Saint-Lazare, sentence du 26 septembre 1964, AFDI 1965, p. 323) ».

¹⁵² v. p. ex. L. Sohn, R. Baxter, « Draft convention on the international responsibility of States for injuries to aliens », *AJIL*, 1961, vol.55, pp.545-548, s. p. 548. V. aussi les travaux de la Commission du droit international sur la codification des principes de la responsabilité internationale de l'État, engagement de la responsabilité en cas d'expropriation ou de nationalisation contraire au droit international. V. OCDE, « Organisation for Economic Co-operation and Development: Draft Convention on the Protection of Foreign Property », *International legal materials*, 1968, p. 117-43.

une propriété privée¹⁵³. Par le biais du respect des droits acquis, la jurisprudence internationale s'est prononcée, dans un premier temps, sur le droit à la propriété privée¹⁵⁴ sans toutefois reconnaître par la suite un principe général de protection de la propriété privée¹⁵⁵. Ce n'est qu'à la suite de la multiplication des traités bilatéraux d'investissement que l'importance de la valeur normative accordée à la propriété privée s'est accrue¹⁵⁶. À la lumière de ce constat, l'interrogation du rapport entre le concept des biens privés et la notion d'investissement mérite d'être soulevée. Il a été souligné que « c'est une forme économique de la propriété qui bénéficie de l'application des traités de protection des investissements, et non le droit de propriété tel qu'il a pu être lié à la liberté individuelle dans la doctrine des lumières »¹⁵⁷.

77. Une conception autonome de la notion de biens au sens de l'art. 1^{er} du Premier protocole additionnel (1^{er} PA/CEDH) par rapport aux systèmes nationaux a été adoptée par la CEDH. Selon la Cour, « la notion de biens prévue par la première partie de l'article 1 du Protocole n° 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété des biens corporels et qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne »¹⁵⁸. L'art. 1^{er} du protocole additionnel évoque expressément le respect des biens qui couvre des situations très diverses¹⁵⁹. Cette notion générique couvre des situations très diverses comprenant des bâtiments d'habitation ou des fonds de terres agricoles¹⁶⁰. Il a été soutenu que « la notion de biens pourrait

¹⁵³ Art. 5 d al. V, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 7 mars 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195. Art. 13 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, p. 137.

¹⁵⁴ CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, 25 août 1925, Série A, p. 28, et CPIJ, *Affaire Oscar Chinn*, 12 décembre 1934, Série A/B n.63, p. 64.

¹⁵⁵ V. CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction 1970* relative aux indemnités dues à la suite des nationalisations étrangères, CIJ, *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, Recueil 1970, p.3.

¹⁵⁶ V. CIJ, *Affaire Elettronica Sicula SpA, (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, 20 juillet 1989, Recueil 1989, p. 15.

¹⁵⁷ A. De Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2014, x-650 p., p.73.

¹⁵⁸ CEDH, *Gasus Dosier — und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, Requête n. 15375/89, 23 février 1995, par.53. Dans la décision Beyeler, la Cour a rappelé que la notion de biens est indépendante des qualifications formelles de droit interne. La Cour a recherché si le requérant était « titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'art. 1 du Protocole 1 ». CEDH, *Beyeler c. Italie*, Requête n.33202/96, 5 Janvier 2000, par. 104. En l'occurrence, un intérêt substantiel a été considéré comme un bien. Prenant en considération son caractère pécuniaire la Cour a estimé qu'il s'agissait d'un bien au sens de l'art. 1^{er} du PA/CEDH. V. H. Pauliat, « Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit public*, 1995, pp.1445-1494, not. p.1462. Sur la notion de bien dans la jurisprudence de la CEDH v. S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, L.G.D.J., Poitiers, 2006, 474 p., p.162 : « En abaissant le degré d'exigence, la Cour conçoit très extensive la notion de bien. Pour que son titulaire puisse arguer d'une violation de l'art. 1^{er} du protocole additionnel ; il suffit désormais que la créance s'analyse en une valeur patrimoniale, ce qui est fréquemment le cas, et qu'il existe une "espérance légitime" ».

¹⁵⁹ Pour une présentation synthétique v. Conseil de l'Europe, *Guide on Article 1 of Protocol No.1 to the European Convention on Human Rights, Protection of Property*, 31 décembre 2021, https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf

¹⁶⁰ Pour les bâtiments d'habitation et les fonds de terres agricoles qualifiés de biens v. CEDH, *Mellacher et autres, c. Autriche*, requêtes n.10522/83 ; 11 011/84 ; 11 070/84, 19 décembre 1989.

se concevoir comme un ensemble de cercles concentriques dont le centre symboliserait la conception commune et la périphérie, les contours fluctuants »¹⁶¹.

§ 2 — La notion de biens en droit interne

78. Les incertitudes quant à la définition juridique du terme « biens » ont amené certains auteurs à se questionner sur la pertinence voire l'utilité du concept même de bien juridique¹⁶². En vertu de l'article 543 du Code civil français, on peut avoir sur les biens « ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ». Le terme bien est aussi employé pour désigner les droits sur les choses, cet usage du terme recouvrant aussi les droits de créance¹⁶³.

79. La notion de bien ne se réfère pas de manière exclusive aux choses corporelles, mais englobe toute chose incorporelle ayant une valeur. S'appuyant sur Dumoulin, Carbonnier précisait que les biens « doivent être considérés moins *naturaliter* que *commercialiter* » mettant ainsi en avant leur lien intrinsèque avec l'ensemble des relations économiques. Cette approche légitimait ainsi de « possibles discordes avec les réalités du monde sensible dans les *distinctions* ou, au contraire, les groupements que le droit se préoccupe d'établir entre les biens »¹⁶⁴. Cette interprétation privilégie ainsi un critère fonctionnel qui repose « sur le point de vue de la

¹⁶¹ S. Pavageau, *op.cit.*, p. 168 « Telle qu'elle se dessine à la lumière des diverses jurisprudences ».

¹⁶² Grzegorzcyk se demande s'il s'agit d'un pseudo-concept prenant en considération les insuffisances des articles du CC et les difficultés d'en fournir de définition doctrinale. V. C. Grzegorzcyk, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ». *Archives de philosophie du droit*, 1979, n. 24, pp. 259-338.

¹⁶³ Pour une présentation de cet usage double de la notion de biens v. L. Leveneur, S. Mazeaud-Leveneur, *Droit des biens*, Lexisnexis, Paris, 2021, xi-305 p., pp.11-12. V. aussi P. Jourdain, *Les biens*, Dalloz, Paris, 1995, pp.563, p. 1 : « Dans une première vue, les biens ce sont des choses ; au sens où le langage courant les entend, toutes les choses dans leur infinie diversité : choses matérielles, corporelles, tangibles, perceptibles par les sens. Mais pour le juriste, les biens, ce sont surtout des droits. Les choses n'ont d'intérêt juridique que lorsqu'elles servent à l'homme [...] Les choses ne sont donc des biens qu'en tant qu'elles sont objet de droit, de droit réel puisque ce sont ces droits qui expriment le pouvoir d'une personne sur une chose. En un certain sens, pourtant sont également des biens d'autres droits patrimoniaux, par opposition aux personnes et aux droits extrapatrimoniaux. Il s'agit des droits personnels ou de créance et des droits de propriété intellectuelle ou incorporelle, de telle sorte qu'entendu très largement le droit des biens serait le droit du patrimoine ». Les rapports entre le bien en tant qu'« entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité » est caractérisé comme énigmatique v. Fr. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, Paris, PUF, 2008, 759 p., p.21. Cette interprétation large de la notion des biens comprenant à la fois les biens tangibles et les créances reflète le passage progressif d'une économie agricole vers l'économie industrielle dont le noyau dur semble être le contrat. La conception des biens s'adapte à la nouvelle structure de l'économie Pour cette analyse v. H. Lepage, « Analyse économique et théorie du droit de propriété », *Droits*, 1985, pp. 91-105, p. 103 : « La richesse n'est plus liée à ce bien tangible et indestructible qu'est le foncier, mais fondée sur cette nouvelle "propriété" immatérielle et intangible que constitue la créance ; l'économie industrielle est une économie de créances. Or qu'est-ce qu'une créance ? Un papier. C'est-à-dire une promesse qui vous est faite par quelqu'un de vous payer un jour ce qu'il reconnaît vous devoir. Se pose alors le problème du statut juridique de cette "promesse". Cette promesse est-elle absolument contraignante ? Si oui, et si le système vous offre tous les moyens possibles pour contraindre celui qui s'est ainsi engagé à respecter ses engagements, cette promesse devient un "bien", une véritable "propriété" que vous pouvez librement monnayer tant que d'autres considèrent qu'en vous l'achetant ils ne prennent pas un risque excessif. » Ce constat impose l'affirmation du caractère désuet de la thèse classique qu'il serait « impossible d'être propriétaire des créances au motif qu'on ne pourrait avoir un droit réel-propriété — sur un droit personnel » M. Fabre Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, pp.583-613, p.599.

¹⁶⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, Paris, Dalloz, 2004, 718 p., n° 707-708.

pratique qui définit les biens en fonction des relations sociales qui les mettent en mouvement »¹⁶⁵. La notion de bien s'éloigne ainsi de la chose corporelle pour se ramener à des prérogatives du propriétaire¹⁶⁶. À la lumière de ce critère fonctionnel, la qualification des biens est le résultat d'un processus d'abstraction opéré par le droit. Même l'action en revendication, pour le propriétaire dépossédé, est présentée en tant que bien. Une théorie générale des biens devient par conséquent « une théorie des rapports de droit qui les concernent »¹⁶⁷. La matérialité de la chose semble ainsi secondaire ou même inexistante comme dans le cas de la créance¹⁶⁸¹⁶⁹. Cet usage englobant du terme pourrait être résumé par la référence au critère de patrimonialité¹⁷⁰. Une telle interprétation extensive du terme « bien » semble être retenue par les États lorsqu'ils mettent en œuvre un régime discriminatoire attentatoires aux « biens, droits et intérêts » des civils ennemis.

§ 3 — Une approche extensive de la notion des biens.

80. La formule « biens, droits et intérêts », utilisée dans des traités de paix ou des accords d'indemnisation à la suite de mesures de nationalisation ou de confiscation englobe l'ensemble

¹⁶⁵ Fl. Vern, *Les objets juridiques*, Dalloz, Paris, xxiii-878 p., p.51.

¹⁶⁶ H. Batiffol, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Archives de philosophie du droit*, 1979, pp.9-22, p. 13.

¹⁶⁷ Carbonier, *op.cit.*, n° 729.

¹⁶⁸ V. F. Terre, « Variation de sociologie juridique sur les biens », *Archives de philosophie du droit*, 1979, pp.23 et s., p. 27 : « [La notion des biens] s'ordonne, dans la pensée juridique française, à partir de celle des choses du monde physique : en s'élevant sur la pente de l'intellect, on discerne les choses corporelles, puis le droit de propriété portant sur elles, ensuite les démembrements de ce droit et, sur la voie de la dématérialisation, nombre d'autres droits incorporels, de créances ». Pour la qualification de la créance en tant que bien meuble ou chose incorporelle, v. J. Henriot, « De l'obligation comme chose », *Archives de Philosophie du droit*, 1979, pp.235-245, p.238. A ce sujet v. aussi F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, 2018, 880 p., p.50 « La catégorie des meubles corporels s'est enrichie avec le développement des titres au porteur. En effet, lorsqu'un droit de créance est constaté dans un titre au porteur, on considère qu'il y a incorporation de la créance dans le titre, et la créance est traitée de ce fait comme un meuble corporel ». S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Librairie générale française, Paris, 1960, p.212, p.35 : « Une créance est un bien appartenant au créancier et rattaché à son patrimoine propre par l'effet d'un droit de propriété » ; p. 85 : « Le créancier ne peut-il céder sa créance comme le propriétaire d'un immeuble peut vendre celui-ci ? Il y a donc dans, le droit de créance, superposition de deux droits/l'un est le pouvoir contre le débiteur, l'autre la propriété du droit précédent ».

¹⁶⁹ La juridiction européenne a été amenée à se prononcer sur la question des créances. v. CEDH, *Affaire des raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, requête n. 13427/87, 9 décembre 1994. Une créance suffisamment établie pour être exigible, constituait un bien. V. aussi CEDH, *Affaire Pressons compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, requête n. 17849/91, 20 novembre 1995. En l'occurrence, il a été précisé qu'une créance représentait pour ses titulaires « une valeur patrimoniale ». Les requérants avaient une espérance légitime concernant la concrétisation de leurs créances. C'est dans l'arrêt CEDH *Affaire Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, requête n.9006/80, 8 juillet 1986, que la Cour a implicitement reconnu les actions comme des biens, objets du droit de propriété. L'arrêt concernait les nationalisations des industries de construction aéronautique et navale britanniques. La Cour n'a pas eu à s'interroger sur « l'existence d'un bien au sens de l'art. 1 du 1^{er} PA/CEDH ». Elle a noté que « les requérants ont été manifestement privés de leur propriété, au sens de la deuxième phrase de l'art. 1 du protocole additionnel ».

¹⁷⁰ P. Jourdain, *Les biens*, Paris, Dalloz, 1995, 563 p., n.11 : « La logique est que l'ensemble des biens devant répondre à un critère de patrimonialité, ils représentent de façon globale le versant actif du patrimoine et ne répondent pas uniquement à la définition classique des biens objets du droit de propriété. Tous les droits patrimoniaux entrent dans le patrimoine, droits auxquels il est traditionnel d'opposer les droits extra-patrimoniaux ».

des éléments relevant de la propriété des personnes privées¹⁷¹. Il est indiqué que la notion de « biens » « couvre tout avoir matériel, mobilier ou immobilier, ayant fait l'objet d'expropriation, à l'exception des avoirs exclus, par disposition conventionnelle, du bénéfice de l'accord d'indemnisation » tandis que le terme « intérêts » couvre « les participations partielles ou totales (sous forme d'actions ou d'autres titres) que des personnes physiques ou morales possédaient directement ou indirectement, dans des sociétés nationalisées ou touchées par une autre mesure privative de propriété »¹⁷². Dans les traités relatifs à la protection des investissements, la formule « biens, droits et intérêts appartenant à des ressortissants, personnes physiques ou morales de l'autre partie contractante » est utilisée pour assurer un traitement juste et équitable et exclure toute mesure injustifiée ou discriminatoire. Si la formule « biens, droits et intérêts » est une transposition en droit international de l'expression des systèmes de *Common law* de la notion de *property rights and interests*, « elle englobe à la fois des droits réels sur des biens meubles et immeubles, et des droits incorporels, tels que des droits contractuels »¹⁷³. La distinction entre droits et intérêts a été reprise aussi par le juge international soit pour souligner le caractère plus étendu de la notion d'intérêt par rapport à la notion de droit¹⁷⁴, soit pour mettre l'accent sur la différence entre les actionnaires, titulaires d'intérêts, et la personne morale titulaire des droits dont la violation pourrait faire fonctionner le mécanisme de la protection diplomatique de l'État¹⁷⁵. Il est souvent affirmé que l'intérêt « se développe sur un plan pratique, celui de l'utilité et de l'existence (du « *sein* » allemand) » tandis que la notion de droit, entendu comme prérogative reconnue ou attribuée par le droit à une personne déterminée, se

¹⁷¹ V. l'entrée « Biens, droits et intérêts », J. Basdevant (préf.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op.cit.*, p.88 : « Termes employés dans les traités de paix de 1919, 1920, et 1947 pour désigner tous les avoirs, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, appartenant à l'un des États belligérants ou à ses ressortissants et se situant ou s'exerçant sur le territoire d'un autre État belligérant ou de ses colonies. – "L'expression biens, droits et intérêts est tellement large qu'elle comprend certainement des parties aussi importantes d'un patrimoine que des actions". Sentence arbitrale, Allemagne-Roumanie, 7 juillet 1939, Rec. N. U., p. 1837 ».

¹⁷² J. Schokkaert, « Pratique contractuelle de la Belgique en matière d'indemnisation d'avoirs privés lésés à l'étranger », *Revue belge de droit international*, 1974, pp.425-472, cité par Salmon (éd.), *op.cit.*, p.129.

¹⁷³ J. P. Laviee, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, PUF, Paris, 1985, 331 p., p.16.

¹⁷⁴ Sentence du tribunal arbitral franco-espagnol dans l'affaire de l'utilisation des eaux du lac Lanoux, 16 novembre 1957 *RGDIP*, 1958, p.116-123.

¹⁷⁵ CIJ, *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, Recueil 1970, p.3, p. 38 : « La Cour est d'avis que, pour interpréter la règle de droit international général concernant la protection diplomatique, ce qui constitue sa tâche, elle n'a aucun besoin de déterminer le sens du terme intérêts dans les règles conventionnelles, autrement dit d'établir si par ce terme les règles en question indiquent plutôt des droits que de simples intérêts ». En l'occurrence, les investisseurs belges n'ont pas été reconnus comme titulaires de droits de propriété sur les investissements en Espagne. L'actionnaire ne possède pas de droit direct sur les actifs d'une société, mais il est impliqué dans une relation indirecte d'intérêts. V. en détail J. P. Laviee, *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique*, *op.cit.*, p.3 et s.

situé « sur un plan normatif (celui du « *sollen* » allemand) » parce que le droit est reconnu par une règle sociale et parce que lui correspond un « devoir » ou obligation d'autres personnes »¹⁷⁶.

81. Malgré l'usage abondant de la formule « biens, droits et intérêts » dans des traités de paix ou dans des traités bilatéraux d'investissement, la détermination du sens précis de chaque notion, au-delà des dispositions précises du cadre contractuel bilatéral, n'est pas dépourvue d'ambiguïtés.

§ 4 — Les particularités des biens en guerre maritime

82. La guerre maritime n'est pas conçue comme mécanisme d'opposition d'armées étatiques, mais comme ensemble de pratiques de contrainte militaire et économique imposées aux particuliers de l'adversaire et aux particuliers neutres. La guerre maritime est ainsi présentée comme guerre économique par excellence¹⁷⁷. Dans le cadre de ce type de guerre, les

¹⁷⁶ Pour cette analyse v. A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des intérêts », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, 1961, Dalloz et Sirey, Paris, pp. 241-252, not. p. 243 et s. Cette thèse doctrinale reflète la solution de la sentence du lac Lanoux. V. A. Gervais, « L'affaire du lac Lanoux, étude critique de la sentence arbitrale du Tribunal arbitral », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 372-434. En l'espèce, une distinction fut proposée entre « l'infraction aux obligations particulières correspondant aux divers droits » et l'infraction à une obligation « que les traités auraient fait peser sur l'État territorial pour sauvegarder les intérêts de son voisin, même s'il n'était pas porté atteinte à ses droits », p. 384.

¹⁷⁷ La nature économique de la guerre maritime a été longuement commentée lors de la Première Guerre mondiale. Les pratiques de guerre économique, et plus précisément les pratiques de guerre économique en mer ont servi comme cadre d'opposition entre la Grande Bretagne et le Reich wilhelmien. L'aspect commercial de la guerre a été utilisé comme point distinctif entre la civilisation anglo-saxonne et la culture germanique, surtout en matière de pratiques de la guerre maritime. Le statut de la Grande-Bretagne en tant que nation commerciale et industrielle opérant outre-mer a renforcé la conscience de sa spécificité par rapport aux États de l'Europe continentale. L'invulnérabilité anglaise, due à sa situation géographique insulaire, lui permettait d'émettre des prétentions d'hégémonie mondiale. En s'appuyant sur sa flotte, la Grande Bretagne appréhendait le commerce et les navires privés en tant qu'objets de conflits maritimes. V. p. ex. l'analyse de l'économiste J. Tucker, *The important question concerning invasions, a Sea-war, raising the Militia, and paying Subsidies for foreign troops*, London, Griffiths, 1755, 64 p., p. 1 : « Great Britain being an island, is secure from an invasion, and having no designs of making conquest, and no interests of her own to pursue on the continent, hath no need of foreign assistance. The strength of Great Britain lies in her fleets; these should be her principal, her only care. And if we carry on the war wholly by sea, and have nothing to do with the continent, we shall have everything to hope in regard to annoying our enemies, and nothing to fear in respect of ourselves. For by destroying their shipping, we ruin their trade; and when their trade is gone, the sinews of war are gone likewise ». Passage cité aussi par J. Leonhard, *Bellizismus und Nation, Kriegsdeutung und Nationsbestimmung in Europa und den Vereinigten Staaten, 1750-1914*, München, Oldenbourg, 2008, 1019 p., p. 283. La rhétorique contre la nation commerçante anglaise, développée par les puissances centrales au début de la Première Guerre mondiale, servait la propagande et constituait un lieu commun de la critique exercée par des auteurs allemands à l'égard des initiatives de la flotte britannique depuis le début de la Première Guerre mondiale. Cette rhétorique belliqueuse entretenait des liens intimes avec la science de la psychologie des peuples, dont le représentant de référence pendant la première moitié du 20ème siècle fut Wilhelm Wundt et son livre *Elemente der Völkerpsychologie : Grundlinien einer psychologischen Entwicklungsgeschichte der Menschheit*, Leipzig, Kröner, 1912, xii-523 p. Un fil rouge de critique à l'égard des pratiques anglaises de guerre économique anglaise traverse ainsi le débat juridico-politique mené pendant la Première Guerre mondiale jusqu'à l'éclatement de la Seconde Guerre mondiale. Pour une juxtaposition idéologique du commerçant, imprégné par l'esprit anglais libéral, et l'héros incarnant l'esprit allemand v. l'ouvrage de W. Sombart, *Händler und Helden*, München, Duncker & Humblot, 1915, vii-145 p. Comme figure éminente qui reflète la logique de la philosophie anglaise est présenté Hebert Spencer qui défendait le passage évolutif d'une société militaire et despotique vers une société industrielle et paisible. Hermann Kantorowicz se montre critique à l'égard de la pratique d'attributions de certaines caractéristiques à des peuples entiers au nom d'une psychologie collective, sans néanmoins la rejeter de manière définitive. H. Kantorowicz, *Der Geist der englischen Politik und das Gespenst der Einkreisung Deutschlands*, Berlin, Rowohlt, 1929, 504 p., p.14 : « Certes, je suis clairement et

navires ou les marchandises, qualifiés de civils en vertu des règles du droit humanitaire applicable en guerre terrestre, peuvent faire l'objet de saisie, voire de confiscation. Il semble ainsi que la distinction entre objectifs militaires et biens civils, valable pour la guerre terrestre, ne soit pas aisément transposable en guerre maritime économique¹⁷⁸. En effet, l'attribution du caractère ennemi joue un rôle fondamental pour la mise en œuvre d'un régime juridique spécifique. Le rôle des biens privés semble ainsi crucial pour la guerre maritime. En effet, le rôle attribué au commerce maritime et l'importance de mesures de prises exercées contre les navires privés et leurs cargaisons imposent d'évoquer la catégorie spéciale des biens meubles que sont les navires. La particularité de cette catégorie de biens meubles réside dans leur

profondément conscient que toutes les affirmations de la psychologie des peuples, quelle que soit la méthode utilisée, restent insuffisantes et même trompeuses face à l'enchevêtrement et à l'obscurité des forces motrices de l'histoire. Mais il faut tout de même s'y aventurer. S'il n'y avait pas de telles hypothèses sur l'Angleterre, je trouverais frivole de les lancer. Mais en réalité, toutes les actions politiques, à l'intérieur comme à l'extérieur, sont imprégnées de telles hypothèses, et si elles sont erronées, elles peuvent avoir un effet dévastateur. La conclusion finale de ce livre est que la guerre mondiale n'est pas due à l'encerclement, mais à la croyance erronée du peuple allemand en l'encerclement, croyance basée sur de fausses théories psychologiques, comme celle de la jalousie commerciale britannique (*Handelsneid*). Des catastrophes similaires résultant d'illusions similaires peuvent se produire à tout moment. C'est pourquoi les théories psychologiques des peuples infondées et erronées doivent être remplacées par des théories plus approfondies et donc, espérons-le, moins erronées. Les mêmes difficultés méthodologiques s'opposent à toute étude de psychologie collective, et pourtant personne ne voudra renoncer à vouloir analyser l'esprit d'une époque ou d'un style de religion ». De ce climat semble avoir été imprégné Thomas Mann qui dans son ouvrage *Notes d'un apolitique* se penche longuement sur cette opposition idéologique entre le concept de « civilisation » reflétant l'esprit européen (anglo-français) et la « culture » ancrée dans la tradition germanique. *Considérations d'un apolitique*, Paris, Bernard Grasset, 2002, 487 p., p. 301 : « Le peuple des gens d'argent (*das Volk der humanitären Geldleute*) s'est soulevé dans cette guerre pour tuer un dragon répondant au nom de militarisme allemand, pour protéger les petites nations, protéger la liberté et la justice. Toutefois, il a profité de l'occasion, non seulement, avec la circonspection et la précision les plus grandes, pour occuper, en commençant par Calais, tous les points stratégiques européens et extra-européens importants pour le maintien et l'extension de son hégémonie mondiale ; mais aussi, grâce à un espionnage postal de vaste envergure, pour s'emparer des secrets d'affaire du monde entier, anéantir le commerce extérieur allemand, détruire les entreprises allemandes d'outre-mer, en enserrant dans les mailles d'un filet tous les pays possibles — même ceux qui n'ont aucune importance militaire —, réaliser dans la guerre d'isolement économique d'Allemagne, le rendre durable, et, par les résolutions de la conférence de Paris en Juin 1916, organiser le blocus économique permanent ». Pour une typologie de mesures de guerre économique v. W. N. Medlicott, *The economic blockade*, London, Longmans, 1952-1959, 2 vol. xiv-732 p., xiv-727 p., vol. 1, p. 17 : « In the pre-war plans three categories of economic-warfare weapons were visualized, namely, (1) legislative action; (2) diplomatic action ; (3) military action in the broadest sense. Of these (1) was defined as controlling commercial and financial activities within the belligerents' own territories ; (2) aimed at controlling the commercial and financial activities of neutral countries which served as sources or channels of supply to the enemy; (3) would be used to attack the enemy directly by interfering with his supplies from overseas, whether consigned direct or through neutral countries, by destroying them or preventing their distribution after they had reached his territories, and, so far as might be practicable, by interfering with his exports ».

¹⁷⁸ D. Cumin, *Le droit de la guerre, op. cit.*, p. 1021 : « Comment expliquer ce contraste entre la guerre sur mer et la guerre sur terre ? Trois raisons : le milieu spatial, la conception de la belligérance liée à ce milieu, l'hégémonie militaire qui caractérise ce milieu. 1. Inappropriable et indivisible physiquement, la mer, en tant qu'espace de navigation, est libre pour le commerce comme pour la guerre, pour la belligérance comme pour la neutralité. Cette liberté commune a pour traduction juridique la recherche d'un compromis entre les intérêts militaires des uns et les intérêts commerciaux des autres, autrement dit, entre les atteintes à la propriété privée ou neutre et sa préservation. 2. L'emploi de la force armée vise à soumettre ou à vaincre l'ennemi. La spécificité du théâtre maritime par rapport au théâtre terrestre, autrement dit, son caractère « libre », « on souverain » ou non étatique », a conduit à considérer comme légitime la capture ou même l'attaque du commerce ennemi, quels que soient le statut et la nationalité ou le domicile des personnes commerçant avec l'ennemi. 3. Si la propriété des personnes privées ou des neutres, lorsqu'elle est de nationalité, de domicile, de provenance ou de destination ennemis, n'est pas protégée intégralement en cas de transport sur mer, c'est aussi parce que, au plan militaire, le milieu marin est caractérisé, non par l'équilibre des puissances, mais, depuis 1805 (Trafalgar voire 1713 [Utrecht], par l'hégémonie d'une puissance, Grande Bretagne puis États-Unis ».

attachement à un ordre juridique par le biais de leur pavillon ou leur port d'attache¹⁷⁹. L'attribution d'une nationalité, dont le rôle est particulièrement important pour l'application des lois de la guerre maritime, soit en matière de belligérance, soit en matière de neutralité, est présentée comme le « corollaire du principe du libre usage de la haute mer »¹⁸⁰. Pour pallier les insuffisances liées à la qualification du navire en tant que bien meuble, la notion d'ensemble organisé a été proposée, « qui ne correspond certes pas à un statut juridique spécifique, mais qui traduit au mieux la nature particulière de ces engins, à mi-chemin entre le « personne morale » et la « chose » »¹⁸¹. Le navire est ainsi conçu comme bien qui n'est, pourtant, pas réductible à sa « réité »¹⁸².

C. Objet de l'étude et plan.

83. Notre étude se penche ainsi sur le régime applicable aux biens des civils ennemis. Auparavant, le simple rattachement des personnes privées à l'État adverse était suffisant pour mettre un œuvre un régime discriminatoire portant préjudice à leur liberté personnelle et à leur situation patrimoniale. Des bornes ont été mises à des politiques d'atteinte à la liberté

¹⁷⁹ G. Gidel, *Le droit international public de la mer*, t. I, *La haute mer*, Mellotée, Chateauroux, 1932, x-530 p. Pour des considérations relatives au statut juridique du navire v. pp. 70 et s. L'auteur renvoie à une note rédigée par J. E. Labbé au sujet d'un arrêt de la CA de Caen du 12 juillet 1870, portant sur la faillite déclarée par un armateur et la mise en gage d'un bâtiment de mer. de 1870, p. 72 : « Note de sous Caen, 12 juillet 1870, Recueil Sirey 1871, n. 1, pp. 57-61, p. 57 “Les navires sont des meubles ; le législateur le déclare. Mais sont-ils dans la condition ordinaire des meubles ? Non. Ces meubles, auxquels on donne la même dénomination qu'aux constructions élevées sur le sol, bâtiments, n'ont — ils pas des caractères propres et distinctifs ? Oui. Les navires ont une nationalité ; les meubles, en général, n'en ont pas. Cette nationalité qui les suit partout n'a pas seulement une importance politique ; elle les soumet, pour la constitution et la transmission de la propriété, à une loi unique et invariable, à l'action d'une autorité unique et invariable. Les fonctionnaires français n'interviennent pas dans la mutation de propriété d'un navire étranger, aussi longtemps qu'il conserve sa nationalité d'origine. Les navires ont, en outre, une sorte de situation, une espèce de domicile, un lieu d'origine auquel ils demeurent, dans toutes leurs pérégrinations, liées, attachés ; c'est ce que l'on nomme le port d'attache. Ce lieu qui, semblable au domicile, n'est, en général, quitté par le navire qu'avec un esprit de retour, est manifeste pour les tiers ; il est indiqué par les papiers du bord ; il est même le plus souvent révélé aux yeux par des signes extérieurs que porte le navire”.

¹⁸⁰ Gidel, *idem*, p.73.

¹⁸¹ N. Aloupi, *La nationalité des véhicules en droit international public*, Paris, Pedone, 2020, 536 p., p.19. Pour une définition de l'ensemble organisé « un être complexe, composé d'un bien (le véhicule), d'autres biens (la cargaison) et de personnes (l'équipage et les passagers). L'ensemble sans avoir une personnalité morale qui le détache de ses éléments, comporte des exigences de cohésion telles que le droit international le traite comme un tout ». J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, LGDJ, 2019, 896 p., p.341.

¹⁸² v. J. Combacau, « Les bateaux et le navire : tentative de détermination d'un concept juridique international — Conclusions », pp. 237-244, dans *SFDI, Le navire en droit international : colloque de Toulon*, Paris, Pedone, 1992, 246 p., p.239 : « Dans un cas le navire est envisagé principalement comme une chose, un bien meuble d'une espèce particulière auquel s'applique un corps de règles dont la spécificité et l'autonomie dérivent de ce caractère singulier. Dans l'autre le navire est toujours une chose, mais sa “réité” ne rend compte que d'une partie de son être et laisse échapper tout le reste, dont seul rend compte le droit international. Qu'il s'insère dans “les utilisations pacifiques de la mer” ou que survienne une “situation internationale de crise”, le navire est soumis à un droit qui tient à sa qualité d'espace, et au fait qu'il est un être juridique collectif d'une espèce particulière ». Le lien qui unit ainsi le navire à son État « institue au profit et à la charge de celui-ci une compétence qui a tous les caractères de la compétence personnelle », *idem*, p.244.

personnelle, grâce à l'application du principe de distinction découlant du droit humanitaire et fondé sur l'impératif d'inviolabilité du statut des civils. En revanche, l'applicabilité du principe de distinction en matière de gestion des biens des civils suscite plusieurs interrogations. Si les biens civils, distingués par rapport aux objectifs militaires, sont censés être protégés par des opérations militaires, ils peuvent faire l'objet de mesures de contrainte économique. Un régime dérogatoire peut ainsi être mis en place par les belligérants en vertu de la décision de qualifier d'ennemis les biens des ressortissants de l'adversaire. Cette qualification d'ennemi brise ainsi le périmètre protecteur qui est censé couvrir les biens des civils. À la suite de l'identification de cette pratique récurrente en temps de guerre au sens formel du terme, il faut s'interroger sur sa survivance éventuelle après l'interdiction formelle de la guerre en tant que moyen de résolution de conflits. Dès lors, il est intéressant de se pencher sur l'étude de la pratique des États impliqués dans des conflits armés qui, faisant usage de leurs « droits des belligérants », mettent en place un régime discriminatoire des biens des ressortissants de l'adversaire. Il s'agit aussi de s'interroger sur la possibilité de recourir à une telle pratique à l'occasion d'imposition de mesures de contrainte économique au-delà du cadre normatif d'une guerre au sens formel du terme ou d'un conflit armé. L'étude des mesures économiques prises en temps de paix sous le spectre d'une pratique relevant de l'état de guerre au sens formel du terme entend dépasser le « vocable conceptuel » des biens ennemis, qui se trouve employé dans des actes qui émanent des autorités étatiques « à la façon d'une étiquette ou d'un signe algébrique ». L'objectif d'une étude portant sur une qualification explicite donnant lieu à un régime et à la survivance éventuelle d'une pratique malgré la disparition de cette qualification serait de s'interroger sur la possibilité de proposer « un concept à contenu juridique » qui sert « à la connaissance et à l'analyse systématique du droit » et l'explication des pratiques contemporaines¹⁸³. Procéder à l'étude du régime des biens privés appartenant aux ressortissants de l'État ennemi s'avérera utile pour une meilleure compréhension de la structure des mesures de contrainte économique visant de manière directe ou indirecte les biens privés de la population de l'État sanctionné par une institution internationale ou visé par des contre-mesures.

84. Si le régime normatif de guerre reconnaît la possibilité de qualification d'ennemi pour les ressortissants de l'adversaire engendrant ainsi la mise en œuvre des mesures discriminatoires et attentatoires à leur droit de propriété, l'interrogation porte aussi sur les limites *ratione temporis* de ce « droit belligérant ». À la suite de la cessation des hostilités, l'exercice d'un droit

¹⁸³ Ces expressions sont empruntées à Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », pp.289-305, dans *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Textes réunis par Ch. Leben, Paris, Panthéon-Assas, 2002, 690 p.

belligérant sur les biens des ressortissants de l'ancien adversaire semble être injustifiable. Néanmoins, les biens des ressortissants de l'« État vaincu ex-ennemi » peuvent jouer un rôle crucial en matière de réparations de guerre. Les mesures restrictives prises à l'encontre des ressortissants ennemis et de leurs biens pendant la période des hostilités, peuvent ainsi changer de nature et devenir des mesures de confiscation, prises à titre de réparations de guerre. Deux politiques successives peuvent être identifiées en matière de gestion des biens privés ennemis : d'une part, la saisie provisoire en temps de guerre et, d'autre part, la rétention définitive dans le cadre d'une politique de réparations de guerre. L'appropriation définitive des biens privés par l'adversaire constitue la forme par excellence de continuité, voire d'aggravation, de mesures prises en temps de guerre.

85. Notre étude sur les biens des civils ennemis s'articule donc autour de deux axes : d'une part les mesures prises *pendente bello* (Première Partie), d'autre part les mesures prises *post bellum* (Seconde partie).

PARTIE I — LES BIENS DES CIVILS ENNEMIS PENDENTE BELLO

86. Les mesures prises contre les biens des civils ennemis relèvent d'un régime juridique associé à la guerre au sens formel. La guerre au sens formel, ou technique, décrit une situation juridique déclenchant l'application d'un corps de règles distinct. Cette notion de la guerre, associée à l'« état de guerre », diffère du simple recours à des hostilités. Si les hostilités renvoient à des actes militaires, la guerre au sens formel déclenche l'application d'un statut. Ce statut confère certains droits et obligations, dont ceux qui s'exercent à l'égard des biens des civils qualifiés ainsi d'ennemis. Selon cette hypothèse, la guerre est appréhendée en tant que « fait condition, d'où découlent immédiatement des effets de droits »¹⁸⁴. La guerre au sens formel est ainsi « définie par la consistance matérielle des mesures prises »¹⁸⁵. Les mesures contre la propriété privée ennemie relèvent de cette conception de guerre, en vertu de laquelle les belligérants exercent leurs « droits ».

87. Il faut s'interroger sur la possibilité de recours à ces prérogatives en dehors de ce cadre. Si, à la lumière de l'évolution du droit international, la guerre, en tant que statut juridique, est « mise hors la loi », les mesures relevant historiquement de ce statut sont interdites. Toutefois, en dehors du cadre précis de l'institution de la guerre au sens formel, les États interagissent par le biais d'opérations qui s'apparentent à la guerre au sens matériel¹⁸⁶. En effet, l'implication des États dans des conflits armés, dans des opérations dictées par l'objectif de préservation de la paix et de la sécurité internationale, témoigne du fait que la guerre, au sens matériel, subsiste toujours. Néanmoins, un changement de paradigme, pour emprunter un terme courant de la philosophie des sciences, est survenu¹⁸⁷. L'étude des mesures prises contre les biens des civils ennemis aide à mieux comprendre cette évolution normative.

¹⁸⁴ L. Delbez, « La notion juridique de guerre », *RGDIP*, 1953, pp. 177-209, p. 178.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 192.

¹⁸⁶ Pour une présentation du débat doctrinal entre la définition de la guerre en tant que *statut* (conception formelle) ou en tant qu'*acte* (conception matérielle) v. L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public : droit de la paix, droit préventif de la guerre, droit de la guerre*, Paris LGDJ, 1964, 666 p., pp. 509-514. L'auteur précise que lors de la guerre au sens matériel sont applicables « les règles du droit de la guerre qui ont un caractère à la fois militaire et humanitaire, mais qu'en revanche ne sont pas applicables les règles du droit de la neutralité ou les règles de caractère économique, telles que les mesures contre la propriété privée ennemie », p. 513.

¹⁸⁷ Cette évolution est marquée par l'émergence d'organisations internationales ayant comme vocation la préservation de la paix. En effet, le statut de guerre est incompatible avec des opérations de police censées être ordonnées par des organes assumant « la fonction exécutive en droit international ». Si l'élément matériel de contrainte subsiste même dans le cadre de ces opérations, leur régime juridique diffère considérablement du régime de la guerre au sens formel. V. en détail G. Scelle, *Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international*, RCADI, 1936, Recueil t. 55, pp. 87-202, p. 172 : « En observant plus exactement le contenu des notions de guerre et de police, on s'aperçoit, en effet, qu'il n'y a rien de commun entre elles, si ce n'est l'utilisation des moyens de force, c'est-à-dire l'élément matériel de l'opération. Les éléments juridiques sont au contraire, dans l'un et l'autre cas exactement inverses ». Si 1928 et le pacte de Paris représente un point culminant de cette évolution, le moment charnière du processus de « criminalisation de la guerre » est l'adoption de la Charte de l'ONU en 1945. À la lumière de cette évolution, la guerre en tant que statut conférant des droits n'est plus admise comme institution. R. Higgins souligne que « the contention of any state that it

88. Le dépassement de la guerre au sens formel explique le remplacement du « droit de la guerre » par le « droit humanitaire ». Le droit de la guerre, à savoir le droit régissant la guerre au sens formel, diffère du droit humanitaire, à savoir le droit régissant les conflits armés. La réflexion sur la propriété privée des ressortissants de l'État ennemi invite à reconsidérer la continuité ou la rupture entre ces deux branches du droit¹⁸⁸.

89. Dans un premier temps, il faut se pencher sur le régime des biens privés ennemis en temps de guerre au sens formel (Titre 1). La saisie des spécificités de ce régime présuppose un examen de la pratique avant 1945. Dans un second temps, il faudra examiner les possibilités de continuité d'un tel régime en dehors du cadre de l'institution de la guerre au sens formel (Titre 2).

acts under rights of belligerency is to be rejected as incompatible with the Charter and current international law ». *The development of international law through the political organs of the United Nations*, London, Oxford university press, 1963, xxi-402 p., p. 215.

¹⁸⁸ Si la guerre comme institution juridique est abolie, la thèse de la séparation radicale et univoque entre la « guerre » et la « paix » est remise en cause. La guerre en tant qu'acte, à savoir le recours à des hostilités, peut avoir lieu même en cas de « paix ». Il semble ainsi que l'adage cicéronien *inter bellum et pacem nihil est medium* ne forme plus l'un des fondements du droit international. Si la guerre n'existe plus, le recours à plusieurs actions relevant d'un *status mixtus* ne peut pas être exclu. Pour un aperçu v. W. Meng, « War », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 1982, pp. 282-290.

Titre 1. Les droits des belligérants exercés sur les biens privés ennemis dans le cadre de la guerre au sens formel

90. Les pratiques des belligérants durant la première moitié du 20^{ème} siècle, n'ont pas été conformes aux règles protectrices de la propriété privée, codifiées dans les Conventions de la Haye de la fin du 19^{ème} et du début du 20^{ème} siècle. À un droit prétendument « défunt/mort », reflété dans les conventions non respectées du droit de la guerre, s'est opposé un droit « vivant », émanant directement des pratiques des belligérants¹⁸⁹. Le rôle passif ou actif accordé à la population civile se trouve à l'épicentre de toute réflexion portant sur le phénomène de la guerre¹⁹⁰. L'examen des mesures visant la propriété privée des ressortissants de l'État ennemi, présuppose la désignation du cadre à l'intérieur duquel les États peuvent faire usage de leurs pouvoirs des belligérants. Ce cadre normatif qui permet aux États belligérants de recourir à ce type de mesures est la guerre au sens technique ou formel du terme. Si le régime protecteur des biens privés constitue un des piliers fondamentaux de la guerre sur terre (chapitre 1^{er}), la

¹⁸⁹ V. P. Eltzbacher, *Totes und lebendes Völkerrecht*, München, Duncker & Humblot, 1916, iii-74 p., p.2 : « La plupart des gens et des juristes sont habitués à considérer le droit comme quelque chose de fini. Ils ne prêtent attention à son évolution que lorsqu'elle se présente à eux dans les recueils de lois. C'est pourquoi les accusations de violation du droit international portées aujourd'hui par les deux parties et les objections qui leur sont opposées partent toutes du principe que le droit international en vigueur au milieu de l'année 1914 est toujours d'actualité. Mais ce droit international n'existe plus. Il s'est effondré dans la tempête de la guerre mondiale ». Pour une présentation de ce débat v. M. Llanque, *Demokratisches Denken im Kriege, Demokratie und Völkerrecht*, De Gruyter, Berlin, 2000, 365 p., et not. pp.264-268. Cette opposition entre un droit prétendument mort et un droit vivant se trouve au centre de la discussion en droit constitutionnel allemand pendant les années de la République de Weimar et constitue une thématique courante même après la montée au pouvoir du NSDAP. La racine de cette opposition en droit interne pourrait remonter à la distinction entre la Constitution dans sa forme absolue et dans sa forme relative, développée par Schmitt dans sa Théorie de la Constitution. Cette distinction est reprise par la théorie juridique nationale-socialiste selon laquelle un texte constitutionnel n'est jamais la constitution proprement dite, mais seulement des « émanations et des précipités du noyau constitutionnel non écrit ». La constitution proprement dite ne se résume pas à une consolidation normative. Il ne s'agit pas d'un ensemble de dispositions explicites, de règles de droit écrites, d'organisations et d'institutions fixes. Le noyau de la Constitution est l'ordre vivant non écrit dans lequel la communauté politique du peuple allemand trouve son unité et sa totalité. Le caractère non formel de la constitution apparaît comme une condition préalable « pour que l'ordre fondamental ne se fige pas, mais qu'il reste en perpétuel mouvement puisque ce ne sont pas des institutions mortes, mais des fondements structurels vivants (*lebendige Grundformen*) qui constituent l'essence de la nouvelle constitution ». E.R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches 1937*, Hamburg, Hanseatische Verlag, 1939, 522 p. et not. pp.55 et s. Pour une analyse v. D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Berlin, 2020, 447 p., p.152 et s.

¹⁹⁰ Les thèses défendues par les responsables politiques des puissances belligérantes sont souvent contradictoires. V. La déclaration du Kaiser Guillaume I^{er} au peuple français le 11 août 1870 : « Je suis en guerre avec les soldats français et non pas avec les citoyens de France. Ceux-ci continueront donc à jouir d'une parfaite sécurité de leur liberté personnelle et de leurs biens, et cela aussi longtemps qu'ils ne me priveront pas eux-mêmes, par des entreprises hostiles contre les troupes allemandes, du droit de leur accorder ma protection ». En 1888 Bismarck a affirmé devant les membres du Reichstag « Si nous voulons mener une guerre en Allemagne avec le plein effet de notre force nationale, il faut que ce soit une guerre pour laquelle tous ceux qui y participent, tous ceux qui y font des sacrifices, en un mot, toute la nation soit d'accord ; il faut que ce soit une guerre populaire (*Volkskrieg*) ; il faut que ce soit une guerre menée avec l'enthousiasme de celle de 1870, où nous avons été attaqués sans pitié. Je me souviens encore des cris de joie qui retentissaient à la gare de Cologne, et c'était ainsi de Berlin à Cologne. Les vagues de l'approbation populaire nous ont entraînés dans la guerre, que nous l'ayons voulu ou non. Il doit en être ainsi si une force populaire comme la nôtre doit s'exprimer pleinement ». Passages cités par Eltzbacher, *op. cit.*, p. 27-29.

protection de la propriété privée semble ne pas être assurée dans le cadre de la guerre maritime (chapitre 2).

Chapitre 1. Le régime protecteur des biens privés ennemis en guerre sur terre

« Dispensez-vous du pillage !

Bien peu y songent.

L'âme se gonfle et le sang s'embrase

Pour un enjeu plus noble que les biens terrestres ! »

Germania à ses enfants, p126-129, p. 128, Kleist von H., Petits écrits, œuvres complètes, tome 1, Gallimard 1999

91. De la maxime selon laquelle la guerre ne décrit qu'une relation interétatique, se dégage la thèse selon laquelle les sujets non-combattants des puissances en conflit ne doivent subir les conséquences néfastes de la guerre que « dans les cas où un préjudice leur était causé d'une manière indirecte et accidentelle par les opérations des armées »¹⁹¹. Sauf en cas de nécessité militaire, les biens des civils ne font pas l'objet d'opérations militaires directes. Bien que les pratiques des États belligérants aient souvent compromis l'effectivité de cette règle, des atteintes systématiques aux biens privés n'étaient justifiées qu'en tant que représailles de guerre. Des actions militaires ciblant les biens civils n'étaient donc pas envisageables. En revanche, les États faisaient usage de leurs droits des belligérants pour mettre en œuvre des atteintes de nature non-militaire aux biens privés des ressortissants ennemis. Un régime discriminatoire pouvait être mis en œuvre à l'encontre des ressortissants de l'adversaire (Section I). Ce régime, comportant des mesures attentatoires à la règle d'inviolabilité de la propriété privée, était fondé sur la qualification d'ennemi. L'étude des mesures spécifiques doit ainsi être suivie par une interrogation concernant les critères d'attribution du caractère ennemi, présenté comme motif de mise en œuvre d'un régime discriminatoire et attentatoire au statut personnel et patrimonial des ressortissants de l'adversaire (Section II).

Section I. Des droits des belligérants exercés sur les biens privés ennemis.

92. Les considérations relatives aux prérogatives exercées par un belligérant sur les biens privés occupent une place primordiale dans le droit de l'occupation de guerre (§1). Après l'examen des prérogatives conférées à la puissance occupante, l'étude se penchera sur le faisceau des mesures visant la propriété sise en territoire sur lequel les belligérants exercent des prérogatives à titre de souverain et non plus à titre d'occupant (§2).

§ 1 Des droits des belligérants restreints exercés par la puissance d'occupation.

93. La structure de la guerre, entendue comme duel entre des belligérants publics, est reflétée dans le cadre normatif régissant l'institution d'occupation de guerre. Cette dernière

¹⁹¹ J. Valéry, « De la condition en France des ressortissants des puissances ennemies », *RGDIP*, 1916, pp. 349-394, p.350.

« désigne la situation née de l'invasion du territoire d'un des belligérants par une armée ennemie, qui stationne sur une portion de ce territoire pendant le déroulement du conflit et le contrôle pendant une période plus longue que celle du combat proprement dit »¹⁹². Toute règle relevant du régime d'occupation de guerre est censée être conforme au principe de réciprocité entre l'obligation de protection, incombant à la puissance occupante, et l'exigence d'allégeance partielle adressée à la population locale à l'égard de la puissance d'occupation (*obligo ergo protego*) (a). Néanmoins, le cadre protecteur esquissé par les dispositions relatives à l'occupation de guerre a été souvent négligé par des États belligérants souhaitant mettre en œuvre une politique d'annexion. La politique adoptée par le Troisième *Reich* lors de la Seconde Guerre mondiale en constitue l'exemple emblématique (b).

a. Un cadre restrictif expliqué par la finalité de l'occupation de guerre.

94. La nature transitoire de l'occupation qui par définition n'opère par elle-même aucun transfert de souveraineté se reflète dans les prérogatives en matière de gestion des biens privés (ii, iii). De plus amples pouvoirs sont revendiqués par la puissance d'occupation lorsque cette dernière émet des prétentions d'exercice de prérogatives souveraines sur un territoire appartenant jadis à l'adversaire (iv). La gestion des biens privés fournit des éléments d'évaluation juridique des prérogatives exercées par un belligérant sur un territoire. L'occupation de guerre dont le régime a été codifié depuis la seconde moitié du 19^{em} siècle (i) différerait ainsi considérablement de l'institution ancienne de « l'occupation conquête » qui autorisait l'appropriation immédiate des biens de l'ennemi (iv)¹⁹³.

i. L'élaboration progressive des prérogatives restreintes de la puissance occupante.

95. Le processus d'élaboration des règles visant à encadrer les prérogatives de la puissance occupante remonte à la codification des règles du droit de guerre entreprise par Francis Lieber

¹⁹² M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, p 698.

¹⁹³ N. Politis, « Note sur I. Lameire, *Théorie et pratique de la conquête dans l'ancien droit*, Paris 1902 », *RGDIP*, 1904, pp. 115-117, p. 115 : « Si les effets de l'occupation se mesurent, en règle générale, d'après le caractère de la guerre, on peut constater qu'au fur et à mesure que la lutte armée cesse d'être un but pour devenir un moyen, l'ancienne notion de l'occupation conquête, tend à disparaître. L'évolution est très lente, mais elle est, à notre avis, certaine ». Politis soulignait que Grotius, en se référant au caractère durable de possession du pays par le vainqueur comme condition de transfert de propriété ou de souveraineté s'opposait à la conception romaine de l'occupation — conquête, v. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, liv. III ch.VI, par. IV, p. 648. Dans le sillage de celui-ci s'inscrivait, selon Politis, Vattel qui considérait que l'occupation opérait un transfert de souveraineté sous condition résolutoire. Politis soulignait qu'« avec le changement survenu dans le caractère de la guerre depuis le début du XIX siècle, s'est substitué l'idée moderne que l'occupation de guerre confère seulement à l'occupant un droit sous condition suspensive : l'occupant n'a pas un droit actuel effectif, il n'a que le germe d'un droit, qui lui permet en fait d'exercer provisoirement, sur le pays occupé, la souveraineté, au lieu et place de son titulaire », *idem*, p. 117.

durant la guerre de Sécession aux États-Unis¹⁹⁴. Les « *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field* », connues sous le nom Code Lieber et reprises par le Président Lincoln dans son *order* du 24 avril 1863, dictée en qualité de *Commander in Chief* des forces armées, constituent une première tentative de codification du droit de la guerre¹⁹⁵. Par ce code, Lieber a voulu pallier les insuffisances dues au caractère incohérent des pratiques de l'armée de l'Union à l'égard des habitants des États de la Confédération et leurs biens¹⁹⁶. En vertu de l'article 25 du code, la protection du citoyen inoffensif est assurée tandis que toute privation ou ingérence dans les biens privés n'est autorisée qu'à titre exceptionnel. Cet élément avait été retenu par le juriste Bluntschli qui appréhendait la guerre en tant qu'affrontement entre des puissances souveraines dont la réglementation devait être dictée par l'objectif d'humanisation (*Humanisierung*) de la guerre¹⁹⁷. Cet objectif pouvait être atteint par la

¹⁹⁴ La Guerre de Sécession constitue un moment charnière pour le droit de la guerre et pour l'institution d'occupation militaire distinguée de la conquête. V. les Chapitres relatifs aux « Rights of military occupation » et aux « rights of complete conquest », Chap. XXXII et XXXIII p. 775-809, p. 810-843 de H. W. Halleck, *International law, or rules regulating the intercourse of States in peace and war*, New York, Notstrand, 1861, xxxv-907 p. Ce dernier avait servi en tant que chef de l'état-major du Président Lincoln lors de la guerre de Sécession.

¹⁹⁵ Fr. order », *Mississippi valley historical review*, vol. 32, 1946, pp. 541-556.

¹⁹⁶ V. la lettre adressée à Lieber par le général Nathaniel Pretniss Banks : « The treatise on the rules of war to which you allied is greatly needed. Many points are greatly abused and in some respects our people (and some of our generals) entertain erroneous views [...] as to the disposition of property in an enemy country. No distinction is made in the public mind between the plunder of a people by individual soldiers for their own gain-which is robbery and works a terrible demoralization in all armies- and the confiscation of property by commanding officers for the support of armies ». Cité par R. Betsy, *Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht 1861 – 1881*, Baden-Baden, Nomos, 2003, xii-356 p., p. 199.

¹⁹⁷ V. Berner, « Krieg-Kriegsrecht », pp.98-115, dans J. C. Bluntschli (éd.), *Deutsches Staats-Wörterbuch*, Stuttgart, Leipzig, 1861, vol. 6, 778 p., p.113 : « Le christianisme a apporté au monde la conscience de la valeur infinie de la personne humaine. Cela a donné lieu à un droit de la guerre plus doux. On cherche à distinguer l'État de ses membres individuels. [...] C'est sur cette base que l'on protège d'abord les citoyens pacifiques. Mais il en résulte aussi, en général, que les biens des citoyens pacifiques doivent être épargnés ». Néanmoins, il faut rappeler que l'objectif d'humanisation de la guerre n'était pas communément partagé. L'incompatibilité entre la réalité de la guerre et l'illusion d'imposition de règles de caractère humanitaire était soulignée par L. Tolstoï dans son ouvrage inégalable *La Guerre et la Paix*, contemporain aux premières ébauches de codification du droit de la guerre. Une référence pourrait être faite au passage où le prince André Bolkonsky, s'exprime sur l'opportunité des lois de la guerre et rejette l'objectif d'humanisation de la guerre. L. Tolstoï, *La Guerre et la Paix*, Gallimard, Paris, 2012, vol. II, trad. B. de Schloezer, p.284 : « Ne pas faire de prisonniers, poursuivit le prince André. Cela seul transformerait la guerre et la rendrait moins cruelle. Autrement, nous jouons à la guerre, et c'est là le mal. Nous faisons les magnanimes, et ainsi de suite. Cette magnanimité et cette sensiblerie ressemblent à celles de la dame qui se sent mal en voyant tuer un veau ; elle est si bonne qu'elle ne supporte par la vue du sang, mais elle mange avec appétit ce même veau accommodé à la sauce. On nous parle des lois de la guerre, des sentiments chevaleresques, du respect des parlementaires, d'humanité à l'égard des malheureux. Sottises que tout cela ! J'ai vu en 1805 cet esprit chevaleresque, ce respect des parlementaires ; on nous a bernés, nous avons berné. Ils pillent, émettent de faux assignats. Pis encore, ils tuent mes enfants, mon père, et parlent après cela des lois de la guerre et de la générosité à l'égard des ennemis. Ne pas faire de prisonniers, mais tuer et marcher à la mort ». Tolstoï s'aligne sur cette interprétation du droit de la guerre lorsqu'il met en opposition les règles du conflit chevaleresque ou de l'escrime aux pratiques d'une guerre de libération nationale. Selon lui, la guerre de libération nationale rend inopérante toute tentative d'imposer à une lutte de cette ampleur des comportements conformes à des règles précises. Tolstoï, *La Guerre et la Paix*, vol. II, op.cit., p.688-689 : « A partir de l'incendie de Smolensk, une guerre commença qui ne se conformait plus aux traditions militaires. L'incendie des villes et des villages, la retraite après les combats, le coup de Borodino et de nouveau la retraite, l'incendie de Moscou, la chasse aux maraudeurs, l'enlèvement des convois, la guerre de partisans, tout cela violait toutes les règles. Napoléon le sentait et depuis le jour où arrivé à Moscou il prit la pose correcte de l'escrimeur et aperçut au-dessus de sa tête non plus l'épée de l'adversaire, mais un gourdin, il ne cessa de se plaindre et à Koutouzov et à Alexandre que la guerre était menée contrairement à toute les règles (comme s'il existait on ne sait quelles règles pour tuer les gens). En dépit des plaintes des Français sur l'inobservation des règles, et malgré la honte qu'éprouvaient on ne sait pourquoi certains hauts personnages russes qui jugeaient inconvenant de se battre à coups de gourdin, et

délimitation des prérogatives militaires, dont l'exercice était conditionné par la nécessité militaire, repérable à l'article 14 et 15 du Code¹⁹⁸. L'importance de l'interrogation sur les prérogatives de États belligérants à l'égard des biens privés est prouvée par le fait que Bluntschli, douze ans après la publication du code de Lieber, et imprégné par l'esprit de ce dernier, a publié son ouvrage consacré au droit de butin en guerre¹⁹⁹.

96. Dans le sillage de la codification de Lieber s'inscrit le processus de codification entreprise dans le cadre de la Conférence de Bruxelles en 1874 en vue de l'adoption d'une convention internationale sur les lois et coutumes de la guerre. Néanmoins, lors de la conférence de Bruxelles de 1874 aucun accord n'a été trouvé au sujet de la nature et des limites des prérogatives reconnues à l'autorité occupante sur les biens sis en territoire occupé. En effet, les règles relatives à l'occupation de guerre, figurant dans le chapitre intitulé « de l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi », ne portent que sur les biens publics de l'État occupé. Les résolutions de cette conférence, formulées dans la « Déclaration sur les lois et coutumes de la guerre » ont déclenché un débat au sein de l'Institut de droit international, fondé en 1873, aboutissant en 1880 à une résolution sur les lois de la guerre sur terre²⁰⁰. L'Institut a ainsi adopté

auraient préféré qu'on se tint selon toutes les règles en quarte, ou en tierce pour se fendre habilement en prime, etc., le gourdin de la guerre nationale se leva dans toute sa force redoutable et grandiose, et sans s'enquérir des goûts de quiconque et des règles, avec une grossière simplicité, mais avec efficacité, sans tenir compte de rien, il se levait, s'abaissait, et il martelait ainsi les Français jusqu'à destruction complète de l'armée d'invasion. Et grâce soient rendues au peuple qui, non pas comme les Français en 1813, après avoir salué selon toutes les règles de l'art, retournent leur épée et la tendent poliment et élégamment par la poignée à leur magnanime vainqueur, mais grâce soient rendues au peuple qui, au moment de l'épreuve, sans se demander comment les autres agiraient d'après les règles en des circonstances analogues, saisit simplement et aisément le premier gourdin venu et tape jusqu'à ce que dans son âme l'humiliation et le besoin de la vengeance fassent place au mépris et à la pitié ».

¹⁹⁸ Instructions de 1863 pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique (Lieber Code), 24 avril 1863, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 1953, pp.401-409, Art. 14 : « Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war ». Art. 15 : « Men who take up arms against one another in public war do not cease on this account to be moral beings, responsible to one another, and to God ». Art. 38 « Private property, unless forfeited by crimes or by offences of the owner, can be seized only by way of military necessity, for the support or other benefit of the army or of the United States. If the owner has not fled, the commanding officer will cause receipts to be given, which may serve the spoliated owner to obtain indemnity ». Ces dispositions sont reprises dans l'ouvrage de J. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch*, Nördlingen, Beck, 1872, xiv-528 p., par. 652 : « La propriété privée doit être respectée, même en temps de guerre, par le belligérant victorieux et ne peut être attaquée qu'en cas de nécessité militaire. ».

¹⁹⁹ J. C. Bluntschli, *Das Beuterecht im Krieg und das Seebeuterecht insbesondere*, Nördlingen, Beck, 1878, 168 p.

²⁰⁰ Le débat se concentrait sur les prérogatives de l'armée d'occupation et des actes entrepris ayant des conséquences sur le statut patrimonial des habitants. *Actes de la Conférence de Bruxelles sur le projet d'une convention internationale concernant les lois et coutumes de la guerre*, Bruxelles, La Haye, 1874, 311 p., Protocole n. 16 séance du 20 août p. 37 : « M. Le Baron Lambermont constate que personne n'a mis en doute la nécessité pour une armée en campagne de réclamer des prestations. À côté de ce fait, on a placé le respect de la propriété privée. La difficulté naît quand il s'agit de tracer entre ces deux intérêts une délimitation exacte. M. Le délégué de Belgique demande si l'on ne pourrait fixer cette limite à l'aide d'un autre principe d'après lequel chaque belligérant est tenu de pourvoir à ses propres nécessités. Une armée qui se prépare à la guerre s'assure d'abord, et à ses frais, les moyens d'entrer en campagne. Arrivée sur le territoire ennemi, elle se trouve dans le cas de chercher les moyens de subsistance qu'elle n'a pu amener avec elle ; mais ces moyens nouveaux, elle doit se les procurer de la même manière que les premiers, c'est-à-dire en les payant. C'est dans cette obligation des prestations que l'on rencontrerait peut-être la limitation cherchée. M. le délégué de Belgique a de justes égards pour l'expérience et l'entente des choses de la guerre qui distinguent l'auteur de la rédaction proposée. Cette rédaction proclame, en principe, le respect de la propriété privée ; elle reconnaît le droit à l'indemnité, mais elle

en 1880 le manuel d'Oxford qui comportait une section de 19 articles relatifs à l'occupation de guerre, parmi lesquels figuraient des dispositions spécifiques portant sur la gestion des biens privés. Entendue en tant que simple « situation de fait » au sens du manuel d'Oxford, l'occupation donnait naissance à un régime qui distinguait l'essence de la souveraineté de son exercice. L'État occupé continuait à être le titulaire de la souveraineté dont seul l'exercice était confié à la puissance occupante. En vertu du régime de l'occupation, une « communauté de droit de caractère provisoire » était ainsi créée entre l'armée ennemie et les habitants de l'État occupé²⁰¹. Un glissement pouvait être constaté entre le Code Lieber et le manuel de 1880. Selon la conception de Lieber, les compétences de l'armée d'occupation, dictées en fonction des nécessités militaires et conditionnées par les limites et contraintes découlant de la civilisation et de l'honneur militaire, jouaient un rôle prédominant²⁰². En revanche, le manuel des lois de la

mesure les prestations sur les nécessités de la guerre et elle admet les quittances comme mode de paiement. Or, cette formule des "nécessités de la guerre" qui se retrouvait dans beaucoup d'articles du projet russe initial, a été l'une des causes qui ont d'abord fait accueillir celui-ci avec une sorte de défiance ou d'inquiétude. On se rassurerait jusqu'à un certain point si elle avait un correctif dans l'obligation d'un paiement effectif, soit en numéraire, soit, du moins, à l'aide d'une quittance obligeant celui-là même qui fait la réquisition. M. le baron Lambermont désire savoir si le projet proposé peut être entendu en ce sens. M. le général de Voigts Rhetz dit que cette question relative à la valeur des quittances est réglée par l'usage. Celui qui sera vainqueur aura le devoir d'indemniser ceux de ses sujets qui auront en leur possession des quittances délivrées en temps de guerre » ; p.39 : « M. Le colonel Manos est d'avis que tout se réduit à savoir s'il faut laisser prendre ou donner le droit de prendre. M. le général de Voigts Rhetz n'admet pas que la question puisse être posée en ces termes. On ne donne pas le droit, on constate seulement que le fait existe, que personne ne peut l'empêcher de se produire dans la pratique et qu'il est bon qu'il soit restreint à des cas d'inévitable nécessité. [...] M. le Colonel fédéral Hammer "Le gouvernement helvétique, s'inspirant de l'idée qu'il importe de concilier le plus possible les exigences impitoyables de la guerre avec les droits des individus, des familles des populations, entend que les réquisitions et contributions impliquent un dédommagement. Ce sont des emprunts forcés qui appellent une restitution ultérieure. Là serait la thèse qui concilie les deux points de vue. [...] Son gouvernement (de M. le colonel fédéral Hammer) ne propose pas de dire que les réquisitions sont des emprunts forcés, mais sont envisagées comme tels ; cela revient à dire que les habitants ont donné quelque chose sans le vouloir, malgré eux, mais sous réserve de restitution ou de dédommagement. C'est un prêt auquel on ne peut pas se soustraire".

²⁰¹ À ce sujet v. E. Loening, « L'administration du Gouvernement-général de l'Alsace durant la guerre de 1870-1871 », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1872, pp. 622-650, et 1873, pp. 69-136, pp.71-72 : « [Cette communauté] exige notamment : que les habitants, bien que restés sujets de leur État national, se soumettent néanmoins à l'autorité de l'occupant ; qu'ils reconnaissent que le gouvernement est suspendu, et qu'ils ne compromettent pas les conditions d'existence de l'ennemi, c'est-à-dire sa sécurité. [...] Si d'une part ladite communauté de droit se manifeste dans la soumission de la population à l'autorité de l'ennemi, elle a d'autre part pour effet d'imposer à l'ennemi le devoir de garantir à la population une entière sécurité des personnes et des propriétés et, autant que faire se peut, d'organiser une administration publique sur la base des lois existantes ». Tolstoï, dans son œuvre *La guerre et la Paix*, en citant une proclamation de Napoléon, met en avant la nécessité de rétablissement d'un ordre juridique provisoire par les autorités d'occupation. Cette proclamation, datant dès l'installation de Napoléon à Moscou avait comme objectif la détermination des compétences des autorités d'occupation et soulignait l'intangibilité des droits et intérêts de la population locale. Tolstoï, *la Guerre et la Paix*, vol. II, op.cit., p.642 : « Vous, paisibles habitants de Moscou, artisans et ouvrier que les malheurs ont éloignés de la ville, et vous, agriculteurs dispersés qu'une crainte non fondée retient encore dans les champs, écoutez ! Le calme revient dans cette capitale et l'ordre s'y rétablit. Vos concitoyens sortent sans crainte de leurs retraites, voyant qu'on les respecte. Toute violence exercée contre eux ou leur propriété est sévèrement punie. Sa majesté l'empereur et roi les protège et ne considère aucun de vous comme ennemi, hors ceux qui n'obéissent pas à ses ordres. Il veut mettre fin à vos malheurs et vous ramener à vos foyers et à vos familles. Conformez-vous donc à ses mesures de protection et venez à nous en toute sécurité ».

²⁰² L'esprit du Code de Lieber se reflétait dans le Code pénal militaire prussien applicable lors de la guerre de 1870. V. E. Loening, « L'administration du Gouvernement-général de l'Alsace durant la guerre de 1870-1871 », *op. cit.*, p.9 : « Les dispositions du Code pénal militaire prussien concernant l'abus de la force militaire en guerre reposent sur l'idée, si énergiquement exprimée par le roi dans l'ordre du jour du 8 août 1870, "C'est le devoir de tout soldat jaloux de son honneur de protéger la propriété privée et de ne pas tolérer que la bonne réputation de notre armée reçoive aucune atteinte, ne fût-ce que par quelques exemples isolés d'indiscipline". [...]Le pillage, la destruction méchante de propriétés

guerre sur terre de 1880 mettait l'accent sur les droits de la population relevant du pays occupé, octroyant ainsi à l'occupant des compétences limitées. L'occupant, non-autorisé à procéder à la confiscation des biens privés, devenait ainsi un simple *negotiorum gestor* des biens publics²⁰³.

97. Les mêmes considérations favorables à la reconnaissance d'un cadre protecteur des biens privés en territoire occupé sont repérables dans les conventions de la Haye portant sur le droit de la guerre de 1899 et 1907. Cela s'explique par le fait que toutes les tentatives de codification des règles de guerre étaient censées régir des affrontements limités quant à leur intensité « entre des puissances homogènes, qui poursuivaient des buts restreints au sein d'un système auquel elles participaient et dont elles ne mettaient pas en cause les fondements »²⁰⁴. Il était inconcevable que des guerres purement étatiques, conduites par des forces régulières, puissent de manière systématique infliger des maux à la sphère privée des ressortissants des

étrangères, la perception non autorisée de contributions de guerre ou de prestations forcées, les exactions pratiquées contre les paysans par des maraudeurs sont punies de peines sévères ». Loening adressait des critiques à la conception prussienne, concrétisée dans le Code pénal militaire allemand, en vertu de laquelle le droit de faire du butin dans la guerre était licite et soumis à l'autorisation de l'État, v. not. p.92. La qualification de « maraudeurs » est employée aussi par Tolstoï pour dépendre le comportement des soldats de la Grande Armée lors de leur séjour à Moscou. L'auteur souligne le manque de discipline d'une armée occupant une ville déserte. Tolstoï, *la Guerre et la Paix*, vol. II, *op.cit.*, p.476 : « Bien que déguenillées, affamées, épuisées et réduites à la moitié de leurs effectifs, les troupes françaises entrèrent à Moscou en bon ordre. C'était une armée fatiguée, affaiblie, et cependant encore combative et redoutable. Mais ce ne fut une armée que jusqu'à la minute où les soldats se dispersèrent dans les maisons. Dès que les hommes commencèrent à s'établir dans les riches demeures vides, c'en fut fini à jamais de l'armée. Ce n'étaient plus ni des citoyens ni des soldats, mais quelque chose d'intermédiaire, ce qu'on appelle des maraudeurs. Lorsque cinq semaines plus tard ces hommes quittèrent Moscou, ils ne formaient plus une armée ; c'était une foule de maraudeurs, chacun portait sur lui ou transportait en voiture quantité d'objets qui lui semblaient précieux ou nécessaires. Leur but à tous en quittant Moscou n'était pas de conquérir, comme autrefois, mais de garder ce qu'ils avaient pris. Comme un singe qui, ayant introduit sa main dans l'étroit col d'une cruche et saisi une poignée de noix se refuse à ouvrir son poing pour ne pas lâcher ce qu'il a saisi, et par là périt, ainsi les Français devaient périr parce qu'ils traînaient avec eux leur butin, et qu'abandonner ce butin leur était aussi impossible qu'au singe de lâcher la poignée de noix. Dis minutes après l'installation d'un régiment dans un quartier quelconque de Moscou, il n'y avait plus un officier, plus un soldat. On voyait par les fenêtres des hommes en manteau, chaussés de bottines, déambuler en riant à travers les pièces ; dans les caves et les resserres, s'adjuger les provisions ; ouvrir ou défoncer dans les cours les portes des hangars et des écuries ; faire du feu dans les cuisines, les manches retroussées, pétrir, cuire, rôti, effrayer, faire rire, caresser les femmes et les enfants. Partout, dans les maisons, dans les boutiques, ces hommes étaient en nombre, mais d'armée il n'y avait plus ».

²⁰³ Institut de droit international, *Manuel des lois de la guerre sur terre*, Institut de droit international, Oxford, 9 septembre 1880, *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Bâle, Hans Wehberg, 1957, p. 180 et s., art. 52 : « L'occupant ne peut faire que des actes d'administrateur provisoire quant aux immeubles, tels qu'édifices, forêts et exploitations agricoles, appartenant à l'État ennemi. Il doit sauvegarder le fonds de ces propriétés et veiller à leur entretien ». Art. 54 : « Si les pouvoirs de l'occupant sont limités à l'égard des propriétés de l'État ennemi, à plus forte raison le sont-ils quant aux biens des particuliers. La propriété privée, individuelle ou collective doit être respectée et ne peut être confisquée, sous réserve des dispositions contenues dans les articles suivants ». P. Haggemacher, « L'occupation militaire en droit international : genèse et profil d'une institution juridique », *Relations internationales*, 1994, vol. 79, pp.285-301, p.296 : « Des Instructions de Lieber au Règlement de La Haye il y a eu une transformation non négligeable. Lieber avait fait prédominer les compétences de l'armée d'occupation, virtuellement absolues en fonction des nécessités militaires, sujettes seulement aux limitations découlant de la civilisation et de l'honneur militaire. Le Règlement tend à renverser ce rapport en mettant l'accent sur les droits du pays occupé, ce qui ne laisse à l'occupant que des compétences limitées, sous réserve de certaines exceptions clairement spécifiées où la nécessité militaire peut prévaloir. Au lieu d'apparaître, comme chez Lieber, à la façon d'un *imperator romanus*, l'occupant devient ici plutôt un *negotiorum gestor*, et il est significatif que le Règlement le qualifie en un endroit d'administrateur et usufruitier ».

²⁰⁴ Haggemacher, *idem*, p.299.

États belligérants²⁰⁵. L'article 43 du Règlement de la Haye de 1907 prévoit que « l'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publique, en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays »²⁰⁶. En dehors des biens utiles pour l'effort de guerre, les biens privés, qu'ils soient immobiliers ou non, doivent être respectés²⁰⁷.

98. Cette délimitation des prérogatives s'explique par le fait que l'occupation de guerre n'engendre pas la substitution de la souveraineté de l'occupant à celle de l'occupé²⁰⁸. Les dispositions des Conventions de la Haye reflètent une certaine philosophie de dissociation de la sphère privée des individus par rapport à la guerre conçue comme entreprise publique²⁰⁹. La

²⁰⁵ « Ces prémisses étaient celles du droit international classique, dont l'action s'arrêtait en principe à l'État souverain, pour n'atteindre l'individu qu'à travers lui, étant entendu qu'un certain standard de civilisation était présumé au sein des États ». Hagenmacher, *ibid.*, p.300.

²⁰⁶ En fonction de la durée de l'occupation les pouvoirs de la puissance d'occupation s'étendent à toutes les branches de l'administration. L'article 43 du Règlement de la Haye de 1907 attribue à l'occupant le pouvoir de domination (*Herrschaftsgewalt*) sur l'État occupé, v. en ce sens A. Waltzog, *Recht der Landkriegsführung*, Berlin, Vahlen, 1942, ix-304 p., p. 78. Par ailleurs, la thèse a été défendue en vertu de laquelle l'occupant acquiert sous condition résolutoire les territoires occupés. Ceux-ci deviennent partie de son domaine sous réserve d'autres dispositions dans le traité de paix auquel cas le pouvoir du vainqueur cesse de lui-même. Il résulte du caractère provisoire et temporaire des pouvoirs de l'occupant, celui-ci a l'obligation de s'abstenir de toutes mesures à effets permanents. V. en détail J. Kohler, *Grundlagen des Völkerrechts*, Stuttgart, Enke, 1918, 250 p.

²⁰⁷ Sur les méthodes employées par les autorités relevant du système national-socialiste pour le contrôle exercé sur les établissements bancaires qui se trouvaient dans des territoires sous occupation v. M. McDougal, Fl. Feliciano, *Law and minimum world public order: the legal regulation and international coercion*, New Haven, Yale univ. Press, 1961, 872 p., p.831 : « The methods used ranged from the forthright liquidation and transfer of assets to German banks, through coerced transfer of shares by private stockholders, to the more devious device of compelling the reduction and subsequently increasing the capitalization of the banks, the new stock issues being absorbed by German banks ». V. aussi R. Lemkin, *Axis rule in occupied Europe*, Washington, Carnegie, 1944, xxxviii-674 p., p.36 « The occupant has introduced new methods in the treatment of property. They consist mainly of the unlimited expansion of the institution of sequestration and compulsory administration, and the handling of property not only as a means for enrichment of the occupant but also for political purposes in the enforcement of the New Order ». J. Robinson, « Transfer of property in enemy occupied territory », *AJIL*, 1945, vol. 39, pp. 216-230, p.219 : « The strategy behind German penetration of European industry is to establish links too strong to be broken even in the event of military failure. The methods are threefold: (a) the amalgamation of foreign and German industry through financial arrangements and the fiction of legal acquisition; (b) the reorganization of continental industry by directing the flow of war materials, dismantling plants that may compete in the future and centralizing others to make control easier; (c) modification of production processes by "persuading" controlled industries to use ersatz materials, thus making them dependent on Germany for raw materials and technical direction ».

²⁰⁸ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, 1921-1926, 2n^d tome : x-1095 p., p. 215 : « L'occupation par l'un des belligérants de partie du territoire de l'autre belligérant [...] ne substitue pas légalement l'autorité du belligérant envahisseur à celle du belligérant envahi, mais donne seulement au premier les pouvoirs et les moyens d'accomplir sur le territoire des actes utiles aux fins de la guerre ». Waltzog distingue entre les territoires qu'un État vise à annexer et ceux qu'il a l'intention d'évacuer ultérieurement. Il aurait le droit d'administrer immédiatement les premiers d'une manière autonome et d'y introduire sa propre législation. Quant aux autres, il aurait le droit de les ériger en États indépendants, ou en formant des protectorats sous sa responsabilité. Une telle administration ne serait pas régie par les dispositions du Règlement de la Haye. A. Waltzog, *Recht der Landkriegsführung*, *op. cit.*, p.75.

²⁰⁹ Pour une appréciation de l'évolution du cadre normatif de la guerre v. D. A. Graber, *The development of the law of belligerent occupation, 1863-1914 : a historical survey*, New York, Columbia university press, 1949, 343 p. L'auteur, s'appuyant sur les auteurs de la période et les règles relatives à la protection de la sphère privée des civils ennemis relevant des tentatives de codification du droit de la guerre conclut que « when viewed as a unit, the 1863-1914 period shows no clearly discernible trend of development of the law relating to the protection of personal rights and private property » p.215. L'auteur souligne les multiples exceptions aux règles de protection de la population civile. Il reconnaît ainsi le caractère fragmentaire de ces règles qui s'avèrent inadéquates pour régir les réalités de guerre du 20^{em} siècle.

séparation de la sphère publique de la sphère privée semble ainsi constituer la pierre angulaire du régime d'occupation correspondant à un modèle précis de guerre, envisagé au début du 20^e siècle. Cette conception de la guerre constituait le fil interprétatif de la différence entre la gestion de la propriété privée et publique par la puissance d'occupation.

ii. Des atteintes licites aux biens publics.

99. Conformément à l'article 55 du Règlement de la Haye de 1907, le régime d'usufruit peut s'appliquer aux biens publics immobiliers. Les biens que l'occupant peut s'approprier au titre de butin de guerre, sont aux termes du 1^{er} paragraphe de l'article 53 du Règlement de la Haye « le numéraire, les fonds, et les valeurs exigibles appartenant en propre à l'État, les dépôts d'armes, moyens de transport, magasins et approvisionnements et, en général, toute propriété mobilière de l'État de nature à servir aux opérations de la guerre »²¹⁰. En vertu des règles relevant des Conventions de la Haye, l'occupant est en droit de saisir les biens publics mobiliers de nature à servir aux opérations de la guerre. Quant à la gestion des biens publics, l'occupant est en droit de jouir de leur production, mais est tenu d'en sauvegarder le fonds²¹¹. Par ailleurs, dans la mesure où la règle de l'article 55 est respectée, toutes les ressources naturelles des territoires occupés, qu'elles soient renouvelables ou non, peuvent être exploitées²¹². Des interrogations sont aussi soulevées concernant le mode d'exploitation des ressources relevant d'un territoire occupé. D'après la théorie restrictive, l'occupant doit respecter les conditions de production déjà mises en place avant son arrivée²¹³. La thèse contraire soutient que seules les

Not. p. 290 : « Among the general principles of law which were discussed in the 1863 1914 period, those which were considered beneficial to the occupant by promoting order in the occupied regions without reducing the military advantages which the occupant might derive from occupation gained international acceptance most easily. Since they are general principles intended to be as representative as possible of international public opinion many of them are couched in general language which unfortunately leaves their precise meaning uncertain. Besides, many of them are expressly subordinated to the requirements of military necessity ».

210 W. G. Downey, « Captured enemy property: booty of war and seized enemy property », *AJIL*, 1950, vol. 44, pp. 488-504.

²¹¹ Cette disposition porte la marque de l'époque à laquelle elle a été introduite et reflète la jurisprudence antérieure. V. p. ex. l'arrêt C.Cass.ch. req. 16 avril 1863, *Recueil Sirey*, 1873, p. 400, concernant l'impossibilité pour l'État belligérant de disposer définitivement d'arbres de haute futaie des forêts domaniales en territoire occupé, alors qu'il peut seulement en percevoir et en vendre les fruits. Les tribunaux internes en ont fait application à propos des coupes d'arbre effectuées dans les forêts domaniales de l'État occupé par l'autorité occupante. P. ex. dans l'arrêt de la C.Cass. ch. civ. 11 février 1927, *Recueil Sirey*, 1928, n.1, p.369 note Roux, il a été souligné que l'État occupant a seulement qualité pour exercer des droits d'administration et d'usufruit sur les forêts de l'État ennemi.

²¹² La question de gestion des ressources naturelles a été soulevée avec beaucoup d'intensité lors de l'occupation de l'Irak. A ce sujet v. la résolution du Conseil de sécurité S/RES/1483 (2003) du 22 mai 2003. En l'occurrence le Conseil s'est efforcé de définir les termes et conditions de la vente du pétrole et du gaz naturel produits dans ce pays durant l'occupation, par. 20-22.

²¹³ Les différentes phases de l'occupation israélienne constituent des champs privilégiés d'application de ces différentes théories en matière des pouvoirs reconnus au profit de la puissance d'occupation. V. p. ex. United States, Department of State Memorandum of Law, « Israel's Right to develop New oil fields in the Sinai and the Gulf of Suez », *International legal materials*, 1977, vol.16, pp. 733-753, p. 738.

formes d'exploitation assimilables au pillage sont interdites²¹⁴. Il paraît ainsi évident que le caractère transitoire du régime d'occupation de guerre se reflète dans les prérogatives reconnues au profit de la puissance d'occupation. Les règles d'occupation relevaient ainsi d'un code de conduite limitatif et provisoire dont les effets définitifs ont fait l'objet des traités de paix subséquents²¹⁵. Des dispositions relevant d'un traité de paix pouvaient ainsi porter sur le sort des biens publics saisis pendant la guerre par la puissance d'occupation²¹⁶.

iii. Le principe d'interdiction d'atteintes aux biens privés.

100. L'obligation incombant à l'État occupant de respecter la propriété privée est énoncée dans l'article 46 du Règlement de la Haye de 1907. Toute saisie de biens privés, opérée en violation du Règlement de la Haye, est assimilable au vol. Toutefois, le respect à l'égard de la propriété privée n'implique pas nécessairement le respect de l'économie du pays occupé dans le sens global du terme. La protection de la propriété privée, caractérisée par son caractère « statique », n'implique pas la protection des intérêts économiques « dynamiques »²¹⁷. En ce sens, les articles 46 et 47 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre portent sur l'interdiction de confiscation de la propriété privée et de pillage. Ces articles, relevant de la section relative à l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi, doivent faire l'objet d'une lecture conjointe avec l'alinéa g de l'article 23 qui interdit « de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient

²¹⁴ Pour cette approche v. Israël, Ministry of Foreign Affairs Memorandum of Law, on the right to develop new Oil fields in Sinai and the Gulf of Suez, *International legal materials*, 1978, vol. 17, pp. 432-444. V. en détail D. Langekamp, R. Zedalis, « What Happens to the Iraqi Oil?: Thoughts on Some Significant, Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields », *EJIL*, 2003, pp.417-435. Les prétentions émises par l'autorité d'occupation entrent en conflit avec les règles relevant de la résolution de l'Assemblée générale consacrant la Charte des droits et des devoirs économiques des États adoptée en 1974, Rés. AG 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974, art. 2 par. I : « Chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer ». Néanmoins, l'application de cette charte en cas d'occupation est douteuse. V. aussi la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, Rés. AG 3201, (S. VI) du 1^{er} mai 1974.

²¹⁵ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations des souverains*, vol. 2, Londres 1758, 638 p., par. 197, p. 174 : « Les immeubles, les Terres, les Villes, les Provinces, passent sous la puissance de l'ennemi qui s'en empare ; mais l'acquisition ne se consomme, la propriété ne devient stable et parfaite, que par le Traité de Paix, ou par l'entière soumission et l'extinction de l'État, auquel ces Villes et provinces appartiennent ».

²¹⁶ L'attention de la doctrine était souvent attirée par la différence entre une acquisition sous condition résolutoire ou sous condition suspensive. Hagenmacher, *op.cit.*, p.292 : « il faudrait probablement différencier : en cas de traité de paix, les deux options sont possibles, selon les stipulations convenues. Le traité peut confirmer l'état de possession créé par la guerre et il agira dans ce cas comme une condition suspensive ; il peut au contraire rétablir en tout ou partie le *statu quo ante bellum* et il agira alors à la manière d'une condition résolutoire ».

²¹⁷ E. Feilchenfeld, *The international economic law of belligerent occupation*, Washington, Carnegie endowment for international peace, 1942, xii-181 p., par. 53: « [T]h Hague Regulations protect private property, but do not deal adequately with other economic interests. They do not safeguard coherently the whole economic life of a region. In accordance with the trends of the last century, their emphasis is "static" rather than "dynamic", on "having" rather than on "doing" or even "obtaining", on vested rights rather than on economic function or opportunity ».

impérieusement commandées par les nécessités de guerre ». L'article 23 relève de la section relative aux hostilités et plus précisément du chapitre consacré aux moyens de nuire à l'ennemi. Il paraît ainsi que les champs d'application de ces articles diffèrent. Toutefois, la question du rapport entre l'article 23 interdisant toute destruction ou saisie des propriétés ennemies, sauf en cas de nécessités de la guerre, et l'article 46 affirmant l'interdiction de confiscation des biens privés sans aucune exception, a souvent été relevée par la doctrine. La prolifération éventuelle d'exceptions, liées aux nécessités de guerre, pouvait ainsi remettre en cause le caractère contraignant du principe de protection²¹⁸. La prolifération des exceptions à la règle étaient justifiables par référence à la finalité de la guerre, à savoir la victoire militaire.

iv. Le fléchissement du principe d'inviolabilité de la propriété privée.

101. D'après l'article 52 du règlement de 1907, les réquisitions nécessaires pour les besoins de l'armée d'occupation et autorisées par le commandant de la localité occupée²¹⁹, doivent être en rapport avec les ressources du pays occupé, et donner lieu à une indemnisation²²⁰. Conçus en tant qu'exception au principe d'inviolabilité de la propriété privée, les articles relatifs aux réquisitions nécessaires pour les besoins de l'armée d'occupation, doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive²²¹. Il paraît ainsi qu'une réquisition non-indemnisée ne peut pas engendrer un transfert de propriété²²². En revanche, les biens réquisitionnés conformément à

²¹⁸ P. Fauchille, *Traité de droit international public, op.cit.*, p. 277 : « Comme l'objectif de la guerre est le triomphe du plus fort, le belligérant est dans la nécessité et en droit d'accomplir tous les actes tendant directement à ce triomphe. Les particuliers seront atteints dans leurs biens personnels et privés par voie de répercussion. L'état de guerre réfléchit fatalement sur eux. Ils ne sont pas en guerre *uti singuli*, mais ils sont touchés par les opérations de guerre, comme partie de l'*universitas*, comme membres de la nation ».

²¹⁹ En revanche, les réquisitions qui n'émanent pas de l'autorité militaire hiérarchiquement compétente, mais d'une autorité civile ennemie sont considérées comme irrégulières, v. en ce sens C.Cass. ch. civ., 6 juillet 1948, *Gazette du Palais*, 1948, 2^{ème} sem. p.163.

²²⁰ Cette question a souvent été abordée par des décisions juridictionnelles ou des sentences arbitrales, v. p. ex. Tribunal arbitral mixte (TAM) anglo-allemand, Sentence du 12 décembre 1923 et du 20 février 1924, *Annual digest of public international law cases*, vol. 2, 1923-1924, p. 446 ; TAM franco-allemand, Sentence du 22 octobre 1924, *Annual digest of public international law cases*, vol. 2, 1923-1924, p. 449 ; Trib. Civ. De la Seine, 12 janvier 1940, *Gazette du Palais*, 1940, I, p.44 ; Cour suprême d'Israël, 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*, v. M. Pertile, « Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel: A Matter of Principle (and Neglected Rules) », 30 juin 2004 », *ZaoeRV*, 2005, p. 677.

²²¹ La jurisprudence a procédé à de nombreuses reprises à l'interprétation de cette prérogative de la puissance occupante. V. en ce sens p. ex. la décision de la Cour suprême hongroise du 27 mars 1922, *Annual digest of public international law cases*, vol. 1, 1919-1922, p.482. Une réquisition a été souvent assimilée à un contrat de vente forcée, p. ex. Cour suprême de la Tchécoslovaquie, 12 septembre 1922, *Annual digest of public international law cases*, vol. 1, 1919-1922, p.477-479. La réquisition a été aussi qualifiée de forme d'expropriation pour cause d'utilité publique, Sentence du tribunal arbitral spécial Germano-roumain, Affaire Goldenberg, Sentence du 27 septembre 1928, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 909 : « [M]ilitary requisition is a form *sui generis* of expropriation for purposes of public utility. The latter is an accepted exception to the principle of the respect for private property. It is the same with requisition, which, in international law, is so little an illegal act that it is expressly authorized in written law ».

²²² V. p. ex. CA de Rouen, 17 mai 1947, *Dall. Hebd.*, 1947, p.401 et *Annual digest of public international law cases*, vol. 14, 1947, p.274-5 ; Western Appellate Court Denmark, 11 juillet 1947, *Annual digest of public international law cases*, vol. 14, 1947, p. 275-6 ; Tribunal de première instance de Rome, 15 juin 1948, *Annual digest of public*

l'article 52 deviennent propriété de l'occupant qui peut en disposer librement²²³. Étant donné que toute réquisition doit être suivie par le versement d'une indemnité équitable, l'absence de toute indemnisation engendre l'engagement de la responsabilité internationale de l'État²²⁴. La jurisprudence internationale a, à de nombreuses reprises, rappelé ce principe en condamnant l'ancien État occupant à dédommager le propriétaire dépossédé²²⁵.

102. Selon le 1^{er} paragraphe de l'article 52 de la IV^{ème} Convention de la Haye de 1907, les actes doivent avoir pour but exclusif la satisfaction des besoins de l'armée d'occupation. Ils ne peuvent pas avoir pour finalité le soutien des opérations militaires en dehors du territoire occupé ou l'essor économique de l'occupant²²⁶. Une extension des prérogatives reconnues au profit de l'occupant était souvent justifiée à titre de représailles. À titre d'exemple, la tentative de justification de la politique de réquisition systématique des biens des populations occupées, adoptée par les Allemands pendant la Première Guerre mondiale, en réponse à « la guerre de famine » (*Aushungerungskrieg*) menée par l'Angleterre, pourrait être évoquée. À cet effet, les réquisitions visaient aussi à couvrir les besoins de la population civile allemande subissant les effets du blocus naval britannique et pas seulement ceux de l'armée d'occupation, comme la Convention de 1907 le prévoit²²⁷.

international law cases, vol. 15, 1948, p. 606-7 ; Cour d'appel de Bologne, 4 mai 1947, *Annual digest of public international law cases*, vol. 15, 1948, p. 614-619.

²²³ V. à ce sujet International Military tribunal, 19 juillet 1946, *Annual digest of public international law cases*, vol. 13, 1946, pp. 354-357.

²²⁴ L'institution de la réquisition dans le cadre d'une occupation de guerre s'apparente à la réquisition des biens effectuées par un État belligérant sur son territoire et affectant ses propres ressortissants. La nature de cette dernière forme de réquisition a fait l'objet d'amples développements doctrinaux à l'occasion de la réquisition des biens privés lors de la Guerre franco-prussienne et la Première Guerre mondiale. Un de problèmes majeurs fut celui de la qualification de la réquisition en tant que contrat unilatéral étatique, prérogative de puissance publique, ou expropriation mobilière ou d'usage. Assimilable à un impôt réel et matériel, la réquisition se fondait sur une conception en vertu de laquelle les nationaux de l'État en guerre étaient ses propres débiteurs. Tout particulier était ainsi assimilé à un agent de l'État. Pour un aperçu de la littérature française sur cet acte unilatéral de puissance publique des biens appartenant à des Français v. P. L. Boyer, « À la jonction des droits privé et public : les réquisitions et la question de la propriété », pp. 107-133, dans D. Deroussin (éd.), *La Grande Guerre et son droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, viii-426 p.

²²⁵ V. p. ex. TAM anglo-allemand, décisions du 8 novembre 1922 et du 25 avril, 1926, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix, tome III pp. 22-27. En l'occurrence, le tribunal arbitral mixte anglo-allemand devait se prononcer sur la réquisition du café en Belgique, qui n'avait pas donné lieu à une facture. Aucune indemnisation n'avait été versée pour les quantités de café réquisitionnés. V. aussi TAM gréco-allemand, *Tesdorpf and Co. c. État allemand*, 23 août 1926, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix, vol. VII, p. 22. En l'occurrence, la sentence concernait des quantités de grain réquisitionnées en 1917 en Roumanie par les autorités d'occupation et pour lesquelles aucune indemnisation n'avait été versée au requérant.

²²⁶ Sur les différents buts des réquisitions v. M. McDougal, Fl. Feliciano, *Law and minimum world public order: the legal regulation and international coercion*, *op.cit.*, p. 817.

²²⁷ V. à ce sujet l'analyse proposée par F. von Liszt, *Das Völkerrecht*, Springer, Berlin, 1920, xiii-561 p. L'auteur considère que les règles des Conventions de la Haye portant sur les réquisitions sont insuffisantes, p. 313 : « Ces dispositions se sont révélées insuffisantes au cours de la Guerre mondiale. Non seulement en raison du lien indissociable qui existe entre l'armée d'occupation et les autres parties de l'armée, mais aussi et surtout en raison de l'organisation de la population qui n'appartient pas aux forces armées et qui a été appelée à accomplir son devoir d'assistance, devenue nécessaire pendant la guerre. Dans les territoires occupés des produits nationaux de toutes sortes, des produits industriels et des matières premières dans une large mesure, également pour les besoins de la population pacifique ont été réquisitionnés ». V. aussi l'étude de la Commission belge d'enquêtes sur les violations des règles du droit des gens instituée par le ministère de la Justice du 15 février 1919. Il s'agissait d'une étude qui était suivie par la publication de

v. Le danger de dépassement du cadre normatif d'occupation de guerre.

103. Des prérogatives limitées étaient ainsi octroyées à l'occupant qui exerçait « un pouvoir de guerre émanant du commandant de l'armée occupante », visant à rétablir et maintenir l'ordre et la sécurité²²⁸. Entendue comme processus purement factuel, l'occupation de guerre était présentée comme une institution relevant de la sphère de compétences de l'armée²²⁹. Ces compétences pouvaient ainsi être déléguées à des organes dépendants des autorités militaires et non pas à des autorités administratives de l'État occupant²³⁰. Le caractère limité des prérogatives reconnues au profit des puissances d'occupation était justifié par la nature provisoire du pouvoir de fait, exercé sur le pays occupé²³¹. Si la finalité d'administration du territoire occupé changeait, de nouvelles prérogatives étaient revendiquées par les puissances d'occupation. Derrière les apparences d'occupation de guerre, une politique d'annexion pouvait ainsi être déguisée²³². À l'aune de cette politique d'annexion, l'ingérence dans le droit de

la législation de guerre promulguée par l'occupant pendant la Première Guerre mondiale. « Le gouvernement allemand considéra la Belgique comme un terrain propice pour exercer des représailles dans la guerre économique que lui faisaient les Alliés, et spécialement l'Angleterre. Il s'attaqua d'abord aux établissements financiers en instituant le contrôle des banques en Belgique. Cette mesure lui procurait de nombreux avantages entre autres celui de placer sous le contrôle de l'administration allemande les relations internationales de la Belgique, d'empêcher le transfert de valeurs de Belgique vers les pays en guerre avec l'Allemagne, de maintenir enfin la Belgique en état d'entretenir l'armée d'occupation et de porter une part des charges générales de la guerre que soutenait l'Empire ». *Rapport et documents publiés par la Commission d'enquêtes sur les violations des règles du droit des gens*, ministère de la Justice belge, Bruxelles, 1922 vol. III, tome I, p. 85 cité par G. Sauser-Hall, « L'occupation de guerre et les droits privés », *Annuaire suisse de droit international*, 1944, vol. 1, pp. 58-125, p. 92.

²²⁸ P. Laband, « Die Verwaltung Belgiens während der kriegerischen Besetzung », pp. 3-28, dans *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1916, viii-301 p. p. 4. Il faut préciser si l'État occupant exerce son pouvoir d'État ou celui de l'État occupé. Selon Laband, en obtenant le pouvoir effectif sur le territoire ennemi et ses habitants, l'État occupant assume le seul exercice du pouvoir étatique déjà existant sur ce territoire et ses habitants. Cette approche est rejetée par Merkl qui considère que l'État occupant assumant des fonctions étatiques (*Staatsfunktionen*) sur l'État occupé y exerce son propre pouvoir (*Staatsgewalt*). A. J. Merkl, « Die Kriegerische Besetzung », pp. 533-566, dans *Gesammelte Schriften*, II vol. t. II, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 806 p.

²²⁹ P. Laband, « Die Verwaltung Belgiens während der kriegerischen Besetzung », *op. cit.*, p. 7 : « En tant que manifestation du pouvoir de commandement, elle est illimitée, c'est-à-dire qu'elle n'est pas liée à l'approbation du *Bundesrat* ou du *Reichstag* et n'a pas besoin de la contre-signature du chancelier du *Reich* ».

²³⁰ Ce rôle avait été confié au Gouverneur général du Belgique lors de la Première Guerre mondiale. V. *Idem* p.27-28 : « Le gouverneur général et les autorités et fonctionnaires qui lui étaient adjoints et subordonnés ont veillé avec le plus grand zèle et le plus grand succès à soulager les souffrances de la population, à lui fournir des denrées alimentaires, à assurer le retour des fugitifs, à faire fonctionner correctement l'agriculture, à relancer l'industrie et les mines, à faire circuler des moyens de paiement sûrs, à développer le commerce, dans la mesure où tout cela était possible dans les conditions de la guerre. La Belgique a été soignée et rendue florissante, comme on soigne et conduit vers la guérison une personne victime d'un accident ».

²³¹ Pour une présentation détaillée du régime d'occupation imposé par l'Allemagne lors de la Première Guerre mondiale v. O. Brandt, *Wirtschaftskultur und deutsche Verwaltung der besetzten Gebiete in Feindesland*, Essen, Baedeker, 1915, 114 p. Pour un aperçu des actes et les procédés des troupes d'occupation au nord de la France v. « Occupation du Nord de la France par les troupes allemandes — les procédés financiers employés par les Allemands de 1914 à 1918 », *Chronique des Faits internationaux, RGDIP*, 1920, pp. 365-370.

²³² L'annexion constituait ainsi la forme juridique de réalisation de la conquête. Intrinsèquement liée à la notion de conquête était aussi la *debellatio*. La conquête était la victoire complète, liée à la maîtrise du territoire, sur la partie adverse en guerre. Selon le droit international classique, la *subjugatio* ou *debellatio* était en même temps le titre juridique du vainqueur pour disposer du territoire et du peuple de l'adversaire, en s'appropriant le territoire ou en procédant à sa réorganisation administrative. La *debellatio* était ainsi la condition de mise en œuvre d'une conquête. V. H. Mosler, « Kriegsende », pp. 333-337, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band,

propriété de la population civile n'était plus déterminée par les règles relevant de l'institution d'occupation de guerre. L'exemple du régime d'occupation, imposé par le Troisième *Reich* lors de la Seconde Guerre mondiale met en exergue le rapport existant entre le degré d'ingérence dans la propriété privée et la nature du régime d'occupation de guerre. Derrière une politique d'exploitation systématique des biens privés se cache souvent une politique d'annexion voire de soumission d'un territoire et de sa population.

b. Une politique attentatoire aux biens privés, signe de changement de nature de l'occupation

104. L'étude des règles proclamées par les autorités d'occupation du troisième *Reich* lors de la Seconde Guerre mondiale, prouve le non-respect systématique des dispositions portant sur le régime respectif des biens privés²³³. Les régimes d'occupation de guerre imposées aux États européens lors de la Seconde Guerre mondiale par le Troisième *Reich* fournit un champ d'interrogation quant à l'applicabilité et à l'effectivité des règles favorables aux civils portant sur l'occupation de guerre²³⁴. Les régimes d'occupation imposés par le Troisième *Reich* permettent ainsi le dépassement d'une réflexion abstraite sur des règles relevant des codifications du droit de la guerre. Les mesures prises par les autorités du troisième *Reich* sur des territoires qui ne relevaient pas de son contrôle avant mars 1938 et l'invasion à la Bohême et la Moravie, sont ainsi présentées comme la toile de fond d'une réflexion générale sur les compétences conférées aux puissances d'occupation par le droit international. La pluralité des régimes s'explique par la diversité des rapports entre les territoires contrôlés ou occupés et le *Reich*. Les différences du point de vue de la domination de nouveaux territoires rendent difficile

1961, xv-815 p., p.336 et A. Tobler, « Eroberung », pp.438-440, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.

²³³ V. p. ex. L'ordonnance concernant certaines mesures affectant l'organisation de la vie économique, 1 mars 1941, qui précisait les conditions d'aliénation de la propriété privée à Luxembourg. *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers Luxembourg*, 1941, N. 17, p. 119, cité par Lemkin, *Axis rule in occupied Europe*, *op.cit.*, p. 433 : « To enterprises of trade or industry whose management is unwilling to promote Germanism at all times and without any reservations, the Chief of the Civil Administration may issue orders which will ensure the establishment of conditions in harmony with the fact of a German administration in Luxembourg. The same shall apply if the management of an enterprise in trade or industry fails to fulfill its duties arising from the general principles of a National Socialist Works'community or violates orders and instructions of the Chief of the Civil Administration or his designees. The Chief of the Civil Administration may by special order restrain managers of enterprises from exercising their authority, and by order define their legal position with regard to the enterprise and may appoint in their stead commissioners who will exercise authority as required. These orders shall not be subject to review by courts of general jurisdiction ».

²³⁴ Le non-respect des règles régissant l'institution de l'occupation militaire par les autorités du Troisième *Reich* et la politique généralisée de pillage économique des pays occupés répondaient à la politique de réparations de guerre, dictée par le traité de Versailles. L'Allemagne ne se considérait pas liée par les dispositions de la Convention de la Haye, jugée obsolète, en raison d'un régime de réparation, suivie par les pays de l'Entente, prétendument contraire au droit international. Pour cet argument v. en détail, J. Kilian, *Krieg auf Kosten anderer : das Reichsministerium der Finanzen und die wirtschaftliche Mobilisierung Europas für Hitlers Krieg*, Berlin, De Gruyter, 2017, 494 p., pp.71-72.

l'élaboration d'une typologie des régimes mis en œuvre par le *Reich*. Si certains territoires étaient contrôlés par des autorités militaires, conformément aux dispositions du droit international, d'autres régions étaient placées sous le contrôle d'autorités civiles, signe de la mise en place d'un mécanisme susceptible d'aboutir à leur annexion²³⁵. Le régime d'occupation imposé par le Troisième *Reich* était caractérisé par des rapports juridiques difficilement saisissables et dictés par l'impératif d'organisation du grand espace germanique (i). Comme cela a été jugé au lendemain de la guerre, l'ensemble complexe de régimes d'occupation, d'annexion, de colonisation ou de simple exploitation systématique n'avait aucun fondement en droit international (ii).

i. Une pluralité de régimes applicables sur un espace hétérogène.

105. Si le cadre de compétences conférées à la puissance d'occupation était juridiquement établi de manière suffisamment précise (a), des limites ne pouvaient alors pas être posées à l'administration (b) exercée sur un territoire incorporé ou susceptible de faire l'objet d'une annexion future (c). Les différents rapports avec les territoires en question se reflétaient dans les mesures visant les biens privés (d).

a. Des prérogatives restreintes exercées sur un territoire occupé après un acte d'armistice.

106. En 1940, en France, un décret allemand portant sur la surveillance des banques a placé sous contrôle tous les établissements se livrant professionnellement à des opérations bancaires²³⁶. En l'occurrence, l'intervention directe allait jusqu'au changement des détenteurs

²³⁵ W. Benz, « Typologie der Herrschaftsformen in den Gebieten unter deutschem Einfluss », pp.11-26, p.17, dans W. Benz, J. Houwink ten Cate, G. Otto, *Die Bürokratie der Okkupation, Strukturen der Herrschaft und Verwaltung im besetzten Europa*, Berlin, Metropol, 1998, 223 p. Les territoires placés sous la direction de chefs de l'administration civile se trouvaient, en tant que régions frontalières du *Reich* allemand, au stade de l'annexion, sans que leur statut ait été défini comme une annexion au regard du droit international.

²³⁶ En effet, plusieurs ordonnances avaient comme objet la gestion des institutions bancaires et le contrôle de l'ensemble des activités économiques menées dans la partie occupée. Ordonnance du 22 juillet 1940 relative à l'établissement d'un Office de surveillance des banques dans le territoire français occupé (décret de surveillance des banques), *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Frankreich*, 1940, n.4, 26 juillet 1940, p.53. V. aussi Ordonnance du 23 septembre 1940 mettant à exécution et complétant l'ordonnance concernant les propriétés ennemies, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Frankreich*, n. 10, 5 octobre 1940, p. 52. En vertu de ces actes, tous les instituts se livrant professionnellement à des opérations bancaires ont été placés sous contrôle. Toute l'exploitation de l'entreprise était assurée par le Commissaire, organe soumis aux autorités d'occupation. Ce dernier pouvait même ordonner à l'établissement surveillé de procéder à des dépôts ou transferts de valeur. V. aussi décret du 20 septembre 1941 contenant des dispositions complémentaires pour l'exécution du décret concernant les propriétés ennemies, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Frankreich*, n. 42, 4 octobre 1941, p.116. Ce décret plaça sous administration d'office les biens se trouvant dans les territoires occupés de la France et appartenant à des ressortissants ennemis ou à des personnes morales placées, directement ou indirectement, sous l'influence déterminante de l'ennemi. Par 6 du décret : « Pour autant qu'il n'en soit pas décidé autrement lors de l'institution de l'administrateur, celui-ci est autorisé à procéder à toutes les opérations judiciaires et extrajudiciaires et actes juridiques que comporte l'exploitation de l'entreprise. Pendant la durée de l'administration, un tuteur, curateur ou autre administrateur ne pourra être nommé. Seront suspendus pendant la durée de l'administration, les fonctions de directeurs et d'autres personnes autorisées à représenter et à administrer l'entreprise ; il en sera de même du fonctionnement de tous les services administratifs ».

du capital d'entreprises privées²³⁷. En outre, un décret de la puissance occupante exigeait l'approbation du Commandant militaire (*Militärbefehlshaber*) pour toutes les résolutions prises par des assemblées de sociétés par actions et portant sur le transfert du siège de sociétés²³⁸. Ces prérogatives exercées par les puissances d'occupation doivent être examinées à la lumière des traités de cessez-le-feu signés entre la France et l'Allemagne d'une part et la France et l'Italie d'autre part. L'interrogation portait sur la nature d'un régime d'occupation imposé à la suite d'un cessez-le-feu assimilable à un acte de capitulation. En vertu de l'article 3 du traité d'armistice du 22 juin 1940, le *Reich* allemand exerçait tous les droits dans les parties occupées de la France, à titre de puissance occupante²³⁹. Il semble ainsi que le traité d'armistice renvoie de manière explicite à l'institution d'occupation de guerre. En vertu de ce renvoi, les prérogatives en matière de gestion des biens privés sont identiques à celles reconnues au profit d'une puissance d'occupation ordinaire. Par conséquent, les interventions entreprises par la puissance d'occupation avaient un caractère exceptionnel²⁴⁰. La situation juridique de ces territoires était ainsi déterminée par le droit international général selon les principes de l'*occupatio bellica*. En revanche, certains auteurs mettaient l'accent sur le caractère particulier d'un armistice ayant le caractère d'une capitulation²⁴¹. Toutefois, même les partisans d'une telle

²³⁷ G. Sauser-Hall, « L'occupation de guerre et les droits privés », *op.cit.*, p.96. L'auteur dresse une liste d'activités d'ingérence dans les travaux des entreprises privées « obligation des entreprises sous séquestre de souscrire aux emprunts de guerre ; pression sur les organes sociaux pour qu'ils rapatrient des capitaux ; envoi en Allemagne des réserves représentées par des titres, billets de banque, valeurs de toute espèce ; exploitation des entreprises industrielles, commerciales et financières au profit de l'occupant ; surtout germanisation des sociétés, soit par la fusion avec des sociétés allemandes, soit par cession des parts ou actions des nationaux allemands, afin que le capital allemand entraîne un déplacement dans la majorité des voix, soit par augmentation du capital social et émission de nouvelles actions placées en, mais sûres, afin de transformer l'affaire en une entreprise dominée par les Allemands ». L'auteur cite aussi des exemples d'intervention directe au capital d'une entreprise. P. ex., en Alsace, l'administration et la mise en valeur des biens fonciers, agricoles et forestiers qui ont été séquestrés, ont été attribuées à un office badois, afin de favoriser l'immigration allemande dans le pays. Règles d'application relatives à la gestion et à l'utilisation des biens immobiliers hostiles au peuple et au Reich (*Durchführungsvorschriften über die Verwaltung und Verwertung von volks- und reichsfeindlichem Grundbesitz*) du 25 Oktober 1940, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Elsass*, 1940, n. 14, p. 239. Un exemple emblématique en constitue la fusion de la Société alsacienne générale de banque à Strasbourg, avec la *Badische Bank* siégeant à Karlsruhe. La banque a été soumise au droit allemand, la direction et le conseil d'administration ont été nommés pour deux ans par le chef de l'administration civile allemande en Alsace. Décret du 30 juillet 1941, dans *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Elsass*, 1941, n. 27 p. 518.

²³⁸ Décret du 28 septembre 1941 relative à l'application des résolutions des assemblées de sociétés, du 28 septembre 1941, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Frankreich*, 1941, n. 43, octobre 1941, p. 296.

²³⁹ Documents relatifs à l'armistice avec la France (*Dokumente über den Waffenstillstand mit Frankreich*), *Deutsch französischer Waffenstillstandsvertrag vom 22 Juni 1940, ZaeRV*, 1940, p.851-860.

²⁴⁰ L'occupation à la suite d'un armistice n'offre qu'un cadre de prérogatives bien délimitées au profit de l'occupant. C. Heyland, « Waffenstillstandsbesetzung », pp. 315-317, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 3, 1929, 1316 p., p.317 : « L'occupant doit en principe laisser en vigueur les normes juridiques, les lois et les règlements édictés par l'État occupé, aussi bien avant que pendant l'occupation par l'armistice. L'occupant n'a le droit d'édicter des règles de droit, qu'il s'agisse de créer de nouvelles règles de droit ou de modifier ou d'abroger des règles de droit national existantes, que dans la mesure où cela est prévu par la convention d'armistice ou est nécessaire dans l'intérêt de la prévention de nouvelles hostilités et de la mise en danger des troupes d'occupation ».

²⁴¹ A. Freytagh Loringhoven, « Waffenstillstand », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, pp.217-219, p. 127 : « Les dispositions du Règlement de la Haye relatives à l'armistice portent naturellement, comme le reste de leur contenu, la marque de l'époque à laquelle elles ont été rédigées. Elles reflètent l'expérience du XIXe siècle et des premières années du XXe siècle. Ainsi, l'armistice est décrit à l'article 36 comme une interruption des hostilités. Les

théorie considéraient qu'en l'occurrence, les prérogatives confiées à la puissance d'occupation étaient accordées par le traité spécial d'armistice²⁴².

b. Des compétences étendues exercées par l'administration civile mise en place par la puissance d'occupation de guerre.

107. Si l'occupation militaire comme institution du droit international relevait de la sphère des compétences de l'armée, la mise en œuvre d'un régime d'administration civile avait comme résultat la prolifération des prérogatives octroyées aux autorités d'occupation. Le cas d'administration civile des Pays-Bas constitue un exemple emblématique d'une tentative de dénaturation de l'institution d'occupation de guerre²⁴³. L'établissement d'une administration

deux parties ont le droit de reprendre les hostilités si elles n'ont pas convenu d'une durée déterminée de l'armistice et si elles en informent l'adversaire en temps utile. Toutes les autres dispositions partent du principe que les deux parties sont non seulement sur un pied d'égalité, mais aussi qu'elles ont la même capacité de combat. Mais ce qui est surtout significatif, c'est l'absence de tout lien entre les notions d'armistice et de capitulation. Celle-ci n'est traitée que dans l'article 35, de manière très insuffisante sur le plan matériel, et l'on ne trouve nulle part la moindre allusion au fait que l'armistice pourrait sceller la défaite d'une partie et la fin de sa résistance armée. Lorsque les Conférences de La Haye ont pris ces dispositions, elles étaient évidemment sous le coup des guerres qui avaient eu lieu au cours des décennies précédentes. Il est à peine besoin de dire qu'il s'agissait de guerres dans lesquelles seules les forces armées des partis s'étaient affrontées, tandis que leurs populations étaient restées à l'écart, conformément à la doctrine continentale classique, des guerres dans lesquelles se jouaient certes des questions politiques importantes, mais pas l'existence et l'avenir entier des États impliqués. [...] Il en va tout autrement des grandes batailles décisives, telles qu'elles apparaissent dans la guerre mondiale et dans la guerre européenne actuelle. Elles portent sur l'existence et l'avenir des États, elles ne concernent pas seulement la force armée, elles touchent le peuple tout entier des deux côtés. Elles doivent être menées jusqu'au bout, et c'est pourquoi un armistice conclu entre les parties d'une telle guerre doit nécessairement avoir un autre caractère que celui de la guerre traditionnelle opposant de manière exclusive les forces armées. [...] En règle générale, en tout cas, la guerre décisive conduira à la défaite de l'un des adversaires, et l'armistice signifiera donc la fin de la guerre. Il sera donc également lié à l'extension des armes de toute l'armée de la partie vaincue et ne laissera en aucun cas, comme le prévoit le Règlement de la Haye, la possibilité d'une reprise des hostilités. Au contraire, il visera avant tout à les empêcher, tout en s'efforçant de créer les conditions d'un accord de paix conforme à la volonté du vainqueur. (...) Un tel armistice sera donc très différent de celui d'un armistice conforme aux articles du Règlement de la Haye. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que dans certaines circonstances, en fonction de la situation militaire ou politique, la fin de la lutte ne sera pas obtenue par un armistice, mais par une capitulation, c'est-à-dire par un dépôt d'armes inconditionnel. L'armistice de la guerre décisive s'est jusqu'à présent incarné dans deux types. L'un d'entre eux a été concrétisé à la fin de la Guerre mondiale, notamment dans la convention d'armistice franco-allemande du 11 novembre 1918, tandis que le second type se reflète dans le traité franco-allemand du 22 juin et dans le traité franco-italien du 24 juin 1940 ». P. 128 : « Dans le préambule du traité franco-allemand, les objectifs découlant de la nature de l'armistice dans la guerre décisive et visés par l'Allemagne sont définis avec toute la clarté voulue. Il s'agit, premièrement, d'empêcher une reprise des combats, deuxièmement, d'offrir à l'Allemagne toutes les garanties pour la poursuite de la guerre contre l'Angleterre et, enfin, de créer les conditions nécessaires à l'organisation de la paix ». P. 219 : « En conclusion, on peut affirmer que les traités d'armistice franco-allemand et italo-français ne poursuivent que des objectifs factuels, tels qu'ils découlent de la nature des choses, et qu'ils n'ordonnent que des mesures qui servent ces objectifs. Ils apparaissent ainsi, contrairement aux traités d'armistice de la guerre de 14-18, comme les premiers accords de ce type mettant fin à une guerre décisive et se trouvant en parfaite conformité avec l'esprit d'un véritable droit international (*wahrhaftes Völkerrecht*) ». Sur le même sujet v. A. Freytagh-Loringhoven, *Völkerrechtliche Neubildungen im Kriege*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1941, 70 p., pp. 46-47.

²⁴² W. Grewe, « Europa nach dem Waffenstillstand », *Völkerrechtliche Umschau. Monatshefte für Auswärtige Politik*, September 1940, p.686-692, p.690.

²⁴³ Lors de la première phase d'occupation des Pays-Bas, les règles relatives à l'occupation de guerre semblent avoir été bien respectées, v. (Article de la rédaction), « Occupatio bellica. Die Rechtsgrundlage der deutschen Verwaltung in den besetzten Gebieten », *Frankfurter Zeitung*, 4 juillet 1940, V. aussi W. Grewe, « Europa nach dem Waffenstillstand », *Völkerrechtliche Umschau, Monatshefte für Auswärtige Politik*, September 1940, pp.686-692 : « La Norvège est sous le régime d'une occupation de guerre normale au sens du Règlement de la Haye sur la guerre terrestre. Le statut de la

civile dans des territoires occupés militairement était contraire au droit international. La mise en œuvre d'un régime d'administration civile aurait comme effet la disparition de toute protection accordée à la population civile du territoire occupé. L'administration civile aurait ainsi comme objectif la conservation d'un territoire conquis, destiné à être, par la suite, annexé. Cette finalité était reflétée en matière de gestion des biens privés. Le 4 juillet 1940, aux Pays-Bas, un décret a été publié par le *Reichskommissar*, titre conféré aux gouverneurs des États occupés, qui permettait la confiscation de la propriété non pas seulement pour des activités contre le *Reich* ou le « germanisme », mais aussi pour des cas où le propriétaire était susceptible de représenter une menace future²⁴⁴. La gestion des biens privés représentait ainsi un champ de concurrence entre les intérêts de la puissance d'occupation et ceux des États occupés. Cette tension se reflète dans le fait que les mesures d'occupation affectant la propriété ennemie étaient censées remplacer celles en vigueur, prises antérieurement à l'invasion allemande par les pays belligérants²⁴⁵. Les États qui considéraient que les entreprises de leurs ressortissants pouvaient faire l'objet de représailles à l'occasion d'une guerre future, avaient pris en amont des mesures de précaution en cas d'occupation par l'ennemi de leur sol. À cet effet, des lois visant à sauvegarder les intérêts légitimes des actionnaires, contre toute tentative d'emprise de la part d'un envahisseur éventuel, avaient été promulguées. Par ces moyens, les législateurs s'étaient

Belgique, des Pays-Bas et du Luxembourg en droit international correspond à celui de la Norvège ». A l'origine, le Haut commandement de l'armée de terre (*Oberkommando des Heeres-OKH*) avait prévu d'installer une administration militaire en cas d'occupation de territoires d'Europe occidentale. Après la capitulation des forces armées néerlandaises le 15 mai 1940, l'OKH décida donc de mettre en place un commandant militaire aux Pays-Bas, qui aurait le statut et le rang de commandant en chef de l'armée. Ce projet fut toutefois contourné par Hitler en sa qualité de Commandant suprême de la *Wehrmacht*. Au lieu de cela, il ordonna la mise en place d'une administration civile aux Pays-Bas, avec à sa tête un commissaire du *Reich*. Un dualisme était ainsi esquissé entre les autorités militaires et les autorités civiles. Cette administration civile d'un État occupé était présentée comme la première étape d'une politique d'annexion, non conforme à la logique des Conventions de la Haye de 1899 et 1907. V. en détail, A. Toppe, « Besatzungspolitik ohne Völkerrecht? », *Vierteljahrshäfte für Zeitgeschichte*, 2002, Jahrgang 50, pp. 99-110, p.102 et s., p. 103 : « L'administration civile implique une paix apparente, sur la base de laquelle le règlement de la Haye sur la guerre terrestre peut désormais être supprimé. La population civile d'un territoire occupé est ainsi privée de la protection offerte par le droit international. Une administration civile indique également que le nouveau détenteur du pouvoir a l'intention de conserver le territoire conquis, qu'il souhaite l'annexer suite à une *debellatio* ».

²⁴⁴ General Order of the Reich Commissioner for the Occupied Netherlands Territories concerning the Confiscation of Property, July 4, 1940, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Niederländer*, 1940, n. 9, p. 128 et R. Lemkin, *Axis rule in occupied Europe*, p. 478 : « Section I (I) The property of persons or associations which have furthered activities hostile to the German *Reich* or Germanism, or of whom it must be assumed that they will further such activities in the future, may be confiscated in whole or in part ».

²⁴⁵ Décret du 23 mai 1940 relative aux propriétés ennemies dans les territoires occupés des Pays-Bas, de la Belgique, du Luxembourg et de la France, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in in Belgien und Nordfrankreich*, 1940, n. 1, 4 juillet 1940, p. 16 ; Arrêté du 14 juin 1940 concernant l'établissement d'un office de contrôle des banques en Belgique, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Belgien und Nordfrankreich*, 1940, n. 2, 17 juin 1940, p. 8 ; Décret du 27 juin 1940 concernant la Banque d'émission en Belgique, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Belgien und Nordfrankreich*, 1940 n. 5, 6 juillet 1940, p. 98.

efforcés d'éviter la mainmise de commissaires ennemis sur les biens, les avoirs et la gestion des personnes morales²⁴⁶.

108. En l'occurrence, les autorités des Pays-Bas, le 26 avril 1940, ont adopté une loi contenant des mesures spéciales pour les sociétés par actions et autres personnes juridiques ayant leur siège dans le Royaume des Pays-Bas, quelques jours seulement avant l'invasion allemande. En vertu de cette loi, un rapide transfert du siège social d'une partie du territoire des Pays-Bas occupé vers d'autres territoires restant sous le contrôle des autorités néerlandaises pouvait être organisé. Cette politique ne pouvait pas laisser les autorités occupantes indifférentes. Pour répondre à cette politique, le commissaire du *Reich* a déclaré, par une ordonnance du 28 août 1940, l'abrogation de la loi néerlandaise autorisant le transfert de siège à partir du 26 avril 1940. Le 1^{er} paragraphe de l'article 3 de l'ordonnance disposait qu'un transfert de siège opéré sur la base de la loi du 26 avril 1940 ou une mesure ou un effet en résultant, pouvait être en totalité ou en partie déclaré invalide ou être supprimé²⁴⁷.

109. Il est évident que des ordonnances de ce type contreviennent aux pouvoirs accordés au pouvoir occupant en vertu du droit international²⁴⁸. Si une interprétation extensive de la réserve

²⁴⁶ À ce sujet v. G. Sauser-Hall, « L'occupation de guerre et les droits privés », *op.cit.*, p. 97 et s. L'auteur fait référence à l'arrêt du Conseil fédéral suisse du 30 août, concernant le transfert du siège des personnes morales et des sociétés commerciales en temps de guerre, Rec. Off. des lois fédérales, vol. LV, p. 1345. L'arrêt organisait le transfert volontaire et rapide en Suisse du siège des personnes morales et des sociétés commerciales, par simple décision, inscrite au Registre du commerce, de leur organe administratif suprême, sans résolution de l'Assemblée générale et nonobstant toutes dispositions contraires de leurs statuts ou du droit commun. Des dispositions similaires étaient repérables dans l'arrêt belge du 2 février 1940, relatif à l'administration, en temps de guerre, des sociétés commerciales ou à forme commerciale. « Le siège social, de toutes sociétés belges, commerciales ou à forme commerciale, peut, sans que la société perde sa nationalité être transféré provisoirement en tout autre endroit que celui fixé dans l'acte social, même à l'étranger, par simple décision de l'organe chargé de l'administration de la société, conseil d'administration gérant ou conseil de gérants. Art. 1 : "En cas de nécessité, il peut être dérogé à toutes les dispositions déterminant les modalités de la convocation du conseil d'administration, du conseil des gérants, du collège des liquidateurs et du collège des commissaires, ainsi que le lieu de la réunion". [...] Art. 7 : "Les pouvoirs de l'assemblée générale, des administrateurs et en général de tous ceux qui, à un titre quelconque, ont le droit de disposer des biens ou des droits de la société sont suspendus en tant que celle assemblée se réunit ou que ces personnes résident dans une partie du territoire occupé par une puissance ennemie et qu'il s'agit de biens ou droits se trouvant en dehors de cette partie du territoire". v. aussi l'Arrêté promulgué dans le Grand-duché de Luxembourg, le 28 février 1940, relatif à l'administration des sociétés commerciales en temps de guerre. Textes cités par Sauser-Hall, pp.98-101. Les dispositions permettaient ainsi un transfert de siège à l'étranger, sans perte de nationalité de la société et sans aucune prise en considération de l'approbation de ce transfert par l'ordre juridique de l'État du nouveau siège.

²⁴⁷ Décret relatif à des mesures économiques spéciales (Verordnung über besondere wirtschaftliche Maßnahmen), du 28 août 1940 *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Niederländer*, 1940, n. 23 p. 360.

²⁴⁸ Des décrets similaires ont été pris par les autorités d'occupation de la Belgique et du Luxembourg. Pour le cas de la Belgique, dans le décret allemand du 23 août 1940, il était précisé que devaient être considérées comme ennemies « les sociétés belges ayant transféré leur siège provisoirement dans un endroit sis en pays ennemi, en vertu de l'arrêté-loi du 2 février 1940 relatif à l'administration en temps de guerre de sociétés commerciales ou à forme commerciale » Deuxième décret mettant à exécution le décret relatif à la propriété ennemie, du 23 août 1940, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Belgien*, 1940, n. 13 p. 192. La même politique a été suivie au Luxembourg en vertu d'un décret du 4 mars 1941 qui abrogeait l'arrêté grand-ducal du 28 février 1940 relatif à l'administration des sociétés commerciales en temps de guerre. L'objectif allemand était ainsi d'abroger, avec effet rétroactif, la loi sur le transfert de siège social. À cet effet, un second décret allemand a fixé l'entrée en vigueur du décret du 4 mars 1941 à la date du 2 mars 1940, à savoir toute occupation du Luxembourg par les armées allemandes. Décret portant abrogation de l'arrêté du 28 février 1940, relative à l'administration des sociétés commerciales en temps de guerre (*Verordnung über die Aufhebung des Beschlusses vom 28 Februar 1940, betreffend die Verwaltung von Handelsgesellschaften in Kriegzeiten*), du 4 mars

en faveur de l'occupant lui permettant de déroger au droit en vigueur en cas d'empêchement absolu, selon les dispositions du Règlement de la Haye de 1907, est envisageable, l'annulation des lois promulguées par le souverain légitime ne paraît pas fondée en droit. Si des mesures de précaution sont prises avant toute invasion, l'occupant, en vertu du pouvoir législatif de nature exceptionnelle qui lui est attribué par le droit international, est autorisé à en paralyser les effets sur les territoires ennemis. Il peut procéder ainsi, s'il les estime contraires à la sécurité de ses armées ou à l'ordre public, à partir de la date d'établissement de son pouvoir effectif sur le territoire occupé. N'étant pas souverain et n'exerçant qu'un pouvoir temporaire, il n'a aucun titre juridique pour étendre son pouvoir dans le temps, à une période antérieure à cette occupation²⁴⁹.

c. La mise en œuvre d'un processus d'annexion par les autorités d'occupation.

110. Les prérogatives exercées par le Troisième *Reich* sur les États de l'Est invitent à une réflexion sur la distinction entre l'institution d'occupation et d'annexion d'un territoire. La mise en œuvre d'une politique d'annexion signifie la disparition de tout cadre protecteur pour les biens privés des civils ennemis. La prolifération des mesures d'ingérence dans les biens privés démontre la volonté d'établissement de titres de souveraineté sur un territoire au-delà des pouvoirs des belligérants. Il convient ainsi d'étudier la gestion de la propriété ennemie sise dans les régions soit considérées comme protectorats du *Reich*, soit annexées par le *Reich*, soit administrées en tant que colonies. Les similitudes ont été soulignées à plusieurs reprises entre les techniques juridiques de dépouillement systématique des populations locales dans les territoires annexés ou contrôlés à l'Est avec la législation sur les juifs en vigueur à l'intérieur du *Reich*²⁵⁰.

111. Après la mise en place du protectorat de Bohême-Moravie, les Allemands ont pris des positions importantes dans l'économie tchèque par des augmentations de capital et des ventes d'actions forcées, ainsi que par la confiscation de biens juifs. À la lumière de la différence de

1941, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers Luxembourg*, 1941, n. 18 p. 130 ; Nouveau décret du 14 mars 1941, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers Luxembourg*, 1941, n. 48, p. 302.

²⁴⁹ À ce sujet v. le Décret du Président de la République de du 30 novembre 1939, art. 1 : « Conformément aux stipulations de la IVème Convention de la Haye de l'année 1907, relative aux droits et usages de la guerre sur terre, tous les actes juridiques et décrets des autorités d'occupation du territoire de l'État polonais ne sont pas valables et sont considérés comme inexistantes, s'ils dépassent les limites d'une administration temporaire du territoire occupé ». Cité par Sauser-Hall, *L'occupation de guerre et les droits privés*, *op.cit.*, p.108.

²⁵⁰ D. Majer, *"Fremdvölkische" im Dritten Reich: ein Beitrag zur nationalsozialistischen Rechtssetzung und Rechtspraxis in Verwaltung und Justiz unter besonderer Berücksichtigung der eingegliederten Ostgebiete und des Generalgouvernements*, Boppard am Rhein, Boldt, 1981, 1034 p., p. 395 : « Les parallèles avec la législation sur les Juifs (qui s'appliquait également aux Juifs appartenant au *Reich* dans les territoires de l'Est annexés) sont également évidents dans le traitement des Polonais, car la législation sur les Juifs, avec son schéma de confiscation, de mise en place de fiduciaires, de vente des biens à des particuliers (aryanisation) ou de leur transfert dans le domaine public, était un excellent modèle à suivre dans tous les territoires occupés d'Europe de l'Est ».

statut entre des territoires occupés et des régions administrées à titre de protectorats, les règles internationales relevant des Conventions de la Haye de 1899 et 1907 n'étaient pas applicables. En effet, les règles d'occupation de guerre semblaient incompatibles avec le rapport hiérarchique établi entre le protectorat et le *Reich*²⁵¹. Un statut particulier démontrant une sorte de tutelle exercée par le *Reich* était octroyé aux régions formant le protectorat. En vertu du décret du 16 mars 1939, émis par le *Führer* du *Reich*, les parties de l'ancienne République tchécoslovaque occupées par les troupes allemandes en mars 1939, avaient été placées sous la protection du *Reich*. Le protectorat avait une administration autonome qui devait être exercée conformément aux intérêts du *Reich*²⁵². À la suite de l'éclatement de la guerre, le champ d'application de la législation sur les biens de l'ennemi en territoire du *Reich* s'est étendu sur le protectorat. En effet, les mesures prises contre les biens des ressortissants des États ennemis étaient aussi applicables dans le protectorat. Compte tenu des nombreux recoupements entre les

²⁵¹ W. Grewe, « Protektorat und Schutzfreundschaft », dans *Völkerrechtliche Umschau, Monatshefte für Auswärtige Politik*, 6. Jahrgang, Heft 4, Berlin, April 1939, p. 341-345, p. 343 : « Pour évaluer la structure juridique du protectorat de Bohême et de Moravie, il faudra donc se pencher, en premier lieu, sur le traité de protectorat conclu entre le *Führer* de l'Empire allemand et le Président de la République tchèque le 15 mars 1939 et en exécution duquel le décret du 16 mars 1939 a réglé les modalités détaillées de la relation de protectorat. Cette réglementation se caractérise avant tout par le fait qu'entre le *Reich* allemand et le protectorat de Bohême et de Moravie, ce n'est pas seulement un lien de droit international public qui a été tissé, mais un lien de droit interne (staatsrechtliches Band) ». L'auteur précisait qu'à la différence de la Bohême et de la Moravie, les relations du *Reich* avec la Slovaquie, déclarée État slovaque autonome et indépendant en vertu du 1^{er} article de la loi adoptée le 14 mars 1939 par le Parlement slovaque, étaient de nature purement internationale. En effet, selon l'article 4 du traité germano-slovaque du 23 mars 1939, la Slovaquie ne mènerait sa politique étrangère qu'en accord avec le *Reich*. Selon Grewe « les relations entre l'Empire et la Slovaquie relevaient ainsi de la forme fondamentale de l'amitié, de l'*amicitia* au sens romain du terme. Certains auteurs parlent de protection dans ce cas particulier d'amitié liée à une relation de protection. Il est peut-être préférable de parler d'une amitié protectrice, employant ainsi une expression déjà utilisée par la doctrine ». L'auteur fait allusion à Triepel qui dans son ouvrage consacré à la notion d'hégémonie. H. Triepel, *Die Hegemonie*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938, xv-583 p. Triepel souligne que p. 129 : « Certaines relations internationales sont toutefois conçues dès le départ pour générer une hégémonie, par exemple le protectorat, ce qui explique que l'on confonde souvent hégémonie et protectorat » ; p. 130 : « Il arrive qu'un contrat qui prévoyait l'hégémonie de l'un des partenaires sur l'autre soit formellement annulé sans que l'hégémonie elle-même ne disparaisse. Où faut-il alors chercher le rapport fondamental ? Et quel nom faut-il lui donner ? Souvent, on pourra s'en sortir en le désignant simplement comme amitié. Ou de facto protectorat, amitié protectrice, communauté d'intérêts qui constitue le rapport de base pour l'hégémonie ». À ce sujet O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable : l'ordre du discours juridique nazi*, PUF, Paris, 2017, 328 p., p. 240 : « Le mot de protectorat utilisé pour la Bohême Moravie indiquait bien que l'on n'était pas seulement dans une "sphère d'influence" au sein de laquelle il s'agirait de contrôler des États "étrangers", mais bel et bien dans une logique de colonisation comparable à celle qui gouvernait la politique des puissances occidentales dans les espaces non européens ».

²⁵² R. Fuchs, « Die Deutsche Verwaltung im Protektorat Böhmen und Mähren », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, pp.91-93. V. le décret du 16 Mars 1939 art. 11 : « (1) Le *Reich* peut adopter des dispositions législatives valables pour le protectorat, dans la mesure où l'intérêt commun l'exige. (2) Dans la mesure où il existe un besoin commun (*gemeinsames Bedürfnis*), le *Reich* peut reprendre à son compte des branches administratives et créer les autorités propres au *Reich* nécessaires à cet effet. (3) Le gouvernement du *Reich* peut prendre les mesures nécessaires au maintien de la sécurité et de l'ordre public ». V. aussi Fr. Klein, « Die staats — und völkerrechtliche Stellung des Protektorats Böhmen und Mähren », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1940, vol. 70, pp. 255-277, p.258 « Le Protectorat de Bohême et de Moravie est une création unique de la pensée étatique nationale-socialiste, sans modèle, originale, autonome et correspondant entièrement à l'attitude fondamentale du national-socialisme ; il représente un acte de création et d'organisation juridique de grande envergure (*Rechtsschöpfungs- und -gestaltungsakt*). Dans sa conception politique et sa forme juridique, il n'est comparable à aucune autre institution de droit public au sens le plus large, existant à l'époque ou ayant jamais existé ; il ne relève d'aucun des types de concepts de droit public et de droit international public entrant en ligne de compte à ce jour. Sa nature juridique, son sens et son statut juridique découlent exclusivement de la réglementation expresse du décret du *Führer* et des dispositions d'exécution qui y ont été, ou y seront ajoutées ».

différentes mesures, il n'est souvent pas facile de déterminer sur quelle base juridique reposait un gel ou une confiscation dans un cas particulier et quelles en étaient les conséquences juridiques. La clarté est rendue difficile par le fait que les mesures prises reposaient en partie sur le droit général du *Reich*, en partie sur des décrets du *Reichsprotector* (gouverneur de Bohême-Moravie) et en partie sur des actes législatifs et administratifs des services autonomes du protectorat²⁵³.

112. Sur les parties de la Pologne annexées par le *Reich*, le décret du 17 septembre 1940 a autorisé la mise sous séquestre et la confiscation des biens des ressortissants de l'ancien État polonais, sous condition que ces mesures soient dictées par les intérêts du « peuple allemand »²⁵⁴. Les biens des ressortissants de l'ancien État polonais étaient soumis à la saisie, à l'administration provisoire et à la confiscation²⁵⁵. Le décret s'appliquait à tous les ressortissants de l'ancien État polonais qui possédaient la nationalité polonaise au 1^{er} septembre 1939, sans tenir compte des naturalisations ultérieures de Polonais effectuées dans des États ennemis ou dans des pays neutres. Seuls les ressortissants de l'ancien État polonais qui avaient entre-temps acquis la nationalité allemande conformément à l'art. 6 du décret du *Führer* sur la répartition et l'administration des territoires de l'Est du 8 octobre 1939 n'était pas concernés par l'application du décret du 17 septembre 1940²⁵⁶. L'étendue des compétences en vertu de ce décret est reflétée dans le 2^{ème} paragraphe qui précise que les biens saisis peuvent être confisqués par l'autorité compétente au profit de l'empire allemand, si « le bien public (*das öffentliche Wohl*), et en particulier la défense de l'Empire ou le renforcement de la race allemande l'exige ». Cette notion ouvrait la voie à la confiscation de n'importe quel bien au profit du *Reich*. Avant la confiscation, les biens à confisquer devaient être déterminés conformément à des directives précises émises par les services compétents. La confiscation

²⁵³ W. Hiesermann, « Bindung, Sicherstellung und Einziehung von Vermögenswerten im Protektorat », *Deutsches Recht*, 7-14 März, 1941, p.386-389.

²⁵⁴ Décret sur le traitement des biens des ressortissants de l'ancien État polonais (*Verordnung über die Behandlung von Vermögen der Angehörigen des ehemaligen polnischen Staates*), 17 September 1940, Document n.4 dans B. Gerber, *Staatliche Wirtschaftslenkung in den besetzten und annektierten Ostgebieten während des Zweiten Weltkrieges unter besonderer Berücksichtigung der treuhänderischen Verwaltung von Unternehmungen und der Ostgesellschaften*, Tübingen, Institut für Besatzungsfragen, 1959, xx-188 p., art. 2 : « La mise sous séquestre doit être prononcée pour les biens a) des Juifs b) des personnes en fuite ou dont l'absence n'est pas temporaire. La confiscation peut être prononcée : a) lorsque les biens sont nécessaires pour le bien commun, notamment dans l'intérêt de la défense du *Reich* ou de la consolidation du peuple allemand (*deutsches Volkstum*) » [...] Art. 9 : « Les biens saisis peuvent être confisqués par l'autorité compétente au profit du *Reich* allemand si le bien public l'exige, en particulier dans l'intérêt de la défense du *Reich* ou de la consolidation du peuple allemand ».

²⁵⁵ En premier lieu, la mainmise de la puissance occupante s'étendait aux biens de l'État polonais, qui étaient confisqués et gérés au profit du *Reich*. V. Décret du Commissaire au plan quadriennal relative à la mise en sûreté des biens de l'ancien État polonais du 15 janvier 1940 (*Verordnung des Beauftragten für den Vierjahresplan über die Sicherstellung des Vermögens des ehemaligen polnischen Staates*), *Deutsches Reichsgesetzblatt*, 1940, vol. I, p. 174.

²⁵⁶ B. Gerber, *Staatliche Wirtschaftslenkung in den besetzten... op.cit.*, p. 61 et pour le texte du décret *idem* Document n. 1, Décret du Führer et Chancelier du Reich sur la réorganisation et l'administration des territoires de l'Est, *Erlaß des Führers und Reichskanzlers über Gliederung und Verwaltung der Ostgebiete*, 2 octobre 1939.

elle-même ne requérait le respect d'aucune forme particulière, comme la notification à la personne concernée. Le décret du 17 septembre prévoyait aussi l'administration provisoire pour les biens des personnes morales, des sociétés, des associations et d'autres groupements de personnes dans lesquels des ressortissants de l'ancien État polonais détenaient encore en 1939 une participation majoritaire ou dont la gestion a été influencée de manière déterminante par des ressortissants de l'ancien État polonais. Il est évident que l'objectif poursuivi a été celui de la confiscation collective de grande ampleur des biens privés polonais. Il y a eu des tentatives de dissimulation de cet objectif par le biais de la gestion fiduciaire de biens. Cette impression de gestion provisoire a été démentie par le fait que « pour la mise en œuvre de cette administration, un appareil administratif infiniment compliqué (*Haupttreuhandstelle Ost*) a été mis en place, qui travaillait en étroite collaboration avec les services du *Reichsführer SS* et du Commissariat du *Reich* pour le renforcement de la race allemande »²⁵⁷.

113. La politique d'ingérence systématique dans le droit de propriété des ressortissants de l'ancien État polonais doit être comparée avec les mesures de gel conservatoire des biens des ressortissants des États ennemis, prises en vertu du décret du 15 janvier 1940. L'article 22 alinéa c du décret de septembre 1940 prévoyait que le champ d'application du décret du 15 janvier était laissé intact. En vertu de cette disposition, les biens sis dans le Grand *Reich*, y compris les territoires de l'Est incorporés, appartenant aux ressortissants de l'ancien État polonais et qui avaient leur domicile ou leur résidence permanente sur le territoire d'un État ennemi ne faisaient pas l'objet de mesures de dépossession définitive. Malgré cette affirmation explicite, un conflit de compétences s'est produit entre le Bureau fiduciaire (*Haupttreuhandstelle*), autorité compétente pour la mise en œuvre du décret du 17 septembre²⁵⁸, et le ministre de la Justice, organe compétent selon le décret du 15 janvier en matière de gestion des biens ennemis. La différence résidait dans le fait que l'objectif du Bureau fiduciaire était la confiscation des biens et la mise en œuvre du projet d'aryanisation de ce territoire annexé, tandis que celui du ministre de la Justice était la simple conservation des biens privés, par peur de représailles par les autres États belligérants. La mission de la

²⁵⁷ D. Majer, « *Fremdvölkische* » im *Dritten Reich*..., *op.cit.*, p.401. L'auteur continue son raisonnement soulignant que « cet appareil, qui, avec ses innombrables décisions et décrets, ses multiples enchevêtrements et chevauchements de compétences avec les autorités de l'administration générale, les services de police et le Commissaire du *Reich* pour la consolidation de la nation allemande, entraînait un imbroglio de compétences et d'administration, montrait clairement qu'il ne pouvait pas être question d'une administration fiduciaire. En effet, cette administration fiduciaire n'avait évidemment pas pour mission de gérer et d'exploiter les biens confisqués dans l'intérêt des propriétaires, mais exclusivement dans l'intérêt de la politique économique et de la politique de colonisation nationale-socialiste ».

²⁵⁸ L'art. 23 du décret du 17 septembre 1940 prévoyait même que le responsable du plan quadriennal pouvait, « en accord avec le ministre du *Reich* des finances et le ministre du *Reich* de l'économie, ordonner par voie de règlements juridiques une liquidation simplifiée, dérogeant aux prescriptions du droit en vigueur, des relations juridiques des personnes dont les biens sont soumis à la saisie en vertu du présent règlement ».

Haupttreuhandstelle n'était pas de garantir et de préserver des biens conformément au droit international, mais de procéder à leur confiscation au profit du *Reich*²⁵⁹.

114. Une référence doit aussi être faite au régime de gestion des biens privés sous les auspices du Gouvernement général, à savoir de l'entité administrative mise en place sur la partie de l'ancien État polonais non-annexée par le *Reich*. La création du Gouvernement général reposait sur un décret d'Hitler du 12 octobre 1939 qui prévoyait la fin de l'administration soumise jusqu'alors à l'autorité du commandant militaire suprême. Les prérogatives exercées sur cette partie du territoire polonais dépassaient ainsi celles confiées à une puissance d'occupation. Le fondement juridique pour cette extension des prérogatives conférées au *Reich* pouvait être la thèse de *debellatio*, à savoir de l'extinction juridique de l'ancien État polonais²⁶⁰.

²⁵⁹ Pour le fonctionnement de cette structure v. Règlement du 12 juin 1940 (*Anordnung über die Haupttreuhandstelle Ost*), émis par H. Göring, à titre de ministre de la Défense du Reich et chargée du plan quadriennal (*Vorsitzende des Ministerrats für die Reichsverteidigung und Beauftragte für den Vierjahresplan*), Document n. 7, dans B. Gerber, *Staatliche Wirtschaftslenkung in den besetzten... op.cit.*, art. 1 : « La Trésorerie principale de l'Est a pour mission [...] b) de recenser et de gérer les biens des ressortissants de l'ancien État polonais. La Trésorerie principale Est peut procéder à des cessions définitives de droits conformément aux directives que je lui ai données ». Gerber procède aussi à l'examen de la conformité de ces mesures avec le droit international, p. 186 : « Lors de l'occupation des territoires allemands de l'Est, les mesures allemandes qui violaient ces principes étaient donc tout à fait illégales : d'une part, la confiscation des biens juifs, et d'autre part, la confiscation des biens effectuée pour éliminer l'influence polonaise. La gestion forcée des biens, qui avait pour but de préparer une "germanisation" ultérieure, doit également être considérée comme inadmissible ».

²⁶⁰ Cette thèse est analysée par W. Grewe, « Europa nach dem Waffenstillstand », *Völkerrechtliche Umschau, Monatshefte für Auswärtige Politik*, September 1940, p.686-692, p. 686 : « En se fondant sur les notions du droit international classique, on pourrait en déduire qu'il y a eu une *debellatio* totale de l'État polonais, qui a fait du territoire polonais un domaine sans maître du point de vue du droit international et qui a permis au détenteur du pouvoir effectif d'occuper le territoire. Bien que la *debellatio*, en tant que titre d'acquisition de territoire en droit international, ait récemment été combattue dans des traités de droit international ainsi que dans des programmes politiques, elle a toujours été reconnue dans la pratique des États. [...] Selon l'opinion dominante dans la doctrine du droit international public, on ne peut toutefois pas parler de *debellatio* tant que le gouvernement de l'État vaincu est en mesure de poursuivre la guerre avec ses propres troupes à partir du territoire d'États alliés ». P. 687 : « Dans tous les communiqués officiels allemands, on a jusqu'à présent évité de parler de *debellatio* et d'occupation. On peut y détecter un indice selon lequel ces termes ne sont pas considérés comme tout à fait suffisants pour comprendre la nouvelle situation juridique à l'Est. Ils appartiennent à un système de droit international public qui était entièrement fondé sur la notion traditionnelle d'État et qui cherchait à traiter toutes les questions territoriales uniquement à l'aide des deux catégories, à savoir de la catégorie du territoire national et du territoire sans maître. Or, la réorganisation politique à l'Est se caractérise précisément par le rattachement de territoires au *Reich* qui ne s'effectue qu'en partie selon ces catégories. Le Gouvernement général n'est ni un territoire sans maître, ni un territoire de l'Empire allemand au sens du droit public ». Cette impossibilité de saisir les catégories juridiques nouvelles avec les outils relevant de la doctrine classique du droit constitutionnel et du droit international se justifiait par référence aux particularités du *Reich* en tant qu'organisation juridico-politique. W. Grewe, « Der Reichsbegriff im Völkerecht », *Völkerrechtliche Umschau, Monatshefte für auswärtige Politik*, August 1939, pp.798-802, p.799 : « Le *Reich* est le concept opposé aux deux formes fondamentales d'organisation de l'État national qui ont dominé le XIXe siècle : l'État national pur, qui repose sur l'identité parfaite du peuple et de l'État, et l'État regroupant plusieurs nationalités différentes, qui aspire à la même unité et à la même cohérence par l'assimilation. Alors qu'au XIXe siècle, la formation d'un grand espace politique n'était concevable que sous les formes de l'État-nation ou de l'empire colonial, l'idée de *Reich* contient un principe de grand espace d'un genre nouveau, qui recèle des possibilités d'organisation très variées et différenciées ». Le même point de vue est défendu H. Frank, « Das Reich », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1939, pp.217-218, p.217 : « Du point de vue du droit international et du droit public, le *Führer* a créé à cet effet la nouvelle forme du protectorat et, avec le protectorat, le *Reich*, "porté" par le peuple allemand de manière responsable et donc clairement déterminé en tant que sujet de droit international *sui generis*. Le fait politique et juridique désigné par le terme de protectorat n'a de commun que le nom avec les institutions de même dénomination qui nous sont connues par l'histoire ou le droit international. Le sens de la nouvelle institution juridique n'est autre que la domination protectrice avec toutes les obligations historiques que cela implique ».

115. L'ordonnance sur la confiscation des biens privés dans le Gouvernement général du 24 janvier 1940 avait autorisé le gouverneur général à prononcer des saisies au cas par cas pour l'accomplissement de missions d'intérêt général²⁶¹. Les biens saisis étaient soumis au pouvoir de disposition total de l'administration allemande qui toutefois, et si l'on croit les données allemandes, n'a procédé à de telles mesures que dans une faible mesure²⁶². Néanmoins, ce régime ne concernait pas les biens des Polonais d'origine juive auxquels un « droit spécial » (*Sonderrecht*) était applicable. L'ordonnance du 24 janvier 1940 prévoyait l'obligation de déclaration de leur patrimoine dans le but de séparer la vie économique polonaise de la vie économique juive et organisait un système d'exclusion totale des juifs de toute facette de la vie économique. Bien qu'il apparaisse que cette même ordonnance ait servi de fondement juridique pour la mise en place d'une politique de confiscations massives et de spoliations de la population juive pour des raisons d'utilité publique, l'administration du Generalgouvernement partageait le point de vue qui prévalait dans le *Reich*, selon lequel les « biens juifs étaient de toute façon considérés comme sans propriétaire et pouvaient donc être saisis sans base juridique spécifique »²⁶³. Il faut aussi rappeler que la même ordonnance, dans l'article 12, prévoyait que le haut responsable de la SS et le chef des forces de police dans le ressort d'une région militaire (*Höherer SS — und Polizeiführer*) disposait d'un droit de confiscation dans de cas exceptionnels en particulier lorsqu'il s'agissait d'objets ayant un rapport direct avec des actes criminels. Cette formulation a été qualifiée d'« exemple des clauses générales illimitées du droit national-socialiste, sur la base desquelles la police de sécurité pouvait agir librement, car quels objets ne pouvaient pas, dans les conditions de l'époque, être mis en relation avec des actes punissables ? »²⁶⁴.

²⁶¹ B. Gerber, *Staatliche Wirtschaftslenkung... op.cit.*, p.75. Décret du Gouverneur général sur la confiscation des biens privés dans le Gouvernement général du 24 janvier 1940, (*Verordnung des Generalgouverneurs über die Beschlagnahme des privaten Vermögens im Generalgouvernement*), idem, doc. 10, Art. 1 « Les saisies ne peuvent être ordonnées et exécutées que pour l'accomplissement de tâches d'intérêt général (*gemeinnütziger Aufgaben*).

²⁶² Ce constat est dressé par Diemut Majer qui dans son ouvrage D. Majer, « *Fremdvölkische* » im Dritten Reich, *op. cit.*, étudie en détail la politique de gestion des biens privés dans le *Generalgouvernement* v. pp. 529-539. L'auteur précise qu'il n'y a pas eu de politique générale de confiscation telle qu'elle était pratiquée dans les territoires de l'Est incorporés. Ainsi, seuls les biens de l'État ont été saisis, et non les biens privés. Cela s'explique, selon l'auteur, par le fait que les autorités ne voulaient pas porter préjudice à la volonté de la population polonaise d'offrir de l'aide au *Reich* par son travail.

²⁶³ D. Majer, *idem*, p. 537.

²⁶⁴ D. Majer, *idem*, p. 534. Le caractère arbitraire d'un système disposant de l'outil de confiscation des biens a été souligné par H. Mann dans son essai critique *Der Grosse Mann*, inclus dans le recueil des textes intitulé *Der Hass* (la Haine), paru après l'exile de Heinrich Mann dès 1933 et durant son séjour à Nice. « [Le Grand Homme] a également inauguré l'ère des expropriations. Sur son ordre, les avoirs bancaires sont saisis et les maisons des syndicats ainsi que les biens de personnalités de gauche connues sont tout simplement confisqués. On envahit, on vole les voitures, on brûle les bibliothèques, qu'elles soient privées ou publiques. Le pillage est devenu une institution ». H. Mann, *Der Haß, deutsche Zeitgeschichte*, Frankfurt am Main, Fischer Verlag, 1987, 240 p.

116. Des mesures distinctes avaient été prises au sujet de la gestion des biens sis dans les territoires appartenant à l'Union soviétique et soumis à l'occupation allemande. En vertu du décret d'Hitler du 17 juillet 1941, une structure d'administration civile a été mise en place remplaçant l'occupation militaire exercée jusqu'alors par les autorités militaires²⁶⁵. Dans les territoires de l'Est nouvellement occupés, les dirigeants allemands ont trouvé des formes économiques et des conditions patrimoniales totalement nouvelles. Le rôle accordé à la propriété privée n'avait pas été importante dans des régions administrées par l'État soviétique. L'ensemble de l'économie industrielle appartenait à l'État soviétique, de sorte qu'il s'agissait essentiellement de s'assurer le pouvoir de disposer des biens de l'État soviétique²⁶⁶. Dans l'*Ostland*, à savoir la région occupée par les Allemands qui regroupait les pays baltes et la Biélorussie, le commissariat du *Reich d'Ostland* a promulgué le 19 août 1941 le décret sur la mise en sûreté des biens de l'URSS. Le gel et la saisie portaient sur l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers de l'URSS, de ses États membres, de ses collectivités, associations et groupements, y compris toutes les créances, participations, droits et intérêts de toute nature. La bonne gestion des biens saisis, en particulier la prévention des transferts de propriété incontrôlés, était assurée par une administration fiduciaire créée pour l'ensemble des biens concernés. Le décret sur les biens économiques spéciaux du 28 mai 1942 a créé un fond de biens économiques (*Wirtschaftssondervmögen*) dans l'ensemble des territoires soviétiques occupés soumis à l'administration civile. Ainsi, les biens de l'ancien État soviétique ont été conservés en tant qu'entité spéciale, du moins pendant la durée de la guerre, leur sort définitif

²⁶⁵ Décret du *Führer* sur l'administration des territoires de l'Est nouvellement occupés, (*Erlass des Führers über die Verwaltung der neu besetzten Ostgebiete*), 17 juli 1941, dans Gerber, *Staatliche Wirtschaftlenkung*, op. cit., doc. 13, Art. 1 : « Dès que, et dans la mesure où, les opérations militaires dans les territoires orientaux nouvellement occupés sont terminées, l'administration de ces territoires passe des services militaires aux services de l'administration civile ». Art. 2 : « L'administration civile dans les territoires orientaux nouvellement occupés est placée sous l'autorité du ministre du *Reich* pour les territoires orientaux occupés, dans la mesure où ces territoires ne sont pas inclus dans l'administration des territoires annexés du *Reich* ou du Gouvernement général »

²⁶⁶ Il serait intéressant d'étudier la manière dont les forces d'occupation se sont accaparées de grandes terres (*Kolhozy, sovhozy*). Les Allemands ont précédé à la reprivatisation des biens publics saisis. V. Décret relatif à la réorganisation de l'artisanat, de la petite industrie et du commerce, 17 octobre 1941, *Verkündungsblatt*, 1941, N. 41 p. 29, et cité par Lemkin, *Axis rule*, op. cit., p.308, préambule : « In the belief that only the free development of initiative and responsibility of action can safeguard a sound and workable economy, handicrafts, small industry, and the retail trade shall be liberated from the fetters of the Bolshevik system and reorganized on the solid basis of private initiative ». J. Robinson, « Transfer of property in enemy occupied territory », *AJIL*, 1945, vol. 39, pp. 216-230, p.218 : « In the Soviet Union there is no private property in the traditional sense. Instead, there is "socialized", "cooperative", and "personal" property. The private property clauses of the Hague Convention would cover the Soviet category of personal property, but the heavy concentration of national wealth in state or socialized enterprises perhaps subjected to enemy administration much that would otherwise have been protected by the "private property" clause. This raises a problem analogous to the conflict of qualifications in international private law. While such Soviet agricultural units as the Kolkhoz and the machine tractor stations could, by analogy, have been protected by Article 53, par.2, which requires restoration and indemnity, the business and industrial enterprises of the Soviet Union would be protected along with other state properties. It should be noted that the same problem arises with regard to other European states which own considerable business property. Thus the shift from private to public ownership presents another of the problems which will harass those who continue to think within the Hague Framework ».

n'ayant pas été scellé²⁶⁷. Un pouvoir illimité était accordé à l'administration, sans lien avec des principes juridiques généraux. Cette absence de règles générales s'appuyait sur une volonté d'établissement d'un empire colonial allemand à l'Est, « dont l'objectif était, d'une part, l'exploitation totale de la main-d'œuvre et des ressources naturelles des régions concernées, et, d'autre part, la domination politique totale de ces régions par la décimation délibérée de la population locale »²⁶⁸.

d. Une pluralité de régimes d'occupation et d'ingérence dans les biens privés ayant comme finalité la consolidation du « grand espace ».

117. L'étude des mesures prises à l'égard des biens privés démontre la complexité du rapport entretenu entre le *Reich* et les territoires annexés ou occupés par celui-ci. Les règles relevant de l'institution d'occupation de guerre semblent avoir joué un rôle secondaire dans le processus de consolidation du grand espace germanique. Toute tentative de systématisation de liens entre le *Reich* et les territoires de l'Est s'avère vaine, en raison de la pluralité d'acteurs agissant sur les divers territoires et relevant d'autorités distinctes. Le transfert des compétences des autorités militaires vers des organes soumis aux autorités civiles du *Reich* a abouti à la mise à l'écart de toute règle relevant du droit international relative à l'occupation de guerre. Cette mise à l'écart des règles du droit international était dictée par le caractère particulier de la relation entre un peuple dirigeant et les peuples résidant dans le grand espace²⁶⁹. Ce rapport de force rendait

²⁶⁷ Décret du responsable du plan quadriennal sur le Fonds spécial économique dans les territoires occupés de l'Est du 28 mai 1942, (*Verordnung des Beauftragten für den Vierjahresplan über das Wirtschaftssondervermögen in den besetzten Ostgebieten vom 28 Mai 1942*), ; Premier décret d'application du décret relatif au fonds spécial économique dans les territoires occupés de l'Est du 28 mai 1942, 3 octobre 1942 (*Erste Verordnung zur Durchführung der Verordnung über das Wirtschaftssondervermögen in den besetzten Ostgebieten vom 28 Mai 1942*), dans Gerber, *Staatliche Wirtschaftslenkung, op. cit.*, doc. 14,15.

²⁶⁸ D. Majer, « Führerunmittelbare Sondergewalten in den besetzten Ostgebieten », p.374-395, dans D. Rebutisch, K. Tepe (éd.), *Verwaltung contra Menschenführung im Staat Hitlers*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1986, 434 p.

p. 377. L'auteur insiste sur la violation systématique des règles relatives à l'occupation de guerre par l'administration civile allemande. L'administration civile était concurrencée par le véritable facteur de pouvoir dominant à savoir le SS et la police, regroupés dans l'autorité du *Reichsführer SS* et chef de la police allemande, p. 379. W. Benz, « Typologie der Herrschaftsformen in den Gebieten unter deutschem Einfluss », *op.cit.*, p.19 : « Le régime d'occupation était globalement caractérisé par des rapports juridiques non clarifiés et des antagonismes qui ne doivent cependant pas faire oublier que tous les territoires sous domination allemande faisaient partie intégrante du même projet, à savoir le *Grossraum* germanique ou germanisé. L'absence d'unité administrative, conséquence de l'impuissance des ressorts impériaux en dehors des frontières du *Reich*, était une caractéristique, la paralysie de l'appareil administratif due à la prolifération des administrations spéciales en était une autre. À cela s'ajoutait le dualisme entre le parti et les instances de l'État qui s'était formé sur le territoire du *Reich* malgré le principe déclaré d'unité intrinsèque entre l'État et le *NSDAP* ».

²⁶⁹ v. D. Majer, *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems: Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei*, Kohlhammer, Stuttgart, 1987, vii-254 p., pp. 171-172 : « La perte de tout statut juridique pour les peuples de l'Europe de l'Est ne signifiait pas seulement la non-application du droit allemand général, mais leur exclusion de tout ordre juridique en général. Cela a eu pour conséquence que leur propre droit national a également été déclaré caduc, le national-socialisme ne pouvant tolérer aucun autre ordre juridique à côté de lui. C'était particulièrement vrai pour le droit polonais

inconcevable l'élaboration d'une théorie juridique relative aux régimes d'administration ou d'occupation. L'occupation de guerre n'était pas conçue comme institution de caractère provisoire, mais comme une étape du processus de consolidation du grand espace. Ce processus comprenait l'administration civile prenant le relais de l'occupation militaire, l'annexion des territoires, la création des protectorats, ou même l'administration coloniale. L'élaboration du grand espace ne s'appuyait pas sur des relations juridiques au sens strict du terme, mais sur des rapports émanant d'un « ordre vivant d'entités organiques »²⁷⁰. La tentative allemande de consolidation du grand espace présupposait une conception hiérarchique des peuples, en vertu de laquelle aucun obstacle ne pouvait être mis « au déploiement concret et "légitime" de la race supérieure qui constitue la *Volksgemeinschaft* »²⁷¹. Les liens entretenus entre les entités formant le grand espace dépassaient le cadre des relations juridiques entre des États, prévu par le droit international²⁷². L'institution juridique d'occupation de guerre, relevant du Règlement de la

et le droit russe. La population a perdu sa nationalité et a été réduite à un ensemble de sujets apatrides, exploités pour les besoins de l'industrie de l'armement et de l'économie allemandes — une violation flagrante du droit international, qui obligeait explicitement l'État occupant à respecter l'ordre juridique national. [...] Un statut de non-droit s'appliquait en principe, c'est-à-dire que les services de l'État, du parti, des SS et de la police régnaient par le biais de directives et de décrets individuels ».

²⁷⁰ Le terme *lebendige Ordnung organischer Wesenheiten* a été utilisé par Werner Best dans son essai de systématisation des régimes d'administration des territoires relevant du grand espace germanique. W. Best, « Grundfragen einer deutschen Großraum Verwaltung », pp.33-60, *Festgabe für Heinrich Himmler*, Wittich, Darmstadt 1941, 292 p., p.38 : « Le nouvel ordre spatial n'était pas fondé sur des règles fixes, mais sur le rapport hiérarchique entre le peuple dirigeant et les peuples relevant des territoires du grand espace. La guerre et par conséquent l'occupation de guerre n'était présentée que comme la force accélératrice du processus d'élaboration du grand espace ». L'auteur distinguait entre l'administration d'alliance ou de coalition, la supervision directe exercée sur l'administration locale, l'administration du gouvernement local, et l'administration coloniale. Le lien établi entre le peuple dirigeant et les peuples du grand espace différait de manière significative dans ces trois hypothèses. La domination sur la Slovaquie, le Danemark et la Hongrie constituait l'exemple d'une administration d'alliance ou de coalition. Si la supervision directe de l'administration des territoires du grand espace (*Aufsichtsverwaltung*) ou l'administration du gouvernement local (*Regierungsverwaltung*) conférait un certain statut aux peuples locaux, l'administration coloniale leur enlevait tout statut juridique. Malgré cette tentative de typologie de régimes, Best insistait sur le fait que « l'ordre spatial en tant que rapport de force ne nécessite pas nécessairement des formes fixes dans lesquelles le peuple dirigeant règne sur les peuples du grand espace. Il est également possible d'envisager une intervention au cas par cas, comme l'illustrent les prélèvements violents de tributs à l'époque primitive et les prélèvements d'impôts sur les tribus indigènes sauvages dans les régions coloniales » p. 53. Il ajoutait « qu'une administration du grand espace ne doit pas fonder son action en premier lieu sur des formes administratives minutieusement étudiées, qui ne sont évidemment pas sans importance, mais sur des hommes qui, par connaissance des faits et par compréhension des lois de la vie, sont à la hauteur de cette tâche en constante évolution », p. 39. Une autre tentative de systématisation a été entreprise par G. Küchenhoff, « Grossraumgedanke und völkische Idee im Recht », *ZaoeRV*, 1944, pp.34-82. Le critère de distinction était le caractère de droit interne ou international du lien établi entre le peuple dirigeant et les peuples relevant du grand espace. P. 68 : « Le fait que les relations entre deux peuples soient régies par le droit international ou par un acte de droit national du peuple dirigeant est extrêmement caractéristique de la structure des relations entre deux peuples. Le degré d'intégration du peuple dirigé (*geführtes Volk*) dans le peuple dirigeant (*Führungsvolk*) est alors certainement différent. Etant donné que la différence revêt une importance matérielle, il serait tout à fait justifié de distinguer systématiquement les relations de commandement entre les peuples régis par le droit public interne et les relations de commandement entre les peuples régis par le droit international. [...] Cette distinction fondamentale entre rapport de commandement régi par le droit interne et rapport de commandement régi par le droit international pourrait en même temps fournir le cadre d'un système de formes différenciées de relations internationales dans le grand espace, pour lesquelles les formes actuelles de relations entre États ne suffisent pas, car les formes classiques se fondent sur des relations abstraites entre des États et non sur des rapports de commandement (*Führungsverhältnisse*) entre communautés nationales ou groupes ».

²⁷¹ O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable*, op.cit., p. 242.

²⁷² Pour le caractère novateur de la théorie du grand espace par rapport à la doctrine traditionnelle du droit public international et interne v. R. Höhn, *Reich, Großraum, Großmacht*, Wittig, Darmstadt, 1942, 143 p., p.121 : « Le grand

Haye de 1907, était incompatible avec tout processus de création du grand espace. En l'occurrence, l'occupation de guerre était perçue comme la première étape vers la reconfiguration (*Umgestaltung*) globale d'un territoire²⁷³. L'accaparement des biens privés au détriment des populations locales était ainsi un moyen de domination raciale cruciale pour la germanisation du grand espace²⁷⁴. Cet objectif de germanisation du grand espace était servi par la mise en place d'un régime d'administration civile sur des territoires qui, d'après le droit international, devaient être soumis aux seules autorités militaires. En vertu du régime d'administration civile, des biens privés ont été octroyés aux membres de la « communauté populaire allemande »²⁷⁵.

espace en tant qu'espace de vie exige des formes juridiques entièrement nouvelles. Le lien qui unit un pays à un grand espace touche aussi bien sa position en droit international que sa spécificité en droit étatique ». Pour les divergences de la pensée schmittienne sur le concept de grand espace, notamment exprimées dans le pamphlet de Schmitt intitulé *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte : ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, 82 p. Pour les auteurs plus radicaux de la doctrine du *Lebensraum* v. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable*, op.cit., p.240.

²⁷³ J. Chapoutot, *La loi du sang : penser et agir en nazi*, Paris, Gallimard, 2014, 567 p., p.405 : « La colonisation est une planification agricole qui procède d'une conception agronomique des êtres, des choses et des situations : on enracine, on arrache, on jette, on replante, on transplante. L'*Umgestaltung* (réconfiguration), l'*Umvolkung* (reconfiguration géoethnique), l'*Umsiedlung* (colonisation) annoncées par le *Reich* et mises en œuvre par ses ingénieurs est une *Umpflanzung*, une transplantation — les hommes sont des êtres naturels, des plantes, qui ont besoin d'un terroir pour croître et prospérer ».

²⁷⁴ J. Chapoutot, *idem*, p. 428 : « Producteur moderne, le colon est aussi un seigneur médiéval. La domination raciale, l'exercice du *Herrenmenschentum* dans l'empire constitué par la force des armes exige la ségrégation, ainsi qu'une soumission absolue des populations colonisées ». Pour une comparaison de la structure coloniale du *Reich*, fondée sur la domination raciale du peuple allemand et orientée vers l'extermination de groupes ethniques entiers et la domination coloniale allemande d'avant 1918, v. D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit ? : Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert*, Berlin, Suhrkamp, 2016, 772 p., p.329. L'auteur considère que « [l]e colonialisme radical de la guerre raciale et idéologique nationale-socialiste dépassait par sa volonté d'extermination tout État colonial européen d'outre-mer, aussi violent soit-il. Les indigènes coloniaux, sujets de l'empereur allemand jusqu'en 1918 et victimes de discrimination raciale, n'étaient pas les sous-hommes de l'empire racial national-socialiste ». Des traces d'une réflexion sur le caractère racial de la notion d'espace se trouvent déjà en 1933 dans la pensée de Heidegger. En effet, dans un extrait célèbre de son cours consacré à la substance et la notion de la nature, de l'histoire et de l'État de l'année académique 1933-1934, le philosophe allemand soulignait que l'État est lié et marqué par l'espace du peuple qui y est enraciné (*bodenständiges Volk*). Chaque peuple avait ainsi son propre espace spécifique. « C'est à partir de la connaissance spécifique qu'a un peuple de la nature de son espace que nous apprenons comment la nature se révèle en lui. La nature de notre espace allemand ne s'ouvre certainement pas de la même manière à un peuple slave qu'à nous, et elle ne s'ouvre peut-être jamais aux nomades sémites », M. Heidegger, « Über Wesen und Begriff von Natur, Geschichte und Staat ». *Übung aus dem Wintersemester 1933/34, Heidegger-Jahrbuch* 4, 2009, pp. 53-88, p. 82.

²⁷⁵ K. Meyer, *Generalplan Ost, Rechtliche Wirtschaftliche und räumliche Grundlängen des Ostaufbaues*, Berlin, Juni 1942, 71 p., p.3 : « Les terres (Grund und Boden) sont octroyées en tant que propriété de droit spécial. L'installation des colons se fait par un bail sous la forme d'un fief temporaire, qui se transforme en un fief héréditaire et finalement en une propriété de droit particulier ». P. 17 : « Lors de l'intégration des territoires de l'Est, l'administration civile générale a été introduite après une période relativement courte d'administration militaire, soit par une intégration complète dans l'organisation normale, soit par la mise en place d'un chef de l'administration civile ». Les termes *Grund und Boden* sont traduits par Chapoutot « foncier et sol ». Lemkin, *Axis rule*, op.cit., p. 37: «As to private property, the methods adopted for the countries occupied in the west differ from those employed in the territories occupied in the east, especially Poland. In the former countries, private property is being sequestered or confiscated mainly in order to force the population to collaborate with the New Order, whereas in Poland the aim of sequestration and confiscation is to deprive Poles of Property and to give it to Germans. Thus, citizens of the Netherlands and of Luxemburg may be deprived of their property if they do not wish to promote Germanism, whereas the Poles are being deprived of their property for the mere reason that they are Poles, and their property is needed for allocation to German settlers ».

ii. Le contrôle juridictionnel des mesures attentatoires aux biens privés au lendemain de la guerre par référence aux règles d'occupation militaire ordinaire.

118. Les ordonnances ou les décrets émanant des autorités d'occupation et portant sur la gestion des biens privés sis en territoires occupés, ont fait l'objet de contrôle juridictionnel au lendemain de la guerre. Ce contrôle était justifié par le fait que le cadre protecteur pour les biens privés esquissé par des règles du droit international a été violé à de nombreuses reprises²⁷⁶. La saisie des biens et l'interférence avec la propriété privée en territoire occupé a fait l'objet de plusieurs décisions prononcées par le Tribunal militaire de Nuremberg. Les codifications sur lesquelles les juges se sont appuyés étaient celles des années 1899 et 1907, étant donné que pendant la période d'entre-deux-guerres les efforts se sont concentrés sur l'encadrement de la prérogative étatique à recourir à la guerre, et non pas à l'identification des règles régissant la conduite des belligérants. L'article 6 du Statut du Tribunal militaire international qualifiait de crime de guerre « le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ». La déclaration interalliée du 5 janvier 1943, relative au sort des biens privés saisis par les puissances occupantes ennemies, contenait également un avertissement adressé à des personnes concernées par des transactions impliquant des biens sis en territoires occupés par l'ennemi et ayant fait l'objet d'une « forme de pillage avoué ou de mise à sac » ou d'une transaction « d'apparence légale, même lorsqu'elles se présentent comme ayant été effectuées avec le consentement des victimes »²⁷⁷. Les États signataires réclamaient le droit de considérer ces transactions comme invalides²⁷⁸. Le tribunal militaire s'est appuyé explicitement sur cette déclaration ainsi que sur

²⁷⁶ Au lendemain de la guerre, les juridictions internes ont contrôlé les réquisitions opérées par l'occupant. La licéité de la pratique de réquisition des biens en cas de non-retour après la fin des hostilités n'a pas été approuvée. V. p. ex. CA de Rouen *Mortier v. Lauret*, France, 17 mai 1947 *Annual digest of public international law cases*, vol. 47, 1947, p. 274, p.275 : « The German act was not a requisition, but a seizure in the meaning given to that term by article 53 of the Hague Convention. That article provides that the seizure by the enemy of means of transport belonging to private individuals, if authorized by the laws of war, does not deprive these individuals or ownership, but merely of the use of the seized property. The property must be restored at the end of hostilities. Therefore, the seizure of the chassis by the German forces has not deprived Lauret of the property ». À la suite de la fin de la Seconde Guerre mondiale, la Cour de cassation italienne a considéré que les forces allemandes basées en Italie pendant la guerre avaient violé le règlement de la Haye en réquisitionnant des immeubles au profit d'une entreprise italienne qui exportait ses produits vers l'Allemagne, Cour de cassation italienne, *Scotti v. Garbagnati e Marconi*, *Annual digest of public international law cases*, vol. 15, 1948, n. 203.

²⁷⁷ Déclaration solennelle signée à Londres le 5 janvier 1943, *J.O. de la République française (imprimé à Alger)*, 18 novembre 1943, p. 277.

²⁷⁸ *Idem* : « Les Gouvernements signataires de cette déclaration et le Comité national Français se réservent tous droits de déclarer non valables tous transferts ou transactions relatifs à la propriété, aux droits et aux intérêts de quelque nature qu'ils soient, qui sont ou étaient dans les territoires sous l'occupation ou le contrôle, direct ou indirect des gouvernements avec lesquels ils sont en guerre, ou qui appartiennent ou ont appartenu aux personnes (y compris les personnes juridiques) résidant dans ces territoires. Cet avertissement s'applique, tant aux transferts ou transactions se manifestant sous forme de pillage avoué ou de mise à sac, qu'aux transactions d'apparence légale, même lorsqu'elles se présentent comme ayant été effectuées avec le consentement des victimes ».

les articles 46, 50, 52 et 56 de la Convention de la Haye de 1899. Une référence aux atteintes aux propriétés privées et leur qualification de crime de guerre était aussi repérable dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié du 20 décembre 1945, dont l'objectif était de servir comme fondement juridique pour des procès organisés dans chaque zone de contrôle allié²⁷⁹. Des considérations relatives au droit à la propriété privée et plus précisément aux prérogatives de la puissance occupante sont repérables dans les décisions contre *Friedrich Flick*, contre *I.G.-Farben* et contre *Friedrich Krupp*²⁸⁰. L'affaire Flick portait, entre autres, sur la saisie d'une plantation privée en France, justifiable lors de la phase initiale par invocation du principe de la nécessité militaire, mais constituant subséquemment une violation de l'article 46 de la Convention de la Haye²⁸¹. Toutefois, en l'occurrence, l'intention d'un programme de spoliation n'a pas été imputée à *Friedrich Flick*²⁸². Une violation de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, autorisant les tribunaux allemands à juger les crimes contre l'humanité, commis pendant les années de guerre par des citoyens allemands, a été constatée par le tribunal militaire dans le cadre du Procès contre les directeurs de la société *I.G. Farben*. En l'occurrence, le tribunal avait insisté sur les particularités des transactions économiques menées en période d'occupation militaire. Son attention a été particulièrement attirée par le consentement émis par les personnes dont les biens avaient fait l'objet des transactions complétées sous les auspices du pouvoir occupant²⁸³. L'argument de la non-applicabilité des Conventions de la Haye, en raison du statut

²⁷⁹ Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55, 1946, art. 2 : « Each of the following acts is recognized as a crime. [...] (b) War crimes. Atrocities or offenses against persons or property constituting violations of the laws or customs of war, including but not limited to, murder, ill treatment or deportation to slave labour or for any other purpose, of civilian population from occupied territory, murder or ill treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity ».

²⁸⁰ U.S. Military tribunal Nuremberg, 20.04-22.12.1947, trial of Friedrich Flick and five others, US Military Tribunal Nuremberg, judgment of 22 December 1947, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. VI ; U.S. Military tribunal Nuremberg, IG Farben Trial The United States of America vs. Carl Krauch et al. US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 30 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, Vol. VIII ; U.S. Military tribunal Nuremberg, Krupp et al. so-called KRUPP Trial, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX.

²⁸¹ U.S. Military tribunal Nuremberg, 20.04-22.12.1947, trial of Friedrich Flick and five others, *op.cit.* pp. 1207-1208 : « The seizure of Rombach in the first instance may be defended upon the ground of military necessity. The possibility of its use by the French, the absence of responsible management and the need for finding work for the idle population are all factors that the German authorities may have taken into consideration. Military necessity is a broad term. Its interpretation involves the exercise of some discretion. If after seizure the German authorities had treated their possession as conservatory for the rightful owners' interests, little fault could be found with the subsequent conduct of those in possession. [...] In this case Flick's acts and conduct contributed to a violation of Hague Regulation 46 that is, that private property must be respected. Of this there can be no doubt ».

²⁸² *Idem* : « But his acts were not within his knowledge intended to contribute to a program of « systematic plunder » conceived by the Hitler regime and for which many of the major war criminals have been punished. If they added anything to this program of spoliation, it was in a very small degree ».

²⁸³ « Commercial transactions entered into by private individuals which might be entirely permissible and legal in time of peace or non-belligerent occupation and should be closely scrutinised where acquisitions of property are involved, to determine whether or not the rights of property, protected by the Hague Regulations, have been adhered to ». U.S.

conféré aux territoires annexés, qui par conséquent n'avaient pas, du point de vue allemand, le statut des territoires occupés, n'a pas été retenu par le tribunal. En effet, selon l'administration allemande, le comportement à suivre par des autorités occupantes différait de manière significative en fonction du lien de rattachement de chaque région occupée au *Reich*²⁸⁴. Un régime de gestion plus favorable aux intérêts allemands était mis en place sur les territoires administratifs destinés à être incorporés au *Reich*²⁸⁵. Conformément à cette logique, aucune limite, émanant des règles relevant des Conventions de la Haye, ne pouvait être posée sur une politique assimilable à celle mise en œuvre lors d'une conquête²⁸⁶. Se prononçant sur cet aspect, le tribunal a considéré qu'aucune tentative de justification des politiques d'occupation, entreprises dans les régions occupées de l'est n'était envisageable²⁸⁷. La volonté allemande

Military tribunal Nuremberg, IG Farben Trial The United States of America vs. Carl Krauch et al. US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 30 July 1948, *op. cit.*, p. 1136.

²⁸⁴ Il faut rappeler que des règlements pareils étaient proclamés pour les régions de l'Alsace et de la Lorraine, qui étaient censés faire partie du Troisième *Reich*. Pour cette raison, le séquestre a été remplacé par la confiscation des biens privés. V. Le décret relatif à la saisie et à la liquidation des biens français en Alsace (*Verordnung über die Übernahme und Verwertung des französischen Vermögens im Elsass*), du 1er décembre 1940, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Elsass* 1941, p. 711.

²⁸⁵ V. le décret de Göring du 17 octobre 1939 concernant l'administration des territoires occupés : « The task for the economic treatment of the various administrative regions is different, depending on whether the country is involved which will be incorporated politically into the German Reich, or whether we will deal with the Government-General which in all probability will not be made a part of Germany. In the first mentioned territories, the safeguarding of all their productive facilities and supplies must be aimed at, as well as a complete incorporation into the greater German economic system at the earliest possible time. On the other hand, there must be removed from the territories of the Government General all raw materials, scrap materials, machines etc, which are of use for the German war economy. Enterprises which are not absolutely necessary for the meager maintenance of the naked existence of the population must be transferred to Germany, unless such transfer would require an unreasonably long period of time, and would make it more practicable to exploit those enterprises by giving them German orders, to be executed at their present location », cité dans la decision Trial of the Major war criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945- 1 October 1946, vol I, p. 240.

²⁸⁶ Trial of the Major war criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945- 1 October 1946, vol I, p. 241 : « In many of the occupied countries of the East and the West, the authorities maintained the pretense of paying for all the property which they seized. This elaborate pretense of payment merely disguised the fact that the goods sent to Germany from these occupied countries were paid for by the occupied countries themselves, either by the device of excessive occupation costs or by forced loans in return for a credit balance on a "clearing account" which was an account merely in name. In most of the occupied countries of the East even this pretense of legality was not maintained; economic exploitation became deliberate plunder. This policy was first put into effect in the administration of the Government General in Poland. The main exploitation of the raw materials in the East was centered on agricultural products and very large amounts of food were shipped from the Government General to Germany. The evidence of the widespread starvation among the Polish People in the Government General indicates the ruthlessness and the severity with which the policy of exploitation was carried out. The occupation of the territories of the U.S.S.R. was characterized by premeditated and systematic looting ». V. aussi le décret cité dans la decision du U.S. Military tribunal Nuremberg, Krupp et al. so-called KRUPP Trial, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX, p. 108 : « The regulations of the Hague Convention on Land warfare which concern the administration of a country occupied by a foreign belligerent power are not applicable, since the USSR is to be considered dissolved, and therefore, the *Reich* has the obligation of exercising all governmental and other sovereign functions in the interests of the country's inhabitants. Therefore, any measures are permitted which the German administration deems necessary and suitable for the execution of this comprehensive task ». Les objectifs fixés étaient ainsi l'« appropriation des sources de matières premières et des installations russes et la mise en œuvre d'une stratégie de vol et de pillage effrénée (*hemmungslosen Raub- und Plünderungsstrategie*) », H. Boog, J. Förster, J. Hoffmann, *Das Deutsche Reich und der Zweite Weltkrieg*, vol. 4, Deutsche Verlagsanstalt, Stuttgart, xix-1170 p., p.157.

²⁸⁷ Ces politiques d'occupation s'inscrivaient dans le cadre général de la guerre totale, rejeté explicitement par le Tribunal de Nuremberg : « There can be no doubt that the majority of them [crimes de guerre] arose from the Nazi conception of

d'accorder à ces territoires un statut particulier qui aurait comme conséquence la non-application des Conventions de la Haye ne pouvait pas être prise en compte. Le tribunal a insisté à plusieurs reprises sur l'incompatibilité entre l'esprit régissant les dispositions de la IVème Convention de la Haye et les pratiques de guerre totale menées par le Troisième Reich. Il a été précisé que l'invocation de cette doctrine, ne pouvait pas justifier le recours à des pratiques transgressant de manière évidente des règles dont la valeur normative était certaine et qui avaient même atteint le statut de règles coutumières, dépassant ainsi l'effet relatif des traités en droit international.

119. Dans l'affaire *Krupp*, une des accusations principales concernait le pillage entrepris contre la propriété publique et privée dans les pays occupés. Il a été précisé par le tribunal que l'exploitation des pays occupés dépassait les besoins de l'armée occupante²⁸⁸. Le tribunal a précisé que les réquisitions imposées aux habitants du pays occupé ne pouvaient pas dépasser les besoins de l'armée occupante²⁸⁹. Dans le cadre d'une politique conséquente, les territoires

“total war”, with which the aggressive wars were waged. For in this conception of “total war”, the moral ideas underlying the conventions which seek to make war more humane are no longer regarded as having force or validity. Everything is made subordinate to the overmastering dictates of war. Rules, regulations, assurances, and treaties all alike are of no moment; and so, freed from the restraining influence of international law, the aggressive war is conducted by the Nazi leaders in the most barbaric way. Accordingly, War Crimes were committed when and wherever the Führer and his close associates thought them to be advantageous. They were for the most part the result of cold and criminal calculation ». Trial of the Major war criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945- 1 October 1946, vol I, p. 227.

²⁸⁸ U.S. Military tribunal Nuremberg, Krupp et al. so-called KRUPP Trial, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX, p. 25-26 : « Throughout occupied Europe, Krupp was heavily engaged in spoliation and plundering activities. The Krupp legal department participated in spoliation deals and negotiations and attempted to give them the color of lawfulness. Undisturbed property, machinery, raw material, patent rights, and other property rights and human labor were the targets of Krupp's economic plans and activities to encourage, assist, and take advantage of German criminal invasions and wars. Through the defendants and their representatives, Krupp acquired, and benefited from, numerous immovable properties in occupied territories, employing devices including: seizure, purchases, and leases influenced by force, trusteeships (*Treuhandschaften*) and sponsorships (*Patentschaften*). Krupp acquired and benefited similarly from acquisition of movable property seized in the occupied countries for use there or in Germany in the interest of the German war effort ». Dans la décision Krupp le tribunal a cité militaire un passage de l'ouvrage de J. W. Garner, *International law and the World War*, London, Longmans, 1920, 2 vol. xviii-524p., xii-534 p., vol. II p. 126. Dans le passage cité, Garner rejetait l'argumentation déployée par les Allemands Durant la Première Guerre mondiale selon laquelle, le blocus économique rendait légitime une politique d'ingérence conséquente dans les biens privés. P. 1345 : « The Germans contended that the spoliation of Belgian and French industrial establishments and their transportation of their machinery to Germany was a lawful act of war under art. 23g of the Hague Convention which allows a military occupant to appropriate enemy private property whenever it is “imperatively demanded by the necessities of war”. In consequence of the Anglo-French Blockade which threatened the very existence of Germany it was a military necessity that she should draw in part on the supply of raw materials and machinery available in occupied territory. But it is quite clear from the and context of art. 23g, as well as the discussions on it in the Conference, that it was never intended to authorize a military occupant to despoil on an extensive scale the industrial establishments of occupied territory or to transfer their machinery to his own country for use in his home industries. What was intended merely was to authorize the seizure or destruction of private property only in exceptional cases when it was an imperative necessity for the conduct of military operations in the territory under occupation. This view is further strengthened by art. 46 which requires belligerents to respect enemy private property and which forbids confiscation, and by art. 47 which prohibits pillage ».

²⁸⁹ U.S. Military tribunal Nuremberg, Krupp et al. so-called KRUPP Trial, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX, pp. 1345-1346 : « The concept relied upon by the defendants-namely: that an aggressor may first overrun enemy territory, and then afterwards industrial firms from within the aggressor's country may swoop over the occupied territory and utilize property there- is utterly alien to the laws and customs of warfare as laid down in the Hague Regulations, and is clearly illegal by them

occupés étaient soumis à un régime de dévastation de l'économie locale engendrant des conséquences néfastes pour la population civile. Par conséquent, le pillage relevait d'un programme de conquête et ne constituait pas seulement une manifestation secondaire de l'opération belliqueuse.

120. Le crime de pillage systématique de la propriété privée a joué un rôle considérable lors des procès de Nuremberg. Se concentrer sur ce crime était perçu comme un moyen d'incriminer la politique économique menée par le *Reich* dans son ensemble. Ce point a été relevé par la doctrine qui n'a pas hésité à adresser des critiques au tribunal quant à la violation du principe de légalité. En effet, il a été relevé que les dispositions des Conventions de la Haye visent à protéger soit la propriété privée, soit la propriété publique, et non pas l'économie du pays sous occupation dans son ensemble²⁹⁰. Des infractions individuelles ne pouvaient pas être appréhendées comme un crime général imputable à l'administration allemande dans son ensemble. Une telle approche contrevenait, selon certains, à l'interprétation restrictive des règles du droit pénal et au principe *nullum crimen sine lege*²⁹¹.

121. Il paraît ainsi que malgré l'émergence d'un régime protecteur pour les biens privés en cas d'occupation de guerre, certains États belligérants, à titre de puissances d'occupation, défendaient une approche extensive de leurs prérogatives. Cette approche extensive reflétait souvent la volonté de dépassement du cadre précis d'occupation de guerre. Agir à titre de souverain sur un territoire ou à titre d'administrateur d'un protectorat leur conférait d'amples pouvoirs sur un ensemble de domaines, dont la gestion des biens privés. La même interprétation extensive des droits des belligérants était défendue en matière de gestion des biens ennemis sis sur le territoire d'un État belligérant.

§ 2 Les prérogatives restreintes sur les biens sis dans le territoire de l'État belligérant.

122. À partir de la seconde moitié du 19^èm^e siècle, la doctrine du droit international s'est prononcée à plusieurs reprises sur le respect de la propriété privée en temps de guerre. À des auteurs réclamant l'interdiction absolue de confiscation de la propriété privée des ressortissants ennemis, s'opposaient d'autres qui mettaient l'accent sur la nécessité de prendre en considération la pratique des belligérants pour déterminer l'effectivité d'une règle assurant le

because the Hague Regulations repeatedly and unequivocally point out that requisitions may be made only for the needs of, and on the authority of the Army of Occupation ».

²⁹⁰ V. B. Gerber, *Staatliche Wirtschaftslenkung in den besetzten und annektierten Ostgebieten während ... op.cit.*, p. 187 : « Toutefois, l'« exploitation » n'est pas une notion juridique et le pillage de l'article 47 du code de procédure pénale signifie l'enlèvement par la force de biens mobiliers par des membres des forces armées, ce qui diffère de l'exploitation planifiée (*planmäßige Ausbeutung*) de l'économie des territoires occupés par la puissance occupante elle-même. Cette dernière hypothèse ne constitue pas un acte de pillage ».

²⁹¹ H. Maschke, *Das Krupp-Urteil und das Problem der « Plünderung »*, Göttingen, Musterschmidt, 1951, 141 p., not. p. 71 et s.

respect du droit à la propriété privée²⁹². L'interdiction de toute atteinte à la condition patrimoniale était associée à la prohibition de toute ingérence à la liberté personnelle des ressortissants de l'ennemi prenant traditionnellement la forme d'expulsion massive voire d'internement administratif. L'association de la condition personnelle à la condition économique était à tel point étroite, que certains auteurs considéraient que les mesures d'internement administratif des civils ennemis relevaient de l'institution de guerre économique²⁹³. L'interrogation autour du sort de la propriété privée en temps de guerre

292 J. Kent qualifiait la confiscation de « naked and impolitic right, condemned by the enlightened conscience and judgment of modern times ». J. Kent, *Commentaries on American law*, Boston, Brown, 1866, vol. 1, 692 p., v. p. 61 et s. Wheaton considérait que la protection de la propriété ennemie dépendait de l'existence des règles précises repérables dans des traités. Si la condition de respect réciproque de l'inviolabilité de la propriété par les différents États impliqués dans un conflit n'est pas remplie, aucune protection n'est redevable. H. Wheaton, *Elements of international law*, Stevens and sons, London, New York, 1916, 901 p., pp.111-112. Halleck reconnaissait des exceptions à la règle protectrice de la propriété privée. Toutefois, il n'énumère pas les raisons de fléchissement de cette règle « it has now become an established, though not inflexible, rule of international law, that such property is not liable to confiscation », H. W. Halleck, *International law, or rules regulating the intercourse of States in peace and war*, New York, Notstrand, 1861, xxxv-907 p., p.58. Tr. Twiss soulignait l'importance de l'octroi d'un délai de départ aux civils ennemis après l'éclatement d'une guerre leur permettant de transporter leurs biens meubles. Tr. Twiss, *The law of nations considered as independent political communities*, Part II, *Of the rights and duties of nations in time of war*, Oxford, Clarendon, 1884, 506 p., p. 99 et pp. 110-114. Une opinion nuancée à ce sujet était aussi exprimée par W. E. Hall, *A treatise on international law*, Oxford, Clarendon Press, 1904, 764 p., p. 525 : « For the present [...] it cannot be said that a belligerent does a distinctly illegal act in confiscating such personal property of his enemies existing within his jurisdiction as is not secured upon the public faith; but in the absence of any instance of confiscation in the more recent European wars, no less that the common interest of all nations and present feeling, warrant a confident hope that the dying right will never again be put in force, and that it will soon be wholly extinguished by disuse ». N. Bentwich considérait qu'au début du 20^e siècle, la règle d'interdiction de confiscation de la propriété ennemie était devenue obsolète. N. Bentwich, *The law of private property in war : with a chapter on conquest*, London, Sweet & Maxwell, 1907, xii-151 p. Le même point de vue est partagé par J. Westlake, *International law, part II, War*, Cambridge, Cambridge university press, 1913, xiv-343 p., pp. 41-48 ; A. Latifi, *Effects of war on property*, London, Macmillan and co, 1909, xii-155 p., pp.48-49 ; L. Oppenheim, *War and neutrality*, London, Longmans, Green&Co., 1952, liii-941 p., pp.270-271 ; A. Verdross, *Völkerrecht*, Wien, Springer, 1964, 671 p., pp.365 et s. ; S. Rubin, « "Inviolability" of enemy private property », *Law and contemporary problems*, 1945, vol. 11, pp. 166-182, p.174 : « At the beginning of the 20th century, international lawyers considered confiscation to have become as obsolete as the asportation and enslavement of the enemy's women and children ». Le respect de l'inviolabilité de la sphère privée était ainsi présenté comme le fruit de l'esprit politique libéral du 19^e siècle. Le respect à l'égard des biens privés devait se concilier avec les impératifs nationaux découlant de l'état de guerre. Les conventions du 19^e siècle essayaient de réconcilier les deux traditions opposantes entre eux-mêmes. J. Garner, « Treatment of enemy aliens », *AJIL*, 1918, vol. 12, pp. 744-779, p.744 : « The governments of all the belligerent countries very early adopted measures for placing enemy-owned property and enemy business enterprises under the control or supervision of the public authorities to prevent such property from being used or such business from being conducted in a manner prejudicial to the national defense or for the benefit of the enemy ». V. à ce sujet US Supreme court, *Brown v. United States*, 12 U.S. 110 (1814) : « When war breaks out, the question what shall be done with enemy property, is a question rather of policy than of law »

²⁹³ Verdross, *Völkerrecht, op.cit.*, p.362 : « Le terme de rétention ou détention comprend les mesures destinées à empêcher un étranger à quitter le pays belligérant signifiant ainsi, en cas de nécessité, en plus de la fermeture absolue des frontières, l'emploi de moyens coercitifs pour empêcher tout départ illégal. L'internement décrit la détention d'étrangers ennemis comme prisonniers civils dans des camps clôturés. Un régime spécial était ainsi instauré portant préjudice à la fois à la liberté individuelle et à la liberté économique des ressortissants de l'État adversaire ». V. à ce sujet les remarques de Stephan Zweig à la décision des autorités britanniques de lui attribuer la qualité d'*enemy alien* : « Je passai dans ma chambre et serrai mes affaires dans une petite valise. Si s'avérait ce que m'avait prédit un ami haut placé, les Autrichiens en Angleterre seraient assimilés aux Allemands et nous devrions attendre aux mêmes restrictions ; peut-être n'aurais-je plus le droit de dormir dans mon pauvre lit le soir même. De nouveau, j'étais tombé d'un degré, depuis une heure je n'étais plus un simple étranger dans ce pays, mais un enemy alien, un étranger ennemi, exilé de force dans un endroit où mon cœur ne battait pas. Pouvait-on imaginer situation plus absurde pour un homme depuis longtemps banni d'une Allemagne qui l'avait stigmatisé comme antiallemand du fait de sa race et de sa manière de penser que de se voir attribué de force par un décret bureaucratique, lui qui résidait à présent dans un autre pays, à une communauté

s'inscrivait ainsi dans un cadre de réflexion plus large portant sur l'ensemble des rapports entre l'individu en tant qu'étranger ennemi, à savoir ressortissant du pays ennemi, et les autorités publiques de l'État sur le territoire duquel il résidait²⁹⁴. La saisie des biens des civils ennemis étaient ainsi présentée comme le support voire le complément des mesures portant préjudice à la liberté individuelle des étrangers ennemis. Malgré des interprétations divergentes par les différentes traditions juridiques quant au fondement et l'étendue de ces prérogatives, l'expérience des Guerres Mondiales a contribué à l'uniformisation des pratiques des États belligérants.

a. Des interprétations divergentes quant aux prérogatives exercées sur les biens des civils ennemis.

123. Les différences quant à la gestion des biens privés semblaient découler de traditions juridiques différentes, l'une se rapportant à l'école anglo-américaine (a, b) et l'autre à l'école continentale (c).

i. Le statut discriminatoire conféré aux étrangers ennemis selon la tradition britannique.

124. Pour la conception anglo-saxonne, la guerre constituait une exception d'inexécution des contrats en cours et un motif d'atteinte à la propriété privée²⁹⁵. En outre, le droit de saisir les biens privés des civils ennemis était perçu comme une ancienne règle de *common law*, non

qui n'avait pourtant jamais été la sienne puisqu'il était autrichien ? » pp.561-562, St. Zweig, *le monde d'hier*, trad. Tassel D., Paris, Gallimard, 2013.

²⁹⁴ Sur l'expulsion massive des civils ennemis v. J. Raspiller, *Du passage de l'état de paix à l'état de guerre*, Thèse, université de Nancy, 1904, 182 p., p.140. J. Spiropoulos, *Ausweisung und Internierung feindlicher Staatsangehöriger*, Leipzig, Roßberg, 1922, 148 p., p.104 : « L'État a toujours, le droit d'expulser les ressortissants de son adversaire. Il exerce matériellement ce droit dès que la nécessité d'une telle mesure se fait effectivement sentir ». Sur le droit belligérant en matière d'internement des civils v. H. Held, « Zivlgefängenschaft », pp. 663 -723, dans K. Strupp (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 3, 1929, 1316 p. La pratique étatique avant 1914 démontre des incertitudes quant à la licéité de ces mesures et la doctrine est loin d'être unanime.

²⁹⁵ B. Aubin, « Die öffentlich-rechtliche Einwirkung des Krieges auf private Vorkriegsverträge mit Feindbeziehung unter besonderer Berücksichtigung des Schicksals der deutschen Vorkriegsverträge im 2. Weltkrieg », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1953, 18 Jahrgang, pp. 423-479, p.439 : « Quelle que soit la position adoptée sur la question de la résiliation définitive du contrat en vertu du droit public, il ne fait aucun doute que l'interdiction de commerce imposée par le droit du commerce de l'ennemi constitue une impossibilité temporaire d'exécution pour le débiteur, impossibilité qui ne lui est pas imputable en raison de la guerre. La suspension de l'obligation de prestation en droit civil agit comme une impossibilité juridique temporaire [...] Or, nous nous souvenons que toute impossibilité temporaire devient permanente en cas de changement intermédiaire de la base de l'activité et supprime définitivement l'obligation de prestation, et que c'est précisément la "guerre en tant que fait" qui peut entraîner un tel changement de la base de l'activité. Il apparaît ainsi clairement que même l'impossibilité fondée sur une interdiction de droit public du commerce avec l'ennemi, qui n'est en soi que temporaire, est susceptible de dissoudre indirectement le contrat d'avant-guerre couvert par l'interdiction. En effet, de nombreux jugements anglais et américains fondent l'annulation de contrats d'avant-guerre impliquant des relations avec l'ennemi sur de telles considérations de frustration. Dans la mesure où ils n'utilisent que ce raisonnement, ils ne peuvent pas être cités en tant que témoignage d'un principe de résiliation de droit public ; il serait tout à fait concevable qu'un contrat soit seulement suspendu en droit public, mais qu'il soit résilié en droit privé compte tenu des changements intervenus entre-temps dans les conditions régissant le rapport contractuel ».

tombée en désuétude²⁹⁶. La guerre avait ainsi des conséquences directes sur les rapports économiques liant les ressortissants de l'adversaire, sans besoin de faire usage d'un acte interne²⁹⁷. En effet, le principe d'interdiction des relations de caractère pécuniaire a été fondé sur un ensemble de considérations d'ordre économique, politique et militaire, formant ainsi une règle indiscutable du droit anglais²⁹⁸. L'étude des mesures économiques prises contre les sujets de l'adversaire résidant en Angleterre renvoie à des considérations générales sur le statut spécifique accordé à l'étranger ennemi. Une disposition de la *Magna Carta* précisait que le traitement réservé aux commerçants ressortissants ennemis obéissait à la règle de réciprocité²⁹⁹. La jurisprudence anglaise avait précisé à de nombreuses reprises que si un étranger se rendait dans le pays en temps de paix *per licentiam domini Regis*, son statut ne subissait pas de changement en cas d'éclatement de guerre avec son propre pays. L'exemple employé pour décrire le statut d'étranger privilégié, vivant *sub protectione* du trône, était celui des protestants français arrivés pendant le XVI^e siècle. En revanche, si un ennemi étranger entraînait en

²⁹⁶ V. Cour d'appel britannique, *In re Ferdinand, Ex Tsar of Bulgaria*, 1920, *Annual digest of public international law cases*, 1919-1922, Case n. 286, p. 406 : « Under the *Common law* of England The Crown has always had and, subject to the effect of the Trading with the Enemy acts, still has the right to seize and forfeit private property, including choses in action and equitable interests therein, found in this kingdom belonging to subjects of an enemy State. That right has not been abandoned by desuetude ». Les auteurs continentaux, tout en admettant les racines historiques de telles pratiques préjudiciables pour les intérêts des personnes, rejetaient leur valeur normative déjà depuis le 19^èm^e siècle. V. p. ex. les annotations de M. Bugnet pour le traité de R. J. Pothier consacré aux personnes et aux choses, dans *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. Bugnet*, Paris, Videcoq, 1846, 804 p. Le juriconsulte notait que « [L]orsque nous avons une guerre avec une puissance étrangère, tous les étrangers qui sont soumis à cette puissance, sont obligés de sortir du royaume dans le temps qu'on a fixé ; ils doivent aussi mettre hors de leurs mains tous les biens qu'ils possèdent en France. S'ils ne font pas l'un et l'autre dans le temps qui leur est indiqué, le roi s'empare de leurs biens ; ils peuvent aussi eux-mêmes être arrêtés, et alors on les oblige de payer une rançon pour obtenir leur liberté », p. 27. Ces observations étaient suivies de la remarque de Bugnet que « de pareilles rigueurs n'auraient point lieu aujourd'hui ».

²⁹⁷ V. Cour d'appel britannique Court of appeal, *Porter v. Freudenberg*, 1915, 1 K. B. 857, 877 : « By the existing law of the country the mere fact of the outbreak of war operates *ipso facto* to suspend any rights of action which [...] any alien enemy may possess ».

²⁹⁸ V. H. Mesnil, « L'ennemi d'après le droit civil anglais », *Journal Le temps*, 1 février 1915 p. 1. Oppenheim associe l'interrogation sur les effets *ipso facto* de la condition de guerre à la place accordée au droit international dans l'ordre juridique interne britannique. Cette intervention immédiate dans les contrats en cours constitue un résidu « of the time when the distinction between International and Municipal Law was not, or was not clearly drawn[...] States being sovereign, and the outbreak of war bringing the peaceful relations between belligerents to an end, it is within the competence of every State to enact by its municipal Law such rules as it pleases concerning intercourse, and especially trading, between its own and enemy subjects ». L. Oppenheim, *War and neutrality, op.cit.*, p.152.

²⁹⁹ *Cap. 41 Magna Carta* : « Merchant strangers in this realm[...] and if they be of a land making war against us and be found in our realms at the beginning of wars, they shall be attached without harm of body or goods until it be known to us or our Chief Justice how our merchants be intreated there in the land making war against us, and if our merchants be well intreated then theirs shall be likewise with us ». Cité par A. McNair, *Essays and lectures upon some legal effects of war*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1920, xiv-168 p., p.22. Pour la justification historique de cette prerogative v. F. Pollock, F. Maitland, *The history of English law before the time of Edward I*, vol. 1, Boston, Cambridge University Press, 1905, vol. 1, 678 p., pp. 462-463. Il faut aussi souligner que d'après la conception classique du *Common law*, l'étranger n'avait aucun droit d'acquisition de propriété immobilière. F. Weiser, « Privates Feindvermögen im englischen Recht », *Niemeyers Zeitschrift für internationale Recht*, 1930, p.208-230. Dans l'affaire de Calvin de 1608, Sir Edward Coke avait précisé que le droit de propriété n'était pas reconnu aux étrangers parce que ceci allait entraver la capacité de défense de l'État. V. aussi Blackstone : « [I]f lands had been suffered to fall into their hands who owe no allegiance to the crown of England, the design of introducing our feuds, the defense of the kingdom, would have been defeated ». W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, Vol.2, Oxford, Clarendon, 1767, 520-xix p., p.249.

Angleterre sans la garantie de la protection de l'autorité royale, il était arrêté et emprisonné, considéré comme étant exclu du champ de protection des lois anglaises³⁰⁰. La protection des biens de l'*inimicus permissus* constituait ainsi un privilège et non pas un droit au sens strict du terme.

ii. Une tradition britannique accaparée et développée par les États-Unis.

125. Dans le sillage de cette conception quant au statut accordé aux sujets ennemis s'inscrit la pratique des États-Unis déjà lors de la guerre d'indépendance contre l'Empire britannique. La saisie des biens des personnes loyales au trône britannique a été dictée par le Congrès continental, à savoir l'Assemblée législative commune aux treize colonies britanniques en Amérique du Nord, dans sa décision du 30 décembre 1774. Le recours à cette prérogative était perçu comme exercice d'un droit belligérant dont la nouvelle structure étatique, déliée de l'Empire britannique, était titulaire. La mise en œuvre d'un régime relatif aux biens privés était associée à un processus de revendication d'un statut sur la scène internationale. En vertu de ce droit belligérant, les sujets du trône britannique s'étaient vus dépourvus de tout droit de gestion de leurs biens³⁰¹. Les juridictions internes ont par la suite été saisies par des personnes affectées par ces mesures. Il est intéressant de relever que les juges internes ont procédé à l'interprétation de ce dispositif, en s'appuyant sur des auteurs de droit international. Le droit international était ainsi perçu comme la source des règles relatives à la gestion des biens privés des ressortissants ennemis. En effet, dans plusieurs décisions, les juges ont validé le droit belligérant relevant du droit international de confisquer les biens des ressortissants de l'adversaire, comme moyen

³⁰⁰ V. à ce sujet Court of the King's Bench, *Sylvester's Case*, 1702, 7 Modern 150, 87 E.R. 1157 : « If an alien enemy comes into England without the Queen's protection, he shall be seized and imprisoned by the law of England, and he shall have no advantage of the law of England, nor for any wrong done to him here ; but if he has a general or a special protection, it ought to come of his side in pleading » ; Court of the King's Bench, *Wells v. Williams*, 1697, 1 Salkeld's Reports 46 : « If an alien enemy comes hither *sub salvo conductu* , he may maintain an action; if an alien amy comes hither in time of peace, *per licentiam domini Regis* , as the French Protestants did, and lives here *sub protectione* , and a war afterwards begins between the two nations, he may maintain an action ». Pour une présentation de la doctrine surannée du *common law* relative au statut accordé à l'étranger ennemi v. Lord Stowell dans l'affaire du navire the Hoop jugée par la High Court of admiralty, *The Hoop*, 1 Rob. 196, 1799, Scott, 521 : « In the law of almost every country, the character of alien enemy carries with it a disability to sue, or to sustain in language of the civilians a *persona standi in judicio*. The peculiar law of our own country applies this principle with great rigor. The same principle is received in our courts of the law of nations; they are so far British courts that no man can sue therein who is a subject of the enemy, unless under particular circumstances that *pro hac vice* discharge him from the character of an enemy [...] But otherwise he is totally *ex lex* ».

³⁰¹ Résolution du Congrès continental du 27 novembre 1777 : « Resolved, that it be earnestly recommended to the several states, as soon as may be, to confiscate and make sale of all the real and personal estates therein, of such of their inhabitants and other persons who have forfeited the same, and the right to the protection of their respective states, and to invest the money arising from the sales in continental loan office certificates to be appropriated in such manner as the respective states shall hereafter direct ». Cite par E. Turlington, « Treatment of Enemy private property in the United States before the World War », *AJIL*, 1928, pp.270-291, p.271. Entre 1776 et 1782, la pluralité des États avaient édicté des *Confiscation acts*, v. p. ex. l'*act of attainder* de l'État de Virginia du 20 octobre 1777, cité dans la décision US Supreme Court, *Ware v. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.), 199, (1796).

d'affaiblissement de l'ennemi³⁰². Seules des dispositions précises relevant des traités de droit international étaient ainsi en mesure d'encadrer ce droit belligérant, dont jouissaient les États souverains. En effet, des traités de paix ou même des traités bilatéraux de nature économique reconnaissaient au profit des personnes privées le droit de ne pas être molestés en cas de guerre³⁰³. En absence de traité portant sur cette matière, à la suite de l'éclatement d'une guerre

³⁰² V. p. ex. Court of the King's Bench, *Sylvester's Case*, 1702, 7 Modern 150, 87 E.R. 1157. En l'occurrence, un résident de l'État de Virginie avait contracté une dette envers un sujet britannique, et l'administrateur britannique a intenté une action en justice devant un tribunal fédéral pour récupérer la caution. L'un des défendants affirmait que le législateur de l'État de Virginie n'avait pas eu le droit de confisquer des biens britanniques, parce que la Virginie faisait, à l'époque, partie de l'empire démembré de la Grande-Bretagne, et que le demandeur et les défendeurs étaient, tous, membres de la nation britannique lorsque la dette avait été contractée. Par conséquent, les des nations indépendantes ne s'appliquaient pas au cas d'espèce, et si elles s'appliquaient, la loi de Virginie n'était pas justifiée « par le droit moderne et la pratique des nations européennes dans la confiscation des dettes privées ». À l'appui de cette thèse, le défendant citait Vattel, selon lequel « à l'égard de l'avantage et de la sûreté du commerce, tous les souverains de l'Europe ont dérogé à la règle rigoureuse de confiscation de biens privées, et comme cette coutume a été généralement reçue, celui qui agirait contrairement à elle blesserait la foi publique, car les étrangers ne faisaient confiance à leurs sujets que dans la ferme persuasion que la coutume générale serait observée ». Dans le cadre de cette décision s'est posée la question de qualification du conflit entre la métropole et les anciennes colonies. Il faut rappeler qu'en juin 1776, la Convention de Virginie déclara officiellement que la Virginie était un État libre, souverain et indépendant, et le 4 juillet 1776, les États-Unis, réunis en Congrès, déclarèrent que les Treize Colonies unies étaient des États libres et indépendants, et qu'à titre d'États souverains, ils avaient le plein pouvoir de faire la guerre, de conclure la paix. Le juge Chase a précisé qu'« avant ces actes solennels de séparation de la Couronne de Grande-Bretagne, la guerre entre la Grande-Bretagne et les Colonies unies, conjointement et séparément, était une guerre civile ; mais à l'instant même de ce grand et mémorable événement, la guerre changea de nature et devint une guerre publique entre des gouvernements indépendants. Tous les droits de guerre publique (et tous les autres droits d'une nation indépendante) étaient conférés au gouvernement de la Virginie. Tous les anciens liens politiques entre la Grande-Bretagne et la Virginie, ainsi qu'entre leurs sujets respectifs, ont été totalement dissous, et non seulement les deux nations, mais tous les sujets de chacune, étaient en état de guerre ». Il est ainsi conclu que « toute nation en guerre avec une autre est habilitée, par le droit général et strict des nations, à saisir et confisquer tous les biens meubles de son ennemi (de toute sorte ou nature) où qu'ils se trouvent, que ce soit sur son territoire ou non ». Le droit de confisquer les biens des ennemis pendant la guerre était présenté comme relevant de l'état de guerre. Pour renforcer son argumentation le juge s'est appuyé de manière explicite à plusieurs reprises sur des autorités du droit international qui reconnaissaient des prérogatives très larges au profit des belligérants sur les biens privés des ressortissants ennemis. « À partir de ces observations et de l'autorité de Bynkershoek, Lee, Burlamaque et Rutherford, je conclus que la Virginie avait le droit, en tant que nation souveraine et indépendante, de confisquer toute propriété britannique sur son territoire, à moins qu'elle n'ait auparavant délégué ce pouvoir au Congrès ».

³⁰³ Traité de Versailles, entre les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne, 3 septembre 1783, *Recueil Martens, t. II, no. 114*, pp. 497-503, art. IV : « [I]t is agreed, that creditors on either side shall meet with no lawful impediment to the recovery of the full value in sterling money, of all bona fide debts heretofore contracted » ; Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les États-Unis et la Grande-Bretagne, le 19 novembre 1794, (Jay's treaty), <https://caid.ca/Jay1794.pdf>, art. V : « [I]t is agreed, that the Congress shall earnestly recommend it to the legislatures of the respective states, to provide for the restitution of all estates, rights, and properties, which have been confiscated belonging to real british subjects : and also of the estates, rights, and properties, of persons resident in districts in the possession of his Majesty's arms, and who have not borne arms against the said United States L'article X du traité de Jay de 1794 prévoyait que ni les dettes dues par les individus d'une nation aux individus de l'autre, ni les actions, ni les sommes d'argent qu'ils se trouvaient dans les fonds publics, ou dans les banques publiques ou privées, en cas de guerre ou de différends nationaux, ne pouvaient être séquestrés ou confisqués ». Les États ont ainsi commencé à conclure des traités qui contenaient habituellement une clause permettant réciproquement, en cas d'éclatement de guerre entre les pays signataires, à leurs sujets de partir librement avec leurs biens dans un délai raisonnable. V. p. ex. le traité entre la Prusse et les États-Unis d'Amérique du 11 juillet 1799, art. XXIII : « S'il survient une guerre entre les Parties contractantes, les marchands de l'un des deux États, qui résideront dans l'autre auront la permission d'y rester encore neuf mois, pour recueillir leurs dettes actives et arranger leurs affaires ; après quoi ils pourront partir en toute liberté et emporter tous leurs biens, sans être molestés ni empêchés. » Cité par H. Held, « Zivilgefängenschaft », *op.cit.*, p. 678. V. Pour ce traité bilatéral v. J. Reeves, « The Prussian-American Treaties », *AJIL*, 1917, pp.475-510, p.508-509. V. aussi E. Borchard, « The effect of war on the treaty of 1828 with Prussia », *AJIL*, 1932, pp.582-586. La même disposition est repérable dans le traité avec l'Espagne le 27 octobre 1795, Treaty of Friendship, Limits, and Navigation Between Spain and The United States ; October 27, 1795, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/sp1795.asp, ; Traité de Mortefontaine entre la France et les États-Unis, 30 septembre 1800, https://avalon.law.yale.edu/19th_century/fr1800.asp#art18 art. VIII-IX ; Traité de paix, d'amitié, de commerce et de

et la déclaration formelle de guerre, le pouvoir législatif avait la possibilité de mettre en œuvre un régime discriminatoire affectant les biens privés des ressortissants ennemis. Un régime discriminatoire affectant même la liberté personnelle des civils ennemis pouvait ainsi être mis en œuvre³⁰⁴. Contrairement à la tradition britannique, la simple déclaration de guerre

navigation entre les Etats-Unis de l'Amérique septentrionale et la Confédération de l'Amérique centrale, 5 décembre 1825, *Nouveau Recueil de Traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité, de commerce, de limites, d'échanges etc. et de plusieurs autres actes servant à la connaissance des relations étrangères*, Göttingen, Dieterich, 1817-1842, tome VI, pp. 825 et s., n. 165, art. XXV et XXVI ; Traité de paix, d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis de l'Amérique septentrionale et le Brésil, 12 décembre 1828, *Nouveau Recueil de Traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité, de commerce, de limites, d'échanges etc. et de plusieurs autres actes servant à la connaissance des relations étrangères*, Göttingen, Dieterich, 1817-1842, tome IX, pp. 54 et s., n. 14, art. XXV et XXVI ; Traité de paix, d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis de l'Amérique septentrionale et la République de Chile, 16 mai 1832, *Nouveau Recueil général de Traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité, de commerce, de limites, d'échanges etc. et de plusieurs autres actes servant à la connaissance des relations étrangères*, Göttingen, Dieterich, 1817-1842, tome XI, pp. 438 et s. n. 12, art. XXVI et XXVII ; Traité de paix, d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis de l'Amérique septentrionale et la République de Venezuela, 20 janvier 1836, *Recueil manuel et pratique de traités, conventions et autres actes diplomatiques*, tome 4ème, pp. 432 et s., art. XXVI et XXVII ; Traité général de paix, d'amitié, de navigation et de commerce entre les Etats-Unis de l'Amérique et la République de la Nouvelle Grenade du 12 décembre 1846, *Nouveau Recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables servant à la connaissance des relations étrangères des Puissances et États dans leurs rapports mutuels*, Göttingen, Dieterich, 1843-1875, tome 13, n. 29, pp. 653 et s., art. XXVII et XXVIII ; Convention générale de paix, d'amitié, de commerce et de navigation, entre les Etats-Unis et la République de Guatemala du 3 mars 1849, *Nouveau Recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables servant à la connaissance des relations étrangères des Puissances et États dans leurs rapports mutuels*, Göttingen, Dieterich, 1843-1875, tome 14, pp. 301 et s., art. XXV et XXVI ; Traité d'amitié, de navigation et de commerce, entre les Etats-Unis d'Amérique et la République de San-Salvador du 2 janvier 1850, *Nouveau Recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables servant à la connaissance des relations étrangères des Puissances et États dans leurs rapports mutuels*, Göttingen, Dieterich, 1843-1875, tome 15 pp. 68 et s.

³⁰⁴ Dans l'Alien enemies act, relevant des lois portant sur les étrangers et le danger de sédition, présentées par les Fédéralistes au Congrès des États Unis dans le contexte des hostilités navales avec la France en 1798, il était stipulé que « chaque fois qu'il y aura une guerre déclarée entre les États-Unis et une nation ou un gouvernement étranger, ou qu'une invasion ou une incursion prédatrice sera perpétrée, tentée ou menacée contre le territoire des États-Unis par une nation ou un gouvernement étranger, et que le président des États-Unis en fera la proclamation publique, tous les indigènes, citoyens, habitants ou sujets de la nation ou du gouvernement hostile, de sexe masculin, âgés de quatorze ans et plus, qui se trouveront sur le territoire des États-Unis et qui n'auront pas été naturalisés, seront susceptibles d'être appréhendés, retenus, sécurisés et expulsés en tant qu'ennemis étrangers ». An Act Respecting Alien Enemies, *United States Statutes at Large*, 6 juillet 1798, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/alien.asp. En faveur des ressortissants ennemis non accusés d'hostilité réelle (*no chargeable with actual hostility*), la loi prévoyait la possibilité de départ et de transfert de leurs biens (*recovery, disposal, and removal of their goods and effects*). Alexander Hamilton a fait l'éloge de l'esprit régissant cette disposition : « The right of holding or having property in a country always implies a duty on the part of its government to protect that property, and to secure to the owner the full enjoyment of it. Whenever, therefore, a government grants permission to foreigners to acquire property within its territories, or to bring and deposit it there, it tacitly promises protection and security. There is no parity between the case of the person and goods of enemies found in our country and that of the persons and goods of enemies found elsewhere. In the former there is a reliance upon our hospitality and justice; there is an express or implied safe conduct; the individuals and their property are in the custody of our faith; they have no power to resist our will; they can lawfully make no defense against our violence; they are deemed to owe a temporary allegiance; and for endeavoring resistance would be punished as criminals, a character inconsistent with that of an enemy. To make them a prey is, therefore, to infringe every rule of generosity and equity; is to add cowardice to treachery. [...] Moreover, the property of the foreigners within our country may be regarded as having paid a valuable consideration for its protection and exemption from forfeiture; that which is brought in commonly enriches the revenue by a duty of entry. All that is within our territory, whether acquired there or brought there, is liable to contributions to the treasury, in common with other similar property. Does there not result an obligation to protect that which contributes to the expense of its protection? Will justice sanction, upon the breaking out of a war, the confiscation of a property which, during peace, serves to augment the resources and nourish the prosperity of a state? The property of a foreigner placed in another country, by permission of its laws, may justly be regarded as a deposit, of which the society is the trustee. How can it be reconciled with the idea of a trust, to take the property from its owner, when he has personally given no cause for its deprivation? », passage tiré de *Camillus letters* cité par J. Moore Bassett, *International law and some current illusions*, New York, Macmillan, 1924, xviii-381 p., p.14. Il faut souligner que l'*Alien enemies act* a servi de fondement juridique pour la mise en œuvre du programme de détention administrative aux Etats-Unis pendant

n'engendrait pas *ipso facto* la mise en œuvre d'un régime applicable en matière des droits privés³⁰⁵. En effet, le pouvoir d'établir des règles concernant les captures sur terre et en mer, qu'elles soient extraterritoriales ou qu'elles aient lieu sur le territoire américain, est confié au Congrès en vertu de la 8^e section de la Constitution américaine³⁰⁶.

126. Le droit belligérant de mise sous séquestre des biens des ressortissants de l'adversaire devait ainsi être distingué du droit souverain de confiscation des biens liés à des activités répréhensibles en vertu du droit pénal. Cette opposition entre l'arsenal législatif dont se sert l'État, en qualité d'État belligérant par rapport aux droits souverains dont il se sert en dehors du cadre d'une guerre, a été mise en avant lors de la guerre de Sécession aux États-Unis. L'intérêt des lois promulguées par l'Union et de la jurisprudence de l'époque réside dans l'ambiguïté du fondement normatif permettant à un État de procéder à la confiscation des biens des citoyens fidèles à la cause de la Confédération des États du Sud. À la saisie voire la confiscation des biens de l'ennemi en tant que manifestation des pouvoirs attribués à un État belligérant, s'est opposée la confiscation des biens en tant que manifestation du pouvoir souverain, présupposant une faute de la part du propriétaire et ayant ainsi une connotation pénale³⁰⁷. Lors d'une guerre civile, l'utilisation d'outils législatifs relevant de la catégorie des

la Seconde Guerre mondiale. Editorial board, « Alien enemies and Japanese Americans : a problem of wartime controls », *The Yale law journal*, 1942, vol. 51, pp. 1316-1338.

³⁰⁵ La Cour suprême des États Unis s'est prononcée sur les prérogatives du Président à l'égard des biens ennemis dans le cadre de la guerre opposant les États Unis à l'Empire britannique en 1812. Dans l'affaire *Brown v. United States*, 12 U.S. 110 (1814), la Cour suprême s'est penchée sur le pouvoir de saisie des biens britanniques sis dans les États-Unis, à la suite de la déclaration de guerre contre la Grande-Bretagne. En l'occurrence, la Cour a dû se prononcer sur les conséquences normatives d'une telle déclaration. Par sa décision, la Cour précise que bien que la guerre soit censée octroyer au souverain la possibilité de confisquer les biens de l'ennemi et malgré les atténuations apportées à cette règle rigide grâce à l'humanisation de la guerre, le recours à cette mesure présuppose un acte juridique précis, la déclaration de guerre n'étant pas suffisante. Pour fonder son opinion, reprise par la Cour, selon laquelle « la guerre donne le droit de confisquer, mais ne confisque pas par elle-même les biens de l'ennemi », le juge Marshal s'est appuyé sur Bynkershoek et Vattel. La détermination de l'autorité compétence pour procéder à la saisie des biens des civils ennemis est ainsi présentée comme question épineuse de séparation des pouvoirs. La même interrogation a vu le jour pendant la Seconde Guerre mondiale, Department of Justice United States, *Expropriation of property for national defense*, 1941, xix-159 p., p. 82 : « War gives to the sovereign full right to take the persons and confiscate the property of the enemy wherever found : the mitigation of the rigid rule, which the policy of modern times has introduced into practice, although it may effect its exercise, cannot impair the right itself, and when the sovereign authority shall choose to bring it into operation, the Judicial Department must give effect to its will. Until, however, that will is expressed by some legislative act, no power of condemnation can exist in the court ».

³⁰⁶ U.S. Constitution — Article I Section 8 : « The Congress shall have Power to [...] To declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water ».

³⁰⁷ En mai 1861, le Congrès des États confédérés a émis un acte relatif au séquestre des dettes dues par des ressortissants de la Confédération à des ressortissants de l'Union. Si un citoyen confédéré était redevable à un ressortissant de l'Union, la dette devait être versée dans un fonds détenu par le gouvernement des États confédérés au lieu d'être dûment remise au créancier. Ce paiement constituait ainsi une décharge de la dette. L'argent était ainsi détenu par le gouvernement confédéré pendant la durée de la guerre, puis reversé au créancier de l'Union, après le rétablissement de la paix. L'Union, pour sa part, n'a pas recouru à un séquestre général des biens appartenant à des personnes liées aux États confédérés. L'explication pour cela réside dans le fait que les autorités de l'Union ne voulaient pas concéder le statut de belligérant à la Confédération, même implicitement, v. J. Syrett, *The Civil War Confiscation Acts : failing to reconstruct the South*, New York, Fordham, Univ. Press, 2005, xii-282 p., p.33 : « The confiscation debates often focused on the constitutionality of secession. This issue was integral to any definition of the war, and therefore to Reconstruction. Many argued that the Union was a compact in which each state was free to dissolve the bond at its pleasure. To recognize the

droits des belligérants pouvait être perçue comme la mise en œuvre d'un mécanisme de reconnaissance de belligérance ayant comme résultat l'internationalisation d'un conflit interne. Il paraît ainsi que la position de l'Union de faire usage de ses droits souverains pour confisquer les biens lors de la phase initiale des hostilités a été remplacée, par la suite, par des lois témoignant de sa volonté de s'appuyer sur un droit belligérant l'autorisant à confisquer les biens des ressortissants ennemis³⁰⁸. Ce changement de perspective fournissait la preuve de la transformation d'une rébellion interne en guerre internationale. Si la rébellion atteignait le degré d'hostilité et l'ampleur d'une guerre, les termes de rebelle et d'ennemi devenaient synonymes. Des mesures de saisie voire de confiscation, perçus comme concrétisation des droits des belligérants, pouvaient ainsi atteindre les biens des ceux qui soutenaient la rébellion³⁰⁹.

iii. La tradition continentale.

legality of secession thus, however, would have created a belligerent status for the South. On the one hand, this would have allowed the North to confiscate without regard to the Constitution, other than how to define the war powers. Belligerent status for the South, however, would have legitimized foreign recognition for the South, which neither Democrats nor Republicans could accept. Belligerent status would have also allowed a victorious North to treat the South as a conquered territory, rather than as errant states defeated in battle, and accepted back in the Union ».

³⁰⁸ Le premier acte de confiscation, connu comme tel, a été promulgué en août 1861. Cette loi portait sur les biens employés dans la poursuite de l'effort de guerre des États du sud. *The First Confiscation act, An act to confiscate property used for insurrectionary purposes*, August 6 1861. « Chap. LX : An act to confiscate property used for insurrectionary purposes », cité par Syrett, *ibid.*, p. 191-192. Cette loi visait à confisquer les biens des rebelles, utilisés pour la cause des États du sud. De cette catégorie relevaient principalement les esclaves entendus à l'époque comme des biens. La loi disposait que les biens employés dans des transactions illégales devaient être confisqués par les États-Unis. Si un bien était présumé avoir été employé dans un commerce illégal, il était déclaré confisqué et le titre de propriété passait directement au gouvernement fédéral. Cette première loi était considérée comme faisant partie des pouvoirs souverains, ne relevant pas des pouvoirs des belligérants. La deuxième loi de confiscation qui a retenu à plusieurs reprises l'attention de la jurisprudence, a été promulguée en juillet 1862. La première section de cette loi a créé un nouveau délit pénal d'engagement dans la rébellion. Les mesures de confiscation concernaient les biens des personnes appartenant à six catégories différentes. Les premières catégories étaient les dirigeants politiques et militaires confédérés ou les personnes occupant une fonction quelconque. La sixième catégorie comprenait toutes les personnes qui avaient apporté de l'aide à la rébellion et qui possédaient des biens dans les États loyaux *The Second Confiscation Act., An act to suppress insurrection to punish treason and rebellion, to seize and confiscate the property of rebels, and for other purposes*, July 17, 1862. Syrett, *idem*, p. 192-193 Dans une affaire jugée à la suite de la cessation des hostilités, la Cour suprême a considéré que le deuxième acte de confiscation représentait un cas d'exercice d'un « droit belligérant » et non d'un droit souverain. US Supreme Court, *Miller v. United States*, 78 US 268 (1870) : « It is hardly contended that the act of 1861 was enacted in virtue of the sovereign rights of the government. It defined no crime. It imposed no penalty. It declared nothing unlawful. It was aimed exclusively at the seizure and confiscation of property used or intended to be used to aid, abet, or promote the rebellion, then a war, or to maintain the war against the government. It treated the property as the guilty subject. It cannot be maintained that there is no power to seize property actually employed in furthering a war against the government or intended to be thus employed ».

³⁰⁹ Syrett, *op. cit.*, p. 310 : « Whatever may be true in regard to a rebellion which does not rise to the magnitude of a war, it must be that when it has become a recognized war, those who are engaged in it are to be regarded as enemies. And they are not the less such because they are also rebels. They are equally well designated as rebels or enemies. Regarded as *descriptio personarum*, the words "rebels" and "enemies," in such a state of things, are synonymous. And, if this is true, it is evident the statute, in denominating the war rebellion and the persons whose property it attempts to confiscate rebels, may at least have intended to speak of a war and of public enemies ». A ce sujet v. aussi J. G. Randall, *The confiscation of property during the civil war*, University of Chicago, Indianapolis, 1913, 72 p., p.17 : « Though the trend of modern usage favored the milder practice, the Court, without arguing the points of international law involved, rested the justification for the second confiscation act upon the law of nations. The measure was sustained on this broad basis as an "undoubted belligerent right" and was construed as the exercise of a war power, not as a municipal regulation ».

127. La controverse quant aux effets d'une guerre sur la condition patrimoniale des sujets des États ennemis s'est intensifiée à l'occasion de l'interprétation de l'article 23 h du règlement de la Haye de 1907 qui prévoyait l'interdiction « de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice, les droits et actions des nationaux de la Partie adverse ». Cette disposition était étroitement liée à celle de l'alinéa g selon lequel il était interdit « de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ». D'après la plupart des auteurs continentaux, ces alinéas étaient censés régir la condition économique des ressortissants des pays ennemis. Néanmoins, l'interrogation portait sur le champ d'application de ces dispositions. L'Institut de droit international s'est penché sur l'étude de cette question dans ses sessions de 1910 et 1911, consacrées entre autres à l'étude des effets de la guerre sur les obligations internationales et les contrats privés. Dans son rapport présenté à la session de 1910 à Paris, Politis soulignait que l'alinéa h de l'article 23 interdisait tout recours à l'annulation voire la confiscation des droits nés avant la guerre au profit des sujets ennemis³¹⁰. Cette interprétation était rejetée par des auteurs anglo-saxons qui prenaient en considération l'insertion de cette disposition dans une section consacrée aux hostilités et dans un chapitre intitulé « des moyens de nuire à l'ennemi, des sièges et des bombardements »³¹¹. À la lumière de ces éléments, les alinéas de l'article 23

³¹⁰ N. Politis, « Effets de la guerre sur les obligations internationales et les contrats privés », *Annuaire, Institut de droit international*, 1910, pp. 252-281, p. 258 : « D'anciennes pratiques, comme la captivité des particuliers ennemis, la confiscation de leurs biens, la rupture de tout lien de droit, ont fini par être abandonnées. Le droit positif demeure cependant imprécis et il serait à souhaiter que des règles nouvelles fussent arrêtées sur ces différents points pour confirmer ou compléter les usages. Cela est particulièrement nécessaire au sujet des rapports contractuels des ressortissants des deux pays, au cours de la guerre. Beaucoup d'auteurs admettent encore que les belligérants peuvent imposer la rupture de toute relation entre leurs sujets et ceux de l'ennemi. D'autres vont plus loin. Ils affirment que la guerre emporte de plein droit une interdiction générale de commerce ». *Idem*, p. 267 : « Ces doctrines sont pour le moins exagérées. Nul ne songe à en tirer des conclusions absolues : elles seraient manifestement contraires aux principes et à la pratique des guerres modernes. D'une part, si un belligérant tolère sur son territoire les sujets de l'ennemi, il est reconnu qu'il doit respecter, en même temps que leur personne et leurs biens, leurs relations pacifiques avec les autres habitants. D'autre part, on admet que, si l'on peut user de rigueur vis-à-vis des particuliers ennemis résidant hors du territoire, il y a une mesure à garder et que notamment l'état de choses actuel ne saurait rétroagir. En vérité, la doctrine la plus radicale limite les effets de la prétendue interdiction de commerce aux deux suivants : suspension des contrats antérieurs ; nullité des contrats nouveaux. Elle admet même pour l'une et l'autre de ces applications de nombreux tempéraments. Malgré tout, elle demeure en retard sur les progrès généraux du droit de la guerre et sur les nécessités de la vie moderne ».

³¹¹ Cette interprétation restrictive du champ d'application était défendue par G. Davis, délégué plénipotentiaire des États Unis à la Conférence de la Haye de 1907. G. Davis, *The elements of international law*, New York, Harper & brothers, London, 1908, xxx-673 p., p. 578 : « Commentary on art.23 : In this article a number of acts are described to which neither belligerent is permitted to resort in the conduct of his military operations. It was the well-understood purpose of the Convention of 1899 to impose certain reasonable and wholesome restrictions upon the authority of commanding generals and their subordinates on the theatre of belligerent activity. It is more that probable that this humane and commendable purpose would fail of accomplishment if a military commander conceived it to be within his authority to suspend or nullify their operation, or to regard their application in certain cases as a matter falling within his administrative discretion. Especially is this true where a military officer refuses to receive well-grounded complaints, or declines to consider demands for redress, in respect to the acts or conduct of the troops under his command, from persons subject to the jurisdiction of the enemy who find themselves, for the time being, in the territory which he holds in military occupation. To provide against such a contingency it was deemed wise to add an appropriate declaratory clause to the prohibitions of article xxiii: The prohibition is included in Section h ».

n'étaient pas censés régir la condition des sujets ennemis sur le territoire souverain de l'adversaire³¹². En vertu de cette interprétation, sa seule finalité était de limiter la conduite des armées en campagne et mettre des bornes aux prérogatives de l'armée d'occupation. Cette interprétation restrictive du champ d'application de l'alinéa h de l'article n'a pas été partagée par des auteurs qui renvoyaient aux travaux préparatoires du Règlement. En effet, le délégué adjoint d'Allemagne qui se trouvait derrière la proposition de cet alinéa avait expliqué que l'objectif était de prohiber toutes les mesures législatives qui, en temps de guerre, mettaient le sujet d'un État ennemi dans « l'impossibilité de poursuivre l'exécution d'un contrat devant les tribunaux de la partie adverse »³¹³. L'article 23 était ainsi présenté comme signe d'un consensus concernant l'objectif d'humanisation de la guerre³¹⁴.

b. La systématisation des atteintes aux biens privés ennemis pendant les Guerres mondiales.

128. Les violations du droit à la propriété privée perpétrées lors de la Première Guerre mondiale ont conduit une partie de la doctrine à considérer que les alinéas g et h de l'article 23 de la Convention de 1907, portant sur les propriétés ennemies et les droits et actions des nationaux de l'adversaire, étaient tombés en désuétude³¹⁵. Les nouvelles caractéristiques de la

³¹² Cette interprétation restrictive constituait la position officielle de la Grande-Bretagne. V. Lettre de F. Campbell, représentant du *Foreign office*, du 27 mars 1911, relative à l'interprétation conférée à l'art. 23 h. Cité par N. Politis, « Lois et coutumes de la guerre sur terre, l'interprétation anglaise de l'article 23 h du Règlement de la Haye », *RGDIP*, 1911, pp. 249-259, p.253 : « Il est dès lors tout à fait manifeste que l'objet et le but du Règlement sont limités à la conduite des armées en campagne ; ces armées sont sous les ordres de leurs chefs, et les gouvernements sont tenus de donner à ces chefs des Instructions pour agir conformément au Règlement. Voilà tout. Rien dans la convention ni dans le Règlement n'a trait aux droits ou à la condition des non-combattants de nationalité ennemie ou domiciliés sur le territoire ennemi. [...] L'article 23 h a pour effet d'interdire au chef d'une armée en campagne de rechercher à terroriser les habitants du théâtre de la guerre en les privant des occasions qui existent pour eux d'obtenir la réparation à laquelle ils ont droit en matière de réclamations privées ». *Idem*, p. 254 : « Il sera peut-être nécessaire de soumettre à un nouvel examen toute la question de l'effet de la guerre sur le commerce des particuliers. Les anciennes règles semblent difficilement conciliables avec les exigences ou les conditions du commerce moderne. Mais la modification de ces règles est une question que le gouvernement de S.M. ne saurait résoudre sans un examen attentif et soigné. Si elle doit être résolue, elle ne pourra l'être qu'au moyen d'une convention applicable aussi bien à la guerre maritime qu'à la guerre terrestre ».

³¹³ Cité par Politis, *idem*, p. 257. V. en détail la déclaration de la Délégation allemande, *Actes et documents de la deuxième conférence internationale de la Paix*, La Haye, 15 juin — 18 octobre 1907, La Haye Nijhoff, 1908-1909, t. III p. 103.

³¹⁴ Dans son rapport devant l'institut de droit international présentée à la session de 1911 à Madrid, Politis a procédé à une proposition d'articles portant sur les effets de la guerre sur les obligations internationales. V. art. 13 : « Il est interdit aux États belligérants de déclarer éteintes ou suspendues les dettes dont ils seraient tenus vers les nationaux de la partie adverse. Mais les nécessités de la guerre peuvent les autoriser à ajourner l'exécution des contrats de fournitures s'il s'agit de marchandises dont la livraison pourrait avoir pour effet d'accroître les ressources de l'ennemi ». Art. 14 : « Les États belligérants n'ont pas le droit de confisquer sur leur territoire des créances de l'État ennemi envers des particuliers. Mais ils peuvent empêcher les débiteurs de se libérer au cours de la guerre ». Dans son commentaire Politis soulignait « n comprend de même qu'un belligérant soit admis à faire usage de sa souveraineté pour interdire aux habitants de son territoire de contracter avec l'État ennemi. Mais cette interdiction doit résulter d'un texte formel ; elle ne peut pas être présumée ; le droit commun est pour la liberté des conventions ». N. Politis, « Effets de la guerre sur les obligations internationales », 17^{ème} commission, rapporteur, session de Madrid 1911, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 24, 1911, pp. 217 et s., pp. 217 — 218.

³¹⁵ Des auteurs s'interrogeaient sur l'émergence de nouvelles règles relatives à la gestion des biens privés qui devaient remplacer l'article 23 h. La thèse était défendue en vertu de laquelle chaque État conservait la pleine liberté de traiter de manière discrétionnaire les ressortissants ennemis pendant la guerre. F. von Liszt, *Das Völkerrecht*, Springer, Berlin,

guerre de la première moitié du 20^{ème} siècle ont dicté la généralisation des mesures affectant le sort des civils et de leurs biens³¹⁶. Le recours systématique aux représailles a rendu à la guerre son caractère total ou global. Dans le cadre d'une telle guerre, tout attachement à des théories d'inspiration rousseauiste mettant l'accent sur l'intangibilité des biens et intérêts privés des civils ennemis paraissait difficilement défendable³¹⁷.

1920, xiii-561 p., p.287. J. L. Kunz, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, Wien, Springer, 1935, xii-335 p., p. 25 : « Mais ces violations du droit international ne constituent en aucun cas une abrogation de l'ancienne norme, ne constituent en aucun cas un droit nouveau. En effet, il faut tenir compte non seulement du fait que la guerre mondiale a été menée dans des circonstances exceptionnelles, mais aussi que les belligérants n'ont cherché à justifier de telles mesures qu'en tant que représailles, que les deux groupes belligérants ont expressément déclaré, malgré ces mesures, qu'ils restaient indéfectiblement attachés à la règle de la protection de la population civile, que la violation du droit n'est pas une méthode de création d'un droit nouveau ». H. J. Wolff, *Kriegserklärung und Kriegszustand nach klassischem Völkerrecht mit einem Beitrag zu den Gründen für eine Gleichbehandlung Kriegführender*, Duncker & Humblot, 1990, 228 p., p. 103 : « Depuis la Seconde Guerre mondiale au moins, cette disposition est devenue inopérante en raison d'un désaccord au sujet de sa validité ».

³¹⁶ Le changement du modèle de guerre suit la modification du rôle politique attribué aux citoyens dans les sociétés du début du 20^{ème} siècle. Des citoyens responsables pour la gestion des affaires politiques devaient en subir les effets. Le citoyen d'un État démocratique avait ainsi une part de responsabilité plus importante que le simple sujet d'un État monarchique. Pour cette argumentation v C. Mulins, « Private enemy property », *Transactions of the Grotius Society*, 1922, pp.89-106. L'auteur défendait la politique de confiscation des biens privés en guerre maritime en réclamant aussi l'application de ce principe en guerre sur terre. Il affirme que l'ingérence dans les biens privés aurait un effet dissuasif pour toute décision d'entreprendre une guerre. À cet effet, il s'appuyait sur un passage tiré de l'ouvrage d'Oppenheim *International law : a treatise*, vol. II, *War and neutrality*, op. cit. p. 103 : « It is interesting to note that, referring to the right of seizures at sea, Oppenheim wrote that (p. 253) : « the argument that it is unjust that private enemy citizens should suffer through their having their property seized has no weight in face of the probability that fear of the annihilation of its merchant fleet in case of war may well deter a State intending to go to war from doing so ». Exactly. And if his is a sound reason for maintaining the right of capture at sea, and I maintain that it is, precisely similar reasons justify the holding of private enemy property on land as security for the payment of claims or its seizure in proper cases. More and more, with the development towards democracy, individuals are responsible for the acts of their government ».

³¹⁷ Au lendemain des Conférences de la Haye de 1899 et 1907, l'interrogation surgissait quant au commencement d'une nouvelle ère pour un droit international non plus soumis, de manière exclusive, à la volonté des États et reflété dans des accords bilatéraux. Des Conventions multilatérales esquisaient un nouveau cadre qui offrait des titres d'actions aux États et mettait des bornes à leur pouvoir discrétionnaire et arbitraire « auto-limité ». Cette nouvelle ère dictait une reconsidération des règles régissant la guerre. L'attachement à la prémisse selon laquelle la guerre était une simple affaire d'États sans aucune répercussion au statut de leurs sujets n'était plus défendable. V. en ce sens L. Oppenheim, « Die Zukunft des Völkerrechts », pp.143-201, *Festschrift für Karl Binding*, Engelmann, Leipzig, 1911, tome 1, , p. 197 : « Si l'on y regarde de plus près, on constate que la pensée de Rousseau comporte certes un noyau légitime, mais que la phrase "la guerre n'est qu'une relation entre les États belligérants et leurs armées combattantes" est une phrase vide et sans fondement. [...] Certes, le sujet pacifique jouit d'un traitement délicat, mais il n'en est pas moins l'objet de mesures oppressives. Ne peut-il pas être expulsé s'il résidait en pays ennemi avant le début de la guerre ? Son propre État ne le punit-il pas pour trahison s'il participe à un effort de guerre de l'ennemi ? Selon le droit de nombreux États, le déclenchement de la guerre ne met-il pas fin aux relations pacifiques, notamment commerciales, entre ses propres sujets et ceux de l'ennemi ? Ne doit-il pas se soumettre à des réquisitions, payer des contributions, subir des restrictions de sa liberté de mouvement et obéir aux ordres de l'occupant ennemi ? Ses biens ne sont-ils pas souvent détruits sans compensation, par exemple dans la forteresse assiégée et bombardée et sur le champ de bataille ? Quiconque a vécu dans une région occupée par l'ennemi sait que l'affirmation selon laquelle la guerre n'est pas une relation d'hostilité entre un État belligérant et les sujets de l'adversaire est une phrase vide de sens ! Cette affirmation répandue est en contradiction avec les principes juridiques reconnus de la conduite de la guerre. [...] Il faut dire que si nous voulons parvenir à la clarté, si nous ne voulons pas que de fausses prétentions apparaissent sous le couvert du droit, alors l'expression la guerre n'est qu'une relation entre les États belligérants et leurs armées combattantes doit disparaître de la science du droit international, car elle est trompeuse ». Lors de la Seconde Guerre mondiale, des auteurs allemands ont insisté sur la nécessité d'abandon de la conception continentale favorable à l'intangibilité de la sphère des personnes privées pour des raisons d'adaptation à la nouvelle réalité de guerre imposée par l'Angleterre. La facette économique de la guerre de plus en plus significative rendait ainsi désuète toute distinction entre une école de pensée continentale et anglaise. V. à ce sujet, H. Rogge, « Der deutsche Kriegsbegriff », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, 7 Jahrgang, 15 September, 1940, pp. 277-279, p. 277 : « Un État qui entre en guerre avec la conception raffinée de guerre d'État contre État et qui voit l'adversaire se battre peuple contre peuple doit suivre l'adversaire dans la conception la plus brute de la

129. Les mesures prises par certains États belligérants lors de la Première (i) et de la Seconde (ii) Guerre mondiale méritent d'être présentées. L'objectif de cette présentation est de mettre en exergue les similitudes de la pratique des États belligérants qui se considéraient ainsi en droit d'exercer des droits des belligérants sur les biens privés ennemis sis dans leurs territoires. Si le choix de la présentation de l'arsenal normatif et de la pratique d'un nombre restreint d'États belligérants peut paraître arbitraire, les considérations qui s'en dégagent concernent l'ensemble des États belligérants.

i. Une pratique généralisée pendant la Première Guerre mondiale

130. Dès l'année 1914, les États belligérants autorisaient la mise sous séquestre des biens des sujets ennemis³¹⁸. L'interdiction de commerce ou les mesures de dépossession frappant les ressortissants de l'adversaire ne résultaient pas de plein droit de l'état de guerre, mais se fondaient sur un acte juridique interne. En France, la mise sous séquestre était la suite logique de l'interdiction du commerce dictée par le décret du 27 septembre 1914³¹⁹. L'interdiction de commerce entraînait nécessairement une mainmise sur les biens des sujets ennemis. La mise sous séquestre des biens s'inscrivait dans le cadre plus large de l'interdiction des relations pécuniaires avec les ressortissants des États ennemis. Cette association des deux moyens d'atteinte au statut économique des civils ennemis fournit des éléments de preuve du lien indéfectible entre les alinéas g et h de l'article 23 du Règlement de la Haye de 1907. La mise sous séquestre enlevait aux propriétaires l'administration, la jouissance de leurs biens, ainsi que

guerre, car celle-ci a un impact plus fort. Il est donc à craindre que la conception raffinée de la guerre État contre État disparaisse ».

³¹⁸ Pour un aperçu général v. D. Caglioti, « Property rights in time of war: sequestration and liquidation of enemy aliens' assets in western Europe during the First World War », *Revue d'histoire européenne contemporaine*, vol. 12, 2014, pp.523-545.

³¹⁹ Décret du 27 septembre 1914, Relatif à l'interdiction des relations commerciales avec l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie, *J.O.*, 28 septembre 1914, pp. 8068-8069. M. Schweitzer, *L'interdiction du commerce avec l'ennemi : le décret du 27 Septembre 1914, la loi du 4 Avril 1915 et la législation complémentaire*, Thèse, Université de Paris, Paris, Rousseau, 1917, 251 p. Deux textes législatifs portaient sur la mise sous séquestre des biens ennemis. La loi du 4 avril 1915 prévoyait des sanctions pénales à l'interdiction faite aux Français d'entretenir des relations d'ordre économique avec les sujets d'une puissance ennemi, *Journal du droit international, Clunet*, 1 janvier 1915, pp. 108-109. Art. 2 : « Sera passible des mêmes peines quiconque aura détourné ou recélé, fait détourner ou recéler des biens appartenant à des sujets d'une puissance ennemie et placés sous séquestre en vertu d'une décision de justice rendue sur réquisitions du ministère public ». En outre, la loi du 22 Janvier 1916, imposait une obligation de déclaration des biens des sujets des puissances ennemies, « Art. 1 — Tous détenteurs à un titre quelconque, tous gérants, gardiens ou surveillants de biens mobiliers ou immobiliers appartenant à des sujets d'une puissance ennemie, tous débiteurs de sommes, valeurs ou objets de toute nature envers lesdits sujets, pour quelque cause que ce soit, doivent en faire la déclaration détaillée [...] », « Art. 2 — Les détenteurs français de biens appartenant à des sujets d'une puissance ennemie et les débiteurs français de sommes, valeurs ou objets quelconques envers ces sujets, à raison de contrats en cours lors de la déclaration de guerre, seront, sur leur demande [...] considérés comme séquestres de ces biens, sommes, valeurs ou objets qui demeureront confiés à leur garde ». Loi relative à la déclaration des biens des sujets de puissances ennemies, *J.O.* 23 Janvier 1916, pp. 619-620.

leur faculté d'en disposer³²⁰. En effet, la mise sous séquestre des biens était conçue comme moyen de réalisation de la politique d'exclusion des civils ennemis de tous les aspects de la vie économique de la société en guerre³²¹. L'objectif était de préserver l'argent et les autres biens appartenant à l'ennemi, en vue des arrangements qui devaient avoir lieu après la conclusion de la paix. La mise sous séquestre était ainsi conçue comme moyen de préservation des biens ennemis qui se trouvaient en état d'abandon³²². C'est la pratique judiciaire, corroborée par des

³²⁰ J. Basdevant (préf.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, « Séquestre » pp. 560-561 : « Terme emprunté au droit interne où, selon le Code civil français, articles 1956 et 1961, il désigne le dépôt entre les mains d'un tiers d'une chose litigieuse en attendant le règlement du litige ou d'une chose qui peut être affectée à la garantie d'une obligation, et qui, par extension, a été employé pour désigner [...] b) dans un sens plus large "l'acte par lequel le Gouvernement ou les autorités compétentes d'un port retiennent le navire ou sa cargaison en vue d'un jugement ultérieur du Conseil des prises ou pour toute autre raison". Instructions du ministre français de la Marine 1934 c) la mesure exceptionnelle de guerre prise par l'autorité compétente d'un État belligérant à l'égard d'un bien ennemi qui est rendu indisponible en vue de garantir la conservation de ce bien dans l'intérêt, suivant le cas de son propriétaire ou de l'État qui prend cette mesure ».

³²¹ La prohibition des relations pécuniaires impliquait aussi le refus du droit des ressortissants des États ennemis à agir devant les juridictions internes. En effet, le décret du 27 septembre 1914, frappait de nullité tout contrat passé avec des Allemands, Austro-hongrois ou Bulgares. L'interrogation surgie concernait la possibilité de formation d'un « contrat judiciaire » avec eux. V. à ce sujet G. Courtois, « De la condition des sujets ennemis devant les tribunaux français », *Journal du droit international, Clunet*, 1915, pp. 509-520 ; J. Valéry, « A propos de la "condition des sujets ennemis devant les tribunaux français" », *Journal du droit international, Clunet*, 1915, pp. 1009-1024. Néanmoins, la jurisprudence a été plus hésitante à admettre la validité de cette politique de non-reconnaissance du droit d'ester en justice. Une interprétation restrictive de l'interdiction d'ester en justice émanant du décret du 27 septembre a été privilégiée par les juridictions françaises. V. arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 avril 1916, *Geoffroy et Delore contre Compagnie d'assurances maritimes La Bâloise et autres*, *Revue générale d'administration*, 1916, pp. 91-94 « Considérant que, d'une façon générale, le droit d'ester en justice doit être mis au nombre des droits naturels dont l'étranger jouit en France en dehors de toute dispositions expresse de la loi et de toute stipulation internationale ; que, d'autre part, l'article 23 du règlement de la Haye, en date du 18 octobre 1907 édicte qu'en temps de guerre : 'il est interdit de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice, les droits et actions des nationaux de la partie adverse' ; que ce règlement, tout en décidant que ces droits sont intangibles dans leur jouissance, n'interdit pourtant pas d'en tempérer l'exercice quand la sécurité de l'état l'exige ; que des décrets ont été rendus conformément à ce dernier principe, le 27 septembre 1914, à l'égard des Allemands et Austro-hongrois et le 7 novembre 1915, relativement aux Bulgares. [...] Considérant que, pour l'interprétation d'un texte nouveau, on doit toujours se reporter aux lois existantes et aux principes généraux du droit qui resteront applicables si une modification ou une restriction précise n'y a pas été apportée ; qu'un décret né de circonstances exceptionnelles et qui fait échec à ces principes doit être appliqué stricto sensu ; qu'il faut se garder d'en élargir les termes et d'en étendre les conséquences". Toutefois, en dépit de ces tergiversations, le droit d'ester en justice n'a pas été reconnu aux ressortissants ennemis puisque le "contrat judiciaire" relevait de la catégorie générale des contrats interdits en vertu du décret. Aucune importance n'a été attribuée à l'intitulé du décret qui portait sur l'interdiction "des relations commerciales". V. l'ordonnance de référé rendue par le Président du tribunal civil de la Seine, dans l'affaire *Daude contre Wilmoth, séquestre, et Johann Faber* du 18 mai 1916, reproduite dans J. Valéry, "De la condition en France des ressortissants des puissances ennemies", *RGDIP*, 1916, pp. 349-394, pp. 383-386 : "Attendu, en effet, que, si effectivement l'intitulé d'une loi peut, selon les méthodes usuelles d'interprétation des lois, être utilement consulté pour déterminer le champ de son application, il est non moins certainement admis que le libellé de l'intitulé ne saurait prévaloir contre les dispositions claires, formelles et générales, insérées dans la loi elle-même ; qu'en l'espèce, si l'intitulé est restreint à une certaine catégorie d'actes et d'opérations, les dispositions du décret sont de leur côté conçues dans les formules les plus manifestement générales et s'appliquent à tous les 'actes' et à tous les 'contrats' que peuvent créer tous les rapports juridiques, sur quelque cause qu'ils puissent reposer ; [...] — Attendu que vainement on tenterait de se prévaloir, à l'encontre de cette opinion, des théories spéculatives du droit des gens, et spécialement des droits positifs de 'libre accès', consacrés au profit des Allemands en France par le code civil, et notamment par l'article 23 du règlement annexe à la 4^{ème} Convention internationale de la Haye en date du 18 octobre 1907 ; Attendu, d'abord, qu'une convention internationale ne peut prévaloir contre une loi nationale interne postérieure qui en modifie les dispositions et dont le respect s'impose rigoureusement, dès sa mise en vigueur, à toute personne habitant le territoire".

³²² « Les sujets ennemis se trouvent, à raison tant des dispositions du décret du 27 septembre que des mesures de sûreté générale qui leur sont actuellement appliquées, dans l'impossibilité matérielle d'assurer la conservation et l'administration de leurs biens. On peut donc considérer ces biens comme se trouvant en fait à l'état d'abandon. Cette situation autorise le ministère public à requérir, non seulement dans l'intérêt de l'ordre public ou dans celui des tiers actuellement ou éventuellement intéressés, mais aussi dans l'intérêt des propriétaires de ces biens, la nomination de

circulaires ministérielles, qui a précisé les détails de ce régime. Les circulaires ministérielles soulignaient que toute idée de confiscation devait être écartée et que le séquestre était un simple administrateur, dépourvu du droit de se transformer en liquidateur ou en syndic de faillite³²³. Il ne pouvait ni provoquer la dissolution de la société, dont les actions appartenaient à des sujets ennemis et qui par conséquent étaient concernées par les mesures de séquestre, ni vendre le fonds de commerce. La mise sous séquestre des biens privés avait comme objectif le contrôle des intérêts des ennemis étrangers dans un but de défense nationale. Durant les hostilités, même si les belligérants n'avaient pas envisagé de s'approprier des biens désignés ennemis, ils s'en sont saisis à titre d'« otages économiques »³²⁴. L'objectif de ces mesures, qui n'aboutissaient pas à la dépossession définitive, était d'empêcher les ressortissants de l'État adverse d'exercer une influence sur leur économie et d'éviter que des ressources provenant des ressortissants du pays adverse parviennent à l'ennemi (a). Au-delà de l'invocation des motifs sécuritaires, le recours à des mesures violant les intérêts des ressortissants des pays belligérants était justifiable par référence aux représailles de guerre³²⁵. Le recours à ces mesures se justifiait

séquestres ». M. Schweitzer, *L'interdiction du commerce avec l'ennemi*, op.cit., pp.156-157. A. Reulos, « Les séquestres et la gestion des biens des sujets ennemis en France », *Journal du droit international, Clunet*, 1917, vol. 44, pp. 24-48. Pour l'application du décret v. p. ex. l'ordonnance de référé du Tribunal civil du Havre du 2 octobre 1914, *Maison N... et Cie* : « Attendu que nous estimons qu'il est de l'intérêt de la défense nationale de saisir, arrêter toutes les marchandises de quelque nature qu'elles soient appartenant à la maison N... et Cie, qui, jusqu'à preuve du contraire, apparaît avoir été constitué uniquement avec des capitaux allemands, qu'il est de notoriété publique que cette maison est administrée exclusivement par des capitalistes de cette nationalité [...] Attendu qu'il y a là enfin une question d'ordre public qui nous autorise à prendre, même d'office, telles mesures que nous jugerons utiles pour sauvegarder les intérêts de l'État français et de nos nationaux, que ces mesures purement conservatoires et provisoires ne sont pas de nature à porter atteinte aux intérêts de qui que ce soit, qu'elles permettront d'attendre la ratification par le parlement du décret susvisé [décret du 27 septembre 1914] ». *Revue de droit international, Clunet*, 1 janvier 1915, pp. 419-22, p.26 : « Le décret du 27 septembre 1914 a simplement prescrit l'interdiction des relations commerciales et de tous rapports juridiques entre nos nationaux et les Austro-allemands, afin d'empêcher ceux-ci d'emporter au-delà de nos frontières un actif qui aurait accru les ressources de leur pays ou de se livrer chez nous à des trafics qui auraient occasionné de véritables scandales. La mise sous séquestre de ces biens n'a été que la conséquence pratique inéluctable de ce décret en vertu duquel elle a été requise sur tout notre territoire par les procureurs de la République ». Le Garde des sceaux a communiqué cette ordonnance aux autorités judiciaires par une circulaire spéciale : « Cette décision me paraît de nature à faire jurisprudence ; Circulaire du 8 octobre 1914, Aristide Briand, Garde des Sceaux, *J.O.*, 9 oct. 1914, p. 8232. Pour une analyse de la jurisprudence relative à l'application du décret de septembre 1914 v. E. Troimau, *Séquestres et séquestrés : les biens austro-allemands pendant la guerre*, Paris, Tenin, 1916, 192 p.

³²³ Dans de nombreuses déclarations du Garde des Sceaux une référence explicite est faite au rôle confié aux séquestres. Ces derniers ne pouvaient se considérer comme des syndics de faillite, comme des liquidateurs, v. en détail A. Reulos, « Du rôle des administrateurs-séquestres de biens appartenant à des sujets ennemis en France », *Journal du droit international, Clunet*, 1916, vol. 43, pp. 4-11, p. 10 : « La liquidation judiciaire de tous ces biens n'aurait pas manqué d'occasionner une perturbation grave dans notre vie économique et, en outre, elle aurait compromis notre Défense nationale directement intéressée à la conservation d'un gage d'une importance considérable ».

³²⁴ Aristide Briand, garde des sceaux pendant la période de la Première Guerre mondiale a défendu la politique de séquestre des biens ennemis en employant la formule « otage économique pour l'heure du règlement de compte avec nos ennemis ». Discours au Sénat, séance du 2 avril 1915, cité par A. Reulos, *Manuel des séquestres, recueil des lois, décrets, instructions et circulaires sur les séquestres des biens allemands et austro-hongrois*, Paris, Sirey, 1916, 544 p., p.3.

³²⁵ J. Valéry, « De la condition en France des ressortissants des puissances ennemies », *RGDIP*, 1916, pp. 349-394, p.387 : « Dès le début du conflit, le cabinet de Berlin adoptait une attitude qui obligeait ses adversaires à user envers lui et envers ses ressortissants des mesures les plus rigoureuses. La mise sous séquestre se justifiait par la considération des représailles. Dès le début de la campagne les armées ennemies ont banni tout respect pour les propriétés privées ». Au sujet de cette justification l'auteur précisait que « la théorie des représailles a été précisément imaginée au Moyen Age

ainsi souvent par des mesures analogues prises par les puissances belligérantes adversaires (b)³²⁶.

a. Le caractère *a priori* provisoire des mesures prises contre les biens privés ennemis.

131. Le séquestre nommé par le juge judiciaire n'avait que des pouvoirs d'administration et tout acte de disposition était subordonné à l'autorisation préalable de l'autorité judiciaire³²⁷. N'ayant pas le droit d'aliéner les biens, le séquestre ne pouvait faire acte de disposition qu'avec l'autorisation du pouvoir judiciaire. La vente des marchandises ne devait être permise qu'en cas de nécessité, s'il s'agissait par exemple de denrées périssables ou pour payer les créanciers³²⁸. Ces règles renvoyaient à l'institution du séquestre prévu dans l'article 1961 du Code civil. Toutefois, malgré la parenté qui existe entre l'institution de séquestre prévue par le droit commun et les séquestres de guerre, les différences ne sont pas négligeables entre ces deux institutions³²⁹. Le séquestre du Code civil étant un simple dépositaire, chargé, par les parties ou la justice, de conserver pendant la durée de l'instance une chose litigieuse, ne s'identifie pas au séquestre des biens ennemis qui est un mandataire de justice, chargé pour toute la durée des hostilités, au moins, de contrôler et d'administrer les biens appartenant à des sujets ennemis. Le séquestre des biens ennemis administre les biens « d'abord dans l'intérêt public » et non pas « dans l'intérêt du propriétaire »³³⁰. Ces mesures de séquestre sont d'une nature fondamentalement différente des séquestres privés, dans la mesure où « elles ne sont pas

pour permettre aux particuliers qui avaient été lésés par un acte commis en violation du droit des gens d'en obtenir réparation en se saisissant des biens qui appartenaient aux concitoyens de l'auteur de l'offense », *idem*, p. 351. V. aussi A. Henry, « Les séquestres des biens austro-allemands », *Revue de droit international privé*, 1916, pp.457-490, p.460 : « Or, on a prétendu trouver la justification des séquestres dans une double raison, l'une de droit international, l'autre de droit interne. La raison de droit international est certainement la plus décisive. Il est bien évident que la France en guerre avec l'Allemagne et l'Autriche, avait certainement le droit d'empêcher les sujets de ces États belligérants de leur fournir, par un commerce constant, tous les instruments nécessaires à leur ravitaillement. Elle avait également le droit de constituer avec les biens des Austro-allemands un "gage économique" destiné à répondre, au moment de la liquidation générale, de tous les vols, pillages et autres actes contraires au droit des gens commis par eux dans les régions envahies. En cela, du reste, la France ne faisait que suivre l'Allemagne et user à son égard de représailles. — En effet, par sa déclaration du 7 août 1914, l'Allemagne suspendait pour les personnes physiques ou juridiques l'exercice en justice de leurs droits patrimoniaux ; par sa déclaration du 4 septembre 1914, elle organisait des contrôleurs, chargés de surveiller d'une manière extrêmement rigoureuse le fonctionnement des entreprises ennemies. Donc, sur le terrain du droit international, l'institution des séquestres nous semble entièrement justifiée, comme une mesure de légitime défense commandée par les circonstances du moment et l'attitude agressive des nations adverses ».

³²⁶ Conformément au mécanisme des représailles, lorsqu'une personne était blessée ou avait subi un préjudice par un étranger et qu'elle ne pouvait pas, pour une bonne raison, obtenir une indemnisation de la part de la personne même qui avait commis le délit, elle pouvait en obtenir satisfaction, en dernier recours, en saisissant les biens appartenant à un compatriote de l'auteur du délit. V. en détail, A. Del Vecchio, E. Casanova, *La rappresaglie nei comuni medievali e specialmente in Firenze*, Zanichelli, Bologne, 1894, 417 p. ; G. Clark, « The English Practice with regard to reprisals by private persons », *AJIL*, 1933, pp. 694-723.

³²⁷ A. Reulos, « Les séquestres et la gestion des biens des sujets ennemis en France », *Journal du droit international, Clunet*, 1917, vol. 44, pp. 24-48, p. 27.

³²⁸ Avant la mise en vigueur des règles spéciales et avant la publication du décret du 27 septembre 1914, des séquestres ont été nommés dès le mois d'août 1914 en vertu des principes de droit commun. En vertu de plusieurs ordonnances, des séquestres ont été nommés. V. à ce sujet, A. Reulos, *idem*, pp. 28 et s.

³²⁹ A. Henry, « Les séquestres des biens austro-allemands », *op.cit.*, p.461.

³³⁰ M. Schweitzer, *L'interdiction du commerce avec l'ennemi*, *op.cit.*, p.164.

nécessairement des mesures provisoires ou liées à un différend particulier et ont, le plus souvent, un objet politique, répressif ou fiscal »³³¹.

132. Pendant la Première Guerre mondiale, les circulaires ministérielles et les décisions des tribunaux ont maintes fois affirmé que le séquestre n'était pas un liquidateur. Sa mission conservatrice consistait à exploiter le bien suivant sa nature et d'éviter toute perte de valeur. Par conséquent, des actes tendant à faire disparaître le patrimoine sous sa forme actuelle et à le liquider ne rentraient pas dans sa fonction et ne devaient pas être autorisés³³². Il est nécessaire d'affirmer l'importance du contrôle que les tribunaux exerçaient sur les séquestres pour les maintenir dans leurs justes attributions³³³.

133. Des similitudes évidentes peuvent être constatées entre l'arsenal normatif français d'une part, et les dispositions repérables dans les ordres juridiques des autres États belligérants, d'autre part. Le traitement des biens des ressortissants ennemis faisait partie d'un ensemble normatif comportant des interdictions de commerce. Cet ensemble normatif était destiné à faire obstacle à toute relation financière ou économique pouvant bénéficier à l'adversaire. La qualification d'ennemi engendrait une série des conséquences qui comprenaient l'administration des biens devenus inaccessibles à leur propriétaire lui-même qualifié ennemi. La loi britannique du 18 septembre 1914 (*Trading with the Enemy Act*) et du 27 novembre 1914 (*Trading with the enemy amendment act*) instituait le *Custodian of enemy property*, auquel était assignée la tâche de recevoir, conserver et administrer tous les biens, qui en raison des interdictions de commerce avec l'ennemi ne pouvaient être remis aux ayants droits³³⁴. Au *Custodian of enemy property* était initialement confié le rôle d'administrateur des biens ennemis. Ses prérogatives ont été accrues en vertu de la loi anglaise du 27 janvier 1916 qui prévoyait même la liquidation des affaires de toute personne ennemie³³⁵. En vertu de la loi de

³³¹ E. Pataut, « Séquestres d'intérêt général », *Répertoire de droit international*, Dalloz 2005, Par. 32-36.

³³² La confiscation n'était pas perçue comme procédure « utile à la bonne marche des hostilités ». L'expression a été utilisée par Schweitzer M., L'interdiction du commerce avec l'ennemi, *op.cit.*, p.158. L'auteur soulignait toutefois que « quand sonnera l'heure des réparations, la mainmise de l'État sur les propriétés ennemies prendra alors toute sa valeur. Au moment du traité de paix, il sera utile que ces biens aient été conservées en bon état pour représenter la garantie des indemnités dues : leur réintégration dans le patrimoine national dont, en fait, ils n'ont pas cessé de faire partie sera alors parfaitement légitime ». p. 158-159.

³³³ Henry, *Les séquestres des biens austro-allemands*, *op.cit.*, p. 463 : « La pratique a, en effet, une tendance évidente à étendre démesurément les pouvoirs du séquestre, et les tribunaux doivent intervenir par de constants rappels à l'ordre pour limiter ces pouvoirs ».

³³⁴ *Trading with the enemy act*, 1914, 4&5 Geo. V. ch. 87 ; *Trading with the enemy amendment act*, 1914, 5 Geo. V, ch. 12. Le *custodian* était chargé avec l'obligation de « receiving, holding, preserving and dealing with such property as might be paid to or vested in him in pursuance of the act ». V. J. W. Garner, *International law and the World War*, London, Longmans, 1920, 2 vol. xviii-524p., xii-534 p., p.87. Pour une présentation de ces lois v. A. McNair, *Essays and lectures upon some legal effects of war*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1920, xiv-168 p., pp. 103- 105.

³³⁵ *Trading with the Enemy Amendment Act*, 1916, 5 & 6 Geo. V, ch. 105. La loi de 1916 prévoyait que « Section I art. 1 [...] the Board of Trade shall, unless for any special reason it appears to them inexpedient to do so, make an order either a) prohibiting the person, firm or company from carrying on the business, except for the purposes and subject to the conditions, if any, specified in the order; or b) requiring the business to be wound up ». Pour une analyse de cet acte v.

1916, le séquestre des biens ennemis pouvait aussi procéder à leur vente, avec l'autorisation de la Commission du commerce britannique (*board of trade*). Les sommes qui en étaient issues étaient employées d'abord au paiement des créanciers privilégiés, puis des autres créanciers.

134. En vertu de la loi américaine du 6 octobre 1917, le séquestre, nommé par le Président, détenait les biens et les administrait afin d'en prévenir la perte, dans l'intérêt général des États-Unis et aussi dans l'intérêt de la personne à laquelle ils seraient finalement attribués³³⁶. Les pouvoirs du séquestre, déterminés par le Président et exercés sous sa surveillance, étaient ceux que le droit privé attribue à un *trustee*. Il pouvait les aliéner, mais l'argent comptant devait être versé à la Trésorerie des États-Unis et les actions, obligations, billets ou autres valeurs étaient déposés dans les banques désignées par le Président. L'objectif de la législation n'était pas la confiscation de la propriété, mais son contrôle et sa gestion³³⁷. Il paraît toutefois que les prérogatives du *custodian* américain ont été plus étendues que celles conférées aux organes équivalents en France en Angleterre. Par rapport au gardien anglais, ses pouvoirs étaient un peu plus étendus, puisqu'il n'était pas limité à la gestion des biens ennemis qui lui étaient dévolus par les tribunaux, mais pouvait en prendre possession sans autorisation judiciaire. En outre, il avait le pouvoir de liquider les affaires de toute entreprise ou domaine dans lequel un sujet ennemi avait un intérêt, alors qu'en Angleterre ce pouvoir appartenait à la chambre de commerce et non pas au *custodian* seul. Par ailleurs, contrairement au séquestre français, il n'était pas soumis au contrôle des tribunaux, mais était directement soumis au Président³³⁸.

135. En Allemagne, une loi du 4 août 1914, avait donné l'autorisation au Bundesrat de prendre des mesures concernant la défense nationale contre des dangers économiques³³⁹. À la

F. Evans, « Trading with the enemy amendment act », *Law quarterly review*, 1916, vol. 32, pp.249-254 ; R. Roxburgh, « German property in the war and the peace », *Law quarterly review*, 1916, vol. 32, pp. 249-254, p.251 : « The board might confer on the controller the powers exercisable by a liquidator in a voluntary winding up of a company, with such modifications, restrictions, or extensions as they might think necessary or convenient ».

³³⁶ *Trading with the enemy act*, October 6 1917, Ch. 106, 40 Stat. 411, v. l'analyse de J. W. Garner, *International law and the World War*, *op.cit.*, pp. 102-104, v. aussi R. Potterf, « Treatment of alien enemy property in war time and after by the United States », *Indiana Law journal*, 1927, vol. 2, pp. 453-472, p. 462

³³⁷ V. la discussion qui a eu lieu au sein du Congrès le 9 juillet 1917 : « Mr. Dewalt : [T]he proclamation of the President as early as last June was made reaffirming the doctrine that private property should not be confiscated and the provisions of the bill were made as they are. If the gentleman has studied the bill,...he will see clearly that instead of being confiscatory in its nature it is the nature of a requisition of property and a conservation of the property in the hands of the trustee, who is to hold it in escrow until the termination of the war, when this property is to be returned to the legal owner thereof subject to the equities existing between the parties. [...] Mr Stafford : While the Government has the right to take the property of an alien living in its jurisdiction, no government has in recent times gone to that extent, and all authorities on international law recognize the fact that individual property should not be taken during a state of belligerency ». Cité par H. W. Baade, « Die Behandlung des deutschen Privatvermögens in den Vereinigten Staaten nach dem ersten und zweiten Weltkrieg », pp. 11-27, dans *Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland : Festschrift für Hermann Janssen zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1958, 232 p., p.48.

³³⁸ Pour cette analyse v. Garner, *op.cit.*, p.104.

³³⁹ Loi d'autorisation, *Gesetz über die Ermächtigung des Bundesrates zu wirtschaftlichen Maßnahmen und über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts im Falle kriegerischer Ereignisse vom 4.8.1914*, 4 août 1914, *Reichsgesetzblatt*, 1914, p. 327. Pour une analyse des rapports institutionnels établis par cette loi v. A. Gailler, « Le droit public allemand et la première guerre mondiale », *Jus Politicum*, 2016, n° 15, pp.1-27.

suite de cela, une ordonnance a été publiée par le Bundesrat le 4 septembre 1914 et le 26 novembre 1914 qui réglait la procédure de contrôle des sociétés ennemies sous les auspices du Chancelier du *Reich*. En vertu du décret du septembre 1914, des contrôleurs chargés de surveiller d'une manière extrêmement rigoureuse le fonctionnement des entreprises ennemies ont été institués³⁴⁰. Cette procédure de mise sous contrôle n'était pas soumise au contrôle juridictionnel. Malgré la surveillance (*Staatsaufsicht*) exercée par ces contrôleurs, les entreprises étrangères ennemies jouissaient d'une certaine autonomie de direction. Contrairement aux dispositions de la loi française, cette surveillance n'excluait pas, en général, la continuation de l'exploitation de l'établissement étranger ennemi en Allemagne. Le surveillant (*Aufsichtsperson*) ne s'occupait que de la surveillance de l'entreprise et de la protection du droit de propriété et des autres droits privés, en prenant soin, durant la guerre, que l'exploitation ne se fasse pas d'une manière préjudiciable aux intérêts allemands. Dans le cas où un établissement placé sous surveillance ne possédait pas en territoire allemand un chef ou un employé, qualifié pour accomplir des actes juridiques pour le compte de l'établissement, ou bien si le chef ou l'employé était incapable de défendre les intérêts de l'entreprise, un administrateur gérant était nommé (*Vertreter*), sur la requête du surveillant. À cet administrateur gérant incombait la tâche de régler les affaires courantes de l'établissement ou de la succursale³⁴¹.

b. L'argument de représailles comme motif de disparition progressive du caractère provisoire des mesures visant les biens privés.

136. Fidèle à la tradition continentale mettant l'accent sur l'inviolabilité de la condition patrimoniale des civils ennemis, le *Reichsgericht* dans un arrêt rendu le 26 octobre 1914 précisait que « le droit des gens allemand n'admet pas le point de vue de certains codes étrangers, d'après lesquels la guerre doit, au point de vue économique, être préjudiciable aux ressortissants des États ennemis »³⁴². Le principe était proclamé en vertu duquel, « la guerre est faite seulement à l'État ennemi comme tel et à ses armées, et que les ressortissants des États

³⁴⁰ V. Décret (Bekanntmachung) du 4 septembre 1914, relatif à la surveillance des établissements étrangers, *Journal du droit international*, Clunet, 1915, p. 77

³⁴¹ *Idem*, p.80.

³⁴² V. Chr. Dominicé, *La notion du caractère ennemi des biens privés dans la guerre sur terre*, Genève, Droz, 1961, 255 p., p.16.

ennemis sont, au point de vue du droit civil, assimilés aux nationaux dans la même mesure où ils l'étaient avant la guerre, (...) sauf les exceptions prévues par la loi »³⁴³.

137. En dépit l'affirmation de ce principe, à la suite des décrets français sur les séquestres, l'Allemagne a pris des mesures plus rigoureuses. Par un décret du 26 novembre 1914, elle a placé sous séquestre les entreprises françaises et même autorisé la dissolution forcée des entreprises ennemies. L'ingérence dans les biens privés était justifiée en tant que mesure de représailles à la politique française³⁴⁴. La surveillance des entreprises commerciales ainsi que l'interdiction de paiement en pays ennemis y étaient prévues³⁴⁵. D'après ce décret, les autorités centrales des différents États, avec l'accord du Chancelier, pouvaient, par voie de représailles, placer sous séquestre des immeubles ou entreprises français, dont le capital appartenait en totalité ou dans sa plus grande partie à des ressortissants français. Le séquestre était le seul qui avait qualité d'agir. Il pouvait continuer l'exploitation ou se borner à la liquidation des affaires courantes. Le Conseil fédéral de l'empire allemand a répondu aux mesures britanniques de 1916, ainsi qu'aux mesures sur lesquelles s'étaient mis d'accord les alliés dans la conférence de juin 1916, par le décret du 31 juillet 1916³⁴⁶. En effet, la possibilité de liquider la propriété ennemie a été envisagée à la suite de la Conférence économique des Alliés à Paris en 1916³⁴⁷. Dans le cadre de cette conférence, il a été décidé que des mesures « seraient prises à l'effet de

³⁴³ Arrêt du Tribunal d'empire (*Reichsgericht*) en matière civile, 26 octobre 1914, cité par A. Curti, « De la condition des sujets ennemis selon la législation et la jurisprudence allemandes », *Journal du droit international, Clunet*, 1915, pp. 785-791, p. 785.

³⁴⁴ Cette justification était rejetée par des auteurs français. A. Henry, « Les séquestres des biens austro-allemands », *Revue, op.cit.*, p. 461 : « À la suite de nos décrets sur les séquestres (qui n'étaient pourtant qu'une réponse à des mesures antérieures), l'Allemagne a pris des mesures plus rigoureuses encore. En effet, par un décret du 26 novembre 1914, elle permet de placer sous séquestre les entreprises françaises, et même d'ordonner la dissolution forcée (chose qui n'a jamais été admise en France) des entreprises ennemies. On voit que le droit allemand est ainsi plus rigoureux que le droit français ».

³⁴⁵ Décret (*Bekanntmachung*) du 26 novembre 1914, relatif au séquestre des entreprises françaises, *Journal du droit international, Clunet*, 1915, p. 955.

³⁴⁶ Décret (*Bekanntmachung*) du 31 juillet 1916, relatif à la liquidation des entreprises britanniques, *Reichsgesetzblatt*, 1916, n. 175, p. 871, Bulletin de la Société de législation comparée, 1917 p. 354.

³⁴⁷ Les travaux de la Conférence portaient à la fois sur les mesures applicables lors de la guerre, sur les mesures transitoires applicables pendant la période de reconstitution commerciale, industrielle, agricole et maritime des Pays alliés, ainsi que sur les mesures permanentes d'entre-aide et de collaboration entre les Alliés. Il est intéressant de relever l'importance qu'une partie de la doctrine allemande attribuait à cette conférence qui se présente comme le moment fondateur d'une conception de sécurité collective à établir après la fin de la guerre. V. Fr. Kahl, *Die Pariser Wirtschaftskonferenz vom 14. bis 17. Juni 1916 und die ihr vorausgegangenen gemeinsamen Beratung der Ententestaaten über den Wirtschaftskrieg gegen die Mittelmächte*, Jena, Fischer, 1917, 95 p, p.23 : « Il s'agit apparemment de la mise en place d'une coalition économique plus ou moins solide des alliés après la guerre contre l'influence allemande ». Les mesures prises lors de la conférence étaient perçues comme des mesures annonçant celles qui allaient suivre dans les traités de paix. *Idem*, p. 4 : « Les mesures envisagées, qui ont provisoirement pris forme lors de la Conférence économique de Paris en juin 1916, ne devaient servir que d'objets de compensation dans les futures négociations de paix ».

liquider certaines de ces maisons, ainsi que les marchandises qui en dépendent, les sommes provenant de ces réalisations restant placées sous séquestre ou contrôle »³⁴⁸.

138. À titre de représailles, la liquidation des entreprises, immeubles ou masses successorales appartenant pour la totalité ou pour la plus grande partie à des sujets anglais, était ordonnée³⁴⁹. Le liquidateur avait les pouvoirs les plus étendus, y compris celui de vendre les biens et de céder en bloc l'entreprise. Il ne devait rendre aucun compte au propriétaire et n'encourait envers lui aucune responsabilité. Ces mesures ont été étendues aux entreprises et aux biens français d'après l'ordonnance du 14 mars 1917³⁵⁰.

139. L'argument des représailles a été ainsi utilisé par les belligérants pour étendre leurs prérogatives en matière de contrôle des biens des civils ennemis. Si la finalité de conservation des biens privés traversait l'ensemble des mesures prises par les États belligérants lors de la première phase du conflit, des traces d'une politique de liquidation généralisée sont repérables après 1916³⁵¹.

La Première Guerre mondiale a ainsi offert la possibilité aux États belligérants de mettre en place un système d'ingérence aux biens privés ennemis. Les mêmes mécanismes ont été mis en œuvre lors de la Seconde Guerre mondiale.

ii. La résurgence des règles et des pratiques lors de la Seconde Guerre mondiale.

140. Il est intéressant de mettre en avant la continuité normative des actes juridiques en vigueur pendant les guerres mondiales. Cette continuité de régime prouve que les finalités servies étaient identiques, à savoir la prohibition de tout rapport commercial avec l'ennemi et la mise sous séquestre des biens de ses ressortissants. Le recours à un arsenal normatif visant

³⁴⁸ Art. II, Mesures pour le temps de la guerre, p. 110, ministère des affaires étrangères, « Conférence économique des gouvernements alliés tenue à Paris, les 14-17 juin 1916, programme, délégations, procès-verbaux des séances et acte de la Conférence », Imprimerie nationale, 1916, 116 p.

³⁴⁹ Sur la justification allemande relative aux représailles v. J. W. Scobell Armstrong, *War and treaty legislation affecting British property in Germany and Austria, and enemy property in the United Kingdom*, London, Hutchinson and co., 1921, xxi-489 p., p. 3 : « The steps which eventually led to the extension of hostilities into every channel of commerce and finance were initiated by the Allied powers. As long as the Allied fleets held control of the seas, Germany had obviously nothing to gain and much to lose by such a policy, and was at the outset careful to refrain from any action at the time. In the initiation of every restriction upon commercial intercourse with the Allies and measures affecting the property of their nationals, which she subsequently instituted, the fact was always emphasized that such legislation was purely retaliatory ». V. aussi G. Sauser-Hall, *Les traités de paix et les droits privés des neutres*, Lausanne, Payot et cie., 1924, 326 p., p.21 : « It is certain that the economic war was launched by Great Britain. France, Belgium, Italy followed. Germany did not resort to it except in retaliation ».

³⁵⁰ Ordonnance du 14 mars 1917, appliquant par mesure de représailles l'ordonnance du 31 juillet 1916 — concernant la liquidation des entreprises britanniques — aux entreprises françaises, Bulletin de la société de législation comparée 1917 p. 357.

³⁵¹ Ce schéma de division de la législation de guerre en plusieurs phases est emprunté à D. Caglioti, « Property rights in time of war: sequestration and liquidation of enemy aliens' assets in western Europe during the First World War », *op.cit.* L'auteur distingue entre plusieurs étapes de gestion des biens civils ennemis. Une chaîne comprenant plusieurs étapes différentes en fonction de l'intensité de l'ingérence au droit à la propriété peut être désignée. Aux antipodes d'une simple mesure de contrôle se trouve la mesure de liquidation voire de confiscation dictée par les traités de paix. L'auteur évoque « a pattern consisting of six different stages », p.529.

les intérêts des ressortissants de l'adversaire a rendu vaine toute tentative d'identification d'une règle interdisant les atteintes aux biens privés entreprise pendant la période de l'entre-deux-guerres³⁵².

141. En France, deux décrets-lois du 1^{er} septembre 1939 portaient sur l'interdiction du commerce avec l'ennemi et prévoyaient des mesures de séquestre des biens privés des civils ennemis. Il semble que le droit international ait servi de fondement pour l'exercice de ce droit belligérant³⁵³. La mise sous séquestre était présentée comme mesure indissociable à l'interdiction de tout rapport juridique avec les ressortissants ennemis dont les biens étaient présumés en état d'abandon³⁵⁴. Les décrets-lois mettaient l'accent sur le caractère conservatoire du séquestre et soulignaient que la gestion des biens séquestrés devait se concilier avec la sauvegarde de l'intérêt général. Les finalités servies par ces dispositions étaient identiques à celles des actes en vigueur lors de la Première Guerre mondiale³⁵⁵. L'application de cette législation n'a pas duré longtemps puisque la législation sur le commerce avec l'ennemi a été suspendue à partir du 25 juin 1940³⁵⁶. En outre, toute mesure de séquestre imposée sur les biens ennemis en application du décret de septembre 1939 a été levée³⁵⁷. Des dispositions identiques portant sur le commerce avec l'ennemi et la mise sous séquestre des biens privés des civils

³⁵² L'Association du droit international, dans sa conférence tenue à Stockholm le 9 septembre 1924, a formellement rejeté toute pratique violant la propriété privée. International law association, Report of the 33rd Conference, Stockholm, 8-13 September 1924, London 1925, p. 73 : « Resolved that this Conference is firmly of opinion that the revived practice of warring States by which they confiscate the available private property of alien citizens is a relic of barbarism worthy of the most severe condemnation ».

³⁵³ Décret relatif à la déclaration et mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis, 1 septembre 1939, *J.O.*, 4 septembre 1939, p. 11091, et Rapport de Daladier, à titre de président du conseil et ministre de la défense nationale et de la guerre pp. 11087-11088 : « Le droit des gens admet que l'état de guerre comporte l'interdiction de tout commerce avec l'ennemi. Les événements de 1914-1918 ont montré que la part de cette interdiction dans le succès final de notre cause n'était nullement négligeable. Ils ont permis aussi de constater qu'il y a là une mesure de guerre dont le maniement est particulièrement délicat, car il faut qu'elle soit à la fois adaptée au cadre du droit de gens, aux besoins de la défense nationale et à la politique générale à l'égard notamment des neutres. Il est donc indispensable que le Gouvernement puisse à chaque moment édicter telles modalités de cette mesure qui conviendront aux nécessités de l'heure. [...] Il va de soi, cependant, que le Gouvernement, dont les décisions à cet égard comme à tous les autres, demeureront soumises au contrôle parlementaire, ne prononcera que des interdictions strictement compatibles avec le droit des gens et les nécessités de la conduite de la guerre ».

³⁵⁴ Rapport de Daladier, *idem* : « [L'interdiction de tout rapport entre les ennemis et les personnes se trouvant sur le territoire métropolitain ou colonial de la France] a pour conséquence l'incapacité des ennemis, en ce qui concerne l'administration, *a fortiori* la disposition de leurs biens, droits et intérêts situés en France ou dans les colonies françaises. Les patrimoines se trouvent ainsi à l'état d'abandon et le séquestre est le moyen de remédier à cette situation ».

³⁵⁵ Rapport de Daladier, *idem* : « [L'interdiction des rapports avec l'ennemi] a pour objet, d'une part, d'éviter conformément à une pratique ancienne, des opérations commerciales par lesquelles l'ennemi pourrait accroître sa force de résistance, et d'autre part, de mettre obstacle à des communications qui pourraient contribuer à renseigner le commandement adverse ».

³⁵⁶ Décret du 16 juillet 1940, *J.O.* 17 juillet 1940, p. 4535 : « Art. 1 — L'application des dispositions du décret du 1er septembre 1939 portant application du décret du même jour relatif aux interdiction et restriction des rapports avec les ennemis est suspendue à partir du 25 juin 1940, en ce qui concerne tous les rapports, actes et mesures postérieurs à cette date ».

³⁵⁷ Décret du 28 juillet 1940, *J.O.* 29 juillet 1940, p. 4590. Le décret prévoyait l'annulation des mesures de séquestre prises à l'encontre des ressortissants Allemands. Un second décret du même jour concernait l'annulation de mesures de séquestre des biens des ressortissant Italiens, *ibid.*

ennemis étaient repérables dans les décrets pris par le Comité français de libération nationale en 1943, qui prévoyait l'annulation des décrets de 1940³⁵⁸. Malgré l'annulation explicite des décrets du Gouvernement de Vichy, les décrets pris par le Comité prévoyaient, sous certaines conditions, la possibilité de reconnaissance de certains de leurs effets par les tribunaux compétents³⁵⁹. Dans le sillage de ce dernier acte s'inscrivait aussi l'ordonnance du 5 octobre 1944 relative à la déclaration et à la mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis. L'article 9 de l'ordonnance de 1944 évoquait de nouveau le caractère conservatoire du séquestre³⁶⁰. Une marge de manœuvre était toutefois laissée au profit du séquestre qui était autorisé à aliéner « les objets périssables ou de nature à se détériorer, ainsi que ceux dont la liquidation (était) nécessaire en considération de l'intérêt général ». Ce renforcement de compétences était accompagné de l'élargissement des critères de qualification d'ennemi.

142. En Grande-Bretagne, l'arsenal législatif de la Première Guerre mondiale a été abrogé, mais à la fois le mécanisme de contrôle des biens ennemis et les dispositions d'interdiction de rapports contractuels avec les ressortissants ennemis sont restés identiques. Comme pendant la Première Guerre mondiale, la tâche d'administration des biens ennemis a été confiée aux *Custodians of enemy property*³⁶¹. Les objectifs déclarés de ces mesures étaient, d'une part, d'empêcher une gestion des biens préjudiciable à la cause nationale et profitable aux ennemis et, d'autre part, préserver les biens ennemis en vue des négociations de paix. Cette double finalité était servie par des mesures de caractère conservatoire.

143. Les États-Unis n'ont pas privilégié la voie britannique d'élaboration d'un arsenal législatif nouveau en matière de commerce avec l'ennemi et de gestion des biens des civils

³⁵⁸ Décrets pris par le comité français de libération nationale, J.O. de la République française (imprimé à Alger) (version papier numérisée) n° 0026 du 9 octobre 1943, p. 183 : « Art. 1 — Est nul et de nul effet l'acte dit "décret du 16 juillet 1940" qui a suspendu l'application du décret du 1er septembre 1939 relatif aux interdictions et restrictions de rapports avec les ennemis. [...] Art. 5 — Sont nuls et de nul effet, les actes dits "décrets du 28 juillet 1940", levant les mesures de séquestre à l'égard des Allemands, du 28 juillet 1940, levant les mesures de séquestre à l'égard des Italiens et du 17 septembre 1940 relatif à la levée des mesures de séquestres édictées par divers décrets antérieurs ».

³⁵⁹ Ordonnance du 6 octobre 1943 concernant la répression des rapports avec les ennemis et la guerre économique, *idem*, p. 184 : « Art. 1 — Les rapports économiques avec l'ennemi, intervenus en violation des dispositions des décrets du 1er septembre 1939, postérieurement au 22 juin 1940, sont frappés tant des pénalités édictées par l'article 83 du Code pénal que de celles prévues par l'art. 4 du décret-loi du 1er septembre 1939. Ne tombent toutefois, sous le coup de ces dispositions, ni les rapports intervenus avec des Français résidant en territoire métropolitain depuis le 22 juin 1940 jusqu'à la date de libération des différents territoires de l'ennemi ou de l'emprise du prétendu Gouvernement de Vichy, à moins que ces rapports aient procuré un avantage direct, indirect ou par personne interposée, à l'ennemi, ni les rapports intervenus avec l'ennemi dans un territoire occupé par ses forces sous l'empire de l'état de nécessité. Si les inculpés invoquent les actes dits "lois ou décrets" du prétendu Gouvernement de Vichy, les tribunaux compétents ne pourront retenir ceux-ci comme faits justificatifs, mais seulement comme circonstances atténuantes. Les tribunaux apprécieront si les autorisations délivrées par le prétendu Gouvernement de Vichy peuvent être retenues comme faits justificatifs ou circonstances atténuantes ».

³⁶⁰ Ordonnance du 5 octobre 1944 relative à la déclaration et à la mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis, J.O. 7 octobre 1944, p. 885 et s.

³⁶¹ Trading with the enemy act, 2 & 3 Geo., 6, c. 89, 5 September 1939, dans M. Domke, *Trading with the enemy in World War II*, New York, Central book, 1943, xv-640 p., pp.469-483. Section 7 Property of enemies and enemy subjects, pp.477-479.

ennemis. Les mesures américaines ont évolué en fonction du changement de la position des États-Unis à l'égard des pays de l'axe³⁶². Le 10 juin 1940 a été édicté l'*executive order* 8389 qui prévoyait le gel des avoirs et l'interdiction de tout rapport impliquant les biens des ressortissants danois et norvégiens dont les pays avaient été envahis. L'objectif était d'empêcher l'acquisition par l'occupant des biens des ressortissants des pays occupés³⁶³. À ce stade, l'Allemagne n'était pas encore qualifiée de pays ennemi, mais d'État agresseur. Après la déclaration de guerre, le *First War Power act* a été promulgué le 18 décembre 1941 et conférait au Président de larges pouvoirs concernant le traitement des biens étrangers. Cet acte a modifié la section 5 (b) du *Trading with the Enemy Act* en donnant l'autorisation au Président de mettre sous séquestre des biens appartenant à n'importe quel ressortissant étranger³⁶⁴. Le pouvoir d'administration, de gestion, de supervision, de contrôle et de séquestre des biens étrangers était confié à l'*Alien Property Custodian* en vertu des ordonnances de 1942³⁶⁵.

144. Le séquestre des biens, ordonné par l'*Alien property custodian* relevant du département de la justice, doit être distingué de l'acte du gel. Certes, ces deux actes présentaient des similitudes apparentes, constituant toutes deux des mesures de blocage. Les biens qui demandaient une gestion active étaient soumis au contrôle de l'*Alien property custodian*, tandis que les biens pour lesquels on pouvait se contenter d'une simple administration étaient gérés par le secrétariat au Trésor. D'une part, le gel s'analyse en l'interdiction de transfert des biens appartenant à certains États ou à leurs ressortissants, sauf en cas d'autorisation explicite par le

³⁶² W.H. Reeves, « The Control of foreign funds by the United States treasury », *Law and contemporary Problems*, 1945, pp.17-60, p.26 : « The operations of Foreign Funds Control can roughly be divided into three phases: (I) the period of the protection of assets of conquered countries, from the inception of the Control to June 14, 1941; (2) the period of defense from June 14, 1941 to the declaration of war; and (3) the period of economic warfare thereafter. [...] (T)he policies and efforts of the Control followed progressively the increasing danger to the United States- from the time of the mere declarations that interests in the property of Denmark and Norway could not be changed by reason of conquest, to the last period when efforts were made to hurt the Axis whenever possible by preventing the acquisition of raw material, use of credits, and any advantages from foreign investments ».

³⁶³ V. la déclaration du Secrétaire du Trésor Morgenthau du 21 avril 1942 : « This government served notice on the world when we froze the assets of Norway and Denmark on April 10, 1940, that we did not intend to permit the Axis to realize any use or benefit from Norwegian and Danish assets in the United States. Since that time, we have consistently pursued this policy with respect to every country falling under the Axis yoke. The policy of this government always has been unequivocal. We will not allow the Axis, directly or indirectly, to gain any interest in the seven billion dollars in blocked assets in this country. Neither those funds nor any interest in them will be used against the United Nations by the Axis. Neither will they be used as a part of Germany's "new order" in Europe or Japan's "co-prosperity sphere" in the Pacific ». Cité par J. Simonds, « Freezing control – a war weapon », *Geo. Wash. Law review*, 1943, vol. 11, pp. 226-250, p. 250.

³⁶⁴ Sec. 5 (b) (1) : « [A]nd any property or interest of any foreign country or national thereof shall vest, when, as, and upon the terms, directed by the President, in such agency or person as may be designated from time to time by the President, and upon such terms and conditions as the President may prescribe such interest or property shall be held, used, administered, liquidated, should, or otherwise dealt with in the interest of and from the benefit of the United States, and such designated agency or person may perform any and all acts, incident to the accomplishment or furtherance of these purposes », M. Domke, *Trading with the enemy in World War II*, *op.cit.*, p.391-392.

³⁶⁵ *Executive order 9193, mending executive order n. 9095, establishing the office of alien property custodian and defining its functions and duties and related matters*, March 11 1942, *7 federal register* 1971, 1942, cite par Domke, *idem*, p. 458.

Département du Trésor. Le séquestre, d'autre part, comporte le transfert à l'*Alien property custodian* des droits de propriété appartenant à des étrangers. La mise sous séquestre implique, par conséquent, l'autorisation d'un usage effectif des biens³⁶⁶.

145. Le sommet des mesures de guerre économique a été atteint par les mesures annoncées dans la conférence interaméricaine du 30 juin 1942 qui prévoyait l'élimination complète de toute influence allemande sur le continent américain³⁶⁷. À la lumière de ces dispositions doit être interprétée la décision des autorités des plusieurs États du continent américain de procéder à la liquidation des certains biens appartenant à des ressortissants Allemands, Italiens et Japonais³⁶⁸. En s'appuyant sur les résolutions de la Conférence, les États-Unis ont ordonné la

³⁶⁶ R. Littauer, « The unfreezing of foreign funds », *Columbia law review*, 1945, pp.132-137, p.133 : « "Freezing" is employed where it is considered sufficient merely to prevent a use of the property by the owner in a manner detrimental to American interests. "Vesting" is applied where positive use or direct management of the property by the American government is considered desirable ». Ce passage a été cité dans la mémoire de la Suisse, CIJ Mémoires, CIJ, *Affaire Interhandel*, (Suisse c. États-Unis d'Amérique), 21 mars 1959, Recueil 1959 p.6-30. La mémoire suisse citait aussi le rapport préparé par le *Foreign Funds control* du secrétariat au Trésor des États-Unis en juin 1942 intitulé *Administration of the wartime Financial and property controls of the United States Government*. Il y est expliqué que « le "vesting" est appliqué lorsqu'une entreprise privée, dont les activités sont préjudiciables en elles-mêmes à la sécurité nationale, doit néanmoins continuer à produire et travailler dans l'intérêt de la politique nationale ».

³⁶⁷ Les objectifs affirmés étaient : « A. The complete severance of all financial and commercial intercourse, trade and communication, direct or indirect, between the United States and the Axis and Axis-dominated countries. B. The prevention of all financial and commercial intercourse and trade between the United States and any country outside the Western Hemisphere which directly or indirectly benefits the Axis. C. The prevention of all financial, commercial and trade transactions between the United States and any other American Republic which directly or indirectly benefit the Axis, including all transactions which benefit real or juridical persons within the American Republics whose influence or activity is deemed inimical to the security of the Western Hemisphere. D. The elimination of all financial and commercial activities engaged in by real or juridical persons within the United States whose influence or activity is deemed inimical to the security of the Western Hemisphere ». *US. Treas. Dep. Administration of the wartime financial and property controls of the US Government 1942*, cité par W. H. Reeves, « The Control of foreign funds by the United States treasury », *op.cit.*, p.31.

³⁶⁸ Les mesures imposées aux ressortissants ennemis ont été perçues par les autorités des États-Unis comme moyen exemplaire de renforcement de leurs liens avec les États de l'Amérique du Sud et de consolidation de leur hégémonie sur eux. Le sort des biens appartenant à Friedrich Nottebohm en constitue un cas emblématique qui met en exergue le lien intrinsèque entretenu entre les mesures dérogatoires à la liberté d'aller et venir et la liberté personnelle d'une personne avec les mesures portant préjudice à son droit de propriété. À la suite de la proclamation de l'état de guerre entre le Guatemala et l'Allemagne, Nottebohm a été livré aux autorités américaines où il est resté interné jusqu'en 1946. Ses biens ont fait l'objet d'une série de mesures de saisie lors de la guerre et de confiscation après la fin de la guerre. La livraison de Nottebohm aux États-Unis s'inscrit dans le contexte de la politique du bon voisinage entre les États-Unis et les États de l'Amérique du Sud, proclamée par Roosevelt et censée avoir remplacé la doctrine Monroe. L'internement et la saisie des biens formaient ainsi un ensemble. Aux considérations sécuritaires s'étaient ajoutées de considérations économiques liées à la réticence américaine d'autoriser l'expansion des intérêts d'entreprises étrangères sur le sol du continent. L'entreprise *Nottebohm Hermanos*, fondée en 1906 représentait l'un de piliers de l'expansion économique allemande dans l'Amérique centrale. V. en détail l'histoire de cette entreprise C. Berth « Aus Hamburg in die Kaffee-Welten Zentralamerikas. Die Nottebohm Hermanos in Guatemala », pp.67-88, dans J. H. Arfs, U. Mücke, *Händler, Pioniere, Wissenschaftler : Hamburger in Lateinamerika*, Lit, Hamburg, 2010, 118 p. Pendant leur internement, l'occasion était offerte aux frères Nottebohm de se rapatrier en Allemagne. Le rejet de leur part était explicable par leur volonté de se rendre au Guatemala. L'organe spécial chargé des demandes relatives à la situation des internés s'est prononcé sur le cas de Karl Nottebohm en précisant que ce dernier « has engaged in no political activities detrimental to the best interests of the hemisphere, and that he cannot be considered a security subject for political reasons. It appears that the only reason for keeping him in internment is the contention of the US Embassy in Guatemala and the US State department that his release would be detrimental to the conomic policy of the Untied States in Central America ». Cité par C. Buys, « Nottebohm's nightmare: have we exorcised the ghosts of WWII detention programs or do they still haunt Guantanamo? », *Chicago Kent journal of international and comparative law*, 2011, 1-73 p., p. 10. Pour une appréciation juridique de la portée normative des doctrines politiques américaines des relations internationales v H. Meiertons, *Die Doktrinen US-amerikanischer Sicherheitspolitik, Völkerrechtliche Bewertung und ihr Einfluss auf das Völkerrecht*,

saisie des brevets des ressortissants ennemis qui dorénavant étaient considérés comme « *permanent possession of the American people* »³⁶⁹.

146. Des dispositions détaillées sur le sort des biens sis dans le territoire du *Großdeutschen Reiches* se trouvaient dans l'ordonnance du 15 Janvier 1940³⁷⁰. Les objectifs de cette ordonnance étaient la garantie (*Sicherstellung*) et la conservation (*Erhaltung*) de la propriété ennemie. Le premier paragraphe déterminait le sens du terme territoire national (*Inland*) qui comportait aussi les territoires incorporés de l'Est tandis que le deuxième paragraphe précisait les États ennemis³⁷¹. À la différence de la réglementation de la Première Guerre mondiale, les prérogatives de l'administrateur des biens étaient soumises au pouvoir juridictionnel³⁷². Toutefois, le rôle du ministre de la Justice ne doit pas être sous-estimé. En vertu du paragraphe 19 de l'ordonnance, il était autorisé à édicter les dispositions détaillées relatives à l'ouverture, à la conduite et à la clôture de l'administration et nommer un commissaire impérial pour diriger l'administration des entreprises de manière uniforme. L'Office du commissaire du *Reich* pour le traitement des biens ennemis (*Reichskommissar für die Behandlung feindlichen Vermögens*) a été créé pour centraliser la gestion des entreprises et des propriétés britanniques françaises, néerlandaises, belges et norvégiennes. Il s'agissait d'une autorité dont les compétences étaient comparables au *Custodian* britannique ou américain. Le Commissaire du *Reich*, à la suite d'une première estimation quant au caractère ennemi des biens, réclamait la nomination d'un administrateur auprès du tribunal régional dans le ressort duquel l'entreprise avait son siège ou la personne physique sa résidence. Le pouvoir judiciaire exerçait un contrôle purement formel portant principalement sur la régularité de la demande de mise sous séquestre,

Baden-Baden, Nomos, 2006, 295 p. Sur les *renditions* des ressortissants des pays de l'Axe aux États-Unis v. M. P. Friedman, *Nazis and good neighbors : the United States campaign against the Germans of Latin America in World War II*, Cambridge univ. press, New York, 2003, 372 p.

³⁶⁹ V. M. Carroll, « Legislation on treatment of enemy property », *AJIL*, 1943, pp.611-630, p. 628.

³⁷⁰ Ordonnance sur le traitement des avoirs ennemis (*Verordnung über die Behandlung feindlichen Vermögens*), 15 Januar 1940, dans K. Krieger, W. Hefermehl, *Behandlung des feindlichen Vermögens*, Kommentar, München, Beck, 1942, 786 p., pp. 1-85. Cette ordonnance du 15 janvier 1940 a abrogé le décret sur la déclaration des biens ennemis du 3 novembre 1939, qui ayant un caractère provisoire, prévoyait l'obligation de déclaration des biens ennemis et interdisait tout acte de disposition. V. en détail H. Strebel, « Die Behandlung des feindlichen Vermögens », *ZaoeRV*, 1940, pp. 887-919, p.891

³⁷¹ Il s'agissait de l'*Altreich*, de l'*Ostmark*, de la *Sudetenland*, des provinces de l'*Ostpreussen* et Silésie, et du protectorat *Bohmen und Mahren*. Par l'ordonnance du 10 juillet 1940 y ont été ajoutés les régions d'*Eupen*, *Malmedy*, et *Moresnet*. *Verordnung über die Einführung der Verordnungen über die Behandlung feindlichen Vermögens und über die Abwesenheitspflegschaft in den Gebieten von Eupen, Malmedy, und Moresnet*, Krieger, Hefermehl, *op. cit.*, pp. 89-91. V. aussi Ph. Möhring, « Die Behandlung feindlichen Vermögens im Inland », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, 7 Jahrgang, 15 April, 1940, pp. 125-127. Les territoires occupés par les troupes allemandes en Norvège, aux Pays-Bas, en Belgique, au Luxembourg, en Serbie, en Grèce et en Russie soviétique n'étaient pas non plus considérés comme relevant du territoire intérieur au sens d'application de l'ordonnance du 15 janvier 1940. Pour cette raison, le *Reichskommissar* n'avait aucune compétence pour la propriété ennemie sise sur ces territoires.

³⁷² Le *Reichskommissar* n'était pas habilité à nommer des administrateurs, mais devait demander la nomination d'un administrateur aux tribunaux régionaux supérieurs compétents (*Oberlandsgerichte*). Ordonnance sur le traitement des avoirs ennemis (*Verordnung über die Behandlung feindlichen Vermögens*), 15 Januar 1940, art. 13, p. 61.

sans intervenir dans le jugement préalable administratif de fond quant au caractère ennemi de la personne³⁷³. Le ministère de la Justice du *Reich*, en tant qu'autorité supérieure, déterminait son champ d'action et surveillait ses activités — en collaboration avec le ministère des Affaires étrangères, mais aussi avec le ministère de l'Economie et des Finances du *Reich*. Le paragraphe 26 donnait l'autorisation au ministre de la Justice de prendre des mesures supplémentaires visant les biens privés à titre des mesures de représailles (*Vergeltungsmassnahmen*). En effet, le ministre pouvait recourir à de telles mesures, si un État ennemi soumettait « les droits de propriété industrielle ou les droits d'auteur en vigueur sur son territoire et appartenant à des ressortissants allemands ou à des entreprises allemandes à des mesures particulières dérogeant au traitement accordé aux nationaux ». Le même pouvoir lui était accordé si un État ennemi soumettait « l'acquisition de droits de propriété industrielle ou de droits d'auteur par des ressortissants allemands ou des entreprises allemandes à des restrictions particulières »³⁷⁴.

147. Le recours systématique à des mesures portant atteinte au droit à la propriété privée des civils ennemis durant les deux Guerres Mondiales a démontré l'écart existant entre les règles relevant des Conventions de la Haye et la pratique des États belligérants qui faisaient usage des droits des belligérants qui leur étaient conférés³⁷⁵. Toutefois, en règle générale les belligérants n'ont pas procédé à la liquidation généralisée des biens appartenant aux civils ennemis. Plusieurs auteurs qui soulignaient les effets négatifs d'une telle option se sont opposés aux voies réclamant la mise en œuvre d'une politique de confiscation contre les biens ennemis³⁷⁶. L'argument principal était celui du danger de généralisation d'une politique des représailles affectant les biens privés sis à l'étranger³⁷⁷. Cette hésitation à rendre plus radicale l'ingérence

³⁷³ Pour l'étendue du contrôle v. H. Strebel, « Die Behandlung des feindlichen Vermögens », *op.cit.*, p.901.

³⁷⁴ Conformément à cette disposition, le ministre de Justice du *Reich* a publié le décret sur les droits de propriété industrielle des ressortissants britanniques du 26 février 1940 (Verordnung über gewerbliche Schutzrechte britischer Staatsangehöriger vom 26 Februar 1940) *Reichsgesetzblatt*, 1940, Teil 1, pp. 424-425 et, Krieger, Hefermehl, *op. cit.*, Teil C, pp. 1-14. L'intérêt général était utilisé comme motif de non-protection des droits à la propriété intellectuelle reconnus au profit des ressortissants britanniques. V. Strebel, *idem*, p. 905-906.

³⁷⁵ S. Rubin, « "Inviolability" of enemy private property », *Law and contemporary problems*, 1945, vol. 11, pp. 166-182, pp. 169-170 : « Courts fail to recognize the asserted rule, and [...] the practice of nations contains so many violations that it may be questioned whether the violation is not itself the rule ».

³⁷⁶ V. p. ex. O. Sommerich, « A brief against confiscation », *Law and contemporary problems*, 1945, vol. 11, pp. 152-165; S. Rubin, « "Inviolability" of enemy private property », *op.cit.* p. 166.

³⁷⁷ Return of confiscated property, hearings before a subcommittee of the Committee on the Judiciary united state senate, July 1 and 2 1954, US Government Office, 1954, 254 p., p.195 : « Reprisal and retaliation upon American interests abroad, or even simple imitation, would mean serious damage to the solidity of our international investment position and would setup a critical obstacle to this expansion. It is obvious that the assurance of integrity in international investment is essential if the rights of the free world are to be preserved. The well-considered phrasing of our treaties of friendship and commerce taking at their face value are an excellent pattern for a constructive attitude toward the interests of aliens within our jurisdiction, and reciprocally toward our interests within their power. The conclusion is inescapable: The policy of confiscation is not compatible with the national welfare. In the interests of the United States-in the interests

dans le droit de propriété s'explique par le débat relatif au respect de la propriété privée qui a eu lieu pendant l'époque de l'entre-deux-guerres³⁷⁸. De nombreux auteurs ont adressé des critiques à la politique des alliés d'avoir procédé à la confiscation des biens privés au lendemain de la Première Guerre mondiale. Les dispositions relatives à la propriété privée relevant des traités de paix ont été ainsi interprétées comme outil de prolongement des mesures de guerre³⁷⁹. Le bien-être des nations imposait la consolidation d'un « pacte de Briand Kellogg pour les investissements » en vue de leur protection en cas d'éclatement d'une nouvelle guerre. Cette qualification a été donnée à la résolution de la Chambre internationale de commerce de la Conférence d'Washington de 1931 portant sur la protection de la propriété privée en temps de guerre et en temps de paix³⁸⁰. Pour plusieurs auteurs de la période de l'entre-deux-guerres, la confiscation était ainsi perçue comme destructive et incompatible avec le sens commun économique³⁸¹.

148. Cette convergence au niveau de la pratique a eu comme résultat la perte d'intérêt de toute réflexion portant sur la différence entre la tradition anglaise, par principe non-hostile à l'ingérence dans le droit de propriété des civils, et la conception continentale, qui mettait l'accent sur la nécessité de respecter l'intangibilité de la sphère privée des ressortissants

of the free world- this confiscated German and Japanese property should be returned ». Les autorités allemandes n'ont pas voulu procéder au recours systématique des mesures radicales par peur de représailles. Pour la discussion au sujet de l'opportunité d'adoption d'une politique de liquidation et de confiscation des biens privés v. St. Lindner, *Das Reichskommissariat für die Behandlung feindlichen Vermögens im zweiten Weltkrieg*, Stuttgart, Steiner, 1991, 178 p., p.97-112.

³⁷⁸ V. E. Borchard, « Reprisals on private property », *AJIL*, 1936, vol. 30, pp.108-113. L'étude de référence est celle menée par Ch. Bernard L., *Le séquestre de la propriété privée en temps de guerre*, en 5 volumes, paru de 1927 à 1936, qui recense aussi les opinions des représentants les plus célèbres de la doctrine de l'époque. V. surtout Ch. Bernard, *Le séquestre de la propriété privée en temps de guerre : enquête de droit international. Réparation des dommages de guerre*, tome IV, Paris, Giard, 1927, 120 p.

³⁷⁹ H. Held, « Wirtschaftskrieg », pp. 576-634, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 3, 1929, 1316 p., p. 610 : « L'affirmation souvent répétée selon laquelle les Alliés n'ont pas confisqué les biens privés ennemis pendant la guerre mondiale, mais les ont seulement placés sous séquestre ou liquidés, ne semble être exacte que si l'on considère isolément les différents titres de lois et de décrets. [...] Si l'on passe en revue l'ensemble de l'évolution pendant la guerre mondiale, si l'on soumet les mesures à un examen approfondi dans leur ensemble et surtout en relation avec les dispositions des "traités de paix", et si l'on constate les conséquences pratiques effectives de ces mesures, on ne peut nier qu'à de très petites exceptions près et en abandonnant des droits insignifiants, les biens privés allemands ont été confisqués après une mise sous séquestre temporaire, c'est-à-dire qu'ils ont été définitivement soustraits aux propriétaires et ayants droit allemands ».

³⁸⁰ *Resolution n. 12* : « Protection of private property in time of war and in time of peace », Art. II : « The security of private property on land, on sea and in the air should be guaranteed both in time of peace and in time of war ». V. F. W. Bitter, A. Zelle, *No more war on foreign investments, a Kellogg Pact for private property*, Philadelphia, Dorrance & Co., 1933, 86 p., p.77 : « The proposal put forward by the International Chamber of Commerce is, as it were, a Kellogg Pact for private property, a Kellogg pact which does not bat economic war as such, but only strives to abolish its especially two-edged and mutually destructive form: the confiscation of private property ».

³⁸¹ E. Borchard, « Enemy private property », *AJIL*, 1924, pp.523-532, p.524 : « Probably no rule of international law was regarded in 1914 as more firmly established than the rule that private property within the jurisdiction belonging to citizens of the enemy state is inviolable. The rule was not adopted in any sudden burst of humanitarian sentiment but was the result of an evolution of centuries. It rests upon a sound development in political and legal theory, namely, a conviction as to the essential distinction between private property and public property [...] and between non-combatants and combatants, accompanied by the growing realization that the practice of confiscation was reciprocally unwisely destructive and inconsistent with economic common sense ».

ennemis. Les atteintes se fondaient sur un usage bien particulier du qualificatif d'ennemi. Pour que l'atteinte soit justifiable le qualificatif devait être apposé au propriétaire des biens en question.

Section 2. Le caractère ennemi comme motif de mise en œuvre d'un régime discriminatoire et attentatoire

149. L'emploi de la qualification d'ennemi justifie la disparition de toute frontière entre l'État adverse et ses ressortissants « ennemis ». Les civils sont ainsi associés à l'État ennemi. Une distinction s'impose entre d'une part le contenu des règles et d'autre part les critères retenus qui permettent la mise en œuvre de ces règles. La doctrine a distingué entre des règles matérielles, prescrivant aux États un certain comportement en matière de gestion des biens appartenant aux civils ennemis et les règles de compétence, qui autorisent les belligérants à définir eux-mêmes ce qu'ils entendent par caractère ennemi³⁸². Les États assument ainsi la tâche de déterminer le lien d'attachement à l'État adverse qui sert de critère d'attribution du caractère ennemi. Cette opération d'attachement à l'État adverse concerne à la fois les personnes physiques (§1) et les personnes morales (§2).

§1 Une pluralité de critères de qualification concernant les personnes physiques

150. Une scission, quant au critère d'identification du caractère ennemi, est apparue pendant le 19^èm^e siècle entre les États continentaux qui s'appuyaient sur le critère de la nationalité (iii) de la personne pour octroyer le caractère d'ennemi et les États anglo-saxons qui faisaient usage du critère du domicile³⁸³ (i). L'examen des critères retenus par les États pour l'assimilation des personnes à des États adversaires démontre une certaine modification du contenu de ces liens juridiques, par rapport à l'usage ordinaire de ces notions. En effet, des liens de rattachement comme celui du domicile ou de la nationalité semblent acquérir un contenu différent par rapport au contenu attribué à ces notions en temps de paix (ii, iv). L'objectif d'atteindre le commerce ennemi a conduit les États belligérants à opter pour un usage cumulatif des critères (v).

³⁸² Chr. Dominicé, *La notion du caractère ennemi des biens privés dans la guerre sur terre*, op.cit., pp.21-22 : « Si l'on considère la construction juridique des normes régissant la guerre économique, on constate qu'elles ne sont pas tant des règles matérielles que des normes de compétence. Il n'y a en effet pas de normes prescrivant aux belligérants la conduite qu'ils doivent observer. Elles leur confèrent bien plutôt pouvoir de prendre dans le cadre de leur ordre juridique interne, telles mesures qui leur semblent opportunes ».

³⁸³ Pour une présentation de la doctrine continentale v. l'affaire Le Hardy contre la Voltigéante, jugée par le Conseil des prises français en 1802 et d'après laquelle, les sujets ennemis domiciliés aux États neutres, gardent leur caractère d'ennemi à la différence des sujets neutres domiciliés en pays ennemis qui ne perdent pas leur caractère de neutre. Dans A. de Pistoyé, Ch. Duverdy, *Traité des prises maritimes*, Paris, Durand, 1859, vol. I, 512 p., p.321.

a. Le domicile comme critère privilégié par les États de tradition de *common law*

151. Le domicile en tant que critère du caractère ennemi était déterminant pour les pays de tradition de *common law*³⁸⁴. En Angleterre, la proclamation du 9 septembre 1914 relative à la prohibition du commerce avec l'ennemi a déterminé la signification de l'expression « étranger-ennemi ». Selon l'article 3, cette qualification ne concernait pas les nationaux d'un État ennemi, mais toute personne, quelle que soit sa nationalité, qui résidait en pays ennemi, ou qui continuait d'y exercer des activités commerciales³⁸⁵. L'importance accordée au domicile a été soulignée aussi par la jurisprudence à plusieurs reprises³⁸⁶. Par conséquent, le facteur déterminant était la possibilité d'apporter assistance à l'ennemi par le biais de la présence en territoire ennemi. Par sa résidence personnelle ou le maintien d'une maison de commerce, l'étranger se soumettait au contrôle de l'État qui tirait profit de ses activités et qui contribuaient automatiquement à l'augmentation des ressources financières de l'État³⁸⁷. La même importance a été accordée au domicile par la loi américaine du 6 octobre 1917. La résidence et le lieu de l'activité économique représentaient les critères déterminants pour l'attribution du caractère ennemi³⁸⁸.

152. L'importance octroyée au critère du domicile s'explique par le fait que le choix d'installation au sein d'un État reflète une volonté d'association avec ce nouvel État³⁸⁹. Cette

³⁸⁴ Court of the King's Bench, *Wells v. Williams*, 1697, 1 Salkeld's Reports 46 déjà cité. V. aussi le juge L. J. Banks dans l'affaire Court of appeal, *Central India Mining Co. V. Société coloniale Anversoise*, 1920, 1 KB 753 : « The fact that mere residence in an enemy country, unless involuntary, is of itself sufficient to constitute an individual an enemy is conclusive to show that what this branch of the law is considering is not the loyalty or disloyalty of the individual, or his capacity to do actual harm to this country, or to be real advantage to the enemy, but the question whether his position is such that either he, or the actual enemy, has or may have the opportunity of using his position to the advantage of that enemy, or to the detriment of this country ». Pour une analyse de cet arrêt v. R. Norem, « Determination of enemy character of corporations », *AJIL*, 1930, vol. 24, pp. 310-336, p. 319.

³⁸⁵ « Any person or body of persons of whatever nationality resident or carrying on business in the enemy country, but does not include persons of enemy nationality who are neither resident nor carrying on business in the enemy country ». J. E. Montmorency, « The black list », *British institute of international and comparative law*, 1917, vol. 3, pp. 29-35, p. 30.

³⁸⁶ V. l'arrêt Court of appeal, *Porter v. Freudenberg*, 1915, 1 K. B. 857, 877, Lord Reading C. J. : « Trading with a British subject, or the subject of a neutral carrying on business in the hostile territory, is as much assistance to the alien enemy as if it were with a subject of enemy nationality carrying on business in the enemy State and, therefore, for the purposes of the enforcement of civil rights, they are equally treated as alien enemies ». Pour une analyse de l'arrêt, v. M. Lewis, « Domicile as a test of enemy character », *British yearbook of international law*, 1923-1924, vol. 4, pp. 60-77, p. 75.

³⁸⁷ Ch. De Visscher, « Du caractère ennemi et de la condition des personnes ennemies quant à l'exercice de leurs droits civils », *The law quarterly review*, 1915, vol. 31, pp. 289-298, p. 290 : « Une solidarité d'intérêts économiques conduit à l'identifier avec les membres de la collectivité ennemie et justifie l'imposition d'un traitement juridique identique ».

³⁸⁸ Section 3 : « Définition du terme ennemi a) Tout individu, association ou autre groupement d'individus, de n'importe quelle nationalité, résidant sur le territoire (y compris le territoire occupé par les forces militaires et navales (d'une nation avec laquelle les États-Unis sont en guerre ; ou résidant hors des États-Unis et exerçant son activité dans un territoire ainsi défini ; et toute société incorporée sur le territoire d'une nation avec laquelle les États-Unis sont en guerre, ou incorporée en un pays autre que les États-Unis et exerçant son activité dans un territoire défini ci-dessus ». C. H. Hand, « The Trading with the Enemy act », *Columbia Law review*, 1919, vol. 19, pp. 112-139, p. 115.

³⁸⁹ V. Circuit Court, D. New Hampshire, *Society for the propagation of the Gospel v. Wheeler et al.*, 2 Gall. 105, Octobre 1814, Opinion du juge Story : « It is not the private character of conduct of an individual, which gives him the hostile or neutral character. It is the character of the nation, to which he belongs, and where he resides. He may be retired from all business, devoted to mere spiritual affairs, or engaged in works of charity, religion or humanity, and yet his domicile will prevail over the innocence and purity of his life. Nay more, he may disapprove of the war, and endeavor by all lawful

coïncidence supposée d'intérêts justifiait l'assimilation entre l'État adverse et les personnes physiques résidant sur son territoire. Le domicile était aussi conçu comme preuve d'installation d'une personne sur un État. Les intérêts économiques de la personne étaient intrinsèquement liés à ceux du pays dans lequel elle s'était installée³⁹⁰. Le terme spécifique de domicile commercial a été utilisé à de nombreuses reprises par la jurisprudence anglo-britannique pour démontrer la différence de ce terme par rapport au domicile civil³⁹¹. La distinction entre le domicile en temps de guerre, par opposition au domicile en temps de paix a été également plusieurs fois soulignée la doctrine³⁹². Il s'agissait ainsi d'une notion autonome dont la finalité était restreinte, à savoir la prohibition du commerce et la mise sous séquestre des biens privés³⁹³. Le changement de domicile engendrait ainsi des modifications quant au caractère ennemi ou neutre attribué à une personne. Le critère du domicile commercial répondait à des considérations d'ordre essentiellement pratique fondées sur les exigences de la guerre.

b. Le dépassement du critère du domicile par l'établissement des listes noires.

153. L'attachement traditionnel des États du *common law* au critère du domicile, n'était pas en mesure d'enlever toute importance à d'autres critères. En Grande-Bretagne, en vertu de l'amendement du *Trading with the Enemy Act* du 23 décembre 1915, le Roi était autorisé à établir des listes noires comprenant le nom des personnes avec lesquelles il était interdit

means to assuage or extinguish it, and yet, while he, continues in the country, he is known but as an enemy ». Pour cet arrêt v. aussi M. Domke, *Trading with the enemy in World War II*, *op.cit.*, p.29.

³⁹⁰ V. House of Lords, *Daimler Co. Ltd v. Continental Tyre & Rubber Co. Ltd.*, 1916, 2. A.C. 307 : « It is well established that trading with the most loyal british subject, if he be resident in Germany, would, during the present war, amount to trading with the enemy, and would be a misdemeanor if carried on without the consent of the Crown.; the reason being that the fruits of his action result to a hostile country and so furnish resources against his own country ».

³⁹¹ Pour un aperçu de la jurisprudence relative au domicile commercial v. M. Lewis, « Domicile as a test of enemy character », *op.cit.* P. ex. arrêt de la Cour d'appel britannique *Tingley v. Müller*, 1917, 2 Ch. 172-173, Opinion du juge Scrutton, dans l'affaire *Tingley v. Müller*, 1917, 2 Ch. 172-173, p. 61 : « Civil domicile is such as residence in a country as makes that country a person's home. Commercial domicile is such a residence in a country for the purpose of trade or otherwise as makes a person's trade or estate form part of its resources » Le domicile commercial est ainsi « in a peculiar sense considerably different from ordinary principle », « trade domicile in war applicable also to persons not engaged in trade », *idem*.

³⁹² T. Twiss, *Le droit des gens ou des nations considérés comme communautés politiques indépendantes*, Pedone, Paris, 1889, t. II, xxxiii-593 p., p. 303 : « On a dit quelquefois qu'il existe une distinction particulière relativement au domicile en temps de guerre, par opposition au domicile en temps de paix, et que comme une personne peut avoir de établissements dans deux pays pour des opérations commerciales, elle peut avoir en temps de guerre pour ces opérations à la fois un domicile neutre et un domicile belligérant. Il est vrai, en effet, que la loi municipale d'un État peut permettre à un citoyen d'avoir deux ou plusieurs domiciles pour les affaires civiles ; mais le domicile pour les affaires municipales est quelque chose de différent et doit être distingué du domicile pour affaires internationales. Un individu ne peut avoir qu'un domicile pour les affaires internationales dans le sens où le domicile sert de base pour juger si cet individu est ami ou ennemi ; car personne ne saurait, d'après le droit des gens, être à la fois ami et ennemi ». N. Bentwich, « International law as applied by England in the War », *AJIL*, 1915, vol. 9, pp. 352-371, p. 354 : « The test of subject and enemy, however, for the purpose of this prohibited trading, does not depend on national allegiance or on permanent domicile, but on a commercial domicile within the respective territories. Thus, on the outbreak of war trading is forbidden between all persons carrying on business in the belligerent's country and all persons carrying on business in the enemy's country ».

³⁹³ Ch. De Visscher, « Du caractère ennemi et de la condition des personnes ennemies quant à l'exercice de leurs droits civils », *The law quarterly review*, 1915, vol. 31, pp. 289-298, p. 293.

d'entretenir des rapports commerciaux et dont les biens étaient mis sous séquestre³⁹⁴. Cette prérogative dépassait les critères d'attribution du caractère d'ennemi selon le texte de la loi. La nationalité, ainsi que tout autre lien, pouvaient ainsi caractériser le lien de rattachement à l'État adverse. La référence à un critère unique s'est avérée insuffisante et pour cette raison le recours à une pléiade de liens de rattachement a été privilégié³⁹⁵. Une compétence équivalente à celle du Roi britannique a été reconnue au profit du Président des États Unis. Le Président était ainsi autorisé à établir des listes, sans aucune considération du domicile des personnes qui subissaient ainsi les effets d'interdiction des rapports commerciaux ou de mise sous séquestre de leurs biens³⁹⁶. Le Président a fait usage de cette prérogative à deux reprises, visant à inclure dans la catégorie d'ennemis certaines catégories de ressortissants allemands et austro-hongrois³⁹⁷.

154. La prédominance du critère du domicile, accompagnée de la prérogative d'attribuer le caractère ennemi par le biais de listes, caractérise aussi la législation de ces deux pays lors de la Seconde Guerre mondiale. Dans le cas britannique le pouvoir d'établissement des listes

³⁹⁴ V. J. E. G. de Montmorency, « The black list », *op.cit.* p. 29-35.

³⁹⁵ L'utilisation initiale du critère de résidence a été complétée par des textes qui font allusion aussi à la nationalité comme critère déterminant pour la qualification d'ennemi. V. *Trading with the Enemy (extension of Power) act 1915*, 5 & 6 Geo. V. Ch. 98, 23rd December 1915 : « His Majesty may by proclamation prohibit all persons incorporated or unincorporated, resident, carrying on business, or being in the United Kingdom from trading with any persons or bodies of persons not resident or carrying on business in enemy territory or in territory in the occupation of the enemy (other than persons or bodies of persons, incorporated or unincorporated, residing or carrying on business solely within his Majesty's Dominion) wherever by reason of the enemy nationality or enemy association of such persons or bodies of persons, incorporated or unincorporated, it appears to His Majesty expedient so to do, and if any person acts in contravention of any such proclamation, he shall be guilty of a misdemeanor trouble and punishable in like manner as the offence of trading with the enemy ». V. aussi Act to amend the Trading with the Enemy Acts, 27th January, 1916, 5&6 Geo. 5, Ch. 105 : « Art. 1 — -Where it appears to the Board of Trade that the business carried on in the United Kingdom by any person, firm, or company is, by reason of the enemy nationality or enemy association of that person, firm or company, or of the members of that firm or company or any of them, or otherwise, carried on wholly or mainly for the benefit of or under the control of enemy subjects, the Board of Trade shall [...] make an order either (a) prohibiting the person, firm, or company from carrying on the business, except for the purposes and subject to the conditions, if any, specified in the order ; or (b) requiring the business to be wound up ». Pour une tentative de justification de l'abandon par les britanniques de la référence exclusive au critère de résidence Parl. Papers, Misc. No. 36, 1916 (Cmd. 8353), Sir Edward Grey : « The Anglo-American doctrine crystallised at a time when means of transport and communication were less developed than now, and when, in consequence, the action of persons established in a distant country could have but little effect upon a struggle. Today the position is very different. [...] In fact it would be no exaggeration to say that German houses abroad have, in a large number of cases, been used as an integral part of an organization deliberately concerned and planned [...] for the furtherance of German political and military ambitions ». Cité par M. Lewis, « Domicile as a test of enemy character », *op. cit.*, p.77.

³⁹⁶ « Section 3, The word enemy is defined as follows [...] c)Such other individuals, or body or class of individuals, as may be natives, citizens, or subjects of any nation with which the United States is at war, other than citizens of the United States, wherever resident or wherever doing business, as the President, if he shall find the safety of the United States or the successful prosecution of the war shall so require, may, by proclamation include within the term "enemy" ». C. H. Hand, « The Trading with the Enemy act », *op. cit.*, p.116.

³⁹⁷ Le Président a émis deux proclamations dans l'exercice de ce pouvoir, la première, en date du 5 février 1918, étendant le caractère d'ennemi aux ressortissants, citoyens ou sujets de l'Allemagne ou de l'Autriche-Hongrie, internés ou détenus comme prisonniers de guerre par le département de la guerre, et la seconde, en date du 31 mai 1918, étendant le caractère d'ennemi à plusieurs autres catégories de ressortissants, citoyens et sujets d'Allemagne ou d'Autriche-Hongrie. Pour le texte de ces proclamations v. Hand, C. H., *idem*, p.122-123.

noires était attribué au *Board of trade*³⁹⁸. Aux États-Unis, le critère du domicile restait le critère de référence d'attribution de caractère ennemi. En outre, au Secrétaire d'État corroboré d'autres organes de l'exécutif était reconnu la possibilité d'élaborer une liste des nationaux bloqués. Cette prérogative lui donnait la possibilité de surmonter l'attribution du caractère ennemi en vertu d'un critère formel³⁹⁹. La référence explicite au critère de nationalité se trouve dans l'*executive order* 9193 du 11 mars 1942 qui portait sur les prérogatives de l'*alien property custodian*⁴⁰⁰. L'examen de l'arsenal de guerre en matière de contraintes économiques exercées à l'encontre des civils ennemis démontre la tendance vers une prolifération de liens susceptibles d'être utilisés pour l'attribution du caractère ennemi. Une marge d'appréciation très étendue était ainsi reconnue au profit des autorités des États en dépit de leur rattachement traditionnel au critère de résidence.

c. Le caractère ennemi attribué en fonction de la nationalité.

155. Les pays de tradition continentale étaient présumés attribuer une importance fondamentale au critère de nationalité. Toutefois, l'étude des règles précises portant sur le séquestre des biens ennemis ou sur les restrictions sur le commerce avec l'ennemi en France et en Allemagne imposent une reconsidération de cette thèse. En effet, en vertu du décret français du 27 septembre 1914, il était interdit aux sujets des empires d'Allemagne et d'Autriche Hongrie de se livrer directement ou par personne interposée, à tout commerce sur le territoire français ou de protectorat français. Sous l'influence exercée par l'Angleterre, les mesures d'interdiction de rapports commerciaux et de mise sous séquestre des biens privés atteignaient aussi les personnes résidant en États ennemis. La nationalité était ainsi employée de manière

³⁹⁸ *Trading with the enemy act*, 2&3 Geo. 6, c. 89, 5 September 1939 : « Section 2 — (1) Subject to the provisions of this section, the expression “enemy” for the purposes of this Act means — [...] b) any individual resident in enemy territory [...] (2) The Board of Trade may by order direct that any person specified in the order shall, for the purposes of this Act, be deemed to be, while so specified, an enemy ». M. Domke, *Trading with the enemy in World War II*, *op.cit.*, p.471. Pour une présentation des prérogatives d'élaboration de *statutory lists* conférées au *Board of Trade* v. C. Parry, « The trading with the enemy act and the definition of an enemy », *The modern law review*, 1941, vol. IV, pp. 161-182, p.178.

³⁹⁹ *Presidential proclamation n. 2497, Authorizing a proclaimed list of certain blocked nationals and controlling certain exports*, July 17, 1941, 6 federal Register 3355 (1941), M. Domke, *Trading with the enemy in World War II*, *op.cit.*, p. 455-457 : « Section 1 - The Secretary of State, acting in conjunction with the Secretary of the Treasury, the Attorney General, the Secretary of Commerce, the Administrator of Export Control, and the Coordinator of Commercial and Cultural Relations Between the American Republics, shall from time to time cause to be prepared an appropriate list of- (a) certain persons deemed to be, or to have been acting or purporting to act, directly or indirectly, for the benefit of, or under the direction of, or under the jurisdiction of, or on behalf of, or in collaboration with Germany or Italy or a national thereof; and (b) certain persons to whom, or on whose behalf, or for those account, the exportation directly or indirectly of any article or material exported from the United States, is deemed to be detrimental to the interest of national defense ».

⁴⁰⁰ *Executive order n. 9193, Amending executive order n. 9095, establishing the office of alien property custodian and defining its functions and duties and related matters*, March 11, 1942, 7 Federal register 1971 (1942) cite par Domke, *idem*, p.458-464 : « Art. 2 The Alien Property Custodian is authorized and empowered to take such action as he deems necessary in the national interest, including, but not limited to, the power to direct, manage, supervise, control or vest, with respect to c) any other property within the United States owned or controlled by a designated enemy country or national thereof [...] ».

conjointe au critère de domicile. Toutefois, le critère de nationalité a joué un rôle primordial, en tant qu'élément principal d'attribution du caractère ennemi, tandis que la résidence en territoire ennemi n'était pas mentionnée dans les différentes instructions sur le séquestre des biens ennemis⁴⁰¹. Des dispositions spéciales prévoyaient la non-saisie des biens des personnes relevant de certaines régions et de certaines nations soumises à l'adversaire. Dès les premiers jours de l'application du décret du 27 septembre 1914, des circulaires ont précisé que les mesures de séquestre n'étaient pas applicables aux Alsaciens-Lorrains⁴⁰², aux Polonais⁴⁰³ et aux Tchèques et cela en raison de la conformité de leurs aspirations nationales avec la cause nationale française⁴⁰⁴. Il appartenait alors au tribunal de se prononcer sur chaque cas individuel⁴⁰⁵.

156. En Allemagne, la référence au domicile en pays ennemi dans certains textes était remplacée par l'usage du critère de nationalité. La déclaration du 7 août 1914, interdisait tout recours devant les juridictions internes à toute personne domiciliée à l'étranger. La déclaration autorisait aussi le chancelier de l'empire à étendre la même interdiction, à titre de représailles, aux ressortissants d'un État ennemi. Une association étroite était ainsi opérée entre le domicile

⁴⁰¹ Chr. Dominicé, *op.cit.*, pp.115-116.

⁴⁰² Quant aux personnes domiciliées en Alsace-Lorraine, la France s'est déclarée non liée par le traité de Francfort du 11 décembre 1871. En vertu de ce traité, mettant fin à la guerre franco-allemande de 1870-1871, l'Allemagne y possédait un titre en tant que souverain et les personnes domiciliées en ces régions avaient la nationalité allemande. Dans le rapport du décret du 27 septembre 1914 (v. supra), il était précisé que « l'Empire allemand, en déclarant la guerre à la France avait rompu de son propre fait le traité ». *J. O.* du 28 septembre 1914, p. 8068. Le droit d'être délié par les dispositions d'un tel traité synallagmatique était reconnu pour les États contractants. Ceci avait été consacré par l'Institut du droit international dans sa 28^{ème} session en août 1912, tenue à Christiania. Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités : « Art. 2 — toutefois, la guerre met de plein droit fin [...] aux traités de nature politique ». « Art. 6 — À défaut de clause formelle contraire dans le traité de paix, on devra décider : 1 que les traités atteints par la guerre sont définitivement annulés. » À la suite de la caducité du traité, et l'Empire allemand étant reconnu comme puissance d'occupation, les habitants de ces régions n'étaient pas reconnus comme ses sujets légaux.

⁴⁰³ *Journal Le Temps*, 21 octobre 1914 : « Dans l'appel adressé aux Polonais, le 15 août 1914 au nom du Tsar, le grand-duc Nicolas, généralissime des armées russes, a proclamé la résurrection et l'autonomie de l'ancien royaume de Pologne. Cette décision politique, solennellement confirmée, doit amener, suivant nous, les puissances alliées à reconnaître d'ores et déjà, pour les ressortissants qui veulent s'en réclamer, l'allégeance russe et à les faire bénéficier de ce nouveau statut. Les Polonais, accidentellement Allemands ou Autrichiens, aujourd'hui en puissance d'autonomie polonaise et d'indigénat russe ne sauraient être maintenus en France dans la position de prisonniers de guerre ou d'internés forains ».

⁴⁰⁴ V. Circulaire télégraphique du 18 octobre du garde des Sceaux aux procureurs généraux : « Par ma circulaire télégraphique du 14 octobre dernier adressée aux procureurs généraux, j'ai indiqué que prescriptions de ma circulaire de la veille concernant (la) mise sous séquestre en exécution (du) décret (du) 27 septembre des maisons allemandes ou austro-hongroises ayant pratiqué ou pratiquant encore commerce, industrie ou agriculture en France ne sont pas opposables aux Alsaciens-Lorrains, Polonais et Tchèques. Cette exception à la mise sous séquestre bénéficie également aux simples particuliers visés par la circulaire du 16 octobre, elle ne constitue jamais qu'une pure faveur, et il va de soi qu'elle n'est pas applicable à tous les habitants ou originaires d'Alsace-Lorraine, de Pologne allemande ou autrichienne ou de Bohême de race slave ». Cité par A. Henry, « Les séquestres des biens austro-allemands », *op.cit.*, p.516.

⁴⁰⁵ V. p. ex. l'affaire du banquier Jules Dreyfus, originaire d'Alsace, qui réclamait la levée du séquestre de ses biens. Le juge en référé a débouté la demande de Dreyfus insistant sur le fait que l'exemption du séquestre était une simple faveur et aucun droit n'avait été conféré aux individus en vertu des circulaires ministérielles. « Attendu, dit son ordonnance, qu'au nombre de ces cas exceptionnels rentrerait celui des Alsaciens-Lorrains auxquels est, au plus juste titre, réservée la faveur de l'exemption du séquestre, quand ils sont de souche alsacienne-lorraine et que rien, soit au point de vue de leur attachement si généralement persévérant et fidèle à la mère-patrie, soit au point de vue de leur conduite, de leur réputation ou de leurs antécédents, ne vient contre-indiquer cette faveur ». Citée par Troimaux, *Séquestres et séquestrés*, *op.cit.*, p. 108.

et la nationalité, en tant que critères permettant d'imposer des restrictions au droit d'ester en justice⁴⁰⁶. En outre, le décret du 4 septembre 1914 relatif à la surveillance des établissements industriels ou commerciaux étrangers, ainsi que l'ordonnance du 31 juillet relative à la liquidation des entreprises britanniques, faisaient référence aux ressortissants des pays ennemis, mettant ainsi le critère de nationalité au premier plan⁴⁰⁷. La même solution a été adoptée par le décret du 26 novembre 1914 relatif au séquestre des entreprises françaises⁴⁰⁸. En effet, la mise sous séquestre ou même la liquidation dépendaient de la constatation d'un rôle actif joué par des ressortissants ennemis. L'attention est attirée par le fait que dans l'ensemble des mesures visant le statut personnel et patrimonial des civils ennemis, les autorités allemandes faisaient une référence constante aux représailles de guerre. L'usage simultané de plusieurs critères d'attribution de caractère ennemi pouvait ainsi être interprété comme réponse à des mesures équivalentes déjà prises par les adversaires⁴⁰⁹.

d. Le rejet de la nationalité en tant que lien formel avec un État : le dévoilement du caractère ennemi derrière la façade de nationalité non-ennemie.

157. La guerre a exercé une influence considérable sur la notion de nationalité comme lien de rattachement d'une personne physique à un État. Des tensions considérables ont surgi au sujet des personnes binationales dont la loyauté à l'égard de l'État belligérant était remise en question. En effet, l'État belligérant émettait des doutes quant à la loyauté de certains de ces ressortissants qui entretenaient des liens formels ou substantiels avec leur État d'origine. Des liens substantiels, fournissant des éléments de preuve d'une loyauté à l'égard de l'État adverse, permettait à l'État belligérant de reconsidérer sa décision d'attribution de nationalité. Le concept formel de nationalité était ainsi opposé à des représentations d'appartenance ethnoculturelle de certains groupes⁴¹⁰. Cette controverse a permis l'émergence de critères ethniques qui déterminaient de nouveau le contenu de la nationalité. La pratique de déchéance de nationalité pour des civils censés entretenir des liens avec les États adversaires était ainsi courante pendant la Première Guerre mondiale⁴¹¹.

⁴⁰⁶ Déclaration du 7 août 1914 relative à l'exercice des droits des personnes domiciliées à l'étranger, *Journal du droit international*, *Clunet*, 1915, p. 75.

⁴⁰⁷ Décret du 4 septembre 1914 relatif à la surveillance des établissements industriels ou commerciaux étrangers, *Journal du droit international*, *Clunet*, 1915 p. 77. Ordonnance du 31 juillet 1916, concernant la liquidation des entreprises britanniques, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1917, p. 354

⁴⁰⁸ Décret du 26 novembre 1914, Séquestre des entreprises françaises, *Journal du droit international*, *Clunet* 1915 p. 955.

⁴⁰⁹ A. Reulos, « Les séquestres et la gestion des biens des sujets ennemis en France », *Journal du droit international*, *Clunet*, 1917, vol. 44, pp. 24-48, p.30.

⁴¹⁰ D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit?: Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert*, Berlin, Suhrkamp, 2016, 772 p., p.100.

⁴¹¹ Il faut souligner que jusqu'à la Première Guerre mondiale, les mesures de déchéance de nationalité visaient les soldats. La déchéance de nationalité était perçue comme une mesure d'expulsion de la communauté militaire nationale, justifiable

158. Les conditions d'acquisition ou de perte d'une nationalité étaient ainsi soumises à un contrôle juridictionnel. L'examen de la part du juge de la « véritable nationalité » était rendu plus difficile après l'adoption de la loi allemande de 1913, qui permettait le maintien de la nationalité allemande en cas d'adoption d'une nationalité étrangère⁴¹². Ce choix a été perçu par les Anglais et les Français comme une tactique d'espionnage⁴¹³. La loi allemande représentait le triomphe du principe du *ius sanguinis*, aux dépens du *ius soli*, et son application permettait à l'Empire allemand de mettre l'accent sur l'aspect ethnique de ses ressortissants⁴¹⁴. Il était permis aux Allemands de garder leur nationalité initiale en cas d'obtention d'une nationalité nouvelle sous condition d'avoir reçu « avant l'acquisition de la nationalité d'État étranger, l'approbation écrite de l'autorité compétente de l'État dont il est originaire, en vue de la conservation de sa nationalité d'État »⁴¹⁵.

en cas de désertion. La déchéance de nationalité pour les civils sur le fondement du soupçon de déloyauté constituait une nouvelle évolution du droit de la nationalité. V. Gosewinkel, *idem*, p.120.

⁴¹² En adoptant ce système, le législateur allemand s'est opposé à la conception de Bluntschli selon lequel le cumul de deux nationalités était interdit comme inconciliable avec le droit et avec les bonnes relations qui doivent exister entre les peuples J. C. Bluntschli, *Le droit international codifié*, Paris, Guillaumin et c., 1886, xxviii-606 p., p.337.

⁴¹³ J. Signorel, *Le statut des sujets ennemis*, Paris-Nancy, Berger Levrault, 1916, xv-200 p., p. 10 : « En fait, beaucoup d'Allemands ont profité des facilités que donne notre législation pour acquérir la nationalité française. Le plus grand nombre a été guidé non point par l'amour de la France, de son caractère et de ses institutions, mais bien par le désir d'une implantation industrielle ou commerciale, et aussi et surtout par la perspective de pouvoir pratiquer plus librement l'espionnage, et tout cela sans abdiquer en rien leurs sentiments patriotiques, sans cesser un seul instant de rester attachés à leur patrie. Cette incitation à acquérir fictivement une nationalité étrangère, tout en maintenant le lien de l'Allégeance primitive, est une des inventions les plus curieuses de l'Allemagne à l'effet de donner à ses nationaux toutes les armes possibles afin d'engager dans les meilleures conditions la lutte économique et aussi... l'autre ». Clemens von Delbrück, secrétaire d'État au ministère fédéral de l'intérieur, déclara à l'office de l'intérieur, le 23 février 1912 devant le *Reichstag* : « Il est vrai que nous reconnaissons qu'il y a des cas où un citoyen allemand se trouvant à l'étranger pourrait avoir un intérêt à acquérir, à côté de sa vieille nationalité, une nouvelle nationalité, et que, tout en possédant cette dernière, il pourrait, en même temps, représenter utilement les intérêts de sa vieille patrie. Pour faire face à cette éventualité, nous avons édicté dans la loi nouvelle une disposition déclarant que ceux qui auront demandé et acquis la nationalité dans un pays étranger, mais en auront préalablement averti les autorités compétentes de leur pays et en auront obtenu l'autorisation, ne perdront pas la nationalité allemande ». v. Signorel, *op.cit.*, p. 11.

⁴¹⁴ Gosewinkel met l'accent sur l'effet de cette loi d'exclure toute prétention à l'obtention de la nationalité allemande par des émigrés en Allemagne venant de l'Europe de l'Est. Il attribue à la loi de 1913 les traits d'un mécanisme ou d'une institution relevant d'une structure étatique potentiellement fermée (*Institution potentiell geschlossener Staatlichkeit*). D. Gosewinkel, *Einbürgern und Ausschließen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, 472 p., p. 324. Par conséquent, une assimilation s'est produite entre les membres de l'ethnie allemande et ceux qui avaient sa nationalité. P. 324-325 : « La transmission de la nationalité selon le principe de filiation correspondait en outre de manière particulière aux conceptions ethniques de l'homogénéité, qui se fondaient sur la qualité "objective" de la qualité d'"Allemand" et sur sa transmission génétique. [...] Dans l'ensemble, la nationalisation du citoyen au sens d'un alignement de la nationalité sur les conceptions pré-étatiques et pré-politiques de la nation trouvait sa légitimation juridique dans le *ius sanguinis* ». A. Bauerkämper, *Sicherheit und Humanität im Ersten und Zweiten Weltkrieg Der Umgang mit zivilen Feindstaatenangehörigen im Ausnahmezustand*, De Gruyter, Berlin, 2021, pp.1153, p.151 : « Selon la conception de la nation qui s'est imposée au XIXe siècle, un peuple homogène devait habiter un État territorial national dans lequel le gouvernement régnait souverainement. Cependant, un autre concept a gagné du terrain : l'appartenance à une nation n'était plus principalement définie en termes territoriaux, mais liée à l'ascendance, qui était désormais considérée comme une preuve de loyauté politique et d'identification émotionnelle à la nation concernée. Ainsi, à partir de la fin du XIXe siècle, plusieurs États européens ont remplacé le *ius soli* par le *ius sanguinis* ».

⁴¹⁵ *Reichs — und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 23.7.1913* Art. 25 par. 2 : « Ne perd pas sa nationalité toute personne qui, avant l'acquisition de la nationalité étrangère, a obtenu à sa demande l'autorisation écrite de l'autorité compétente de son pays d'origine de conserver sa nationalité. Le consul allemand doit être consulté avant la délivrance de l'autorisation ». Cité par D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit ?*, *op.cit.*, p.122.

159. Le soupçon à l'égard des personnes binationales se trouve à l'origine d'un processus de reconsidération de la nationalité, comme lien de rattachement à un État, en temps de guerre. La menace d'actes d'espionnage est la raison pour laquelle l'État voulait réclamer sa compétence à être délié du lien qui le liait à ses propres ressortissants⁴¹⁶. Pour faire face à ces dangers, la loi française du 7 avril 1915 a autorisé le Gouvernement à revenir sur la naturalisation d'anciens sujets des puissances en guerre avec la France. L'article 1 de la loi soumettait le retrait de naturalisation à des conditions de fond et de forme en distinguant entre les cas de déchéance facultative et obligatoire⁴¹⁷. Un effet rétroactif était reconnu au retrait de naturalisation en vertu du paragraphe 5 de l'article 2 qui prévoyait qu'il produirait « de plein droit ses effets à partir de la déclaration de guerre ». Néanmoins, il était précisé, dans l'article 3, que cette rétroactivité ne pouvait pas « préjudicier aux droits des tiers de bonne foi ». Des solutions similaires ont été privilégiées en Grande-Bretagne. En effet, le Parlement britannique a voté un amendement de la loi sur la nationalité. L'amendement prévoyait la déchéance de la nationalité, si, par exemple, une personne naturalisée anglaise avait exercé une activité de commerce avec des pays ennemis pendant la guerre ou avait conservé la nationalité d'un tel pays⁴¹⁸. Ces mesures prises par les États belligérants s'inscrivent dans une tendance d'ethnicisation du droit de la nationalité, perçue comme moyen de défense d'une société mobilisée dans un conflit total. La conception contractuelle de la nationalité avait comme effet la reconnaissance de la part de l'État de sa prérogative à retirer son consentement déjà émis. En raison du maintien de la nationalité de l'État ennemi, la condition résolutoire qui se trouvait dans le contrat bilatéral d'attribution de nationalité était remplie⁴¹⁹. Sous la pression des circonstances exceptionnelles, la déchéance

⁴¹⁶ V. le passage de l'exposé des motifs du projet de loi du 22 décembre 1914 : « D'après la législation en vigueur, le bénéfice de la naturalisation reste acquis définitivement à ceux à qui elle a été accordée, sauf dans les quelques cas où la qualité de Français se perd de plein droit en vertu de l'article 17 du Code civil, et il ne peut être retiré par le Gouvernement, même si, en raison de certains de leurs actes, il est permis de douter de l'Attachement des naturalisés à notre pays ». Cité par G. Jèze, « Les lois rétroactives, à propos de la loi du 7 avril 1915 autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1916, pp. 26-51, p.31.

⁴¹⁷ « Article premier — En cas de guerre entre la France et une puissance à laquelle a ressorti un étranger naturalisé, celui-ci pourra être déchu de la naturalisation, lorsqu'il aura conservé la nationalité de son pays d'origine ou du pays dans lequel il a été antérieurement naturalisé. La déchéance sera obligatoire : si le naturalisé a recouvré une nationalité antérieure ou acquise toute autre nationalité ; s'il a, soit porté les armes contre la France, soit quitté le territoire français pour se soustraire à une obligation d'ordre militaire ; soit enfin si, directement ou indirectement, il a prêté ou tenté de prêter contre la France, en vue ou à l'occasion de la guerre, une aide quelconque à une puissance ennemie. [...] ». Cité par A. Reulos, *Manuel des séquestres*, *op.cit.*, p. 19.

⁴¹⁸ *The British nationality and status of aliens act* 1918, section I.7 (2), 3(2), cité par Gosewinkel, *Schutz und Freiheit*, *op.cit.*, p. 121.

⁴¹⁹ L'interrogation sur la déchéance de nationalité présuppose une réflexion sur la nature du droit à la nationalité. Si l'octroi de nationalité n'est pas interprété comme le résultat d'un recours des volontés instituant un lien contractuel, mais sa source réside uniquement dans la loi relevant d'une décision unilatérale, il est présenté comme l'expression d'une volonté souveraine, supérieure à celle des particuliers. Selon cette hypothèse, la déchéance de nationalité ne porte pas atteinte aux droits subjectifs de l'individu. L'exemple de l'opinion de Jèze pouvait être évoqué. Jèze rejetait de manière explicite la théorie contractuelle de l'octroi de nationalité. « La naturalisation est essentiellement un acte juridique unilatéral, ce n'est pas un contrat, avec condition résolutoire sous-entendue. Il n'est pas sous-entendu que la

était conçue comme une sanction juridique de l'absence de sincérité de la part de la personne qui avait réclamé la naturalisation. Applicable tout particulièrement aux anciens sujets des puissances en guerre avec la France — Allemands, Austro-Hongrois et Ottomans — naturalisés Français, la loi du 7 avril 1915 n'était que le complément nécessaire des lois et décrets qui tendent à enlever aux ressortissants des puissances en guerre avec la France, la possibilité de participer à la vie économique du pays et continuer à s'enrichir pendant la durée des hostilités sous la protection des lois françaises. Les mêmes finalités étaient servies par la loi britannique. Aucune voie de recours n'était reconnue aux personnes, sauf en cas d'erreur commise au sujet de la nationalité de la personne⁴²⁰. La personne déchue de sa nationalité devait subir les effets de mesures exceptionnelles de police administrative applicables aux civils ennemis. Des mesures de contrainte économique pouvaient ainsi être justifiées par référence à la nationalité d'origine d'une personne physique, au-delà des apparences d'appartenance d'un individu au corps national. La nationalité perdait ainsi en importance en tant que lien formel de rattachement à un État.

e. Le rejet systématique d'un seul critère de détermination du caractère ennemi.

160. En dépit de l'attachement traditionnel soit au critère de domicile soit à celui de nationalité, les États belligérants s'appuyaient sur une pluralité d'éléments pour procéder à une qualification dont l'effet était la mise en œuvre d'un régime discriminatoire portant préjudice à la condition personnelle et patrimoniale des ressortissants de l'adversaire. Sous l'influence des États mettant l'accent sur des liens moins formels, la législation française de la Seconde Guerre mondiale a accordé un rôle secondaire à la nationalité. En effet, le décret relatif à l'interdiction des rapports avec les ennemis du 4 septembre 1939, attribuait le caractère ennemi « aux ressortissants ennemis se trouvant en territoire métropolitain ou colonial de l'ennemi, ou en territoire occupé par l'ennemi, ou ayant leur résidence habituelle dans un de ces territoires ». En outre, le même décret faisait usage du critère de nationalité qualifiant d'ennemis « les

naturalisation est accordée sous la condition résolutoire que le naturalisé se conduira bien, en sorte que, si le naturalisé manque gravement à ses devoirs de nationalité française, la condition résolutoire jouera et la naturalisation sera résolue rétroactivement, sera à considérer comme n'ayant jamais été obtenue. » Les lois rétroactives, p.45. Jèze soulignait la différence entre un droit et un statut légal, considérant que l'octroi de nationalité constitue un acte d'application d'un statut créé par la loi à un individu. Il considère ainsi que « ce statut ne peut être arbitrairement retiré à l'individu, au gré des passions et des dénonciations ». G. Jèze, « Les lois rétroactives, à propos de la loi du 7 avril 1915 autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France », *op.cit.*, p. 41. L'octroi de nationalité, selon cette conception, est de nature extracontractuelle et intervient en exécution d'une loi générale dont le bénéfice est assuré à toute personne réunissant certaines conditions déterminées. Cette dernière conception est reflétée dans l'article 17 du Code civil qui énumère, de manière imitative, les raisons pour lesquelles un individu perd la qualité de Français. La loi du 7 avril 1915 a été conçue comme mesure de défense déterminée par l'état de guerre et, par conséquent, essentiellement transitoire jusqu'à l'établissement de la paix.

⁴²⁰ A. Weiss, *Traité de droit international privé*, Larose, Paris, 1892, t.2, xix-916 p., p.92 ; J. Valéry, *Manuel de droit international privé*, Paris, Fontemoing et Cie, 1914, viii-1391 p., n.308 et 311.

ressortissants ennemis internés en France métropolitaine, en Algérie, dans les colonies françaises ou dans un pays allié »⁴²¹. Par conséquent, le décret relatif au commerce avec l'ennemi utilisait la nationalité comme critère complémentaire associé à l'internement des civils ennemis. Les mêmes critères d'attribution de caractère ennemi étaient employés par le décret du 4 septembre relatif à la déclaration et mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis⁴²². Les deux décrets portant sur les contraintes économiques exercés sur les civils ennemis prévoyaient aussi la possibilité pour le ministre des Affaires étrangères d'arrêter une « liste officielle d'ennemis » comprenant les noms d'individus qui autrement n'entraient pas dans les catégories des personnes affectées par les mesures. L'étude de ce dispositif démontre la prévalence d'un système de liens de rattachement multiples. Un rôle plus significatif a été attribué à la nationalité dans le décret du 9 octobre 1943 émis par le Comité français de libération nationale. Optant pour un usage plus systématique du critère de nationalité, le décret de 1943 ajoutait à celui de 1939 portant sur le séquestre des biens privés, la prévision selon laquelle étaient réputés ennemis « tous ressortissants ennemis même non internés, qui avant le 1er septembre 1939 résidaient hors des territoires français »⁴²³. Cette référence au lien de nationalité s'explique comme outil de renforcement de la pression économique exercée sur les États ennemis et sur les personnes associées à ceux-ci, dans le cadre d'une guerre économique totale. L'usage d'une pluralité de critères d'attribution du caractère ennemi caractérise aussi l'ordonnance du 5 octobre 1944 relative à la déclaration et à la mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis⁴²⁴. En effet, pour l'ordonnance, étaient réputés ennemis, d'une part « tous les ressortissants d'États ennemis, quel que soit le lieu de leur domicile ou de leur résidence habituelle », et d'autre part « toutes les personnes physiques résidant sur le territoire d'un État ennemi »⁴²⁵.

⁴²¹ Décret relatif aux interdictions et restrictions de rapports avec les ennemis et les personnes se trouvant sur un territoire ennemi ou occupé par l'ennemi : Rapport de Daladier, à titre de président du conseil et ministre de la défense nationale et de la guerre, *J.O.* 4 septembre 1939 p. 11087 ; Deuxième décret du même jour relatif à l'interdiction et restriction des rapports avec les ennemis, *J.O.*, 4 septembre 1939, p. 11089.

⁴²² Décret relatif à la déclaration et mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis, 1 septembre 1939, *J.O.*, 4 septembre 1939, p. 11091. La seule différence réside dans le fait que pour la mise sous séquestre des biens étaient n'étaient pas réputés ennemis les personnes ayant leur résidence en territoire occupés par l'ennemi.

⁴²³ Décrets pris par le comité français de libération nationale, *J.O. de la République française* (imprimé à Alger) (version papier numérisée) n° 0026 du 9 octobre 1943, p. 183 et s.

⁴²⁴ Ordonnance du 5 octobre 1944 relative à la déclaration et à la mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis, *J.O.* 7 octobre 1944, p. 885 et s.

⁴²⁵ L'article 2 prévoyait que les États considérés comme États ennemis aux fins de l'ordonnance étaient « l'Allemagne, la Bulgarie, la Finlande, la Hongrie, l'Italie, le Japon, la Roumanie, et la Thaïlande ». L'article 7 de l'ordonnance enlevait l'importance du critère de nationalité prévoyait que « ne sont pas mis sous séquestre les biens, droits et intérêts des ennemis qui, résidant sur une partie non occupée du territoire français ou du territoire d'une nation alliée, n'ont pas fait l'objet d'une mesure d'internement ou ne figurent pas sur la "liste officielle d'ennemis". Il semble ainsi que la solution du décret de 1939 a été privilégiée au détriment de celle du décret de 1942.

161. La législation allemande portant sur les biens des civils ennemis pendant la Seconde Guerre mondiale présente des similitudes apparentes avec les lois émanant des autres États belligérants. En vertu du décret du 15 janvier 1940 relatif aux restrictions en matière de droits économiques et à la désignation d'administrateur des biens ennemis, le caractère ennemi était attribué aux personnes physiques ayant la nationalité des États adversaires ou ayant leur domicile sur le territoire d'un État ennemi⁴²⁶. Par conséquent, même les ressortissants allemands ayant leur domicile dans l'État ennemi, étaient également qualifiés d'ennemis⁴²⁷. Les commentateurs du dispositif portant sur les biens ennemis ont souligné que l'usage du principe de domicile était justifiable pour toucher en particulier les Juifs possédant la nationalité allemande et étant réfugiés hors du *Reich*⁴²⁸. Toutefois, la législation allemande ne prévoyait pas la possibilité d'établissement de listes noires permettant l'élargissement de la catégorie d'ennemis sans aucune considération d'un critère formel, qu'il s'agisse de la nationalité ou du domicile⁴²⁹. Les mesures prises par le Troisième *Reich* à l'encontre des biens des civils ennemis attachés aux États adversaires soit par le biais du lien de nationalité, soit par le domicile s'inscrivaient dans le cadre des rapports de contrainte économique liant l'ensemble des belligérants. La nationalité ennemie ou le domicile en pays ennemis engendraient l'application d'un régime de contrainte économique dont l'intensité n'était pas comparable à celle des mesures affectant d'autres personnes relevant de la catégorie de l'ennemi interne⁴³⁰. L'interrogation portait principalement sur le sort des biens des Juifs qui étaient en même temps ressortissants des pays ennemis. En l'occurrence, le statut de ressortissants ennemis était concurrencé par le statut spécial des Juifs⁴³¹. Dans ces cas, une des qualités devait prévaloir, à

⁴²⁶ Ph. Möhring, « Die Behandlung feindlichen Vermögens im Inland », *op. cit.*, p.125.

⁴²⁷ Sur la différence entre le domicile (*Wohnsitz*) et la résidence permanente (*dauernde Aufenthalt*) en tant que critère non retenu v. Krieger Hefermehl, *Kommentar, op.cit.*, p.12.

⁴²⁸ *Idem*, p.15.

⁴²⁹ *Idem*, p.11 ; H. Strebel, « Die Behandlung des feindlichen Vermögens », *op.cit.*, p.894 ;

⁴³⁰ L'exclusion des juifs de l'économie allemande s'est cristallisée à des règles précises avec l'ordonnance du 23 novembre 1938 et celle du 3 décembre de la même année dont l'objectif était l'éradication de toute influence juive sur l'économie allemande V. en détail W. Hefermehl, « Die Entjudung der deutschen Wirtschaft », *Deutsche Justiz*, Heft 50, 16 décembre 1938, p. 1981–1984.

⁴³¹ Ce statut spécial, régi par un droit spécial conduisait « à un statut de non-droit et à l'exclusion de la personne à laquelle ce statut était conféré de la communauté de droit (*Rechtsgemeinschaft*) ». D. Majer, *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems: Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei*, Kohlhammer, Stuttgart, 1987, vii-254, p. 158.

p. 164 : « Il apparaît clairement que le concept d'inégalité entre les peuples ou de droit spécial n'était pas un concept juridique, mais un simple instrument pour les mesures de discrimination envisagées. Il n'était donc même pas possible de délimiter l'étendue des pratiques dont le fondement était ce droit spécial sur la base de critères formels quelconques et donc de les rendre prévisibles. La notion de droit spécial, d'exclusion, ou quel que soit le terme utilisé, est donc une notion idéale pour toute dictature : elle est déterminée uniquement par ce que l'on appelle l'opportunité politique, c'est-à-dire par la simple volonté du détenteur du pouvoir, qui n'est soumise à aucune limite ». Jouanjan, *Justifier l'injustifiable, op.cit.*, p. 282 : « La question juive introduit dans le droit un paradoxe, une antinomie même et en tout cas une sorte de boucle étrange : si le droit est la forme de vie du peuple allemand, quel peut être le statut juridique de celui qui, par sa nature même, ne saurait participer d'une manière quelconque de ni à cette forme de vie ? La réponse fut *Sonderrecht* : un droit 'spécial', 'spécifique' et plus précisément encore un 'droit séparé'. Car la pensée 'anti-séparatrice présuppose une séparation première et radicale, la séparation des races', *idem* p. 283 : 'Mais ce droit séparé, concocté par une pensée

savoir soit la qualité d'ennemi (*Feindeigenschaft*) soit celle de Juif (*Judeneigenschaft*). La politique générale du *Reich* était de mettre l'accent sur leur qualité de ressortissants de l'État ennemi, par peur de prise de mesures de représailles et d'imposition de mesures supplémentaires à certaines catégories de ressortissants étrangers, non identifiés comme catégories juridiques autonomes dans les autres ordres juridiques⁴³². Il s'agissait d'une de rares fois où un lien abstrait et formel, à savoir la nationalité étrangère, par exemple britannique ou française, pouvait primer sur le critère prétendument substantiel de race des « allogènes »⁴³³. Les autorités allemandes ne voulaient pas donner l'impression de liquidation, par peur de généralisation des mesures de représailles affectant le sort des propriétés allemandes sises dans les États ennemis. Ainsi, les biens des Juifs de nationalité ennemie n'étaient affectés que par les mesures générales affectant les biens ennemis. Les mesures de liquidation concernaient seulement les Juifs ayant acquis la nationalité étrangère pendant la guerre, puisque l'obtention d'une telle nationalité n'était pas reconnue comme valide par les autorités du *Reich*⁴³⁴.

§2 La personne morale et le caractère crucial du critère de contrôle ennemi.

162. La diversité d'éléments attributifs du caractère ennemi aux personnes physiques caractérise aussi la qualification d'ennemi des personnes morales. La détermination en temps de guerre du caractère ennemi des sociétés commerciales est dominée par des considérations différentes par rapport à celles qui déterminent leur rattachement à un ordre juridique en temps de paix (a). À côté des critères traditionnels de rattachement d'une personne morale à un ordre juridique, une importance particulière a été attribuée à la notion du contrôle, lorsque, quel que soit le lieu d'incorporation ou d'activité d'une personne morale, le caractère ennemi dépendait de l'origine de ses capitaux, ou des membres de ses organes. La qualification d'ennemi en

anti-séparatiste, ne fit guère l'objet de commentaires, d'explications, d'exégèses. On s'en tenait à de vagues généralités. Il y avait peu à dire sur un droit exclusivement négatif : ses mots sont *Ausscheidung*, *Ausschluß*, qui disent l'exclusion, *Verbot*, l'interdiction, *Absonderung* la séparation isolatrice, *Nichzulassung*, la non-autorisation, etc'. L'auteur s'appuie sur la définition de *Sonderrecht* de Georg Dahm, *Deutsches Recht*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1944, 348 p. pour affirmer que '[c]e *Sonderrecht* est un droit spécifique aux Juifs qui exclut ceux-ci, dit Dahm comme en un aveu insensé, du 'commerce juridique'. Un aveu, mais insensé, car la fonction du droit n'est-elle pas précisément d'organiser et rationaliser le 'commerce juridique', c'est-à-dire le système des échanges et des relations entre humains ? Ce droit séparé est donc le droit du manque de droit. Celui qui est assigné à l'espace de ce droit spécifique se retrouve donc à l'intérieur du champ d'application d'un droit qui l'expulse hors du droit', O. Jouanjan, 'Un 'droit normal' dans la situation anormale ? Sur le 'droit nazi' et ses espaces concentrationnaires', *Droits*, 2018, n. 67, pp. 169-185, p.182.

⁴³² V. en détail St. Lindner, *Das Reichskommissariat*, *op.cit.*, p. 133 et s.

⁴³³ « Les *Artfremde* (Allogènes) par leur nature — leur "race" — ne pouvaient avoir aucun lien concret d'appartenance à une communauté populaire fondée sur le sang, quelle que soit d'ailleurs leur nationalité abstraite et formelle ». Jouanjan, *idem*, p. 174. Sur l'usage du terme *artfremd* par allogène, l'auteur précise que « ce mot appartient au lexique raciste du nazisme. C'est l'étranger à la "race". Mais le préfixe "Art", dans l'histoire naturelle et sa taxinomie, désigne plus précisément l'espèce. Le mot *artfremd* dit donc toute la radicalité biologique du racisme nazi : étant *artfremd*, le Juif est étranger à l'espèce allemande ».

⁴³⁴ St. Lindner, *op.cit.*, p. 142.

fonction des caractéristiques des personnes physiques qui composent la personne morale semble mettre en doute la reconnaissance d'une personnalité qui lui serait propre. Normalement, l'acte d'incorporation d'une personne morale conduit à l'acquisition d'une personnalité juridique dissociable des personnes physiques qui contribuent à sa formation. Le caractère indépendant de la personne morale apparaît souvent comme une fiction⁴³⁵. En temps de guerre cette fiction se laisse fléchir et l'écran de la personnalité juridique autonome se brise pour des raisons d'ordre public. En effet, en temps de guerre des liens relativement stables comme ceux déterminés en vertu de l'acte d'incorporation ou du siège social d'une société s'adaptent mal aux exigences de contraintes économiques ciblant les civils ennemis dont relève la mise sous séquestre des biens privés. En temps de guerre, il convient de découvrir derrière des combinaisons souvent ingénieuses la présence d'intérêts ennemis, et rechercher, dans chaque cas, la source réelle d'influence et de contrôle. À la lumière de ces considérations peut être examiné la pratique des États belligérants pendant la Première (b) et de la Seconde (c) Guerre mondiale.

a. Des critères autonomes par rapport à ceux employés en temps de paix.

163. L'interrogation autour de la nationalité des personnes morales dans le cadre d'une guerre semble être caractérisée de plusieurs spécificités. À la lumière de la jurisprudence de plusieurs États belligérants dégageant le critère du contrôle, l'interrogation émerge quant à l'autonomie des critères de rattachement d'une personne morale à un État en temps de guerre par rapport à ceux employés en temps de paix. En effet, la finalité de mesures protectionnistes comme celles dictant l'interdiction du commerce avec l'ennemi obéissent à une logique autonome et pour cette raison, les critères ordinaires de rattachement d'une personne morale à un ordre juridique peuvent ne pas être opératoires. À l'occasion de la solution du recours au critère du contrôle, les doutes quant à l'opportunité de la reconnaissance de « nationalité » aux personnes morales

⁴³⁵ Pour une présentation de la jurisprudence constante en matière de reconnaissance de personnalité juridique indépendante au profit des personnes morales, v. House of Lords, *Salomon v A Salomon and Co Ltd*, 1897, A.C. 22, 66 L. J. Ch. Div. 35, Lord Halsbury : « Once the company is legally incorporated it must be treated like any other independent person ». L'interrogation porte sur les moyens de dépassement de cette fiction, à savoir l'attribution de personnalité à la personne morale. V. à ce sujet, M. Wormser, *Disregard of the corporate fiction and allied corporate problems*, Baker, Voorhis and Co., New York, 1927, 224 p. Des juridictions internes au dû ainsi se prononcer sur la portée normative de cette fiction juridique. V. Court of the King's Bench, *Mostyn v Fabrigas* 1794, Cowper, 161, Lord Mansfield : « A fiction of law shall never be contradicted so as to defeat the end for which it was invented, but for every other purpose it may be contradicted ». V. aussi Court of the King's Bench, *Morris v Pugh*, 1790, 3 Burrow, 1241, Lord Mansfield : « But fictions of law hold only in respect of the ends and purposes for which they were invented; when they are urged to an intent and purpose not within the reason and policy of the fiction, the other party may show the truth ». Court of the King's Bench, *Johnson v. Smith*, 1790, 2 Burrow 950 : « But the court would not endure that a mere form, or fiction of law, introduced for the sake of justice, should work a wrong, contrary to the real truth and substance of the thing ».

se sont multipliés⁴³⁶. La nationalité comme critère d'application des mesures ayant une finalité de guerre semble changer de caractère par rapport à la nationalité comme « pure matière de droit privé, ne paraissant mettre en cause que des intérêts tout à fait particuliers »⁴³⁷. Réfléchir sur les nationalités en période de guerre implique la prise en considération du « sentiment impérieux de la défense de l'État »⁴³⁸. Cette tentative d'identification des critères de rattachement autonome renvoie à l'appartenance économique d'une personne à un État⁴³⁹. Cette argumentation était utilisée par les tribunaux quand ils voulaient démasquer la vraie identité d'une société, cachée derrière l'identité d'apparence.

b. Le recours à une pluralité de critères par les États belligérants pendant la Première Guerre mondiale pour saisir la réalité d'une influence ennemie exercée sur une personne morale.

164. Poussés par l'impératif de découverte de l'influence ennemie exercée sur les personnes morales, les États belligérants ont employé une pluralité de critères pour attribuer le caractère ennemi aux personnes morales. Les règles allemandes relatives à la gestion des biens privés ennemis en offrent un exemple emblématique. En effet, le décret de septembre 1914 relatif à la surveillance des établissements industriels et commerciaux, prévoyait un faisceau de critères susceptibles de justifier l'octroi du caractère ennemi. Le décret prévoyait que les autorités centrales des différents États fédérés pouvaient ordonner la mise sous séquestre des biens des personnes morales « qui se trouvent sous la direction ou la surveillance de ressortissants des pays ennemis, ou bien dont la production est destinée soit en totalité, soit en partie à des nations

⁴³⁶ V. p. ex. le rejet du concept de nationalité par Th. Baty, cité par E. Marburg, *Staatsangehörigkeit und feindlicher Charakter juristischer Personen: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Gemischten Schiedsgerichte*, Berlin, F. Vahlen, 1927, xvi-114 p., p. 108 : « Let us disabuse our minds of the Prussian notion that a corporation is a real through perhaps a singular sort of person, with feelings and moral rights [...]. Then we shall admit that a shorthand phrase has no nationality and no domicile, and we shall discard these perplexing and irrelevant encumbrances from our purview ».

⁴³⁷ J.P. Niboyet, « La Nationalité en France », *Journal des Débats politiques et littéraires* n. 286, 14 octobre 1924, pp.1-2. L'auteur souligne la nécessité d'identification des formes de l'infiltration allemande, en dépassant le droit privé qui s'est montré en défaut pour déceler l'activité des ennemis. Ces considérations lui permettent d'affirmer que « le droit international privé n'est qu'un des aspects du droit public et même du droit des gens ». V. aussi à ce sujet la circulaire du garde des Sceaux du 29 février 1916 : « Les formes juridiques dont la société est revêtue, le lieu de son principal établissement tous les indices auxquels s'attache le droit privé pour déterminer la nationalité d'une société sont inopérants alors qu'il s'agit de fixer au point de vue du droit public le caractère réel de cette société-Elle doit être assimilée aux sujets de nationalité ennemie dès que, notoirement sa direction ou ses capitaux sont en totalité ou en majeure partie entre les mains de sujets ennemis, car en pareil cas derrière la fiction du droit privé se dissimule vivante et agissante la personnalité ennemie elle-même », cité par H. E. Barrault, « Des entreprises austro-allemandes constituées sous forme de sociétés françaises et de l'influence de la présence d'austro-allemands dans les sociétés », *Revue de droit international privé*, 1916, pp. 169-198, p.173

⁴³⁸ J.P. Niboyet, *idem*.

⁴³⁹ Held emploie les termes *Wirtschaftszugehörigkeit* et *Wirtschaftskonnexität* pour qualifier ce nouveau lien qui n'est perceptible qu'en période de guerre. H. Held, « *Wirtschaftskrieg* », pp. 576-634, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 3, 1929, 1316 p.

ennemis »⁴⁴⁰. Le décret du 26 novembre portant sur le séquestre des entreprises françaises utilisait comme critère de qualification ennemie la nationalité française des personnes physiques possédant le capital d'une entreprise en totalité ou pour la plus grande part⁴⁴¹. Cette pluralité des critères n'a pas été reprise par le décret du 7 octobre 1915, relatif à la déclaration des biens appartenant aux sujets ennemis, et qui faisait dépendre le caractère ennemi attribué à des personnes morales de leur siège en pays ennemi⁴⁴². Les décrets de 1916 qui prévoyaient la possibilité de liquidation des entreprises britanniques et françaises faisaient dépendre le caractère ennemi de plusieurs critères alternatifs, à savoir la nationalité anglaise ou française des personnes physiques auxquelles appartenait la majorité du capital des entreprises, leur direction ou leur surveillance effectuée de la France ou de la Grande-Bretagne⁴⁴³. Par l'usage de cette pluralité de critères, l'Allemagne visait à dévoiler la vraie identité d'une personne morale au-delà d'un simple lien formel susceptible d'attribuer la nationalité à une société en temps de paix. Il faut rappeler que dans l'ensemble des décrets portant sur la gestion des biens privés, figurait l'argument de représailles. Par mesure de représailles était dictée non seulement la mise sous séquestre des biens privés, mais aussi l'usage d'une pluralité de critères pour l'attribution du caractère ennemi.

165. Des États qui traditionnellement s'appuyaient sur le critère d'incorporation, ou du lieu d'enregistrement, pour déterminer la nationalité d'une société ont fait usage du critère du domicile commercial pour déterminer son caractère ennemi. Cette évolution caractérise les règles relatives au commerce avec l'ennemi en Grande-Bretagne, pays traditionnellement attaché au système d'incorporation pour l'octroi de la nationalité britannique. La proclamation du 9 septembre 1914 prévoyait que le critère d'attribution de caractère ennemi aux groupements incorporés, était l'incorporation dans un pays ennemi⁴⁴⁴. En vertu de la proclamation royale du 16 février 1915, le territoire occupé par l'ennemi était assimilé au territoire ennemi et par

⁴⁴⁰ Décret (Bekanntmachung) du 4 septembre 1914, relatif à la surveillance des établissements étrangers, *Journal du droit international*, *Clunet*, 1915, p. 77.

⁴⁴¹ Décret (Bekanntmachung) du 26 novembre 1914, relatif au séquestre des entreprises françaises, *Journal du droit international*, *Clunet*, 1915, p. 955.

⁴⁴² Décret du 7 octobre 1915, *Journal du droit international*, *Clunet*, 1915, p. 1202 : Déclaration des biens appartenant aux sujets ennemis. Art. 5 : « Les personnes morales qui ont leur siège dans un pays ennemi sont assimilées aux sujets des pays ennemis pour l'application de la présente ordonnance ». Art. 4 : « Il y a lieu de considérer comme État s ennemis au sens de cette ordonnance la Grande-Bretagne et l'Irlande, la France, la Russie et la Finlande ainsi que les colonies et les possessions étrangères de ces pays ».

⁴⁴³ Décret (Bekanntmachung) du 31 juillet 1916, relatif à la liquidation des entreprises britanniques, *Reichsgesetzblatt*, 1916, n. 175, p. 871, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1917 p. 354. Décret (Bekanntmachung) du 14 mars 1917, appliquant par mesure de représailles l'ordonnance du 31 juillet 1916 — concernant la liquidation des entreprises britanniques — aux entreprises françaises, *Bulletin de la société de législation comparée* 1917, p. 357.

⁴⁴⁴ R. Norem, « Determination of enemy character of corporations », *op. cit.*, p. 12.

conséquent le caractère ennemi était attribué aussi à des sociétés enregistrées dans ces pays⁴⁴⁵. La proclamation royale du 14 septembre 1915 semble avoir laissé en second plan le critère d'incorporation marquant ainsi une tournure par rapport à la conception britannique en matière de nationalité des sociétés. Le caractère ennemi était ainsi attribué à toute société exerçant des activités dans un pays ennemi ou dans un territoire soumis à l'occupation ennemi, sans considération du lieu d'incorporation⁴⁴⁶. À l'aune de cette proclamation, des sociétés britanniques, à savoir des sociétés incorporées selon le droit britannique, pouvaient être qualifiées d'ennemies. Le critère retenu par la proclamation royale de 1915 renvoyait à la notion de domicile commercial. Le domicile de la société, considéré comme le siège de sa vie juridique, constituait à cet égard l'élément décisif pour l'attribution du caractère ennemi⁴⁴⁷. L'équivalent du domicile commercial était le siège d'une société, retenue comme critère d'attribution de nationalité d'une personne morale à plusieurs États continentaux⁴⁴⁸. En effet, le siège social déterminait par conséquent à la fois la nationalité et le caractère ennemi dans l'ordre juridique français en vertu du décret du 27 septembre 1914, relatifs aux séquestres des biens appartenant à des sociétés. À la lumière de ces éléments, « une concordance remarquable » s'établissait entre la conception anglaise et celle qui prédominait dans les pays continentaux⁴⁴⁹. Les critères retenus dans un premier temps en Angleterre et en France se fondaient sur la conception selon laquelle une personnalité juridique autonome est octroyée à la personne morale. Toutefois, des liens formels comme ceux de l'incorporation, voire du domicile commercial ne devaient pas prévaloir sur des éléments attestant *in concreto* la réalité des rapports de subordination d'une personne morale à un centre d'influence établi en pays ennemi. Lors de la Première Guerre mondiale, les critères traditionnels d'incorporation ou de siège social se sont avérés insuffisants. Il est apparu que des sociétés pouvaient échapper au

⁴⁴⁵ Proclamation du 14 septembre 1915, citée par Norem, *idem*, p. 314. Cette proclamation semble avoir repris la solution dictée par les juges anglais dans l'arrêt House of Lords, *Société Anonyme Belge des Mines d'Aljustrel v. Anglo-Belgian Agency*, 1915, 2 Ch. 409. En l'espèce, une entreprise était instituée en vertu de la législation belge et incorporée à Antwerpen, soumis sous occupation ennemie, au moment où les juges ont été saisis. L'objet du différend était le paiement d'un chèque daté le 26 juillet 1915. Le tribunal de première instance s'est prononcé sur le caractère ennemi de la société, vu qu'Antwerpen était sous contrôle ennemi. La Cour d'appel a renversé la décision considérant que le lieu d'incorporation était le Belgique et non pas Antwerpen. Le fait que l'ensemble du pays n'était pas sous occupation ennemie, empêchait l'attribution du caractère ennemi aux personnes morales instituées en vertu des lois belges.

⁴⁴⁶ Norem, *idem*, pp.313-314.

⁴⁴⁷ Ch. De Visscher, « Du caractère ennemi et de la condition des personnes ennemies quant à l'exercice de leurs droits civils », *op.cit.*, p. 292 : « La nationalité — qu'elle dépende ou non de l'incorporation — n'est pas dans le système anglais le *critérium* dont se puisse induire le caractère hostile ou ami d'une société personnifiée ; c'est le domicile de la société, considéré comme le siège de sa vie juridique, qui constitue à cet égard l'élément décisif. Or, ce domicile ou siège administratif est loin de coïncider toujours avec le lieu où la société a été incorporée ou enregistrée ».

⁴⁴⁸ H. Batiffol, P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, Paris, 1995, 656 p., p.335 : « Le siège social ainsi considéré est le lieu où s'exerce la direction de la société, où résident les organes juridiques de la société, administrateurs, assemblées générales et où sont débattus les contrats et marchés se rapportant à la marche de l'entreprise ».

⁴⁴⁹ V. Ch. de Visscher, *op.cit.*, p. 294.

séquestre parce que, leur lieu d'incorporation ou leur domicile commercial se trouvaient en pays alliés alors qu'elles constituaient « économiquement et psychologiquement des entreprises allemandes ou autrichiennes »⁴⁵⁰. En France, une circulaire du garde des Sceaux du 29 février 1916 incitait les tribunaux à ne pas prendre en compte la « nationalité d'apparence » et à placer sous séquestre les biens d'une société « dès que notoirement sa direction ou ses capitaux était en totalité ou en majeure partie entre les mains de sujets ennemis »⁴⁵¹. Il convenait ainsi de prendre en considération, toutes les circonstances dans lesquelles s'exerçait effectivement l'activité de la personne morale, circonstances parmi lesquelles une place prépondérante devait être accordée au caractère individuel dominant de ses directeurs, administrateurs et actionnaires en tant que personnes physiques. Les tribunaux devaient toujours vérifier la nationalité des principaux associés et le caractère des capitaux engagés. Cette nouvelle orientation quant à la quête du caractère ennemi différait du critère stable et aisément identifiable qu'était l'incorporation, ou le domicile commercial d'une société. L'influence variait nécessairement selon le nombre d'actionnaires ennemis et celui des actions qu'ils détenaient dans l'ensemble. Si les associés et les capitaux avaient une origine étrangère ennemie, la mise sous séquestre de la société pouvait être prononcée. Si, au contraire, seule une partie du capital, se trouvait en possession des ressortissants du pays adversaire, le seul séquestre individuel des intérêts était normalement prononcé dans les différents ordres juridiques. Malgré son apparence française, une société devait être tenue pour étrangère en fonction des éléments comme son origine, ses capitaux, le personnel employé, ou même l'objet de l'entreprise⁴⁵². Ces éléments étaient jugés comme suffisants, pour que la société fût qualifiée comme « suspecte » et que le séquestre de ses biens fût ordonné⁴⁵³. Par cette position, il semble que le caractère ennemi des actionnaires

⁴⁵⁰ Batifol, Lagarde, *op.cit.*, p. 339.

⁴⁵¹ V. La circulaire du Garde de Sceaux, relative à l'application de la loi du 22 janvier 1916 et portant sur l'obligation de déclarer les biens des sujets ennemis. Citée par Dominicé, *op.cit.*, p.117 : « Les personnes morales sont ici encore assimilées aux individus et je ne saurais trop rappeler, à ce point de vue, qu'il ne saurait être fait état à l'égard des sociétés, de leur nationalité d'apparence. Les formes juridiques dont la société est revêtue, le lieu de son principal établissement, tous les indices auxquels s'attache le droit privé pour déterminer la nationalité d'une société sont inopérants alors qu'il s'agit de fixer, au point de vue du droit public, le caractère réel de cette société. Elle doit être assimilée aux sujets de nationalité ennemie, dès que, notoirement, sa direction ou ses capitaux sont, en totalité ou en majeure partie, entre les mains de sujets ennemis, car, en pareil cas, derrière la fiction du droit privé se dissimule, vivante et agissante, la personnalité ennemie elle-même ».

⁴⁵² V. p. ex. Cour d'Aix (1ère chambre), 29 juillet 1915, *Journal du droit international, Clunet* 1918, p.278 : « Que la société des Charbons Cokes et Briquettes n'est française qu'en apparence ; qu'en réalité, elle est allemande, qu'elle a été fondée par des Allemands, qu'elle avait pour objet d'importation à Marseille et la vente des charbons provenant d'Allemagne ; [...] que son vrai siège social était en Allemagne et non à Marseille ; qu'elle était la succursale et l'agence du syndicat rhénan ; [...] que la société n'était donc qu'une façade destinée à masquer le syndicat rhénan qui restait seul maître de l'entreprise » ; CA d'Alger, 22 juillet 1915, *Journal du droit international, Clunet*, 1915, p. 903 : « Attendu que la Vulcan Coal Company, bien qu'ayant pris une dénomination anglaise et ayant son siège social à Rotterdam (Hollande), était une société allemande ; qu'en effet, presque tout son capital social était allemand et l'objet de son commerce n'était autre que la vente de charbons provenant des mines de Westphalie ».

⁴⁵³ Le qualificatif suspect est utilisé par CA de Nouméa, 2 juin 1915, *Journal du droit international, Clunet* 1917, p. 681. En l'occurrence, il a été jugé que lorsque dans une société anonyme à forme française la majorité des actions et le

à titre individuel, pesait plus que les éléments formels d'identification d'une personne morale⁴⁵⁴.

166. En Grande-Bretagne, l'abandon de toute approche fondée sur des personnes morales, soit par référence à l'incorporation soit par référence au domicile commercial, a été dicté par les juridictions anglaises. En effet, l'hésitation de la part des juges de se prononcer sur le caractère ennemi d'une personne morale ignorant les critères apparents d'inscription de cette personne à un certain ordre juridique, a été dépassée lors de la célèbre affaire *Continental Tyre et Rubber c. Daimler*⁴⁵⁵. Avant cette affaire, la nationalité des actionnaires ou des personnes exerçant le contrôle *de facto* sur la personne morale n'étaient pas pris en considération⁴⁵⁶.

contrôle de la société sont en mains de sujets ennemis, il y a lieu d'en places tous les biens de la société, sous séquestre. « Considérant qu'il y a lieu de constater tout d'abord, que la société des mines nickélifères n'est qu'une filiale de la société anonyme à forme belge, mais nettement allemande, la "Compagnie silésienne des mines", ainsi qu'en font foi les pièces versées aux débats ; que déjà, à ce premier point de vue, elle doit être considérée au moins comme suspecte [...] ».

⁴⁵⁴ L'attention doit de nouveau être attirée par l'arrêt du 2 octobre 1914 du tribunal civil du Havre. Trib. Civ. du Havre, *Maison N... et Cie*, Ordonnance du 2 octobre 1914, *Journal du droit international*, *Clunet* 1915, p. 419. En l'espèce il s'agissait de l'examen de licéité des mesures de saisie concernant des marchandises qui appartenaient, selon le droit français, à une société dont le capital était exclusivement allemand. Le tribunal s'est penché sur l'origine du capital pour déterminer le caractère ennemi de la société. Ces éléments ont été qualifiés par le tribunal comme éléments de preuve simple. Le tribunal a précisé que « la mainmise de la justice sur les marchandises [...] constitue une mesure de sauvegarde de nature à empêcher qu'elles ne passent à l'étranger et ne servent ultérieurement à ravitailler les troupes ennemies ». Il a aussi été précisé que ces mesures purement conservatoires et provisoires ont été dictées pour la sauvegarde des intérêts de l'État français et des Français. L'effet de cela était l'inversion du fardeau de la preuve au détriment de la société qui devait prouver son caractère « non-ennemi ». « Attendu qu'il est de l'intérêt de la défense nationale de saisir, arrêter toutes les marchandises de quelque nature appartenant à la maison N et Co. Qui jusqu'à preuve du contraire apparaît avoir été constituée uniquement avec des capitaux allemands, qu'il est de notoriété publique que cette maison est administrée exclusivement par des capitalistes de cette nationalité ».

⁴⁵⁵ Court of appeal, *Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (GB) Ltd*, 1915, 1 K. B., 893, et House of Lords, *Daimler Co. Ltd v. Continental Tyre & Rubber Co. Ltd.*, 1916, 2. A.C. 307.

⁴⁵⁶ V. l'analyse W. Wirantaprawira, « Daimler co. v. Continental Tyre and Rubber co. », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. Use of force-war and neutrality-peace treaties, 1982, pp.139-141. Pour la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Daimler* v. l'arrêt House of Lords, *Janson v. Driefontein Consolidated Mines Limited*, 1902, A.C. 484. Cet arrêt concernait la validité d'un contrat d'assurance signé entre une société ayant son siège en Afrique du Sud et une compagnie d'assurances britannique, affectée par l'éclatement de la guerre le 11 octobre 1899. L'arrêt porte sur l'influence exercée par le fait de la guerre sur le sort des contrats conclus antérieurement. Les juges précisent que c'est l'État de corporation d'une société qui détermine sa nationalité, indépendamment de la nationalité de ses actionnaires. V. p. ex. L'avis de Lord Brampton, *idem* : « The plaintiff is a company incorporated under the laws of the South African Republic for the purpose of working gold mines therein. The majority of its shareholders are subjects of the United Kingdom. The company has an office and a committee of management in England, and it was a custom of the company to transmit to this country gold bullion for sale and distribution of the profits amongst its shareholders. The company clearly must be treated as a subject of the Republic, notwithstanding the nationality of its shareholders ». L'arrêt *Janson v. Driefontein* est célèbre parce que les juges y ont souligné de manière explicite la différence entre l'État de guerre et l'État de paix en considérant qu'aucun état intermédiaire n'est envisageable. P.ex. Lord Macnaghten : « I think the learned council for the respondent was right in saying that the law recognizes a state of peace and a state of war, but that it knows nothing of an intermediate state which is neither the one thing nor the other- neither peace nor war. In every community it must be for the supreme power, whatever it is, to determine the policy of the community in regard to peace and war. It is not, I think, for private individuals to pronounce upon the foreign relations of their Sovereign or their country and to measure their own responsibilities arising out of civil contracts with foreigners [...]. However critical may be the condition of affairs, however imminent war may be, if and so long as the Government of the State abstains from declaring or making war or accepting a hostile challenge there is peace-peace with all attendant consequences –for all its subjects ». p.497. Lord Robertson : « To extend the law's prohibition of trading with the King's enemies to future or contingent enemies would be subversive of the broad and palpable distinction between peace and war, would be unworkable in practice, and productive of endless uncertainty and loss » p.504. Pour une analyse de l'arrêt v. L. C. Green, « Armed conflict, war, and self-defense », *Archiv des Völkerrechts*, 1957, pp. 387-438, not. p. 402.

167. En l'occurrence, il s'agissait d'une société, dont le siège social se trouvait en Grande-Bretagne, et les directeurs étaient allemands résidant majoritairement en Allemagne⁴⁵⁷. La Cour d'appel, dans sa décision du 19 Janvier 1915, s'est prononcée en faveur du caractère britannique de la société indépendamment de nombreux critères de rattachement de cette société à l'ordre juridique allemand. Pour cette raison, la société n'était pas concernée par la législation prohibant le commerce avec l'ennemi⁴⁵⁸. La *House of Lords*, agissant à titre de juridiction suprême, dans sa décision du 30 juin 1916 s'est opposée à la solution retenue par la Cour d'appel, en dégagant la notion du contrôle comme critère d'attribution du caractère ennemi. Toutefois, il faut préciser qu'en l'occurrence, l'attribution du caractère ennemi ne constituait pas la condition de mise en œuvre de mesures de séquestre des biens de la société. En effet, l'attribution du caractère ennemi dépendait de la possibilité de faire du commerce avec l'entreprise⁴⁵⁹. Toutefois, le critère du contrôle, dégagé pour la première fois, a été par la suite appliqué à des arrêts relatifs à la mise sous séquestre des biens privés.

168. Aux États-Unis, la théorie du contrôle, non-adoptée par le législateur, a été explicitement rejetée par les tribunaux américains. Le caractère ennemi était attribué à des personnes morales en fonction de leur incorporation en territoire ennemi ou en territoire occupé par l'ennemi⁴⁶⁰. En outre, le critère du domicile commercial a été retenu comme critère supplémentaire d'attribution du caractère ennemi. Il est intéressant de relever que le juge américain s'est explicitement appuyé sur l'arrêt britannique *Daimler* pour s'y opposer⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Pour la formulation de la question qui a été posée à la Cour v. » analyse de Ch. De Visscher, « Du caractère ennemi et de la condition des personnes ennemies quant à l'exercice de leurs droits civils », *op.cit.*, p.291 : « La déclaration de guerre, qui imposait à ces derniers la qualité d'étrangers ennemis, avait-elle eu pour conséquence de dépouiller la société elle-même de son caractère de société anglaise et de l'assimiler à l'alien enemy ? ». L'auteur considère que la Cour en retenant le critère du contrôle, a justifié sa décision « sur le terrain des principes ».

⁴⁵⁸ V. l'opinion dissidente du Lord Justice Buckley qui a affirmé que « [t]he artificial legal entity created by incorporation under the Companies acts is a legal person existing apart from its incorporators[...] On the other hand, the corporation cannot exist without incorporators... Corporators are essential to the existence of but form no part of the corporation ».

⁴⁵⁹ V. à ce sens A. Norem, *idem* : « The Daimler case is authority on the question that the secretary of a corporation cannot institute action without authority from the board of directors. It may also be cited as authority on the point that the rights of enemy directors are suspended for the duration of the war, and that enemy directors are therefore incapable of authorizing the secretary to institute proceedings on behalf of the corporation. Strictly speaking, it cannot be considered authority on the question of the enemy character of corporations, and yet it is to this point entirely that the case owes its importance », p.318.

⁴⁶⁰ J. W. Garner, *International law and the World War*, *op.cit.*, p.226.

⁴⁶¹ V. p. ex. US Supreme Court, *Behn, Meyer and Co. v. Miller*, 266 U.S. 457, 45 S. Ct. 165, 69 L. Ed. 374, (1925) « Section 7, subsection (c) was never intended, we think, to empower the President to seize corporate property merely because of enemy stockholders' interests herein.[...]And we find no adequate support for the suggestion that Congress authorized the taking of property of other corporations because one or more stockholders were enemies ». En l'occurrence, il s'agissait d'une société qui avait été constituée en vertu des lois britanniques. La majorité des actionnaires de la société étaient des Allemands résidant en Allemagne. La société avait fait des affaires dans les îles de Philippines. Le gardien des biens étrangers a saisi les actifs de la société dans ces îles en février 1918. Les appelants ont fait valoir que la société n'était pas et n'avait jamais été un ennemi. Le défendeur a fait valoir que la saisie était justifiée en vertu du *Trading with the enemy act*, au motif que les biens de la société étaient détenus au profit des actionnaires. La cour a décidé qu'une société anglaise ne pouvait revêtir le caractère d'un ennemi qu'en faisant du commerce en territoire

c. La résurgence du recours à une pluralité de critères en vue d'atteindre les personnes morales présentant des liens avec les États ennemis lors de la Seconde Guerre mondiale.

169. Les solutions retenues par les États belligérants quant aux critères d'attribution du caractère ennemi aux personnes morales pendant la Première Guerre mondiale se cristallisent de nouveau dans la pratique suivie par les États belligérants lors de la Deuxième Guerre mondiale. Une pléiade de critères permettait l'attribution du caractère ennemi dans l'objectif de surmonter les apparences d'attribution de nationalité d'une entreprise en fonction de l'État d'incorporation. La notion du contrôle a joué un rôle crucial à cet égard. La pluralité de critères utilisés pour l'attribution du caractère ennemi a été privilégiée par le législateur britannique qui dans le *Trading with the Enemy Act* de 1939 renvoyait aux critères alternatifs de l'incorporation en pays ennemi, du contrôle par des personnes ennemies et du domicile en pays ennemi⁴⁶². Le législateur américain, par son choix de ne pas promulguer une nouvelle loi, mais de s'appuyer sur ce texte de 1917, s'est vu obligé de reconsidérer certains mécanismes relevant du commerce avec l'ennemi applicable lors de la Première Guerre mondiale⁴⁶³. Un élargissement de prérogatives conférées à l'exécutif a eu lieu à la suite de l'entrée des États-Unis à la guerre pour faire face aux menaces émanant des pays de l'axe. La différence principale par rapport aux solutions retenues lors de la Première Guerre mondiale résidait dans l'usage du critère du contrôle pour la détermination du caractère ennemi des personnes morales. En vertu de l'*executive order* 91 913 du 11 mars 1942, l'*Alien property custodian* était autorisé à gérer, contrôler ou saisir les biens des entreprises appartenant ou contrôlées par un État ennemi ou ses ressortissants⁴⁶⁴. En outre, la compétence de détermination des pays, dont les personnes physiques et morales étaient affectées par les mesures de séquestre des biens, ne relevait plus du Président⁴⁶⁵. En effet, le nouveau titulaire de cette compétence était le secrétaire au Trésor,

ennemi. Elle a également décidé que les biens de la société n'étaient pas détenus au profit des actionnaires, et que la saisie était donc illégale.

⁴⁶² Art. 2, *Trading with the Enemy Act* 1939, 2&3 Geo. 6 c. 89, 5 September 1939, v. Domke, *op.cit.*, p.469,

⁴⁶³ S. A. Lourie, « The trading with the enemy act », *Michigan law review*, 1943, vol. 42, pp. 205-234, p.210 : « Even before our country entered this war, it was evident that the measures and definition of the T.E.A. were obsolete instruments with which to cope, in economic and phycological warfare, with such dangerous enemies as the Axis, particularly Germany. Prior to this war Germany had made exceedingly extensive preparations – far more extensive that those made prior to 1917. In the first place she was able to reduce to a comparatively small amount investments held openly in her name and by her nationals. In the second place, she succeeded in disguising her ownership and control of important commercial and industrial enterprises by using citizens of the United States and of neutral or other countries as her instrumentalities ».

⁴⁶⁴ *Executive order n. 9193*, Domke, *op. cit.*, p. 458.

⁴⁶⁵ Pour une argumentation en faveur des modifications apportées à l'arsenal de guerre économique menée par les États-Unis, S. A. Lourie, « The trading with the enemy act », *op.cit.*, p.233 : « In order to meet the exigencies of a total war the executive branch of the government has to be equipped with broad powers. The First war Powers act of 1941 provides the administration with powers enabling it to meet an insidious enemy with adequate weapons. The variety of unscrupulous means used by the Axis in the prosecution of the war demands flexible devices to combat them. The Axis

en consultation avec le secrétaire d'État⁴⁶⁶. De plus, la pratique d'établissement des listes noires visant des entreprises, indépendamment de tout élément d'attribution du caractère ennemi, était courante⁴⁶⁷. À l'aune de l'usage systématique des listes noires pour le ciblage d'entreprises identifiées à titre individuel, l'utilisation du terme ennemi, en fonction de certains liens attachant des personnes morales à l'ordre juridique de l'État ennemi, n'était plus le chemin privilégié pour la mise en œuvre du système de contrainte économique prenant la forme de mise sous séquestre des biens privés⁴⁶⁸. À la solution d'une multitude des liens de rattachement d'une personne à un État ennemi a été ajoutée la possibilité de faire usage d'un pouvoir discrétionnaire de mise sous séquestre des biens des personnes morales figurant sur une liste. La même politique a été suivie par la France déjà en vertu du décret du 1^{er} septembre 1939 portant sur la mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis. À la fois l'incorporation dans un État ennemi, le siège social en territoire ennemi ou tout autre lien de dépendance à l'État ennemi étaient retenus comme critères d'attribution du caractère ennemi et justifiaient la mise sous séquestre des biens. À côté du siège en territoire ennemi ou de l'incorporation conformément aux lois d'un État ennemi, se trouvait le critère de dépendance comme notion identique à celui du contrôle⁴⁶⁹. Une relation de dépendance à l'égard d'une maison ennemie pouvait conduire à la mise sous séquestre des biens d'une société constituée en France⁴⁷⁰. Par ailleurs, la mise sous

has miscalculated on the "weakness" of the great democracies in adjusting themselves to the unlawful measures employed by the Axis in its bid for world domination. The Axis did not expect that its unlawful methods, frequently covered with a thin veil of legality, would be met, and defeated with the perfectly lawful methods of the democracies ».

⁴⁶⁶ *Executive order* n. 9193, *op.cit.*, art. 11.

⁴⁶⁷ *Presidential proclamation* n. 2497 *Authorizing a proclaimed list of certain blocked nationals and controlling certain exports*, July 17, 1941, Domke, *op.cit.*, p.455 (*Proclaimed list of certain blocked nationals*) : « Section 2 : [...] All the terms and provisions of executive Order n. 8389, as amended, shall be applicable to any such person so long as his name appears in such list, and to any property in which any such person has or has had an interest, to the same extent that such terms and provisions are applicable to nationals of Germany or Italy, and to property in which nationals of Germany or Italy have or have had an interest ».

⁴⁶⁸ Pour ce constat v. Dominicé, *op.cit.*, p.99.

⁴⁶⁹ L'application de la doctrine de dépendance ou de contrôle pouvait même avoir de résultats bénéfiques pour la société et conduire à la levée d'un séquestre imposé contre une personne rattachable à l'ordre juridique de l'adversaire V. p. ex. Trib. Civ. de la Seine (référés), 16 novembre 1939, *Dalloz, Recueil hebdomadaire*, 1940, p. 11. En l'espèce, il s'agissait de la mise sous séquestre d'une société dont la majeure partie des actions était détenue par un sujet ennemi domicilié en pays neutre. Un ressortissant ennemi établi en pays neutre, dont le nom ne figure pas sur la liste spécifique des ressortissants ennemis de cette catégorie atteints par les mesures de saisie, ne peut pas voir les biens de la société qu'il contrôle placés sous séquestre. En vertu du décret du 1^{er} septembre 1939 : « Quant aux ennemis établis en pays neutres et aux associations, sociétés, etc. qui en dépendent, leurs biens devront être déclarés et mis sous séquestre dès l'instant où leurs noms figureront sur les listes publiées au Journal officiel, en exécution de l'art. 3 du décret du 1^{er} septembre 1939 ». Le critère du contrôle, en l'espèce, empêche l'application de la mesure de saisie. Le tribunal a précisé qu'« il n'a pas été portée à la connaissance du ministère public que les établissements dits "parfums Tosca", non plus que le sieur Schutte, soient dans la dépendance de personnes physiques ou morales réputées ennemies ; qu'enfin ils ne figurent pas sur les listes officielles d'ennemis publiées au Journal officiel du 20 et du 21 septembre ».

⁴⁷⁰ V. p. ex. Trib. Civ. de la Seine (référés), 22 novembre 1939, *Dalloz, Recueil hebdomadaire*, 1940, p. 22. En l'espèce, une société administrée par un conseil de trois membres dont deux de nationalité allemande qui vendait et installait en France du matériel construit en Allemagne a été considérée comme sous la dépendance directe de ressortissants ennemis établis en pays ennemi et que par conséquent, cette situation « commande impérieusement le maintien de la mesure prise à son encontre ».

séquestre affectait les biens des entreprises figurant sur une liste officielle établie par le ministre des Affaires étrangères⁴⁷¹. La possibilité de mettre sous séquestre des biens appartenant à des entreprises dont les noms figuraient sur des listes spéciales a été qualifiée de « procédure souple » permettant « d'appliquer l'interdiction suivant les besoins et les circonstances » et constituant ainsi « une sauvegarde utile pour nos nationaux, qui peuvent ignorer de bonne foi la nationalité véritable d'intéressés se dissimulant sous l'apparence d'une entreprise neutre »⁴⁷². Une importance particulière a été donnée aux listes officielles par le décret du 6 octobre 1943 concernant la répression des rapports avec les ennemis et la guerre économique⁴⁷³. En effet, en vertu de ce décret, le Commissaire chargé du blocus avait le pouvoir de mettre sous séquestre les biens, droits et intérêts appartenant, « directement ou indirectement ou par personne interposée », à toute personne morale « dont l'activité est considérée comme ayant procuré ou comme procurant un avantage à l'ennemi »⁴⁷⁴.

170. En Allemagne, le caractère ennemi était attribué à des personnes morales ayant leur siège ou leur principal établissement sur le territoire d'un État ennemi ou à des personnes morales constituées conformément aux règles d'un tel État⁴⁷⁵. Il faut préciser qu'à la différence des règles relevant d'autres États belligérants, ni le critère du contrôle ennemi, ni la possibilité d'établissement des « listes noires » ne figuraient sur l'ordonnance du 15 janvier 1940. Cette différence a été interprétée par la doctrine allemande comme signe de respect vis-à-vis des intérêts privés des ressortissants ennemis⁴⁷⁶. Toutefois, à la place du critère du contrôle, le décret faisait référence au critère de l'influence ennemie. En vertu de l'article 12 de l'ordonnance, un administrateur pouvait être nommé pour les biens appartenant à des personnes morales ayant leur siège ou leur établissement en territoire allemand, si une « influence hostile déterminante était exercée de manière directe ou indirecte sur l'entreprise ». L'influence hostile pouvait être utilisée comme critère de mise en œuvre de mesures de séquestre des biens⁴⁷⁷. Les éléments permettant la constatation d'une influence hostile déterminante semblent être identiques à ceux utilisés par les autres pays belligérants pour déterminer le contrôle hostile.

⁴⁷¹ Décret relatif à la déclaration et mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis, 1 septembre 1939, *J.O.*, 4 septembre 1939, p. 11091.

⁴⁷² *Idem*, Rapport de Daladier.

⁴⁷³ Décrets pris par le comité français de libération nationale, *J.O. de la République française* (imprimé à Alger) (version papier numérisée) n° 0026 du 9 octobre 1943, p. 183 et s., p. 184.

⁴⁷⁴ *Idem*, art. 3.

⁴⁷⁵ *Décret sur le traitement des avoirs ennemis (Verordnung über die Behandlung feindlichen Vermögens)*, 15 Januar 1940, dans K. Krieger, W. Hefermehl, *Behandlung des feindlichen Vermögens, Kommentar*, München, Beck, 1942, 786 p., pp. 1-85, et *Reichsgesetzblatt*, 1940, 20 Januar 1940 p. 191

⁴⁷⁶ H. Strebel, « Die Behandlung des feindlichen Vermögens », *op.cit.*, p. 894.

⁴⁷⁷ Une typologie de cas d'influence hostile directe ou indirecte est proposée par K. Krieger, W. Hefermehl, *Kommentar*, *op.cit.*, pp. 59-60.

Conclusion du 1^{er} chapitre

171. L'objectif du chapitre était de présenter les fondements juridiques sur lesquels s'appuient les belligérants pour exercer leurs droits sur les biens privés appartenant aux ressortissants des pays ennemis. Des règles relevant du droit international mettent des bornes aux prérogatives des belligérants. À cet effet, en vertu des règles relevant des conventions du droit de la guerre, un régime protecteur est attribué aux biens privés. Les belligérants, agissant soit à titre de puissances d'occupation soit à titre de souverains, ne sont pas autorisés à procéder à la dépossession des civils ennemis. Si la puissance d'occupation est autorisée à procéder à des réquisitions des biens privés, cette prérogative ne rend pas légale une politique de dépossession systématique. Par ailleurs, les atteintes systématiques aux biens privés sur un territoire occupé peuvent être interprétées comme signe de volonté de changement de nature des prérogatives exercées sur ce territoire. La pratique des régimes d'occupation de guerre établis par le troisième *Reich* lors de la Seconde Guerre mondiale a été utilisée comme exemple emblématique pour confirmer la pertinence de cette hypothèse. En outre, le droit international conférait certains droits de gestion des biens privés ennemis sis sur le territoire de chaque belligérant. Entendues comme moyen de contrôle, les mesures affectant les biens privés avaient un caractère provisoire. La systématisation des actes dont l'objectif était la dépossession définitive n'a vu le jour qu'à titre de représailles. De ce constat se dégage la conclusion, selon laquelle les États durant le 20^{ème} siècle avaient conscience du caractère *a priori* illicite d'une telle pratique. La mise en œuvre d'un régime attentatoire aux biens privés était fondée sur une qualification discriminatoire, à savoir l'attribution du caractère ennemi. Cette qualification concernait les civils dont les biens se trouvaient sur le territoire de l'État adverse. Des règles du droit interne de chaque belligérant dictaient l'attribution du caractère ennemi. Cette qualité était attribuée à des personnes dont les biens étaient soumis aux mesures de séquestre. Malgré la disparité des règles relevant de différents ordres juridiques des États belligérants, ces règles étaient caractérisées par la même finalité, à savoir saisir la réalité d'un attachement à l'État ennemi. Il paraît ainsi qu'en vertu des règles de droit international régissant la guerre sur terre, un cadre protecteur de la propriété privée ennemie peut être esquissé. La validité de cette affirmation ne peut pas être compromise par la prolifération d'une pratique de contournement de ce même cadre. Aux antipodes de ce cadre juridique, se trouvent les règles régissant la guerre maritime.

Chapitre 2. Le régime moins protecteur des biens privés ennemis en guerre maritime

Méphistophélès :
Nous sommes partis avec deux navires seulement
Et maintenant nous rentrons dans le port avec vingt.
On voit à notre chargement
Quelles grandes choses nous avons faites.
La pleine mer libère l'esprit ;
Là, sait-on ce qu'est la réflexion ?
Là, on n'avance que par un coup de main rapide.
On attrape un poisson, on s'empare d'un navire
Et, dès qu'on a pris trois navires,
On tire à soi le quatrième ;
Alors, malheur au cinquième !
On a la force, donc on a le droit.
On s'inquiète du QUOI ? et non du COMMENT ?
Ou je n'entends rien à la navigation
Ou guerre, commerce et piraterie
Forment une inséparable trinité.
J.W. von Göthe, *Faust*, p. II Acte V, p. 350
Trad. S.Paquetin, éd. et an. par J.-L. Backès, Gallimard, 2020

172. Conformément aux règles juridiques portant sur la guerre maritime, les belligérants réclament le droit de détruire ou de s'emparer de la propriété privée des civils relevant de l'adversaire. Cette scission radicale entre les pratiques de la guerre terrestre et celles de la guerre maritime, cristallisée dans différentes règles du droit de la guerre, s'explique par différentes raisons liées à la nature respective des deux formes de guerre. Le respect à l'égard du statut du civil ne trouve pas sa justification en guerre maritime, puisque cette dernière n'implique pas un affrontement de grande ampleur entre les populations civiles. L'absence de risque pour la population civile justifie un régime moins protecteur pour ceux qui assument traditionnellement les risques liés à la circulation maritime, à savoir les commerçants. La figure du commerçant constitue ainsi la figure par excellence du civil en mer. Ceux dont la fortune se trouve sur mer lors de la guerre assument le risque de destruction ou de capture d'une partie de leurs biens⁴⁷⁸. Il semble ainsi, que dans le cadre de la guerre maritime, la propriété privée ne soit pas inviolable. Cela s'explique par la contribution significative des biens privés qui circulent en mer au commerce profitable à l'État belligérant⁴⁷⁹. Dans le cadre de la guerre maritime, l'un

⁴⁷⁸ Le lecteur pourrait se référer au destin malheureux d'Antonio, le marchand de Venise de l'œuvre homonyme de Shakespeare et les conséquences néfastes associées à la perte éventuelle d'une flotte commerciale.

⁴⁷⁹ Pour une appréciation du caractère crucial des pratiques belligérantes des alliés ayant affectées le commerce maritime ennemi pendant la Première Guerre mondiale v. A. Pilllet, *Les conventions de la Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907, étude juridique et critique*, Paris, Pedone, 1918, viii — 274 p., p.251 : « L'arrêt du commerce a une si grande importance militaire que si les vaisseaux allemands sillonnaient les mers, la plus grande chance de succès des adversaires de l'Allemagne leur échapperait. L'intérêt du commerce maritime pour les belligérants n'est pas douteux, mais n'est-ce pas là une raison topique pour que l'ennemi puisse arrêter le commerce de son ennemi ? L'influence des commerçants sur le militaire n'est peut-être pas très grande, mais l'influence de la liberté du commerce sur la richesse publique est immense et cette richesse est la source des forces de la nation. Jamais le droit de capture n'a paru aussi essentiel qu'en ce moment ».

des objectifs primordiaux des belligérants est la mise sous contrôle voire la suppression de la circulation et des opérations commerciales de l'adversaire. Ces objectifs se réalisent par la saisie des navires privés ou de leurs cargaisons, en raison de l'inexistence d'un régime protecteur en espace maritime attaché aux biens appartenant à des personnes privées, relevant de l'adversaire. Cette différence de gestion des biens privés s'explique par la différence de nature de l'espace sur lequel se déroulent les hostilités. La terre, entendue historiquement comme l'espace sur lequel s'exerce la souveraineté des États, s'oppose à la mer, insusceptible *a priori* de faire l'objet d'accaparement⁴⁸⁰. La guerre maritime était traditionnellement représentée comme un ensemble d'opérations ciblant le commerce maritime de l'ennemi et la propriété des particuliers ennemis inoffensifs, à savoir les navires de commerce ou les cargaisons à bord de ces navires⁴⁸¹ (**Section I**). L'exercice des prérogatives contre la propriété privée en guerre maritime présuppose la détermination du caractère ennemi du navire et des cargaisons à bord. Cette opération met en lumière l'opposition entre les intérêts des belligérants et ceux des neutres. L'attribution extensive du caractère ennemi s'effectue au détriment des intérêts des neutres. Les activités commerciales des neutres sont compromises, si elles sont considérées bénéfiques pour l'adversaire. Les activités commerciales des neutres risquent ainsi de s'anéantir en raison d'une qualification arbitraire leur attribuant le caractère ennemi (**Section II**).

Section 1 Des droits des belligérants exercés sur des biens privés ennemis en guerre maritime.

173. Les navires de commerce représentent la catégorie la plus significative des navires privés en mer qui s'opposent aux navires publics, à savoir les navires destinés à des opérations militaires. Dans un premier temps, il convient d'identifier les mesures qui peuvent avoir comme objet les biens privés en guerre maritime (§ 1). Comme en guerre sur terre, ces mesures se justifient par l'attribution du caractère ennemi. Toutefois, en guerre maritime, cette qualification affectant le sort des navires de commerce et de leurs cargaisons présente ses particularités (§ 2).

⁴⁸⁰ C. Schmitt, « Staatliche Souveränität und freies Meer. Über den Gegensatz von Land und See im Völkerrecht der Neuzeit » (1941), pp. 401-430, dans C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos : Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, xxix-668 p., p. 407 : « La terre est divisée en espaces territoriaux fermés d'États souverains, tandis que la mer reste exempte de toute souveraineté étatique (*staatsfrei*). Qu'est-ce que cela signifie dans un droit international interétatique dont le concept d'ordre (*Ordnungsbegriff*) dominant est l'État ? Elle ne connaît pas de frontières et devient un espace unique, uniforme, sans tenir compte de la situation géographique et du voisinage, qui doit être libre aussi bien pour le commerce pacifique que pour la conduite de la guerre de tous les États sans distinction ».

⁴⁸¹ R. Schenk, *Seekrieg und Völkerrecht, die Maßnahmen der deutschen Seekriegsführung im 2 Weltkrieg in ihrer völkerrechtlichen Bedeutung*, Köln, Heymann, 1958, 140 p., p. 30; J. Schmitt, *Die Zulässigkeit von Sperrgebieten im Seekrieg*, Hamburg, Forschungsstelle für Völkerrecht und Ausländisches Öffentliches Recht der Universität, 1966, 163 p. p.47 : « Le but principal de la guerre maritime contre le commerce ennemi consiste à interrompre le commerce de l'ennemi, c'est-à-dire à empêcher toutes les importations et exportations de l'ennemi en mer ou par l'espace aérien maritime, que le transport soit effectué par des navires ou avions ennemis ou neutres ».

§1 L'identification des droits des belligérants exercés sur les navires de commerce.

Les navires de commerce peuvent faire l'objet de mesures de nature militaire (a) ou économique (b). Le recours à des mesures de contrainte militaire présuppose l'appréhension des navires de commerce en tant qu'objectifs militaires. Les mesures de contrainte économique ont comme objectif la saisie des navires de commerce et de leurs cargaisons.

a. Le ciblage des biens civils en mer. Les navires de commerce en tant qu'objectifs militaires.

174. Toute décision de ciblage l'identification d'un objectif militaire. Il convient de se pencher sur la spécificité des critères d'identification de l'objectif militaire en guerre maritime. La compréhension de cette spécificité présuppose la prise en considération des règles régissant ce type de guerre. Ces règles relevaient soit de conventions internationales, soit des manuels militaires nationaux. Pendant le XIXe siècle, malgré l'inexistence de règles précises portant sur le statut des navires de commerce, la doctrine s'accorde sur leur qualité en tant que biens civils. Les navires de commerce appartenant à des personnes privées et leurs biens jouissaient ainsi de la protection renforcée accordée aux biens civils⁴⁸². Les navires de commerce étaient ainsi qualifiés de « navires privés », non-susceptibles de faire l'objet d'attaques⁴⁸³. Il semble ainsi que le critère de détermination de la qualification du navire en tant que public ou privé soit son affectation aux opérations de guerre ou de commerce⁴⁸⁴. Des attaques contre les navires de commerce n'étaient justifiables que sous certaines conditions, à savoir leur participation active

⁴⁸² Institut de droit international, Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers, Session de la Haye, 1898, *Annuaire de l'institut de droit international*, t. 17, 1898, p. 231 et s. Les résolutions de 1898 de l'Institut de droit international proposaient la distinction entre la marine militaire et la marine marchande. Dans la 1^{ère} section, consacrée à la marine militaire (art. 8 à 24), les Résolutions de 1898 faisaient figurer : a) les « navires de guerre » (art. 8, al. 1^{er} et 2) ; b) les « navires mis expressément à la disposition des chefs d'État s ou de leurs envoyés officiels » (art. 8, al. 3) ; c) les « navires armés en course, porteurs de commissions régulièrement délivrées » (art. 9) ; d) les « navires exclusivement affectés par l'État au service postal » (art. 24). De la « marine marchande » (art. 25 à 37), relevaient les « navires de commerce » ou « navires marchands ». Dans le sillage de cette distinction, l'Institut de droit international lors de la session de Stockholm de 1928 a distingué entre les « navires effectuant un service gouvernemental et non commercial » (ch. 2) et entre navires « effectuant un service gouvernemental et non commercial » et les « bâtiments effectuant un service de commerce » (Ch. 3). Institut de droit international, Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers, Session de Stockholm, 1928, *Annuaire de l'institut de droit international*, t. 34, 1928, p. 231 et s.

⁴⁸³ D'après la conception de l'époque, la qualification de « navires privés » était attribuée aux navires de commerce ou de plaisance, quelle que soit la qualité de leur propriétaire. Le critère fonctionnel jouait ainsi le rôle fondamental. V. l'analyse de G. Gilbert, « Rapport, Régime des navires dans les ports étrangers », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, Paris-Bruxelles, Pedone-Falk, pp. 191-313, p. 243 et s.

⁴⁸⁴ La distinction entre bâtiments de guerre et navires de commerce figure dans la 7^{ème} Convention de la Haye de 1907, concernant la conversion de navires marchands en navires de guerre. Pour une critique de cette classification v. L. Lucchini, « Le navire et les navires », pp. 11-42, dans SFDI, *Le navire en droit international : colloque de Toulon*, Paris, Pedone, 1992 246 p., 1970, 130 p., p. 17 : « La dénomination de navire privé n'emporte pas une adhésion sans réserve. Reposant exclusivement sur le critère de la propriété, elle exprime avant tout un souci de classification par opposition de catégories. Elle doit être cependant ici préférée à celle — pourtant plus courante — de navires de commerce ou navires marchands, qui — elle — se révèle incomplète et inapte à rendre compte de la richesse et de la diversité de l'activité d'un grand nombre de bâtiments : bateaux de pêche, bateaux d'aide, navires de plaisance etc. ».

aux hostilités, ou leur refus à se soumettre aux opérations de visite et de recherche menées par les navires des belligérants. Les navires de commerce jouissaient d'un statut qui les protégeaient *a priori* d'attaques militaires⁴⁸⁵. Leur ciblage n'était autorisé que sous certaines conditions restrictives⁴⁸⁶. Ce statut protecteur a été mis à l'épreuve durant les Guerres mondiales (i) surtout en raison de la prolifération des sous-marins (ii), et la systématisation du recours à des représailles de guerre exercées même contre des navires neutres (iv). Tout navire assumant un rôle actif dans la lutte militaire était susceptible de faire l'objet d'une attaque (iii).

i. La systématisation des attaques à l'encontre des navires de commerce : l'éclipse du commerce privé

175. Les pratiques développées lors des Guerres mondiales ont porté préjudice à l'effectivité de cette règle, en raison de l'incorporation des navires privés aux opérations belligérantes. L'usage systématique par les Britanniques des navires-leurres (*Q-ships*), constitue un exemple célèbre de cette incorporation. Il s'agissait de petits navires marchands dissimulant des armes lourdes destinés à attirer les sous-marins ennemis en surface pour les couler par la suite. L'usage de ce type des navires, dont l'apparence était identique à celle de simples navires de commerce⁴⁸⁷, était justifié par le recours systématique aux sous-marins par l'Allemagne. L'adoption du système de convois par la Grande-Bretagne et les États-Unis lors de la Première Guerre mondiale constituait un autre exemple d'intégration des navires de commerce dans les opérations maritimes de belligérants. Cette assimilation de navires de commerce à des navires de guerre avait comme conséquence leur changement de statut au regard d'une pratique prédominante jusqu'alors et prônant leur inviolabilité. Dorénavant, ils pouvaient faire l'objet d'attaques sans aucune prévision. Le même sort était réservé aux navires circulant à l'intérieur d'une zone d'exclusion de navires, indépendamment de leur nature en tant que navires de guerre ou navires de commerce. Il fallait, par conséquent, identifier les conditions d'établissement de ces zones dont la proclamation avait comme conséquence, le traitement des navires de commerce y naviguant en tant qu'objectifs militaires⁴⁸⁸. À la suite du recours à cette pratique

⁴⁸⁵ « [I]n the event either of persistent refusal to stop upon to take those measures of force necessary to compel submission. In these circumstances the rule forbidding the attack upon or destruction of enemy merchant vessels without first placing passengers and crew in a place of safety ceased to apply. Immunity from attack also ceased to apply to those merchant vessels performing acts of direct assistance at sea to the naval forces of a belligerent ». R. Tucker, *The law of war and neutrality at sea*, Washington, U.S. government printing office, 1957, xiii-457 p., p.56.

⁴⁸⁶ V. en détail les hypothèses de ciblage des navires de commerce, analysées par Ch. Hyde, E. Wheeler, « Attacks on unarmed enemy merchant vessels », dans *Proceedings of the American society of international law*, 1917, pp.26-37.

⁴⁸⁷ R. W. Smith, « The Q-Ship, cause and effect », *US Naval Institute Proceedings*, May 1953, v. 79, pp. 532-541, p. 533 et s.

⁴⁸⁸ Pour une définition de la notion de zone d'exclusion v. W. J. Fenrick, « The exclusion zone device in the law of naval warfare », *Canadian yearbook of intern. Law*, 1986, vol. 24, pp. 91-126, p. 92 : « An exclusion zone, also referred to as a military area, barred area, war zone, or operational zone, is an area of water and superjacent air space in which a party to an armed conflict purports to exercise control and to which it denies access to ships and aircraft without permission.

par la Grande-Bretagne en novembre 1914⁴⁸⁹, l'Allemagne a proclamé l'ensemble de la mer autour de la Grande-Bretagne « zone de guerre »⁴⁹⁰. Cette proclamation s'adressait aussi aux États neutres et jouait le rôle de notification de non-pénétration dans la zone, tracée de manière unilatérale par les États belligérants⁴⁹¹. Tout navire circulant dans cette zone, indépendamment de son statut, était présumé représenter un objectif militaire.

176. La déclaration de zone de guerre, à l'intérieur de laquelle tout navire marchand rencontré serait détruit, était aussi associée au recours aux sous-marins. Pour le belligérant qui n'était pas en mesure d'émettre des prétentions hégémoniques sur la mer, le recours aux navires sous-marins se présentait comme moyen de neutraliser la supériorité navale de son adversaire. En effet, à la suite de l'imposition du blocus anglais pendant la Première Guerre mondiale, l'Empire allemand, malgré les vives protestations des pays neutres, a déclaré en 1915 la guerre sous-marine dite « renforcée » (*verschärfter U-Boot Krieg*), qui prévoyait le torpillage sans avertissement des navires marchands armés⁴⁹². À l'origine de la crise éclatée entre les États-

It thus interferes with the normal rights of passage and overflight of ships and aircraft of non-parties. [...] Exclusion zones are different from the more traditional blockade zones because in blockade zones the primary risk is that of capture, while in exclusion zones it is, frequently, the risk of attack on sight ».

⁴⁸⁹ L'annonce britannique du 3 novembre 1914 faisait référence au caractère exceptionnel des mesures portant préjudice aux intérêts des navires neutres. Ces derniers étaient présumés avoir largué des mines navales. « Mine-laying under a neutral flag and reconnaissance conducted by trawlers, hospital ships and neutral vessels are the ordinary features of German naval warfare. In these circumstances, having regard to the great interests entrusted to the British Navy, to the safety of peaceful commerce on the high seas and to the maintenance within limits of international trade between neutral countries, the Admiralty feel it necessary to adopt exceptional measures appropriate to the novel conditions under which this war is being waged. They therefore give notice : that the whole of the North Sea must be considered a military area.[...] All merchant and fishing vessels of every description are hereby warned of the dangers they encounter by entering this area except in strict accordance with Admiralty directions ». Tous les actes britanniques et allemands relatifs à la proclamation des zones maritimes d'exclusion et à la guerre sous-marine renforcée sont étudiés par J. H. W. Verzijl, *International law in historical perspective*, part IX-B, *The law of neutrality*, Utrecht, Sijthff & Noordhoff, 1979, 328 p., pp. 252-259. Sur le même sujet v. J. W. Garner, *International law and the world war*, *op. cit.*, p. 333.

⁴⁹⁰ Schmitz dans sa contribution relative aux zones d'exclusion insiste sur l'obligation qui incombe sur les belligérants de tenir informés les neutres de la mise en œuvre d'une telle mesure. « Il va de soi que la zone d'exclusion doit être portée à la connaissance des États neutres et que sa localisation exacte doit être précisée, de même que les sanctions auxquelles s'exposent les véhicules contrevenants. Un délai doit être accordé pour que des mesures coercitives puissent être prises dans la zone d'exclusion ». E. Schmitz, « Sperrgebiete im Seekrieg », *ZaeRV* 1938, pp. 641-671, p. 669. Le même point de vue est partagé par H. Duttwyler, *Der Seekrieg und die Wirtschaftspolitik des neutralen Staates*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1945, 243 p., p. 38. La déclaration de la Manche en tant que « zone de guerre » par l'Allemagne a été examinée par une sentence arbitrale relative au voilier Douro, battant pavillon portugais et frété pour son port d'attaché porto et parti de Cardiff avec un chargement de charbon le 31 mars 1915. Sentence Duro, Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre (Portugal contre Allemagne). *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, 30 juin 1930, p. 1035.

⁴⁹¹ W. T. Mallison, *Studies in the law of naval warfare: Submarines in General and limited wars*, US Naval war college, International law studies 1966, vol. LVIII, Washington 1968, 230 p., pp. 109-111.

⁴⁹² Max Weber observant cette évolution avec beaucoup d'inquiétude mettait l'accent sur les dangers inhérents à l'entrée en guerre des États-Unis. « La guerre sous-marine intensifiée n'offre une voie vers la paix, c'est-à-dire vers une paix à une date plus rapprochée que celle à laquelle on pourrait normalement s'attendre, qu'à condition soit que l'on ne puisse pas s'attendre à une intervention américaine à cette occasion, soit que, si elle a lieu, elle ne représente pas une charge importante pour notre propre situation, soit enfin que cette charge ne se fasse certainement sentir que suffisamment tard pour que l'Angleterre ait été contrainte de capituler auparavant », p.115. « La possibilité d'une rupture avec l'Amérique au nom de la guerre sous-marine serait donc extérieurement dangereuse, même s'il existait une chance de forcer l'Angleterre à capituler, à moins que cela ne se produise en quelques mois. La question de savoir si une telle chance existe est liée à un certain nombre de conditions politiques et économiques qui ne peuvent en aucun cas recevoir une réponse définitive, même de la part d'experts navals aussi éminents soient-ils. Elles nécessitent un calcul très sobre,

Unis et l'Empire germanique, ayant abouti à l'entrée en guerre des Américains en avril 1917, se trouve le torpillage du paquebot transatlantique britannique *Lusitania*, le 7 mai 1915. À l'allégation britannique que cette opération constituait une violation des lois internationales, s'opposait l'accusation de la part des Allemands que le paquebot coulé transportait du matériel militaire, étant devenu par conséquent un cible légitime. Si le torpillage n'a pas provoqué la déclaration immédiate de guerre de la part des États-Unis, il a exercé une influence majeure sur l'opinion publique américaine. L'expansion et la systématisation de l'usage de cette arme de guerre a eu comme conséquence le changement radical de l'appréhension du terme objectif militaire par référence à la guerre maritime. Les pays belligérants se montraient favorable à la revendication de plus amples pouvoirs exercés sur les navires de commerce.

ii. La nécessité de réglementer la pratique d'attaques systématiques par des sous-marins à l'encontre des navires de commerce.

177. À la suite de la prolifération de l'usage de sous-marins contre des navires de commerce pendant la Première Guerre mondiale, l'attention de la communauté internationale a été attirée par la question relative à la licéité des engins sous-marins comme arme de guerre. Pendant la Conférence de Washington de 1921-1922, la Grande-Bretagne a proposé l'abolition de ce type de guerre, qui pouvait menacer la prédominance de sa flotte à la fois commerciale et militaire⁴⁹³. La Grande-Bretagne visait à interdire le sous-marin, entendu comme arme offensive contre le commerce et considéré être un engin de meurtre et de piraterie. L'accord juridique signé à la conférence de Londres de 1930, officiellement appelé « Traité pour la restriction et la réduction d'armement naval », et dont l'un des objectifs majeurs était de réglementer le recours à cette arme de guerre, était conçu comme une tentative d'humanisation de la guerre maritime dont l'un des objectifs était de clarifier les règles en matière de ciblage des navires de commerce. Selon l'article 22 du traité, dans leur action à l'égard des navires marchands, les sous-marins devaient se conformer aux règles du droit international auxquelles étaient soumis les bâtiments

absolument exempt de toute politique pathétique et émotionnelle, avant qu'une quelconque mesure ne soit prise », p.118. « Il faut également tenir compte du fait qu'en cas d'intervention américaine, le volume de tonnage allemand confisqué augmentera tout d'abord au profit de l'ennemi et qu'il faudra probablement plusieurs mois avant que le torpillage ne rétablisse ne serait-ce que l'état actuel des espaces maritimes disponibles pour le ravitaillement de l'Angleterre. Le fait que l'Angleterre, même en cas de pertes très importantes, ait atteint l'un de ses buts de guerre : une terrible décimation de notre flotte marchande, mais qu'elle soit de son côté mise en état de rétablir sa flotte relativement plus rapidement après la guerre, et que l'Amérique soit entrée en possession d'une partie de notre flotte marchande à bon compte, devrait tout de même être pris en considération », p.120. « Der Verschärfte U-Boot-Krieg », pp. 115-125, dans M. Weber, *Zur Politik im Weltkrieg, Schriften und Reden 1914-1918*, Mohr, Mommsen, 1984, 864 p.

⁴⁹³ « It was a weapon of murder and piracy, involving the drowning of noncombatants. It has been used to sink passenger ships, cargo ships, and even hospital ships. Technically the submarine was so constructed that it could not be utilized to rescue even women and children from sinking ships and that was why he posed that the conference would not give it a new lease of life ». Conference on the Limitation of armament 1921, Naval War college, International law documents, Washington US Gov. Print. Off. 1923, 406 p., p. 49.

de guerre de surface⁴⁹⁴. Il était aussi prévu que, « excepté dans le cas de refus persistant de s'arrêter après sommation régulière ou de résistance active à la visite, un navire de guerre, qu'il soit bâtiment de surface ou sous-marin, ne peut couler ou rendre incapable de naviguer un navire de commerce sans avoir au préalable mis les passagers, l'équipage et les papiers de bord en lieu sûr ». Les puissances qui ont participé à la conférence se sont aussi fixées comme objectif de dicter des règles pour protéger les navires de commerce neutres. Les dispositions du traité de 1930 ont été reprises dans le protocole de Londres de 1936, texte signé dans le cadre de la deuxième conférence de désarmement naval de Londres⁴⁹⁵. Le problème d'attaques de navires de commerce de la part des pays non belligérants a été aussi abordé dans la Conférence de Nyon en 1937, ayant eu lieu au lendemain des attaques menées par l'Italie contre des navires à destination de l'Espagne républicaine. L'accord signé se référait, dans son préambule, aux dispositions du traité de Londres de 1930 et du procès-verbal de 1936 concernant la guerre sous-marine. L'article 2 prévoyait que tout sous-marin qui attaque un navire de commerce, d'une manière contraire aux règles du droit international, visées dans le Traité international pour la limitation et la réduction des armements navals signé à Londres le 22 avril 1930, et confirmées dans le Protocole signé à Londres le 6 novembre 1936, devait être contre-attaqué et, si possible, détruit.

iii. Le critère fonctionnel d'identification des navires de commerce.

178. Le principe de distinction en guerre maritime apparaît sous la forme de la distinction des navires de guerre par rapport aux navires de commerce. La controverse porte, par conséquent, sur la définition du terme navire de commerce, non dépourvu d'ambiguïté. Dans le cadre du traité de Londres de 1930, les travaux de plusieurs comités se sont focalisés sur la définition du terme navire de commerce⁴⁹⁶. Le critère avancé mettait l'accent sur la fonction du navire et sur la nature de ses activités. Par conséquent, les navires de commerce participant à l'effort militaire n'étaient pas censés jouir de l'immunité qui leur était normalement accordée.

⁴⁹⁴ Traité sur la limitation et la réduction de l'armement naval, (Partie IV, Article 22, relatif à la guerre sous-marine). Londres, 22 avril 1930.

⁴⁹⁵ Procès-verbal concernant les règles de la guerre sous-marine prévues par la Partie IV du Traité de Londres du 22 avril 1930. Londres, 6 novembre 1936. « Les soussignés, représentants de leurs gouvernements respectifs, vu les dispositions dudit article 22 du traité, invitent par les présentes le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à communiquer immédiatement lesdites règles ci-annexées aux gouvernements de toutes les Puissances non-signataires dudit traité, en les invitant à y accéder formellement et sans limite de temps ».

⁴⁹⁶ « The Committee wish to place in on record that the expression "merchant vessel", where it is employed in the Declaration, is not to be understood as including a merchant vessel which is at the moment participating in hostilities in such a manner as to cause her to lose her right to the immunities of a merchant vessel ». Report of the Committee of Jurists, April 3, 1930, app.2, p. 189, dans *Proceedings of the Naval conference of 1930 and Supplementary Documents*, Washington, 1931, pp. 308. V. aussi *Draft Convention on rights and duties of neutral states in naval and aerial war*, (Projet de Harvard de 1939), *AJIL*, 1939, suppl., pp. 175-203, art. 65 : « a belligerent may treat as an enemy warship: (a) a neutral vessel taking a direct part in hostilities on the side of the enemy; (b) a neutral vessel exclusively engaged at the time in the transportation of enemy troops ».

Le privilège d'immunité n'était pas inhérent à la nature des navires de commerce mais, en revanche, dépendait de leur non-participation aux hostilités maritimes⁴⁹⁷.

179. Les navires marchands incorporés dans les opérations militaires de l'adversaire pouvaient donc devenir des objets d'attaques. Cette conception semble être prédominante la veille de la Seconde Guerre mondiale. Dans le *Defense of merchant shipping handbook* britannique, publié en 1938 par le ministère des Transports britannique, la licéité des attaques contre les navires de commerce était explicitement affirmée⁴⁹⁸. Même leur intégration dans le système de contrôle employé par l'adversaire les rendait susceptibles de subir une attaque militaire⁴⁹⁹. Cette approche non-favorable à la protection des navires marchands était conforme aux caractéristiques holistes de la Seconde Guerre mondiale. L'exemple des États-Unis qui ont déclaré la guerre sans aucune restriction contre le Japon, le lendemain de l'attaque de Pearl Harbor pourrait être invoqué⁵⁰⁰. L'assimilation complète des navires de commerce à des navires de guerre semblait conforme à ce type de guerre⁵⁰¹. Il faut, par ailleurs, rappeler qu'avant même

⁴⁹⁷ « In Summary, the juridical criteria to determine whether or not a merchant vessel is participating in the war or hostilities in a way which results in losing « the immunities of a merchant vessel » should be determined by the fact of such participation and not by the particular method of participation ». W. T. Mallison, *Studies in the law of naval warfare, op. cit.*, p. 120. La catégorie la plus importante des navires immunisés contre des attaques était celle de navires d'hôpital. Cette règle a été codifiée en 1899 dans la 3ème Convention de la Haye. La convention de la Haye de 1907 a élargi le champ d'application de cette première règle. Les navires cartels étaient aussi protégés. Ce terme se réfère à des accords entre des belligérants concernant l'échange de prisonniers de guerre. En 1945, le navire de commerce japonais *Awa Maru* a fait un voyage pour un objectif précis et sur une route déjà pré-tracée entre les États-Unis et le Japon. L'objectif était d'apporter des fournitures de secours, données par les États-Unis, à des nationaux détenus dans le territoire asiatique. En se rendant au Japon le bateau a été coulé sans aucune notification par les forces sous-marines des États-Unis. À la suite de cet incident, l'officier s'est comparé devant un tribunal militaire. Sur l'échange diplomatique au sujet de l'écoulement v. « Sinking of the Awa Maru », Naval war college, International law Documents, 1944-45, Washington 1946, p. 126-138. En vertu de l'art. 2 des instructions françaises de 1934 un navire neutre pouvait faire l'objet d'une attaque : « s'il se livre à des actes de guerre tels que mouillage de mines, rupture de câbles sous-marin, visite de navires neutres, attaque de navire de commerce battant pavillon français ou allié [...] s'il participe aux opérations de guerre de l'ennemi en lui donnant par radiocommunication ou par tout autre procédé, des renseignements destinés à son usage immédiat (par exemple en lui signalant votre présence, en l'aidant à régler son tir, etc.) », cité par G. Politakis, *Modern aspects of the laws of naval warfare and maritime neutrality*, London, Kegan Paul, 1998, xvi-678 p., p. 592.

⁴⁹⁸ Pour les extraits du *Shipping Handbook v. Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 - 1 October 1946*, vol. XL, pp. 88-89 : « It will be permissible to open fire on an enemy surface vessel, submarine or aircraft, even before she has attacked or demanded surrender, if to do so will tend to prevent her gaining a favorable position for attacking ».

⁴⁹⁹ E. Borchard, « Armed merchantmen », *AJIL* 1940, vol. 34, pp. 107-112, p. 110.

⁵⁰⁰ V. l'échange des messages entre les autorités militaires au sujet de la transformation de l'océan pacifique en zone de guerre. W. T. Mallison, S. V. Mallison, « Naval targeting : lawful objects of attack », *International law studies*, 1991, vol. 64, pp. 241-299, p. 248.

⁵⁰¹ R. Tucker, *The law of war and neutrality at sea, op. cit.*, p.66 : « Despite this reaffirmation of the traditional law in the 1936 London Protocol, the record of belligerent measures with respect to enemy merchant vessels during World War II fell far below the standards set in the preceding conflict. In the Atlantic, Germany resorted to unrestricted submarine and aerial warfare against British merchant vessels almost from the very start of hostilities. [...] In the final stages of the conflict, the measures taken by Great Britain against enemy shipping wherever encountered were only barely distinguishable from a policy of unrestricted submarine warfare. [...] In the Pacific War no attempt was made by either of the major naval belligerents to observe the obligations laid down by the 1936 London Protocol. Immediately upon the outbreak of war the United States initiated a policy of unrestricted aerial and submarine warfare against Japanese merchant vessels, and consistently pursued this policy throughout the course of hostilities. Japan, in turn furnished no evidence of a willingness to abide by the provisions of the Protocol ».

l'attaque japonaise, des incidents maritimes avaient eu lieu entre la marine américaine et des sous-marins allemands qui toutefois n'ont pas été perçus des justifications valables d'une déclaration de guerre de la part des États-Unis⁵⁰².

180. Les dispositions du traité de 1930, reprises par le protocole de Londres de 1936, ont fait l'objet de commentaires dans le cadre des jugements du Tribunal militaire de Nuremberg. Dans les jugements prononcés contre les amiraux allemands Dönitz et Raeder, des aspects différents du droit de la guerre maritime ont été analysés. Les accusations concernaient des attaques menées contre des navires de commerce incorporés dans l'effort de guerre des alliés⁵⁰³. L'accusation contre Dönitz concernait la conduite d'une guerre sous-marine sans restriction, contrairement au Protocole de 1936⁵⁰⁴. Il était communément admis, que des affrontements militaires de

⁵⁰² Ces incidents s'inscrivent dans le cadre de l'institution de non-belligérance, qui décrit la condition factuelle dans laquelle l'État ne prend pas part aux hostilités mais en même temps agit d'une manière favorable pour un belligérant aux dépens de son adversaire. Au moment du déclenchement de la Seconde Guerre mondiale, les États-Unis étaient tenus à une stricte neutralité. Néanmoins, peu de temps après le déclenchement de la guerre, les États-Unis ont inauguré une politique de neutralité qualifiée en faveur du Royaume-Uni en lui fournissant du matériel de guerre. La marine américaine escortait les convois marchands britanniques transportant le matériel fourni au Royaume-Uni et, au cours de cette activité, les unités navales américaines engageaient souvent le combat avec les sous-marins allemands. Le 17 octobre 1941, un sous-marin allemand a torpillé et endommagé le navire *USS Kearney*, et le 1er novembre 1941, un autre sous-marin allemand a coulé le navire de guerre américain *USS Reuben*. Les États-Unis n'ont pas interprété ces incidents comme une violation de leur neutralité susceptible de justifier une déclaration de guerre contre l'Allemagne. v. M. Milner, « Battle of the Atlantic », Dear I. C. B., Foot M.R.D.(ed.), *The Oxford Companion to the Second World War*, Oxford, Oxford University Press, online version 2014. Pour la discrimination en faveur d'un des belligérants et son rapport avec la théorie de la guerre juste v. R. Wilson, « "Non-belligerency" in Relation to the Terminology of Neutrality », *AJIL*, 1941, vol. 35, pp.121-123. Selon cette théorie, un État pourrait adopter une position de neutralité qualifiée ou partielle en faveur de la victime d'une agression à titre de contre-mesure (ou de représailles) tout en bénéficiant des droits prescrits par le droit de la neutralité. Pour une défense de cette politique de neutralité qualifiée v. le discours de Robert Jackson, procureur général des États-Unis dans son discours d'Havane du 27 mars 1941. « Address of Robert H. Jackson, Attorney General of the United States, Inter-American Bar Association, Havana, Cuba, 27 March 1941 », *AJIL*, vol. 35, 1941, pp. 348-349 : « In the light of the flagrancy of current aggressions [...] the United States and other states are entitled to assert a right of discriminatory action by reason of the act that, since 1928 so far as it is concerned, the place of war and with it the place of neutrality in the international legal system have no longer been the same as they were prior to that date ». Faisant référence aux violations répétées du pacte de Paris par l'Allemagne et l'Italie il a déclaré qu'en interdisant la guerre, le pacte détruisait les fondements historiques et juridiques de la doctrine de la neutralité conçue comme une politique d'impartialité absolue par rapport aux guerres agressives. Il n'imposait pas aux signataires le devoir de discriminer un agresseur, mais il leur conférait le droit d'agir de cette manière.

⁵⁰³ Le tribunal militaire de Nuremberg s'est prononcé sur la licéité des zones d'exclusions des navires dans le cadre de la décision contre l'amiral Dönitz. « However, the proclamation of operational zones and the sinking of neutral merchant vessels which enter those zones presents a different question. This practice was employed in the war of 1914-1918 by Germany and adopted in retaliation by Great Britain. The Washington Conference of 1922, the London Naval Agreement of 1930, and the Protocol of 1936 were entered into with full knowledge that such zones had been employed in the First World War. Yet the Protocol made no exception for operational zones. The order of Dönitz to sink neutral ships without warning when found within these zones was, therefore, in the opinion of the Tribunal, a violation of the Protocol ». Trial of the Major war criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945- 1 October 1946, vol I, pp. 312-13. Sur le jugement de Nuremberg dans l'affaire de l'Amiral Dönitz, concernant le statut de la loi régissant les attaques sous-marines et les attaques aériennes sur des navires de commerce, v. D. P. O'Connell, « International law and contemporary naval operations », *British yearbook of international law*, 1970 vol. 44, pp. 19-85, p. 55.

⁵⁰⁴ Dönitz a été accusé d'avoir mené une guerre sous-marine sans aucune restriction et en violation du Protocole naval de 1936 qui réaffirme les règles de la guerre sous-marine de 1930. Office of United States, chief of Counsel for prosecution of axis criminality, *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, Washington 1947, pp. 139-140, p.108-109 : « Shortly after the outbreak of war the British admiralty, in accordance with its Handbook of Instructions of 1938 to the Merchant Navy, armed its merchant vessels, in many cases convoyed them with armed escort, gave orders to send position reports upon sighting submarines, thus integrating merchant vessels into the warning network of naval intelligence. On 1st October 1939, the British Admiralty announced British merchant ships had been ordered to ram U-

grande envergure imposaient une reconsidération de la définition juridique du terme de navire de commerce. Dans le cadre d'un affrontement d'une telle ampleur, tout navire de commerce était devenu, *de facto*, auxiliaire à l'effort de guerre maritime. Le Tribunal militaire s'est appuyé sur ces considérations pour acquitter Dönitz de l'accusation de conduite d'une guerre sous-marine contraire au protocole de 1936⁵⁰⁵. Néanmoins, l'amiral a été déclaré coupable pour avoir empêché le sauvetage des passagers du navire britannique *Laconia* attaqué par un navire sous-marin allemand. En l'occurrence, l'ordre donné par Dönitz ne concernait pas seulement l'attaque sans sommation, mais aussi l'abstention de tout acte susceptible de venir en aide aux membres d'équipage des navires, en violation de la règle de l'article 22 du Traité de la Conférence navale de 1930⁵⁰⁶. Toutefois, aucune peine n'a été imposée à Dönitz, grâce l'exposé de l'amiral américain Nimitz, Commandant en chef de la Flotte du Pacifique de janvier 1942 à décembre 1945. Ce dernier a confirmé le recours à des comportements similaires dans le cadre d'attaques sur des navires de commerce ennemis du côté des alliés. En l'espèce, il a été affirmé que toute tentative de sauvetage des civils était liée à des risques pour les équipages de sous-marins⁵⁰⁷.

iv. Des droits des belligérants exercés à titre de représailles de guerre.

181. Les spécificités de la guerre maritime justifient la réflexion sur les pouvoirs des belligérants affectant la propriété privée, spécifiques à ce type de guerre⁵⁰⁸. Toutefois, la

boats if possible. In the actual circumstances of this case, the tribunal is not prepared to hold Doenitz guilty for his conduct of submarine warfare against British armed merchant ships ».

⁵⁰⁵ *Idem*, p.140 : « In view of all the facts proved and in particular of an order of the British Admiralty announced on the 8th May, 1940, according to which all vessels should be sunk at night in the Skagerrak, and the answers to interrogatories by Admiral Nimitz stating that unrestricted submarine warfare was carried on in the Pacific Ocean by the United States from the first day that nation entered the war, the sentence of Doenitz is not assessed on the ground of his breaches of the international law of submarine warfare ».

⁵⁰⁶ *Idem*, p. 140 : « The evidence further shows that the rescue provisions were not carried out and that the defendant ordered that they should not be carried out. The argument of the defense is that the security of the submarine is, as the first rule of the sea, paramount to rescue and that the development of aircraft made rescue impossible. This may be so, but the Protocol is explicit. If the commander cannot rescue, then under its terms he cannot sink a merchant vessel and should allow it to pass harmless before his periscope. These orders then, prove Doenitz is guilty of a violation of the Protocol ». Pour une analyse v. W. J. Fenrick, « The merchant vessel as legitimate target in the law of naval warfare », pp. 425-443, dans A. Delissen, G. Tanja (éd.), *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead : essays in honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, xxii-668 p., not. p. 432.

⁵⁰⁷ Pour une critique de la décision v. M. Walzer, *Guerres justes et injustes, argumentation morale avec exemples historiques*, op. cit., p. 278 et s. « En effet, on entoure les civils d'un rideau de droits et l'on attend des militaires qu'ils acceptent des risques (quelques risques) pour leur sauver la vie. La question n'est pas de savoir s'ils doivent pour cela accomplir des efforts exceptionnels ou jouer éventuellement les bons samaritains. Ce sont eux les premiers responsables du danger que courent les civils, et même en cas d'opérations militaires légitimes ils n'en sont pas moins tenus de faire tout leur possible pour restreindre la portée des dégâts qu'ils occasionnent. [...] Une tentative de sauvetage entreprise au bénéfice de non-combattants peut être temporairement interrompue en cas d'attaque, mais en aucun cas annulée antérieurement à toute action de l'ennemi et uniquement en prévision d'une attaque quelconque (ou de la reprise d'une attaque). Car une attaque au moins a déjà eu lieu qui a mis des innocents en danger de mort. C'est maintenant une obligation de venir à leur aide », pp. 286-287.

⁵⁰⁸ M. McDougal, F. Feliciano, *Law and minimum world public order: the legal regulation and international coercion*, op.cit., pp. 587-588 : « The primary belligerent claim with respect to enemy ships and enemy goods on enemy ships is a claim to capture or destroy such property. One kind of claim traditionally asserted in opposition relates to the

tentative d'esquisser, de manière rigoureuse, les contours de ces pouvoirs paraît vaine en raison du fait qu'à titre de représailles les limites du cadre légal sont souvent dépassées. Le recours à des représailles de guerre se justifie par l'absence d'une autorité juridictionnelle qui serait en mesure de se prononcer sur la licéité du comportement de chaque belligérant⁵⁰⁹. Dans le cadre d'affrontements militaires de grande ampleur, le recours aux représailles est récurrent. Ce recours systématique bouleverse les conditions d'exercice et le contenu même des pouvoirs des belligérants exercés contre les navires ennemis mais aussi contre les navires neutres⁵¹⁰. En effet, pendant la Première Guerre mondiale, à titre de représailles contre la guerre sous-marine à outrance et l'emploi de mines maritimes sans notification, la cessation complète de tout commerce entre les neutres et les ennemis a été imposée⁵¹¹. Conformément à cette politique, les autorités maritimes des belligérants avaient la possibilité de débarquer toute marchandise chargée dans un port ennemi ainsi que toute marchandise « d'origine, de provenance ou de propriété ennemie, chargée dans un port autre qu'un port ennemi »⁵¹². L'interrogation quant à la conformité de ces pratiques étatiques avec les règles régissant la guerre maritime, ou leur justification exceptionnelle à titre de représailles de guerre, était constante. L'argument des représailles a été utilisé à la fois pour le recours à des actes militaires visant les navires de commerce mais également pour justifier des actes de contrainte économique ciblant les mêmes objets.

appropriate procedures for taking or attacking. Thus, a countering assertion commonly made until World War II was that merchantmen could not lawfully be attacked and sunk at sight. A second kind of countering assertion is that the vessel captured or destroyed belongs to a class legally exempt from capture or destruction ».

⁵⁰⁹ V. Brunns, « Der britische Wirtschaftskrieg und das geltende Seekriegsrecht », *ZaoeRV*, 1940, pp. 24-109, p. 38 : « En droit international, et donc en droit de la guerre maritime, il n'y a pas de juge impartial qui rende la justice dans les conflits entre États, et il ne peut donc pas y avoir d'organe d'exécution de la volonté commune. C'est pourquoi les États doivent s'aider eux-mêmes, la personne lésée a le droit d'exercer des représailles, le droit de contraindre par tous les moyens — qu'ils soient autorisés ou non par la loi. Seuls ceux qui ont subi une injustice, et non ceux qui l'ont eux-mêmes commise, ont le droit d'exercer des représailles. Comme aucun juge ne détermine par un jugement qui est la partie lésée, les deux belligérants invoquent souvent le droit de représailles pour se défaire de leurs liens juridiques. Cela a pour conséquence que les deux parties reconnaissent théoriquement le droit, mais ne le respectent pas dans la pratique ».

⁵¹⁰ Il est souvent affirmé que le caractère juridique d'une guerre navale se mesure en fonction de l'ampleur et de l'intensité des hostilités. D. P. O'Connell, *The influence of law on sea power*, Manchester, Manchester University Press, 1975, xv-204 p., p. 3 : « The only prediction that can be made with assurance is that the lower the level of conflict, the more localized the situation and the more restricted the objectives, the more predominant will be the element of law in the governing of naval conduct; and that the law will assume a diminished role — as it did in the Second World War — when the conflict becomes global, when the neutrals has been mostly drawn into it or their sympathies, and when an element of desperation has entered into operational planning ».

⁵¹¹ Ph. Guttinger, « Réflexions sur la jurisprudence des prises maritimes de la Seconde Guerre mondiale », *RGDIP*, 1975, pp. 25-91, p. 30 : « Peut-être serait-ce le véritable avenir du droit de prise qui se transformerait en un véritable droit de blocus tant à l'importation qu'à l'exportation sans qu'il y ait nécessairement d'ailleurs application générale d'un régime de confiscation ».

⁵¹² V. la loi du 15 mars 1916 relative à l'attribution des prises à un fonds spécial ; le décret-loi du 1er septembre 1939 relatif aux prises maritimes ; le décret du 27 novembre 1939 relatif aux arrêts de marchandises, *Idem*.

b. Des droits des belligérants de nature économique exercés à l'encontre des biens civils.

182. Les pouvoirs des belligérants peuvent prendre la forme d'opérations entreprises ou de mesures dirigées contre le commerce maritime de l'ennemi qui diffèrent du ciblage militaire. Ces opérations de caractère économique relèvent du droit de butin, du blocus maritime, de la réglementation de la contrebande ainsi que de la saisie et de la capture des navires et de leurs marchandises. Bien que pour ces opérations le qualificatif militaire ne soit pas utilisé, l'aspect militaire n'est pas négligeable. En effet, ces opérations ne peuvent être accomplies que par les autorités maritimes qui sont, à cet effet et sous certaines conditions, autorisés à recourir à la force. Leur mise en œuvre présuppose le respect de certaines conditions et formes, en vue de la saisie des navires et des marchandises, appartenant soit à l'ennemi soit aux neutres. Le fait que l'appropriation du navire capturé ou de la marchandise saisie résulte des décisions de la juridiction des prises maritimes n'altère pas la nature mixte, à savoir à la fois militaire et économique, de ces opérations. La saisie, la capture, et le blocus, à savoir des opérations qui peuvent aboutir à l'accaparement des biens civils en guerre maritime, constituent des opérations militaires. Si la publication des listes de contrebande est un acte réglementaire de l'autorité civile, l'action et l'intervention des forces navales pour en assurer le respect sont indispensables. Par conséquent, le caractère coercitif de l'acte de visite, de saisie ou de capture dans le cadre de l'exercice de pouvoirs des belligérants de caractère économique, n'est pas négligeable.

183. Dans le cadre de la guerre maritime, et conformément aux règles de sources disparates régissant cette matière, le belligérant peut s'emparer de la propriété privée à titre de prise de guerre. Le navire ennemi est considéré comme de « bonne prise », à la suite de la décision d'une juridiction spéciale. Si la déclaration de bonne prise est confirmée par un tribunal supérieur, à la suite d'un appel éventuel par les ayants droit, la vente du navire et de ses cargaisons est permise. Cette prérogative s'exerce sur des biens de propriété privée, auxquels le droit de la guerre terrestre attribue généralement un statut d'inviolabilité. Le principe de capture sur mer de la propriété privée ennemie, et sous certaines conditions de la propriété privée neutre destinée à l'ennemi, constitue le fondement juridique du droit de saisie⁵¹³. En vertu du droit

⁵¹³ V. la note du Président W. Wilson adressée au gouvernement britannique. Il s'agissait d'une lettre de protestation contre l'ingérence dans les droits des neutres par le recours au blocus britannique : « A belligerent nation has been conceded the right of visit and search, and the right of capture and condemnation, if upon examination a neutral vessel is found to be engaged in un-neutral service or to be carrying contraband of war intended for the enemy's government or armed forces. It has been conceded the right to establish and maintain a blockade of an enemy's ports and coasts and to capture and condemn any vessel taken in trying to break the blockade. It is even conceded the right to detain and take to its own ports for judicial examination all vessels which it suspects for substantial reasons to be engaged in un-neutral or contraband service and to condemn them if the suspicion is sustained. But such rights, long clearly defined both in doctrine and practice, have hitherto been held to be the only permissible exceptions to the principle of universal equality

international, les belligérants sont en mesure de saisir des navires de commerce ennemis et les cargaisons transportées. La mise en application de cette prérogative comprend plusieurs étapes, à savoir l'arrêt, désignant le stationnement forcé d'un navire de commerce par un navire de guerre, la visite, impliquant l'examen des papiers à bord, jusqu'à la confiscation du navire, obligatoirement prononcée par la juridiction des prises maritimes de l'État à l'origine de l'opération. La notion de prise maritime décrit ainsi à la fois la saisie et l'appropriation du navire ou des marchandises transportées⁵¹⁴. La capture de la propriété privée constitue un pouvoir accordé par le droit de la guerre à un belligérant de saisir un navire de commerce ennemi ou neutre ou ses marchandises, en vue d'ordonner leur confiscation par une juridiction de prises relevant du droit interne de l'État capteur⁵¹⁵. Le transfert de la propriété privée à l'État capteur, présuppose la décision d'un juge, quelle que soit la nationalité du propriétaire du bien saisi⁵¹⁶. En revanche, le belligérant peut s'emparer de propriétés publiques dans la guerre maritime comme butin, sans aucune intervention du pouvoir juridictionnel, par simple décision administrative. Le juge précise les conditions d'exercice de cette prérogative reconnue par le droit international au profit des États belligérants.

184. Le contrôle de la validité des prises est exercé dans chaque État belligérant par une juridiction nationale des prises. Des conseils de juridiction maritime étaient fondés par les grandes puissances maritimes pour juger des litiges entre capteurs et captés et déterminer si la capture effectuée était « de bonne prise »⁵¹⁷. Conformément à la règle de nature coutumière

of sovereignty on the high seas as between belligerents and nationals not engaged in war », pp. 8059-8060, dans *Supplement to the messages and papers of the Presidents, March 4 1913 – March 4 1917*.

⁵¹⁴ Pour une définition v. Prise maritime, « I) En temps de guerre : saisie d'un navire ou d'une cargaison appartenant à des ennemis ou parfois à des neutres. II) Le navire capturé ou la marchandise saisie », Capitant H. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1936, 564 p., p. 389

⁵¹⁵ Prise maritime, « Faculté accordée par le droit de la guerre à un belligérant », Salmon J., (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, p. 884. Une décision relative à une prise maritime est « la décision du tribunal des prises du belligérant capteur prononçant qu'est valable la capture d'un navire de commerce ou la saisie de marchandises effectuée par ce belligérant, déclarant de bonne prise ce navire ou ces marchandises », Basdevant J. (préf.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op. cit.*, p. 143

⁵¹⁶ « La prise n'est définitive et le capturé n'est irrévocablement dépouillé de sa propriété que par le jugement qui a statué sur sa validité. Tant que cette sentence de condamnation n'est pas intervenue, le capteur ne possède qu'un droit précaire susceptible d'être annulé, si les juges décident que la prise doit être restituée à ceux qu'elle a été opérée ». Ch. Calvo, *Dictionnaire de droit international public et privé*, Berlin-Paris, Puttkammer, Pedone, 1885, vol. II 374 p., « Prise maritime », p. 111-117, p. 112.

⁵¹⁷ « Issu du Conseil de la marine qui entoure Richelieu depuis 1627, ce Conseil est créé à partir de 1676 à chaque déclaration de guerre et supprimé avec le retour de la paix, quoique la dénomination (Conseil de prises) n'apparaisse officiellement qu'en 1695. A cette date, les jugements rendus à partir de l'instruction des bureaux de l'Amirauté, sont susceptibles d'appel devant le Conseil royal des finances. Il jugeait en dernier ressort de la validité des prises faites par un vaisseau de l'État ou par des bâtiments corsaires. Avec la suppression de l'Amirauté (1790-91) et le début de la guerre maritime en 1793, les compétences en matière de prises reviennent aux juges de paix et aux tribunaux de commerce. Après plusieurs flottements et d'importants débats, l'arrêt du 6 germinal an VIII (27 mars 1800) crée un Conseil des prises siégeant à Paris et jugeant en vertu de la loi du 26 ventôse [...]. Sans appel jusqu'en 1806, les décisions du Conseil peuvent, après cette date, être portées devant le Conseil d'État. Supprimé par l'ordonnance royale du 22 juillet 1814, le Conseil termine ses fonctions le 31 octobre 1814, après avoir rendu plus de 1600 décisions. Sous l'empire, le Conseil comprenait un amiral (président), des conseillers d'État et maîtres des requêtes, et le secrétaire générale de la Marine.

« toute prise doit être jugée », chaque État belligérant devait instituer un tribunal spécialisé pour examiner la validité des prises opérées par ses forces navales. Cette prérogative s’oppose à la règle d’inviolabilité de la propriété privée, qui constitue l’une des déclinaisons du principe de distinction entre combattants et non-combattants, et de son corollaire, à savoir la distinction entre objectifs militaires et biens civils. Les navires de commerce et leurs cargaisons ne sont pas inviolables malgré leur caractère de biens civils. Les autres catégories de navires privés, ne peuvent être ni capturés ni détruits, sous condition qu’ils ne prennent pas part aux hostilités, qu’ils ne gênent pas les mouvements des combattants ou qu’ils se soumettent aux procédures d’identification et d’inspection⁵¹⁸.

185. La disparité des règles nationales (i) régissant une matière dépourvue des règles communément applicables (ii) et le non-fonctionnement d’une juridiction internationale des prises maritimes (iii) rend le commerce maritime témoin de sa complexité.

i. La pluralité des sources du droit des prises maritimes. Une branche de droit imprégnée par des traditions nationales

186. La particularité des règles du droit de prises réside dans le fait qu’elles relèvent à la fois du droit international et du droit interne. D’une part, le droit international confère aux États les prérogatives qui leur permettent d’entreprendre des opérations pouvant aboutir à la confiscation d’un navire de commerce et de ses cargaisons. D’autre part, un acte de confiscation acquiert sa validité, à la suite de la décision d’une juridiction nationale. En effet, les tribunaux des prises maritimes, en tant que juridictions nationales, sont soumis directement à l’ordre juridique étatique. Un conflit peut être ainsi constaté entre le caractère international de la matière à juger et le caractère national de l’organe chargé de se prononcer sur la licéité ou non de ces opérations. Toutefois, le juge des prises se reconnaît être lié à la fois par les règles internationales et les lois internes. À la lumière de ces éléments, le caractère hybride de ce droit, qui relève à la fois du droit international et du droit interne, se justifie⁵¹⁹. Ce caractère hybride explique l’insécurité

Le 12 novembre 1810, par ordonnance, Napoléon Ier conféra à chacun des membres le titre de “conseiller au conseil impérial des prises”. [...] En Angleterre, depuis 1782, l’Amirauté détient la juridiction des prises. En 1864, l’act naval sur les prises a érigé en tribunaux des prises toutes les cours d’Amirauté ou de Vice-amirauté qui existaient en Grande-Bretagne, comme dans les dominions. Les appels (comme en France du temps de Richelieu), sont portés devant le Roi “en son conseil”. M. Vergé-Franceschi (dir.), « Conseil des prises », 401-402 pp., dans *Dictionnaire d’histoire maritime*, Paris, Robert Laffont, 2002, 750 p.

⁵¹⁸ V. p. ex. Institut de droit international, Manuel des lois de la guerre maritime dans les rapports entre belligérants, Manuel d’Oxford, 1913, Session d’Oxford, *Annuaire de l’Institut de droit international*, t. 26, 1913, p. 611 et s. Art. 32. — « Navires publics et navires privés : Arrêt, visite et recherches ». Il est stipulé que « tous navires autres que ceux de la marine de guerre, qu’ils appartiennent à l’État ou à des particuliers, peuvent être sommés par un bâtiment de guerre belligérant de s’arrêter pour qu’il soit procédé, à leur bord, à une visite et à des recherches ».

⁵¹⁹ V. le raisonnement du juge britannique dans l’extrait de l’affaire du *Zamora*, jugée par le Conseil Privé anglais en 1916, cité par A. Gervais, *Droit de la guerre maritime*, Paris, Cours de l’IHEI, 1954-1955, 99 p., p. 30 : « Il ne peut naturellement pas être discuté qu’une Cour des Prises comme tout autre Cour est liée par les dispositions législatives de son État souverain. Une Cour des prises britanniques serait certainement liée par les lois de la législature impériale, mais

juridique quant aux règles régissant la matière. Malgré les tentatives d'unification du droit des prises maritimes entreprises dans le cadre des conférences internationales aboutissant à la codification des règles précises, chaque État déterminait de manière unilatérale des règles substantielles, prenant en compte ses propres intérêts en tant que belligérant⁵²⁰. La diversité des pratiques nationales, due à l'inexistence des règles internationales universellement admises et appliquées, démontre l'incertitude concernant le statut et l'étendue des pouvoirs des belligérants exercés sur des navires de commerce en guerre maritime. L'existence des traditions nationales distinctes n'a pas permis, par ailleurs, le fonctionnement de la Cour internationale de prises, comme celle-ci était prévue dans la Convention 12 de la Haye de 1907. Cette juridiction était conçue en tant que juridiction d'appel à l'égard des jugements rendus par les tribunaux nationaux de prises. À défaut des règles substantielles communément admises et de juridiction internationale compétente à la matière, les États et les auteurs du droit international se sont divisés (a, b) quant à l'utilité du recours à ce mécanisme d'ingérence systématique aux biens civils en guerre maritime.

a. La défense doctrinale conséquente du droit des prises maritimes.

187. La confiscation de la propriété privée en mer s'est toujours présentée comme l'arme la plus efficace de la guerre maritime, réclamée par les puissances dont la suprématie maritime était établie⁵²¹. La contradiction de ces pratiques avec le respect de la propriété privée en guerre sur terre est due aux spécificités de la guerre maritime⁵²². L'argument en faveur des atteintes à la propriété privée met l'accent sur la possibilité d'abreuver, grâce au recours à de tels mécanismes, les luttes et par conséquent les maux infligés aux personnes des pays belligérants. Toutefois, les pratiques de guerre économique maritime pourraient être particulièrement préjudiciables pour un belligérant dépendant économiquement de ses relations avec l'étranger. La pratique de capture n'est « que la sanction de la défense faite à l'adversaire de se servir de

il n'est pas moins vrai que si la législature impériale adoptait une loi dont les dispositions seraient contraires au droit international, la Cour des Prises en donnant effet à de telles dispositions n'appliquerait plus le droit international. Elle serait privée dans le domaine couvert par ces dispositions de sa fonction propre en tant que Cour des prises ».

⁵²⁰ H. Triepel, « Die geschichtliche Entwicklung des Seekriegsrechts bis zur Londoner Deklaration », pp. 27-64, dans Gladisch W., B. Widmann (éd.), *Grundfragen des Seekriegsrechts im Zweiten Weltkrieg*, Berlin, Mittler & Sohn, 1944, 174 p., p. 33 : « La guerre maritime devient encore plus qu'auparavant une guerre commerciale, un moyen de détruire le commerce maritime de l'ennemi, et plus généralement de briser la puissance économique de l'adversaire. Si la guerre économique mercantiliste était déjà en vigueur en temps de paix, elle se poursuit désormais de manière sanglante par une guerre maritime menée contre le concurrent économique ».

⁵²¹ Ch. Dupuis, *Le droit de la guerre maritime d'après les conférences de la Haye et de Londres*, Paris, Pédone, 1911, xxi-621 p., p. 16.

⁵²² R. Jaquemyns, « Recension de l'ouvrage, de E. Carron, La course maritime », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, t. VII, p. 698.

la mer »⁵²³. Ce raisonnement est opéré par Grotius dans sa tentative de défense des intérêts des Provinces des Pays-Bas contre les prétentions hégémoniques de l'Espagne et du Portugal au 17^e siècle. Ses considérations concernant le droit de butin se trouvent dans la consultation à l'occasion de la procédure de capture à laquelle était soumis le navire portugais Santa Catarina. La Compagnie hollandaise des Indes avait procédé à la saisie du navire et de sa cargaison. La consultation rédigée par Grotius était consacrée à la recherche et l'identification du fondement normatif pour une telle action. En l'occurrence, le capitaine hollandais avait saisi dans le détroit de Malacca le 25 février 1603 une caraque portugaise, le navire San Catarina, et l'avait amenée en Hollande pour la faire déclarer de bonne prise. Cette consultation de Grotius est devenue le *De jure praedae commentarius*. La *disputatio* concernait le rôle des navires privés dans la guerre opposant les provinces des Pays-Bas à l'Espagne et au Portugal. Il s'agissait à la fois d'un avis de droit et d'une dissertation juridique sur les principes généraux régissant le butin de guerre. Grotius soutenait que les belligérants avaient le droit de s'emparer de toute propriété ennemie puisque l'ennemi pouvait s'en servir pour poursuivre la lutte. La saisie des biens ennemis était ainsi associée à la liberté des mers. Par cette thèse, Grotius a voulu se défendre contre les prétentions portugaises et hispaniques sur la navigation et le commerce maritime⁵²⁴. À l'hégémonie de ces puissances qui réclamaient un droit de commerce exclusif sur ces espaces maritimes, Grotius a opposé l'idée de liberté des mers, qui impliquait aussi la reconnaissance du droit de capture des navires. En outre, le capitaine qui avait commandé la saisie du navire menait une *bellum iustum privatum* en défendant la liberté de commerce. À la différence de Saint Thomas d'Aquin, qui rejetait toute référence à une guerre privée, Grotius considérait que la violation d'un droit naturel de la personne, dont le droit d'exercer du commerce, pouvait faire déclencher une guerre juste privée. Le caractère privé de cette guerre était aussi lié à la nature de l'espace sur lequel l'incident s'était produit, à savoir la haute mer. Selon Grotius, l'océan ne relevait d'aucune juridiction et pour cette raison la guerre privée y était légitime⁵²⁵. L'originalité

⁵²³ Dupuis, *op. cit.*, p. 46. L'auteur fait le parallèle entre la capture des biens privés et l'occupation sur terre qui prive l'ennemi de la liberté de son territoire. L'occupation étant impossible sur mer, on tente de priver l'adversaire de l'usage de la mer par le biais de saisie des biens privés.

⁵²⁴ Pour une analyse des fondements théologiques de prétentions hégémoniques du Portugal et de l'Espagne sur les océans v. l'analyse de G. Fahl, *Der Grundsatz der Freiheit der Meere in der Staatenpraxis von 1493 bis 1648*, Köln, Heymann, 1969, viii-143 p.

⁵²⁵ L'affirmation du caractère juste de cette guerre n'était pas dépourvue de difficultés, et cela pour deux raisons. D'une part, la souveraineté des provinces des Pays Bas — après leur sécession du trône hispanique — n'était pas indubitable, et d'autre part le navire, ayant procédé à la saisie, n'était pas fourni des lettres de marque qui normalement lui auraient octroyé un tel droit. En effet, le roi d'Espagne Philippe III considérait toujours les citoyens des Provinces-Unies comme ses propres sujets ayant commis une rébellion. Il est rappelé que la lettre de marque, adressée par un souverain aux capitaines de navires privés, autorisait son détenteur à « courir sus » aux ennemis de son pays en temps de guerre. Pour une analyse de l'argumentation de Grotius sur le caractère de guerre juste de la rébellion des Provinces Unies de Pays Bas v. P. Borschberg, *Hugo Grotius, « Commentarius in theses XI : an early treatise on sovereignty, the just war, and the*

de la thèse de Grotius réside dans la reconsidération des fondements du droit international. Les bulles du Pape, fondement ultime des prétentions du Portugal et de l'Espagne sur les océans, devaient fléchir devant la liberté d'entreprendre des relations commerciales, relevant du droit naturel. Ce principe était immuable et par conséquent il ne pouvait pas être bafoué par des politiques menées par des États ou des puissances maritimes. Les similitudes de son argument avec la thèse de Vitoria qui en 1539 argumentait en faveur du *jus communicationis* entre les peuples est manifeste. Il doit être rappelé que la violation du *jus communicationis* de la part des populations locales avait permis aux conquérants espagnols du 16^e siècle d'invoquer l'argument de la guerre menée pour une cause juste⁵²⁶. Grotius, en s'appuyant de manière explicite sur la thèse de Vitoria, s'en sert pour défendre la cause de la Compagnie des Indes et leur droit de procéder à la saisie des navires⁵²⁷. Dans *Mare Liberum*, publié en 1609, Grotius a repris le principe, formulé, comme déjà évoqué, par Vitoria, selon lequel la mer n'est pas susceptible d'être appropriée par des souverains. L'objectif de Grotius était de s'opposer à la politique portugaise de *Mare Clausum* — théorisée par la suite par John Selden dans son ouvrage homonyme de 1635 prônant le rôle maritime prédominant de l'Angleterre — et de reconnaître au profit de toutes les nations, la liberté de naviguer en mer pour exercer du commerce maritime et en cas de guerre recourir à la pratique des prises maritimes. Grotius a ainsi fourni une argumentation favorable aux Pays-Bas qui visaient à briser les monopoles commerciaux de grandes puissances navales de l'époque. La violation du droit de commerce pouvait ainsi légitimer certaines mesures comme la saisie de navires et de cargaisons.

188. Inscrits dans le sillage de Grotius, des auteurs du 18^e siècle, comme Cornelius van Bynkershoek, ou Emer de Vattel, se sont prononcés favorablement au droit de saisie des navires. Bynkershoek, dans ses *Questiones juris publici* de 1731 admettait la validité de l'antique droit de butin, tandis que Christian Wolff, dans son *Jus Gentium methodo scientifica pertractatum* de 1749 qualifiait la prise de possession des biens ennemis de mesure provisoirement nécessaire jusqu'à l'adoption d'un traité de paix définitif. Vattel, dans son *Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* de 1758 adoptait une définition de guerre qui conférait la qualité d'ennemi à

legitimacy of the Dutch Revolt, New York, Lang, 1994, 308 p. L'argument central était celui du droit à la révolte contre une autorité dont le comportement était abusif.

⁵²⁶ V. D. Alland, « Conquête espagnole des Indes, jugements sur les indiens d'Amérique et doctrine de la guerre juste », *Droits*, 2007, n. 46, pp. 19-40.

⁵²⁷ Cette argumentation est proposée par J. Thumfart, « Freihandel als Religion. Zur Ökonomischen Theologie in den völkerrechtlichen Entwüfen Hugo Grotius' und Francisco de Vitorias », *Archiv des Völkerrechts*, 2008, 46 vol., pp. 259-271, qui expose de manière détaillée les raisons qui ont conduit Grotius à s'appuyer sur les représentants de la seconde scholastique.

tous les sujets de l'État adverse⁵²⁸. Par conséquent, aucune réserve n'était émise à l'égard du droit de butin. Il faut aussi souligner que les thèses de ces auteurs ont été approuvées par des auteurs américains du 18^e siècle. Une partie de la doctrine mettait l'accent sur la différence entre la conception sur la guerre sur terre et sur la guerre maritime en essayant ainsi de fournir des justifications pour le différent traitement de la propriété privée.

189. Les principes régissant les pratiques des saisies maritimes ont été approuvés par des auteurs américains du 19^{ème} siècle. À titre d'exemple, John Westlake, rejetait la thèse rousseauiste relative à la guerre entendue comme relation purement interétatique, et la qualifiait comme arbitraire⁵²⁹. L'auteur rejetait ainsi la thèse de séparation stricte entre la sphère de l'État et celle du citoyen⁵³⁰. En 1836, dans les *Éléments de droit international*, Henry Wheaton défendait la différence des pratiques en guerre terrestre et maritime, considérant qu'à la différence de la guerre sur terre, dont l'objectif est la conquête ou l'acquisition d'un territoire, la guerre maritime vise la destruction du commerce et des voies de navigation de l'ennemi, au moyen de la capture et de la confiscation de la propriété privée⁵³¹. L'idée, d'après laquelle la guerre concerne aussi les individus qui relèvent des États belligérants était défendue aussi par James Kent, dans ses *Commentaries on American law* de 1826⁵³². La règle de respect de la

⁵²⁸ Pour ces auteurs v. l'analyse de Ch. De Boeck, *De la propriété privée ennemie sous pavillon ennemi*, Durand et Pédone Lauriel, Paris, 1882, iii-756 p., p.401-403.

⁵²⁹ J. Westlake, « The general theory of the relation of subjects to a war », pp. 264-270, Oppenheim L., (éd.), *The collected papers of John Westlake on public international law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1914, xxix-736 p., p. 266-269. En critiquant le fameux passage du Contrat social déjà cité à plusieurs reprises, il soulignait que « [T]he levity of mind displayed by such a passage is extraordinary, even for a man of Rousseau's character. If not true relation can be established between states and men, it must be impossible for men not only to be the enemies, but also to be the citizens or members of a state, which in the same passage they are described as being. And if it is only as soldiers that men are enemies even accidentally, every measure employed in war with reference to the civil population, including the most moderate requisitions, contributions and interferences with their liberty must be unlawful. That legal situation would make war almost impossible, a result which Rousseau would probably not have regretted, but if he had intended it he would have mentioned it ».

⁵³⁰ « If it cannot be maintained, either legally or as a question of political fact, that individual subjects or citizens are foreign to the wars of their State, there remains the plea urged on the ground of humanity- that they ought to be exempted as far as possible from the consequences of their solidarity ». P. 619, *Idem*.

⁵³¹ En 1836, Wheaton dans son ouvrage intitulé *Éléments de droit international* attire l'attention sur la différence qui existe entre la guerre maritime et la guerre continentale. « Le fait bien connu que des contributions sont levées sur les territoires occupés par une armée ennemie, au lieu d'une confiscation générale de la propriété appartenant aux habitants, sert encore de justification. L'objet de la guerre sur terre étant la conquête ou l'acquisition d'un territoire qui doit être échangé en équivalent d'un territoire perdu, la considération du vainqueur pour ceux qui vont être ou ont été ses sujets, l'empêche naturellement d'exercer ses droits extrêmes dans ce cas particulier. Tandis que le but des guerres maritimes est la destruction du commerce et de la navigation de l'ennemi ». H. Wheaton, *Éléments du droit international*, Leipzig, Brockhaus, 1858, vol. II 399 p., p. 17. Au sujet de la course, Wheaton, précisait que ce mode particulier de nuire au commerce de l'ennemi était admis tant qu'elles étaient tolérées les captures de la propriété privée, Cette pratique constituait un moyen de contrebalancer la supériorité de la marine publique de l'ennemi. Wheaton admettait qu'une des conséquences immédiates de la guerre, était l'interdiction de toutes relations commerciales entre les sujets des États belligérants.

⁵³² J. Kent, *Commentaries on American law*, Boston, Brown, 1866, vol. 1, 692 p., par. 55, p. 62 : « When war is duly declared, it is not merely a war between this and the adverse government in their political characters. Every man is, in judgment of law, a party to the acts of his own government, and a war between the governments of two nations is a war between the governments of two nations is a war between all the individuals of the one and all the individuals of which the other nation is composed. Government is the representative of the will of all the people, and acts for the whole

propriété privée en guerre terrestre était ainsi conçue comme l'exception à la règle de non-protection de la propriété privée⁵³³.

190. La défense du droit des prises maritimes par la doctrine américaine peut surprendre, si la politique officielle des États-Unis est prise en compte. En effet, dès leur naissance, les États-Unis réclamaient le principe d'inviolabilité de la propriété privée sur mer. À titre d'exemple, on pourrait citer le traité conclu entre les États-Unis et la Prusse le 10 septembre 1785 qui faisait allusion à l'exemption de capture pour tous les vaisseaux marchands⁵³⁴. En outre, en 1823, le Président des États-Unis a proposé aux puissances européennes d'abolir le droit de capture en leur proposant un « Projet de convention internationale pour régulariser les principes de la neutralité commerciale et maritime »⁵³⁵. Faute d'accord parmi les puissances européennes, le

society. This is the theory in all governments; and the best writers on the law of nations occur in the doctrine, that when the sovereign of a state declares war against another sovereign, it implies that the whole nation declares war, and that all the subjects of the one are enemies to all the subjects of the other. Very important consequences concerning the obligations of subjects are deducible from this principle ». Des réserves à l'égard de la thèse insistant sur la distinction entre l'État et la population civile sont exprimées par Séfériadès dans son cours à la Haye consacré à l'échange des populations, Après avoir exposé les différentes lois reconnaissant le droit à réparation pour les dommages matériels résultant de faits de guerre, il souligne l'importance de la solidarité nationale. « La guerre en effet, malgré l'avis d'auteurs plutôt anciens, ne peut être considérée comme un fléau ordinaire, grêle, tremblement de terre ou inondation, pouvant par pur hasard s'attaquer aux habitants d'une partie des territoires d'un pays. La guerre et un fait voulu ou subi par le pays tout entier ; c'est le pays tout entier que l'ennemi attaque et qui se défend ; c'est donc le pays tout entier qui doit en supporter les conséquences ». St. Séfériadès, *L'échange des populations*, RCADI, 1928, Recueil t. 4, pp. 311-437, p.410.

⁵³³ Pour une présentation sommaire de la doctrine anglo-américaine v. H. W. Halleck, *International law, or rules regulating the intercourse of States in peace and war*, New York, Notstrand, 1861, xxxv-907 p., ch. XVII, p. 526-535, et not. p. 526-527 : « A war duly declared, or officially recognised, is not merely a contest between the governments of the hostile States in their political character or capacity; on the contrary, its first effect is to place every individual of the one State in legal hostility to every individual of which the other is composed, and these individuals retain the legal character of enemies, in whatever country they may be found; and they have no capacity to contract. In the next place, all the property of the one State, and of each of its citizens, is deemed hostile with respect to the opposing belligerent ».

⁵³⁴ Traité d'amitié et de commerce conclu par la Prusse et les États-Unis d'Amérique à La Haye, 10 septembre 1785, *Recueil Martens*, t. IV (1785 à 1790 inclus), Gottingue, 1818, p. 37 et suiv.

⁵³⁵ L'article 4 du Projet disposait que « (t)ous navires de commerce et de transport employés à l'échange des productions entre les différentes places et contribuant par là à généraliser et à faciliter l'usage des choses nécessaires, utiles ou agréables à la vie, auront la permission de passer librement et sans entraves. Et aucune des parties contractantes n'autorisera ses vaisseaux de guerre à capturer ou à détruire lesdits navires, ni n'accordera ou ne publiera aucune commission à aucun vaisseau de particulier armé en course pour lui donner le droit de saisir ou détruire les navires de transport ou d'interrompre leur commerce ». Cité par Ch. De Boeck, *De la propriété privée ennemie sous pavillon ennemi*, op. cit., p. 98. Ce projet a été communiqué à la Russie par le représentant des États-Unis à la Russie Middleton qui l'accompagnait d'une note qui faisait allusion aux ligues de neutralité armée de 1780 et de 1800 : « Ce projet, en combinant tous les principes essentiels de la neutralité armée, y ajoute celui d'exempter de capture et de confiscation les vaisseaux marchands et les cargaisons appartenant aux sujets des puissances belligérantes. On peut espérer que cette extension de l'immunité pourra lever les objections qui existent contre le système de la neutralité armée, dont on s'était promis de si heureux résultats pour le droit maritime des peuples vers la fin du XVIIIème siècle. Le principe actuel des puissances belligérantes est que, bien que les nations neutres aient le même droit de commerce avec l'ennemi qu'elles possédaient avant la guerre, celui-ci cependant ne doit point se couvrir du pavillon neutre pour éviter la capture et la confiscation qui attendent les marchandises ennemies sous pavillon ennemi. Lorsqu'il sera convenu que les propriétés particulières seront respectées même sous pavillon ennemi. Lorsqu'il sera convenu que les propriétés particulières seront respectées même sous pavillon ennemi, il n'y aura pas plus lieu de rechercher la protection d'un navire neutre en temps de guerre qu'en temps de paix ». Le représentant n'hésite pas à accompagner le projet d'un commentaire portant sur les intérêts des États-Unis en tant que pays restant neutre dans les guerres maritimes : « Les peuples dont l'état ordinaire dans les guerres maritimes est celui de la neutralité (les États-Unis par exemple) perdront les profits considérables et très attrayants de cette neutralité ; mais d'après l'expérience des dernières guerres européennes, ils ont payé si chèrement ces profits, et par l'état de collision avec les puissances belligérantes où ils ont été forcés d'entrer, et par les guerres dans lesquelles ils ont été eux-mêmes engagés par suite de cet état de choses, qu'ils ne peuvent que gagner en échangeant ces

projet n'a pas été adopté. Pour rester fidèles à cette tradition, les États-Unis ont retiré leur adhésion formelle de la déclaration de Paris en 1856, à la suite du rejet de leur recommandation d'une abolition complète des prises en mer.

191. En Grande-Bretagne, les voix se sont multipliées pendant le 19^{ème} siècle contre des tentatives de restriction de cette prérogative de guerre. Cela s'explique aisément par le fait que la Grande-Bretagne détenait la flotte la plus importante et était ainsi célèbre pour sa politique favorable aux prises maritimes, qualifiée d'abusives par certains. James Lorimer, en se prononçant en 1875 sur le droit de capture dans la guerre maritime, justifiait ce droit par l'idée que la capture est dirigée en dernière analyse contre l'État ennemi, considérant que l'analogie de la saisie de la propriété privée avec l'expropriation pour cause d'utilité publique était manifeste⁵³⁶. L'auteur défendait la pratique de capture de la propriété privée en reconnaissant au profit de l'individu ayant subi le dommage un droit d'indemnisation exercé contre l'État. Il s'agissait d'un moyen de mettre en exergue de nouveau le caractère public de la guerre puisque le fardeau d'indemnisation incombait postérieurement à l'État ennemi. Toutefois, il peut être aisément compris qu'aucun État n'était en mesure d'assumer l'obligation écrasante d'indemniser ses sujets de la capture de leurs vaisseaux et de toutes les pertes qu'une guerre pouvait leur causer. Des auteurs se sont opposés sur le fait de reconnaître une valeur juridique à l'obligation de l'État de rembourser ses propres ressortissants de perte des leurs biens, attribuant à cette pratique le caractère de simple desideratum⁵³⁷. La possibilité d'obtenir des indemnités pour les biens privés des ressortissants de l'État vaincu ne semblait pas envisageable et par conséquent ne pouvait pas être juridiquement contraignante⁵³⁸. Parmi les

profits pécuniaires contre cette tranquillité et cette paix qui sont, aux nations comme aux individus, d'un prix infiniment supérieur aux richesses ». *Idem*, p. 100.

⁵³⁶ Lorimer rejette la thèse d'assimilation de la capture de la propriété privée ennemie à un vol : « (L) a saisie de la propriété privée ennemie n'est point du tout un vol : elle présente bien plutôt de l'analogie avec l'expropriation pour cause d'utilité publique, pour la construction d'un chemin de fer ou l'établissement d'un dock, par exemple, en vertu d'un acte du parlement. La déclaration de guerre est un acte du pouvoir exécutif qui remplace constitutionnellement un acte du parlement. C'est, dans les pays non constitutionnels, un décret du pouvoir central. C'est ce qui légitime l'empiètement sur la liberté d'action individuelle : elle cède et fléchit devant la liberté d'action plus large de l'État. Si la propriété privée est frappée, c'est une conséquence des restrictions auxquelles toute propriété privée est soumise, par suite des obligations sociales existant entre ses détenteurs et l'État dont ils font partie. C'est une charge qui s'attache à la propriété comme les autres charges publiques, telles que le droit des pauvres, les taxes ou les dîmes ». p. 261-262, Observations de J. Lorimer à la contribution de L. Gessner, « De la réforme du droit maritime de la guerre », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, pp. 236-255, *idem* pp.261-269.

⁵³⁷ G. Rolin-Jacquemyns, « Observations à la contribution de Gessner L. De la réforme du droit maritime de la guerre », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, pp. 269-272, p.271 : « Dans tous les cas, il serait difficile de convertir en règle de droit international l'obligation pour un État vaincu d'indemniser ses propres sujets, sur le pied d'un reçu délivré par un officier ou un fonctionnaire de l'État vainqueur. Ce peut être là un desideratum. Mais il n'est pas d'État qui ne se réserve d'y satisfaire pour autant seulement que le permettront les circonstances ».

⁵³⁸ De Boeck, *op.cit.*, p. 545 : « L'État peut, d'ailleurs, être vaincu, ruiné et absolument hors d'état de faire honneur à son obligation d'assurer de ses sujets. Le vainqueur se fera rembourser par le vaincu les indemnités qu'il aura payées à ses propres sujets : de la sorte, le vaincu aura à supporter le double fardeau des indemnités payées à ses sujets et de celles que le vainqueur a versées entre les mains de ses propres sujets. Ce serait le cas de répéter la vieille maxime qu'on a trop souvent rajeunie : *vae victis* ».

représentants de la doctrine française, Eugène Ortolan défendait de manière systématique la pratique des captures. Cette pratique était perçue comme moyen presque pacifique de forcer l'ennemi à la paix. Dans son ouvrage de référence du droit maritime international, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, Ortolan insistait sur la facilité avec laquelle un navire de commerce était prêt à se transformer en navire militaire et ainsi en instrument de guerre⁵³⁹. Il n'hésitait pas ainsi à souligner la nécessité d'une nouvelle réglementation du régime de la propriété privée en mer pour tenir l'équilibre entre la propriété privée et les nécessités de guerre. Des réserves plus significatives ont été exprimées par d'autres représentant de la doctrine qui rejetaient catégoriquement ce droit belligérant.

b. L'hostilité doctrinale à l'égard du droit de prises. L'inviolabilité de la propriété privée en tant qu'impératif dicté par le « progrès de la civilisation ».

192. Le rejet de la pratique de prises maritimes, au nom de la liberté commerciale, était défendu surtout par les puissances neutres. Vers la fin du 19^e siècle, l'idée d'inviolabilité complète de la propriété privée dans la guerre maritime trouve de nombreux défenseurs. Charles de Boeck, dans son ouvrage *De la propriété privée ennemie sous pavillon ennemi*, paru en 1882, soulignait qu'après la déclaration de Paris de 1856 et l'abolition de la course, la franchise du pavillon neutre est désormais un fait acquis et irrévocable et que le pas à réaliser, dicté par le progrès de la civilisation était la reconnaissance de l'inviolabilité de la propriété privée ennemie sous pavillon ennemi⁵⁴⁰. Une référence majeure parmi les auteurs prônant l'abolition du droit à la capture des navires ennemis est l'abbé de Mably. Dans son œuvre majeure *Droit public de l'Europe fondé sur les traités conclus jusqu'en l'année 1740*, paru en 1746, l'auteur s'opposait

⁵³⁹ L'auteur s'appuie de manière explicite sur la doctrine américaine et plus précisément sur H. Wheaton. Th. Ortolan, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, tome II, Paris, De Plon Frères, 1853, 470 p., p. 42-44. L'auteur ajoute que « si la marine marchande et les marchandises qu'elle porte étaient reconnues libres et inviolables quoique appartenant à l'ennemi, il serait libre à une puissance belligérante, en ne mettant en mer aucun bâtiment de guerre de rendre illusoire à son égard les effets de la guerre maritime, de continuer à exploiter par ses navires de commerce les mers et les continents, et de puiser ainsi des moyens même de soutenir la lutte, dans les opérations de cette marine marchande, soit par les impôts, soit par l'accroissement de la fortune privée, dont l'ensemble en définitive constitue la fortune de l'État ».

⁵⁴⁰ De Boeck, *op.cit.* p. 571 : « L'abolition de la course a porté un coup bien plus direct à la capture maritime : on a surtout aboli la course, ce semble, pour n'avoir plus à redouter le retour de ses excès et de ses déprédations, et, pour ne pas exposer l'inviolabilité du pavillon neutre à n'être qu'une lettre morte ; mais, en supprimant la course, dont le but principal, pour ne pas dire exclusif, était la destruction du commerce ennemi, on a fait un grand pas vers la suppression de la capture elle-même. Ce progrès suprême avait déjà été réclamé, bien avant le triomphe de l'inviolabilité du pavillon neutre, bien avant l'abolition de la course. Même au temps où l'on rejetait le fardeau de la guerre maritime sur les neutres autant que faire se pouvait, même avant que la course fût arrivée à son déclin, on avait compris que la capture, ce vestige de l'idée antique du *bellum omnium contra omnes*, était un anachronisme. Aujourd'hui, l'anachronisme est encore plus choquant : les progrès généraux du droit de la guerre, les progrès, lents et pénibles, mais constants du droit de la guerre maritime, surtout ses progrès récents, l'abolition de la course, l'inviolabilité du pavillon neutre, appellent un complément indispensable, la suppression du droit de capture ». L'auteur précise que l'abolition du droit de capture des navires ennemi n'est plus un seul *desideratum* mais un *postulatum* de la conscience contemporaine pour conclure qu'« ainsi donc, qu'on se place au point de vue juridique, au point de vue économique, ou au point de vue historique, on arrive à la même conclusion : nécessité et imminence de la consécration universelle du principe de l'inviolabilité de la propriété privée ennemie sous pavillon ennemi ».

de manière explicite au droit de prises maritimes⁵⁴¹. Il considérait qu'à l'exception de la contrebande de guerre, le commerce entre les belligérants devait rester autorisé. La pratique des prises maritimes était aussi qualifiée de barbare par Carl von Martens, dans son essai de 1795 concernant les armateurs⁵⁴².

193. L'argument du progrès de civilisation, non compatible avec le mécanisme de capture de navires privés ennemis, a été mis en avant aussi par Johann Caspar Bluntschli. L'auteur déplorait que le grand progrès dans les lois de la guerre ayant abouti à la reconnaissance de l'inviolabilité de la propriété privée, n'avait été réalisé que pour la guerre sur terre. Il n'a pas hésité à souligner le caractère contradictoire entre les pratiques de guerre en terre et les pratiques de guerre maritime⁵⁴³. Bluntschli critiquait de manière féroce la position de l'Angleterre dans la Conférence de Bruxelles de 1874. Il doit être rappelé que l'objectif de cette conférence, était l'adoption d'une convention internationale sur les lois et coutumes de la guerre. L'Angleterre n'a accepté d'y participer, que sous condition que la Conférence ne se prononce pas sur la guerre maritime⁵⁴⁴.

194. L'argument d'association du progrès de la civilisation avec l'émergence du principe d'inviolabilité de la propriété privée même en guerre maritime a été repris par d'autres

⁵⁴¹ Abbé de Mably, *Le Droit public de l'Europe fondé sur les traités*, Paris, Œuvres complètes, an III (1794-95), vol. VI, 560 p., pp. 543-544 : « Pourquoi deux nations qui se déclarent la guerre s'interdisent-elles d'abord tout commerce réciproque ? Cet usage est un reste de notre ancienne barbarie. [...] Quel inconvénient y aurait-il pour deux peuples de convenir respectivement d'une ou deux places de franchise, que leurs négociants pourraient fréquenter avec liberté ? Il serait facile d'y établir une police capable de rassurer les esprits les plus soupçonneux ; les commerçants sont de tous les hommes les moins patriotes, et ils se garderaient bien de nuire à leurs intérêts particuliers par un zèle indiscret. En interdisant son commerce, on veut nuire à son ennemi, et on a raison ; mais on a tort, si, par cette conduite, on se fait à soi-même un préjudice égal à celui qu'on veut faire à son ennemi. Dans la situation actuelle de l'Europe, il n'y a point d'État qui par ses interdictions ne se sente subitement privé de quelque branche de son commerce, et ne se ressente de ce défaut de circulation ».

⁵⁴² « Tandis que, dans les guerres du continent, les nations civilisées de l'Europe, tant qu'elles ne trahissent point ce caractère, s'efforcent à en faire retomber le moins possible le fardeau sur les sujets paisibles de l'ennemi, et respectent leur propriété moyennant une contribution levée, en n'autorisant le pillage que dans quelques cas extraordinaires, on a conservé dans les guerres maritimes l'usage barbare de priver les sujets ennemis de leurs navires et de leur cargaison, en défendant même presque généralement aujourd'hui d'accepter une rançon ». F. De Martens, *Essai concernant les armateurs*, Göttingen, 1795, 212 p., pp. 37-38.

⁵⁴³ « Ainsi, tandis que sur terre le butin et le pillage sont interdits comme des procédés barbares, des puissances maritimes des plus civilisées continuent à les regarder comme licites sur mer. Elles considèrent comme butin légitime des marchandises ennemies, lorsqu'elles naviguent en pleine mer, tout en admettant qu'il n'est pas permis de prendre ces mêmes marchandises lorsqu'elles reposent dans les docks ou les magasins de l'ennemi. [...] La contradiction morale et juridique qui existe entre ces deux manières de voir et de procéder est trop flagrante pour pouvoir subsister indéfiniment. Ou bien, ce principe reconnu nécessaire, juste et salutaire dans un certain ordre de faits, arrivera, par le progrès de la civilisation, à triompher partout, ou bien si la barbarie se maintient dans la guerre maritime, elle finira par l'emporter de nouveau dans la guerre sur terre et nous ramènera à toute la rudesse des temps primitifs ». p. 512, J. C. Bluntschli, « Du droit de butin en général et spécialement du droit de prise maritime », *Revue de droit international et de législation comparée*, tome IX, 1877 pp. 508-557. V. en détail Bluntschli J. C. Bluntschli, *Das Beuterecht im Krieg und das Seebeuterecht insbesondere*, Nördlingen, Beck, 1878, 168 p.

⁵⁴⁴ *Idem*, p. 512 : « Le projet de déclaration de Bruxelles soumet aussi à des conditions protectrices l'atteinte indirecte que portent à la propriété privée les réquisitions et contributions. Malheureusement, ce grand progrès dans les lois de la guerre n'a été réalisé que pour la guerre sur terre, l'Angleterre n'ayant voulu qu'à cette condition participer à la conférence ».

internationalistes de l'époque⁵⁴⁵. Carlos Calvo se prononçait nettement contre la capture affirmant que l'inviolabilité de la propriété privée, si elle n'était pas susceptible d'une application immédiate et universelle, constituait en tout cas, « un principe immuable auquel le développement des idées modernes imprime une impulsion remarquable, et dont on peut dès à présent proclamer l'adoption par le droit international »⁵⁴⁶. Selon son argumentation, le progrès de civilisation dicte la séparation entre la sphère publique et la sphère privée. Il soulignait que les conséquences de la guerre ne devaient pas être ressenties par les individus, au titre de leur qualité de citoyens ou de sujets de l'État. Ce principe doit régir à la fois les rapports juridiques sur terre qu'en mer⁵⁴⁷. Les personnes et les propriétés privées des citoyens pacifiques et

⁵⁴⁵ Pour un aperçu des auteurs favorables à l'inviolabilité de la propriété privée v. H. Bonfils, *Manuel de droit international public*, Librairie Rousseau et c., 1914, Paris, 1209 p., pp. 914-915. Il a été souligné qu'à la lumière du progrès de la civilisation, la liberté des mers se cristallise. « [D] epuis longtemps quelques esprits élevés avaient compris que le principe de la liberté du commerce maritime en temps de guerre avait une portée plus grande encore, et que l'adoucissement de la guerre, sous l'influence des idées philosophiques et chrétiennes, pénétrant un jour plus avant dans le droit international maritime, pourrait protéger, par un progrès nouveau, le commerce des parties belligérantes elles-mêmes ». E. Cauchy, *Le droit maritime international considéré dans ses origines et dans ses rapports avec les progrès de la civilisation*, Guillaumin et c., Paris, 1862, xix-576 p., p. XII.

⁵⁴⁶ Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique, précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Paris, Durand-Pedone-Guillaumin, 1872, 913 p., L'auteur procède à un examen minutieux des règles nationales régissant les prises maritimes pour conclure : « Enfin, après les témoignages éclatants donnés par la France en faveur du principe, après son adoption pratique par l'Autriche, la Prusse, les États Unis et l'Italie, après la résolution prise par la Diète fédérale de l'Allemagne du Nord, après l'Expérience acquise par l'Angleterre dans la dernière guerre civile aux États Unis, nous n'hésitons pas à regarder l'importante doctrine de l'inviolabilité absolue de la propriété privée sur mer comme une nouvelle conquête obtenue sur le terrain des idées libérales, et appelée à constituer dans l'avenir un principe de droit international respecté par toutes les nations civilisées ». p. 271. V. aussi Fr. Lieber, « Réflexions et projets, à propos des ventes d'armes faites par le gouvernement américain, durant la guerre franco-allemande », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1872, pp. 462-472 : « Ce serait un bonheur pour notre race, si non seulement toute espèce de course pouvait à jamais être abolie, comme on s'en est abstenu déjà honorablement durant la guerre de Crimée, mais si la propriété privée des belligérants était reconnue et respectée sur les mers comme elle l'est sur terre. Combien de temps nous faudra-t-il attendre la réalisation de ce vœu ! Dans le principe, la mer dépouille de son caractère tout propriété, même pendant la paix ; tout au plus un accord spécial avec des États déterminés avait-il pour effet de protéger la propriété dans une certaine mesure. Telle était encore en général la situation à l'époque de Thucydide. Plus tard, la propriété commence à être respectée même sur mer pendant la paix. Aujourd'hui, nous demandons qu'elle soit protégée même pendant la guerre. La reconnaissance de la propriété sur mer suit toujours à de longs intervalles, à des siècles de distance, sa reconnaissance sur terre », pp. 467-468.

⁵⁴⁷ Cette association du progrès de la civilisation à la reconnaissance de l'inviolabilité de la propriété privée en guerre maritime se trouve déjà dans les écrits de Napoléon à Sainte-Hélène. L'auteur, restant fidèle à une conception de la guerre en tant qu'opération strictement militaire régie par des règles précises mettait en avant la différence de régime juridique en fonction du théâtre de la guerre. « Le droit des gens qui régit la guerre maritime est resté dans toute sa barbarie ; les propriétés des particuliers sont confisquées ; les individus non combattants sont faits prisonniers. Lorsque deux nations sont en guerre, tous les bâtiments de l'une ou de l'autre, naviguant sur les mers, ou existant dans les ports, sont susceptibles d'être confisqués, et les individus à bord de ces bâtiments, sont faits prisonniers de guerre. Ainsi, par une contradiction évidente, un bâtiment anglais (dans l'hypothèse d'une guerre entre la France et l'Angleterre), qui se trouvera dans le port de Nantes, par exemple, au moment de la déclaration de guerre, sera confisqué ; les hommes à bord seront prisonniers de guerre, quoique non combattants et simples citoyens ; tandis qu'un magasin de marchandises anglaises, appartenant à des Anglais existants dans la même ville, ne sera ni séquestré ni confisqué, et que les négociations anglaises voyageant en France ne seront point prisonniers de guerre, et recevront leur itinéraire et les passeports nécessaires pour quitter le territoire. Un bâtiment anglais, naviguant et saisi par un vaisseau français, sera confisqué, quoique sa cargaison appartienne à des particuliers ; les individus trouvés à bord de ce bâtiment seront prisonniers de guerre, quoique non combattants ; et un convoi de cent charrettes de marchandises, appartenant à des Anglais, et traversant la France, au moment de la rupture entre les deux puissances, ne sera pas saisi. Dans la guerre de terre, les propriétés même territoriales que possèdent des sujets étrangers ne sont point soumises à confiscation ; elles le sont tout au plus au séquestre. Les lois qui régissent la guerre de terre sont donc plus conformes à la civilisation et au bien-être des particuliers ; et il est à désirer qu'un temps vienne où les mêmes idées libérales s'étendent sur la guerre de

inoffensifs, qu'ils soient commerçants en terre ou en mer, doivent rester inviolables⁵⁴⁸. Pour les auteurs qui s'opposaient aux pratiques des prises maritimes, la déclaration de Paris de 1856, texte assurant la protection de la propriété privée neutre sur mer, devait être complétée par la consécration du principe de l'inviolabilité de la propriété ennemie en guerre maritime⁵⁴⁹. D'autres auteurs considéraient que la déclaration de Paris en abolissant purement et simplement la course, a mis dans une situation défavorable les États faibles sur mer, dont elle a limité d'une façon arbitraire et illégitime les moyens d'action⁵⁵⁰. Il faut, par ailleurs, souligner que malgré l'opposition systématique au droit de prises, l'abolition de cette prérogative était soumise au respect réciproque de cette disposition par le pays ennemi⁵⁵¹. Une partie d'auteurs souhaitait

mer, et que les armées navales de deux puissances puissent se battre sans donner lieu à la confiscation des navires marchands, et sans faire constituer prisonniers de guerre les simples matelots du commerce ou les passages non militaires. Le commerce se ferait alors, sur mer, entre les nations belligérantes, comme il se fait, sur terre, au milieu des batailles que se livrent les armées ». *Mémoires pour servir à l'histoire de France sous Napoléon*, rédigées par le Général Gourgaud, passage cité par Br. Colson (prés.), *Napoléon, De la guerre*, Paris, Perrin, 2018, 717 p., pp. 59-60.

⁵⁴⁸ La thèse favorable à l'inviolabilité de la propriété privée en guerre maritime a été défendue par l'ensemble des auteurs italiens. E. Vidari, *Del rispetto della proprietà privata fra gli stati in guerra*, Pavia, Fusi, 1867, xv-407 p., not. p. 404. P. Fiore, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, III tome, Durand Pedone, Paris, 1886, 794 p., p. 235 : « Il ne saurait en effet exister de différence substantielle entre les règles de justice d'après lesquelles les belligérants devraient exercer leurs droits soit sur terre, soit sur mer. Voudrait-on dire, que le droits et les devoirs de ces mêmes belligérants envers les particuliers de la patrie ennemie pourraient être modifiés complètement suivant les circonstances de temps et de lieu, et qu'il y aurait deux justices, une sur la terre et l'autre sur la mer ? Or, nous avons démontré que la guerre est un rapport d'État à État, que les particuliers des deux pays belligérants doivent *uti singuli* être considérés comme étrangers à la guerre, à la seule condition de ne point prendre part aux hostilités. De là il résulte que la propriété privée doit être considérée comme inviolable, pourvu qu'elle ne soit pas employée aux usages de la guerre et de prime abord il semblerait qu'on ne devrait pas autrement discuter sur ce point, ni examiner si durant la guerre maritime les navires et leur cargaison, lorsqu'ils appartiennent aux citoyens de l'État ennemi et ont une destination pacifique, pourraient être capturés par le belligérant. D'après nous, on devrait s'en tenir à la règle générale que, d'après les principes de la justice internationale, la propriété privée, pacifique est inviolable pour en conclure que cette propriété ne pourrait pas perdre son inviolabilité, même lorsqu'elle serait transportée par mer ». La considération principale qui traverse la pensée italienne concernait la relation entre l'État, l'armée et les citoyens paisibles. D'après la conception italienne prédominante, l'État se résumait et se personnifiait dans l'armée. Le respect à l'égard de la propriété privée était perçu comme signe du progrès de la civilisation. Pour une présentation systématique des positions de l'école italienne v. A. Pierantoni, « Rapport sur les prises maritimes, d'après l'école et la législation italienne », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, pp.619-656. L'opposition doctrinale à la saisie et confiscation des biens privés en guerre maritime reflétait le point de vue de l'Italie quant à sa position dans les rapports de force en Méditerranée pendant la première phase après sa consolidation nationale. « L'Italie, dans sa renaissance, n'a plus cet esprit de domination qui caractérisait la civilisation romaine, et elle n'ambitionne plus cette prééminence maritime, heureux privilège des superbes républiques du moyen-âge. Entre les deux mers qui baignent ses côtes, elle se contente de jouir des avantages d'une situation géographique qui lui promet le plus grand avenir. Des découvertes maritimes imprévues lui avaient enlevé les avantages de sa position commerciale. Désormais le percement du Mont Cenis et l'ouverture du canal de Suez en ont fait de nouveau le grand chemin du commerce européen avec l'Orient. Elle ne rêve plus les avantages exclusifs et les monopoles dont la diplomatie vénitienne fut si longtemps jalouse. Elle attend une nouvelle ère de prospérité maritime et le progrès scientifique, législatif et diplomatique du droit international maritime », p. 642. Cette affirmation démontre comment la position juridique à l'égard des droits belligérants en guerre maritime se cristallise en fonction des prétentions hégémoniques sur l'espace maritime.

⁵⁴⁹ N. Σαρίπολος, *Ta ton ethnon en eirini kai en polemo nomima*, [*Le droit des gens en temps de paix et en temps de guerre*] Αθήνα, Σακελλάριος, 1860, vol. II, 599 p.

⁵⁵⁰ F. Atlmayr, *Die Elemente des internationalen Seerechtes und Sammlung von Verträgen*, Wien, Staatsdruckerei, 1872-1873, I vol., 389 p., not. p. 61. L'auteur autrichien déclare qu'il est de l'intérêt de l'humanité d'adoucir autant que possible les maux de la guerre ; Ce but sera atteint par l'adoption universelle du principe de l'inviolabilité de la propriété privée sur mer. L'empire austro-hongrois avait le plus grand intérêt au triomphe du principe de la liberté du commerce maritime.

⁵⁵¹ Cette considération était reflétée dans le code italien de droit maritime, promulgué en 1863. L'art. 211 consacré aux prises faites par les vaisseaux de guerre du code prévoyait que « [l]a capture et la prise des navires marchands d'un État

même l'élaboration d'un projet de code maritime international⁵⁵². La nécessité d'élaboration des règles internationales commençait à être ressentie.

ii. Des tentatives de consécration des règles internationales en matière de droits des belligérants exercés sur la propriété ennemie en mer.

195. La référence au progrès de la civilisation constitue un lien commun pour les représentants de la doctrine du droit international de la seconde moitié du 19^e siècle⁵⁵³. Cette évolution prônait la suppression du droit de capture des navires de commerce. L'Institut de droit international s'est prononcé sur les pratiques de la guerre maritime et le rôle accordé à la propriété privée dans une de ses premières résolutions depuis sa fondation en 1873. Depuis 1875, une Commission spéciale a été créée pour se prononcer sur le traitement de la propriété privée dans la guerre maritime. La question préliminaire avait été formulée de la manière suivante : « Existe-t-il dans la nature des choses un principe rationnel et juridique sur lequel on puisse fonder une distinction entre le traitement de la propriété privée ennemie ou neutre dans la guerre maritime, et le traitement de la même propriété dans la guerre terrestre ? »⁵⁵⁴. Avant de se pencher sur la propriété ennemie, la Commission s'est prononcée sur la nature des règles codifiées dans la déclaration de Paris de 1856, à savoir les règles d'inviolabilité de la propriété neutre. En s'adressant aux États qui n'avaient pas adhéré à la déclaration de Paris de 1856, à savoir les États-Unis, l'Espagne et le Mexique, la Commission « a exprimé unanimement l'opinion qu'il est à souhaiter que ce principe reçoive une consécration universelle »⁵⁵⁵. Au sein de la Commission se sont opposés les différents points de vue à ce sujet. Aux juristes anglais, qui se sont montrés favorables à la pratique des prises de guerre, se sont opposés les juristes

ennemi par les navires de guerre seront abolies, par voie de réciprocité, à l'égard des États qui adopteront le même traitement envers la marine marchande italienne. La réciprocité devra résulter de lois locales, de conventions diplomatiques ou de déclarations faites par l'ennemi avant le commencement des hostilités ». Cité par Pierantoni, *op.cit.*, p. 651.

⁵⁵² A. De Landa, *El derecho de la guerra conforme a la moral*, Pamplona, 1877, 336 p., Ch. V, *De la propiedad en el mar*, pp. 116-122. L'auteur souligne la nécessité d'élaboration d'un code maritime universel, qui proclamerait l'inviolabilité de la propriété privée sur mer.

⁵⁵³ E. de Laveleye, *Du respect de la propriété privée en temps de guerre*, Bruxelles, Muquardt, 1875, 49 p., p. 33-34 : « La capture des navires marchands est de l'essence même de la guerre maritime, disent certains publicistes ; détruire le commerce de l'ennemi est l'unique moyen de l'amener à faire la paix. Le résultat le plus certain de ces sentiments d'humanité que l'on invoque est de prolonger la lutte et d'en multiplier les calamités. Si le commerce n'est plus atteint, l'un des obstacles les plus sérieux à la guerre disparaît. Ainsi donc la suppression de la capture aurait pour effet probable de rendre les guerres plus fréquentes et plus longues. Mais n'est-ce pas une chose monstrueuse que de donner pour but à la guerre la destruction du commerce, qui est la voie la plus sûre d'établir la solidarité entre les hommes ? N'est-ce on pas indigné quand on voit des navires marchands et leurs cargaisons capturés, livrés aux flammes, alors que le but de la civilisation est de multiplier les produits et d'en rendre l'échange plus facile, plus actif. On comprend qu'on voulut anéantir le commerce de l'ennemi à l'époque où l'on croyait qu'un État avait intérêt à ruiner les autres États. Mais cela paraît odieux et insensé aujourd'hui que l'économie politique a démontré qu'une nation doit désirer d'être entourée d'autres nations aussi prospères qu'elle, et qu'on ne peut en ruiner une, sans que toutes les autres en souffrent ».

⁵⁵⁴ Institut de droit international, Examen des conclusions de la 5^{ème} Commission, traitement de la propriété privée dans la guerre maritime, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1877, t. 1, p. 49.

⁵⁵⁵ *Idem*, p. 50.

continentaux et les juristes américains. Les États-Unis tout au long du 19^{ème} siècle se sont opposés à toute politique de saisie de la propriété privée, soit-elle neutre ou ennemie⁵⁵⁶. Cet argument d'ordre économique est corroboré par un argument historique selon lequel le progrès de mœurs tend vers la suppression du droit de prise. La voie médiane a été privilégiée par le juriste belge Rolin-Jaequemyns, qui dans son rapport a voulu prendre en considération l'opinion dominante en Angleterre. Il a ainsi proposé un amendement à la règle d'inviolabilité de la propriété privée en guerre maritime, qui figurait sur le projet élaboré par la Commission. L'amendement, finalement non retenu, était imprégné de réalisme, puisqu'il précisait « que l'introduction d'une pareille règle n'est pas possible aussi longtemps qu'une grande puissance maritime la considère comme incompatible avec la sécurité »⁵⁵⁷.

196. La Résolution, votée par l'Institut de droit international dans sa troisième session, tenue en Zurich en 1877, portait sur le « traitement de la propriété privée dans la guerre maritime ». Le premier article de la Résolution proclamait le principe d'inviolabilité de la « propriété privée neutre ou ennemie, naviguant sous pavillon ennemi ou sous pavillon neutre ». Les seuls objets susceptibles d'être saisis étaient, d'après la résolution, ceux qui étaient destinés à la guerre ou qui pouvaient y être employés immédiatement. Par conséquent, l'obligation incombait aux gouvernements belligérants de déterminer par avance les objets relevant de cette catégorie. Quant aux navires marchands, ils pouvaient faire l'objet de saisie, s'ils prenaient part aux hostilités ou s'ils rompaient un blocus effectif et déclaré. Dans le cadre des négociations ayant eu lieu en vue de la Résolution, les juristes Bernard, Twiss, Westlake et Lorimer ont défendu la pratique des prises maritimes. Le point commun dans leur argumentation était le caractère humain de cette pratique de guerre⁵⁵⁸. Lorimer insistait aussi sur l'obligation qui incombe à l'État d'indemniser le propriétaire du navire dépossédé ou le commerçant endommagé⁵⁵⁹. Cette

⁵⁵⁶ S. Carlton (éd.), *Policy of the United States toward maritime commerce in war*. Vol. 1, 1776-1914, Washington, Government Printing Office, 1934, xiv-533 p., pp. 303-315.

⁵⁵⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1877, tome 1, p. 116. L'amendement a été rejeté entre autres par le juriste américain Dudley Field qui a souligné la différence entre la politique américaine et la politique anglaise. « L'opinion qui prévaut aux États-Unis est diamétralement contraire à celle de l'Angleterre. L'Amérique est le pays de la liberté, et par conséquent de la liberté des mers, du commerce maritime. L'Amérique désire aussi la paix, et c'est pour cela qu'elle n'est pas favorable à la théorie anglaise. Mieux vaudrait d'ailleurs ne rien dire que de ne pas se prononcer catégoriquement », p. 117.

⁵⁵⁸ Opinion de Lorimer : « Comme je ne crois pas à la possibilité de supprimer la guerre, je ne regarde pas comme désirable que l'on abandonne les moins inhumain de tous les moyens de guerre. Or, à mes yeux, le moins inhumain de ces moyens est la capture de la propriété privée sur mer ». Institut de droit international, Travaux préliminaires à la session de la Haye 1874-1875, 5^{ème} Commission — Propriété privée dans la guerre maritime, opinions, Propriété privée dans la guerre maritime, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1877, pp. 675-676.

⁵⁵⁹ *Idem*, « L'État devrait, à mon avis, indemniser le citoyen des pertes qu'il peut éprouver par l'effet de cette règle, mais cette opinion soulève une question de droit local à laquelle le droit international est tout-à-fait étranger. En dehors même de l'action législative directe, les pertes que l'application de cette règle inflige à la propriété privée sont réparties sur toute la communauté, et ainsi, en diminuant la richesse nationale, elles agissent comme un moyen de pression exercé par un État sur un autre ».

thèse n'a pas été retenue par l'Institut qui considérait que « cette hypothèse de répartition de la perte du particulier sur toute la communauté n'est qu'une illusion fort rarement d'accord avec la réalité des choses »⁵⁶⁰. L'argumentation de Travers Twiss favorable à la pratique des prises maritimes se fondait aussi sur la conception que tout vaisseau qui navigue sous pavillon ennemi était perçu comme une extension du territoire ennemi⁵⁶¹. Cette thèse a été rejetée par l'Institut. Il a été précisé que cette théorie de l'extension territoriale avait comme objectif « d'augmenter le droit d'un vaisseau à la protection de l'État dont il porte le pavillon, notamment pour assurer sa juridiction propre » et ne pouvait pas « avoir eu en vue de diminuer ce droit »⁵⁶². Mountague Bernard, le juriste anglais membre de l'Institut, déniait toute autorité spéciale aux juristes, quant au sujet de la propriété privée dans la guerre maritime, soulignant le caractère éminemment politique de la question. Il considérait que ce moyen de guerre était utile dans la lutte contre des ennemis puissants⁵⁶³. Cette thèse a été rejetée par l'Institut qui a insisté sur la nécessité d'établir un régime juridique protecteur pour la propriété privée afin de ne pas la laisser soumise à l'arbitraire des États belligérants⁵⁶⁴. À cette occasion, l'Institut s'est lancé dans certaines réflexions sur son rôle, qui consistait à « donner une expression à la conscience juridique internationale, et de favoriser le développement de celle-ci et du droit, de manière que le droit général l'emporte sur la politique séparée des divers États, et en général sur la politique étrangère »⁵⁶⁵. Selon l'Institut, l'objectif du droit international était la fondation d'une « communauté internationale de droit » qui serait en mesure d'assurer la civilisation et le

⁵⁶⁰ « M. Lorimer transforme dont les pertes que la capture inflige au particulier sur sa propriété, en pertes de la communauté, et, par suite, de la richesse nationale, pour aboutir à la conclusion qu'il s'agit d'une question de politique nationale, tandis qu'en réalité la question se présente plutôt comme appartenant à l'économie nationale [...] ». *Annuaire, Institut de droit international*, 1878, p. 73.

⁵⁶¹ *Annuaire de l'institut de droit international*, Deuxième Commission, Traitement de la propriété privée dans les guerres maritimes, t. 2, 1878, pp. 55 et s., p.78.

⁵⁶² *Idem*, p. 79 : « D'ailleurs la théorie de l'extension territoriale n'est qu'une fiction, comme celle de l'exterritorialité, ayant pour but d'expliquer un droit ; elle n'est pas elle-même un droit, et les droits qu'on dérive de l'une et de l'autre fiction ne sont pas illimités ; ils sont créés pour profiter, non pour nuire. Or cette théorie, qui ne s'applique qu'aux vaisseaux de guerre et aux vaisseaux chargés du transport de souverains et d'envoyés diplomatiques, Sir Travers Twiss l'entend à tous les vaisseaux de commerce, et de cette prémisse arbitrairement admise, au lieu de tirer, comme pour les premiers vaisseaux, des conclusions favorables, il déduit des conclusions défavorables aux vaisseaux de commerce ».

⁵⁶³ Opinion de Mountague B., Sur les conclusions présentées à l'Institut au nom de la Commission, Vème Commission : « C'est là une question de politique, à l'égard de laquelle les juristes n'ont aucune autorité spéciale. C'est aussi une question des plus graves pour les puissances maritimes. En effet, il n'y a que deux moyens de faire la guerre sur mer : en opérant des descentes sur les côtes de l'ennemi, ou en chassant sa marine de l'Océan et en lui interdisant le commerce maritime. Le droit de prise, avec ou sans blocus, est le moyen d'atteindre ce dernier résultat. C'est une opération de guerre, qui n'a rien de commun avec le pillage et dont les effets tombent en général sur la population entière du pays ennemi. Abandonner définitivement cette faculté, ce serait presque pour un État maritime, se priver de l'unique moyen de faire valoir ses droits et de se défendre, en certains cas, contre des ennemis puissants. [...] Au-dessus des intérêts qui ne peuvent que souffrir de l'exercice du droit de prise maritime, il y a pour ces États l'intérêt dominant de leur propre sécurité », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, p. 675-676.

⁵⁶⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1878, *op. cit.*, p. 69

⁵⁶⁵ *Idem*, p. 70.

progrès⁵⁶⁶. À la lumière de cette analyse apparaissait la nécessité d'établir la règle d'inviolabilité de la propriété privée en guerre maritime. Les grands États maritimes pouvaient tirer profit de cette règle accordant la priorité au commerce paisible entre les nations. Pour cette raison l'opposition anglaise à cette règle ne paraissait pas, aux yeux de certains membres de l'Institut, justifiable⁵⁶⁷.

197. La controverse quant à la reconnaissance du droit de capture de la propriété privée a émergé de nouveau lors de la seconde conférence de la Haye en 1907⁵⁶⁸ et à la déclaration de Londres en 1910. La question autour de la reconnaissance de l'inviolabilité de la propriété privée ennemie en guerre maritime a longuement occupé les délégués de la deuxième Conférence de la Paix. La proposition des États-Unis d'Amérique tendant à la suppression absolue du droit de capture, sauf en cas de transport de contrebande ou de violation de blocus, a servi de base à la discussion approfondie de la question de l'inviolabilité⁵⁶⁹. La délégation américaine s'est penchée sur la tradition américaine favorable à la reconnaissance d'un tel principe et sur le retentissement de cette approche dans les autres pays maritimes. Le rôle pacificateur du commerce qui s'oppose aux anciennes mœurs de la guerre a été mis en exergue. À la lumière de cette thèse, le commerce mondial pouvait être affecté et affaibli par la saisie d'un seul navire⁵⁷⁰. La reconnaissance d'un tel principe pourrait contribuer à rendre à la guerre

⁵⁶⁶ L'analogie est faite avec l'État de droit en droit interne : « De même qu'un État doit être "*Rechtsstaat*" ; c'est-à-dire organisé juridiquement pour que sa civilisation jouisse de cette protection du droit, sans laquelle aucune civilisation ne peut prospérer, de même il faut que les rapports internationaux des États civilisés soient placés sous la protection d'un droit, qui est le droit international. Jamais la politique ne réalisera l'accord entre les principes dirigeants des États, car elle dérive de l'égoïsme, lequel résiste à l'intérêt général. [...] Le point de vue de la politique était et est, pour les membres de l'Institut agissant en cette qualité, un point de vue inadmissible », *idem*, p. 71.

⁵⁶⁷ « Mais pourquoi cette nation, si forte sur mer, et en possession d'une flotte marchande si considérable, est-elle opposée à ce progrès ? C'est ce qu'il est difficile de comprendre. Car certainement une puissance maritime de cet ordre n'a pas besoin pour sa sûreté d'une autre protection que de celle de sa flotte de guerre, et une flotte marchande comme la flotte anglaise a besoin de relations commerciales aussi peu troublées, aussi assurées que possible », *idem*, p. 91.

⁵⁶⁸ Les délégués de la 1^{ème} Conférence de la Haye ont déclaré le 22 juillet 1899 que « [L]a Conférence émet le vœu que la proposition tendant à déclarer l'inviolabilité de la propriété privée dans la guerre sur mer soit renvoyée à l'examen d'une Conférence ultérieure ». Le 4^{ème} Comité dans la réunion du 19 juillet 1907 a déclaré « que les Puissances, représentées à la Deuxième Conférence de la Paix, en cas de guerres futures, immédiatement après l'ouverture des hostilités, déclarent spontanément si elles sont décidées, et dans quelles conditions, de renoncer au droit de capture des navires marchands durant la guerre commencée ».

⁵⁶⁹ Elle était ainsi conçue : « la propriété privée de tous les citoyens des puissances signataires, à l'exception de la contrebande de guerre, sera exempte, en mer, de capture ou de saisie par les navires armés ou par les forces militaires desdites Puissances. Toutefois cette disposition n'implique aucunement l'inviolabilité des navires, qui tenteraient d'entrer dans un port bloqué par les forces navales des susdites puissances, ni des cargaisons desdits navires. V. *Actes et documents de la deuxième conférence internationale de la Paix*, La Haye, 15 juin — 18 octobre 1907, La Haye Nijhoff, 1908-1909, XVII-623 p., 1 vol. p. 246.

⁵⁷⁰ V. le célèbre discours prononcé par Joseph Hodges Choate devant la 4^e Commission. Deuxième Conférence de la paix, actes et documents, *Actes et documents de la deuxième conférence internationale de la Paix*, La Haye, 15 juin — 18 octobre 1907, La Haye Nijhoff, 1908-1909, vol. III, xcvi-1180-17 p., p. 759 : « Nous adressons cet appel aux nations, nos sœurs pour qu'elles donnent leur assentiment à la proposition humaine et pacifique que nous leur soumettons et dont l'application fait depuis plus d'un siècle l'objet de nos préoccupations. D'abord pour des raisons d'humanité. La capture et la destruction de la propriété privée sur mer lorsqu'elle appartient à des non-combattants inoffensifs exerçant le commerce international non pas seulement pour leur propre avantage, mais pour l'avantage come du monde, est le dernier reste de l'ancienne piraterie. [...] En second lieu, et c'est ici une raison encore plus importante, à cause du trouble

sa dimension purement interétatique⁵⁷¹. Plusieurs délégations ont exprimé leurs réserves à cette proposition. La délégation allemande a considéré que son adoption dépendait d'une entente préalable sur le contenu exact de termes contrebande de guerre et blocus. Le délégué allemand Marschall de Bieberstein considérait que ces deux exceptions au principe d'inviolabilité et surtout les controverses qui entouraient ces termes risquaient de miner l'effectivité du principe. Il soulignait qu'en raison de ces exceptions « dont la portée est vague et qui, par conséquent, sont susceptibles d'une interprétation et d'une application arbitraire, nous courrons le risque de parvenir au résultat peu désirable que nous proclamons l'abolition du droit de capture et qu'en pratique le système actuellement en vigueur continue sans modification sensible »⁵⁷². Le délégué britannique Ernest Satow, tout en admettant théoriquement l'importance du principe d'inviolabilité de la propriété privée ennemie, a fait dépendre le respect d'un tel principe à l'abolition du droit de blocus commercial. Tout en reconnaissant l'impossibilité de séparer la question de l'immunité de capture et de celle de la licéité du blocus maritime, il a précisé que le gouvernement britannique serait disposé à discuter de ce sujet « s'il se produisait un changement qui favorisait le décroissement des armements »⁵⁷³. La délégation française, consciente du rôle perturbateur pour le commerce international de la pratique des captures de navires, lui a toutefois reconnu la qualité de « puissant moyen de coercition » qui ne devait pas être aboli⁵⁷⁴. Toutefois, cette pratique devait être modifiée pour que ce moyen de coercition

justifiable qui est ainsi jeté dans un commerce honnête et légitime auquel sont intéressés non pas seulement la nation à laquelle appartient le navire, mais encore le monde civilisé tout entier. L'accroissement et le développement qu'ont pris le trafic et le commerce internationaux, dans les cinquante dernières années, est une des merveilles de l'histoire. Plus que toute autre branche de l'activité humaine le commerce tend à lier ensemble les nations par les liens de la paix, il établit entre elles une communauté d'intérêt, et par cela même, toute violence qui lui est faite, tout trouble qui lui est apporté, a immédiatement sa répercussion sur tous les points du globe ».

⁵⁷¹ « Nous insistons, en troisième lieu, sur notre proposition, parce qu'elle est un acheminement direct vers la possibilité de renfermer la guerre dans le domaine qui lui est propre, c'est-à-dire d'en faire une lutte sur terre et sur mer, entre les forces militaires des États, ne s'attaquant qu'entre elles et ne visant que la propriété publique des nations intéressées dans le conflit. Si la règle que nous défendons est adoptée par le commun assentiment des nations, ces coups de main destructifs qui n'ont jamais fait que du mal à l'humanité, seront à jamais abolis ; et les armées, les flottes, au lieu d'être employées pour la protection ou la destruction de la propriété légitime des non-combattants, seront laissées à l'usage, qui leur est propre, de lutter entre elles, de bloquer les ports et de protéger les côtes. Si l'on nous opposait l'objection de Lord Palmerston, qui en 1862 déclarait "que si nous adoptions ces principes nous réduirions presque la guerre à un échange de notes diplomatiques", nous répondrions, comme le fit Sir John Lubbock (aujourd'hui Lord Avebury) dans la chambre des Communes "Fort bien, ce serait un résultat que nous pourrions regarder non seulement avec égalité d'âme, mais même avec satisfaction" », *idem*, p. 760.

⁵⁷² *Idem*, p. 789.

⁵⁷³ *Idem*, p. 788 : « si le blocus commercial ne devait pas disparaître, les vaisseaux ennemis seraient constamment exposés à la visite et la saisie, et des disputes continuelles s'élèveraient sur la question de savoir ce qui constitue un blocus effectif. Il est évident que de telles disputes entre des belligérants auraient pour résultat d'amener celui des combattants qui croirait avoir à se plaindre de l'application du blocus commercial à un de ses ports, à cesser d'observer, partout où cela lui serait possible, le principe d'immunité des navires marchands et de la propriété privée de l'ennemi ».

⁵⁷⁴ V. la déclaration du délégué français Louis Renault, *idem*, p. 793 : « D'une part, la crainte d'une pareille perturbation peut détourner de la guerre en intéressant au maintien de la paix une partie notable de la population qui pourrait voir avec trop d'indifférence l'éventualité d'un conflit dans lequel il n'y aurait que des opérations militaires proprement dites ; d'autre part, si la guerre a lieu néanmoins, le trouble apporté dans le commerce, l'interruption presque complète

« soit dépouillé de toute analogie compromettant avec l'ancien droit de butin ». Le délégué français a présenté une proposition selon laquelle, la pratique de captures maritimes devait être dépourvue « de toute pensée de lucre ». À cet effet, aucune rémunération ne devait être prévue pour l'agent ayant procédé à la prise. En outre, pour que la dimension interétatique de la guerre soit préservée, il fallait émettre le vœu que les États qui exercent le droit de capture, « prennent les mesures nécessaires pour que les pertes causées par l'exercice du droit de prise ne restent pas entièrement à la charge des particuliers dont les biens auront été capturés »⁵⁷⁵. À la Commission se sont présentées plusieurs autres propositions. Une référence doit être faite à la proposition du délégué brésilien Ruy Barbosa qui, après avoir fait l'éloge du rôle du commerce a soumis une proposition dont l'objectif était d'assimiler la condition de la propriété privée sur mer, durant les guerres navales, à celle de la propriété privée sur terre. La proposition consistait à modifier les articles de la Convention du 29 juillet 1899 pour uniformiser le régime des biens, indépendamment du théâtre des opérations. En effet, la réquisition d'un navire, dictée par les exigences impérieuses de la guerre et ordonnée par un capitaine, serait constatée au moyen d'un reçu délivré au capitaine du navire saisi, lui assurant ainsi le droit à une juste indemnité⁵⁷⁶. Des similitudes avec la proposition brésilienne présentait celle de la délégation belge, en vertu de laquelle, les navires de commerce ennemis, ainsi que la marchandise ennemie sous pavillon ennemi, ne pouvaient être saisis et retenus par un belligérant qu'à condition d'être restitués à la fin de la guerre. Le délégué belge Van den Heuvel a présenté sa proposition en tant que voie médiane entre les deux régimes, le régime en cours et celui présupposant la reconnaissance de l'inviolabilité de la propriété ennemie. En effet, si la proposition était retenue, d'une part, les belligérants auraient « le droit de saisir et d'utiliser dans un but militaire les navires et les cargaisons ennemis » et d'autre part, suite à la cessation des hostilités, « les particuliers

des rapports maritimes commerciaux avec ces conséquences sur la prospérité du pays, le renchérissement des choses nécessaires à la vie, produiront une pression dans le sens de la conclusion de la paix ».

⁵⁷⁵ *Idem*.

⁵⁷⁶ Pour la proposition du délégué brésilien, Deuxième Conférence de la paix, actes et documents, *idem*, p.787 : « Toute spoliation était perçue comme une atteinte au monde civilisé. Les navires étaient de signes de capitaux mondiaux dont l'attachement national était faible. "Ces grands bateaux à vapeur modernes, ces immenses transatlantiques de dizaines de milliers de tonnes, qui sillonnent l'océan comme des villes flottantes, où peut s'en faire qu'on n'ait l'impression de la terre ferme, représentant chacun des millions, menant à leur bord des trésors, conduisant d'hémisphère à hémisphère des populations de voyageurs, ces flottes particulières de centaines et centaines de vaisseaux qui naviguent souvent sous les enseignes d'une raison sociale, ou d'une société anonyme, cette multitude innombrable de monstres ailés ou mécaniques, dont les voies ou la fumée parcourent toutes les mers et tous les horizons de notre planète, ne représentent pas seulement les États dont ils déploient le pavillon, mais des capitaux du monde entier, qui accourent de partout, fondus, solidaires, unifiés dans les grandes compagnies de commerce, de navigation et d'assurances, sans s'enquérir de la nationalité les uns des autres. Enveloppez-les dans le tourbillon de la guerre, et il sera impossible de prévoir où la foudre qui les frappe ira tomber réellement. [...] Le commerce maritime, dans ces jours-ci, exprime une communion de toutes les nationalités, qu'il mêle dans ses opérations complexes et délicates d'une manière inextricable. On ne peut donc pas exposer la propriété maritime aux ravages de la guerre navale, sans mêler ennemis et amis dans une confusion impie et irrationnelle". *Idem*, p. 780.

reprendraient les biens qui auraient été conservés, ou recevraient, soit de l'État capteur, soit, d'après les conventions des traités de paix, de leur propre État, la valeur des biens employés ou détruits »⁵⁷⁷.

198. Cette diversité des opinions a eu comme conséquence qu'aucune proposition n'a suscité l'accord général⁵⁷⁸. Prenant en compte cette diversité, le Président de la Commission de Martens, convaincu que « la profonde divergence d'opinions sur cette matière » est « le résultat du manque d'expérience et de pratique » a voulu émettre le vœu que dorénavant, au début des hostilités, les belligérants « déclarent spontanément si elles sont décidées, et dans quelles conditions, de renoncer au droit de capture »⁵⁷⁹. À la suite de plusieurs objections, même ce vœu a été finalement retiré.

199. La question de la saisie des navires de commerce a été abordée en détail dans le cadre des négociations de la commission qui a élaboré la VI^e Convention relative au régime des navires de commerce ennemis au début des hostilités, relevant de l'ensemble des travaux de la Conférence de la Paix de 1907. Les premiers articles de la Convention portent sur le sort des navires ennemis se trouvant dans des ports lors d'éclatement d'une guerre. En effet, depuis la guerre de Crimée de 1853 à 1856, un usage se cristallisait en vertu duquel, un délai de faveur de certains jours était accordé aux navires de commerce pour qu'ils puissent quitter les ports ennemis⁵⁸⁰. L'octroi d'une telle possibilité de départ aux navires serait ainsi favorable aux intérêts des commerçants. L'interrogation portait sur la nature de la règle prévoyant d'accorder un tel délai. À la position russe affirmant le caractère contraignant de cette disposition, se sont opposés la Grande-Bretagne, la France et le Japon⁵⁸¹. La formulation définitive de l'article 1 reflète ainsi le compromis qui a été atteint. Selon la version de l'article retenue, il était « désiré » qu'un délai de faveur fût accordé aux navires de commerce pour quitter les ports ennemis⁵⁸².

⁵⁷⁷ Pour la proposition de la délégation belge, *idem*, pp. 806-807.

⁵⁷⁸ La proposition des États Unis d'Amérique mise aux voix, a obtenu parmi les quarante-quatre États représentés, 21 oui, 11 non, 1 abstention, onze États n'ayant pas point répondu à l'appel de leur vote. V. le rapport établi par Henri Fromageot. *Idem*, p. 1044.

⁵⁷⁹ *Idem*, p. 845.

⁵⁸⁰ Pour la discussion en détail v. J. J. Br. Scott (dir.), *The proceedings of the Hague conferences*, The Conference of 1907, vol. III, New York, Oxford University press, 1921, xci- 1162 p., pp. 1130 et s.

⁵⁸¹ V. la position du délégué britannique Ottley : « The British Government judges that it will be better not to establish fixed rules which might limit the rights of a belligerent in this respect, which in no way implies that days of grace should not be allowed as a general rule. On the contrary, my government fully intends to adhere to what has been done in the past for more than fifty years. In case Great Britain should be a belligerent (which I hope will never happen), she would allow both enemy and neutral merchant ships a proper number of days of grace, with the reservation nevertheless that his period of grace should not compromise her national interests. In a word, the Government of Great Britain supports the sentiments which instigated the Russian proposal, but at the same time we are of the opinion that this period must be considered as granted as a privilege and not as a right ». J. Br. Scott (dir.), *The proceedings of the Hague conferences*, The Conference of 1907, vol. III, New York, Oxford University press, 1921, xci- 1162 p., p. 817.

⁵⁸² Art. 1 : « Lorsqu'un navire de commerce relevant d'une des Puissances belligérantes se trouve, au début de hostilités, dans un port ennemi, il est désirable qu'il lui soit permis de sortir librement, immédiatement ou après un délai de faveur suffisant, et de gagner directement, après avoir été muni d'un laissez-passer, son port de destination ou tel autre port qui

En outre, les articles de la Convention prévoient des cas de saisie de navires qui ne donnent pas lieu à des confiscations définitives. En effet, l'article 3 prévoit que les navires de commerce ennemis ayant « quitté leur dernier port de départ avant le commencement de la guerre et qui sont rencontrés en mer ignorants des hostilités, ne peuvent être confisqués ». Ils ne peuvent qu'être sujets à des mesures de saisie provisoire, et la restitution à leurs propriétaires initiaux prévue après la guerre.

200. La problématique de l'inviolabilité de la propriété privée a été aussi abordée dans le cadre des négociations de la XI^e Convention « relative à certaines restrictions à l'exercice du droit de capture dans la guerre maritime ». Les États-Unis ont proposé le rejet du droit des prises maritimes, proposition qui toutefois n'a pas été retenue. Dans le préambule, les États laissaient entendre que les points de divergence ne soient pas mineurs⁵⁸³. La convention a voulu élargir les catégories des bateaux qui jouissaient d'immunités et qui n'étaient pas, par conséquent, susceptibles d'être capturés. En effet, les navires chargés de la correspondance postale des neutres ou des belligérants, les bateaux affectés à la pêche côtière, les navires chargés de missions religieuses, scientifiques, ou philanthropiques étaient, en vertu de cette Convention, exempts de capture.

iii. La tentative de création d'une juridiction internationale des prises maritimes

201. Une des contributions majeures de la deuxième Conférence de la Haye tenue en 1907, était la XII^e Convention, relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises, dont le rôle était d'examiner les recours contre les décisions des tribunaux de prises nationaux⁵⁸⁴. La Cour internationale des prises, prévue par cette Convention, n'a jamais été établie, étant donné que la Convention n'a pas été ratifiée par les États. L'objectif de fonctionnement d'une telle institution aurait été le dépassement des divergences nationales dans la pratique de saisie des navires. Cette Cour aurait dû servir de Cour d'appel pour les jugements des cours de prises nationales. Les juridictions nationales n'offraient pas les garanties nécessaires d'impartialité.

lui sera désigné. Il en est de même du navire ayant quitté son dernier port de départ avant le commencement de la guerre et entrant dans un port ennemi sans connaître les hostilités ».

⁵⁸³ Préambule de la Convention (XI) relative à certaines restrictions à l'exercice du droit de capture dans la guerre maritime. Les États « (E) stimant que, pour y parvenir, il convient, en abandonnant ou en conciliant le cas échéant dans un intérêt commun certaines pratiques divergentes anciennes, d'entreprendre de codifier dans des règles communes les garanties dues au commerce pacifique et au travail inoffensif, ainsi que la conduite des hostilités sur mer ; qu'il importe de fixer dans des engagements mutuels écrits les principes demeurés jusqu'ici dans le domaine incertain de la controverse ou laissés à l'arbitraire des Gouvernements ».

⁵⁸⁴ L'établissement d'une Cour de prise internationale a été proposé par l'Institut de droit international dans sa session de Heidelberg, de 1887 « Juridiction nationale et internationale en matière des prises maritimes », Rapporteur A. de Bulmerincq. Les paragraphes 100 à 109 portaient sur l'organisation et la procédure devant cette juridiction internationale.

Ce défaut devait être pallié par le fonctionnement d'une instance internationale⁵⁸⁵. L'objectif était, d'une part, de sauvegarder les intérêts particuliers des armateurs ou des propriétaires des navires et, d'autre part, de « dégager la responsabilité de l'État capteur pour les jugements de prises qui ne pourraient former dorénavant d'aucune réclamation diplomatique »⁵⁸⁶. La particularité de cette Cour résidait dans le fait que son établissement et son fonctionnement aurait été antérieur à une codification détaillée des règles de droit applicables. À cet effet, la Cour aurait dû appliquer des principes du droit international, à défaut des dispositions précises de la Convention. En cas d'absence des règles du droit international, selon l'article 7, la Cour devait « statuer d'après les principes généraux de la justice et de l'équité ». En vertu de l'article 3, les décisions de cette juridiction internationale concernaient principalement des recours exercés par des neutres. Les cas des propriétés ennemies qui pouvaient faire l'objet d'une décision de la part de la Cour internationale étaient limitativement énumérés⁵⁸⁷. La Grande-Bretagne s'est opposée à une extension de la compétence de la Cour, l'autorisant à se prononcer sur tous les différends impliquant des propriétés de l'adversaire⁵⁸⁸. L'établissement de la Cour internationale semblait inaugurer une nouvelle ère marquant la fin de l'état chaotique du droit de guerre maritime⁵⁸⁹. Il a été souligné que cette Cour, en tant que juridiction

⁵⁸⁵ V. l'argumentation du délégué allemand Adolf Hermann Marschall von Bieberstein. *Actes et documents de la deuxième conférence internationale de la Paix*, La Haye, 15 juin — 18 octobre 1907, La Haye Nijhoff, 1908-1909, vol. II, lxxxviii-1106 p., p. 785 : « Les tribunaux des prises institués par l'État capteur travaillent involontairement plus ou moins sous l'influence de ces intérêts de leur patrie. En tout cas ces tribunaux nationaux ne jouiront pas de cette haute autorité judiciaire, qui se base sur la confiance dans l'indépendance et l'impartialité entière des juges. Cette confiance ne pourra exister tant que l'État capteur aura le rôle de défendeur qui se constitue en juge. C'est une conséquence naturelle de cet état de choses que la juridiction nationale des prises donne lieu à des contestations continuelles entre les belligérants et les États neutres, contestations qui ne laissent pas d'envenimer les relations internationales. Il est donc grandement désirable de créer une instance internationale dont l'impartialité ne puisse être mise en doute ».

⁵⁸⁶ *Idem*.

⁵⁸⁷ Art. 3 : « Les décisions des tribunaux de prises nationaux peuvent être l'objet d'un recours devant la Cour internationale des prises : 1. Lorsque la décision de tribunaux nationaux concerne les propriétés d'une Puissance ou d'un particulier neutres ; 2. Lorsque ladite décision concerne des propriétés ennemies et qu'il s'agit : a) de marchandises chargées sur un navire neutre, b) d'un navire ennemi, qui aurait été capturé dans les eaux territoriales d'une Puissance neutre, dans le cas où cette Puissance n'aurait pas fait de cette capture l'objet d'une réclamation diplomatique, c) d'une réclamation fondée sur l'allégation que la capture aurait été effectuée en violation, soit d'une disposition conventionnelle en vigueur entre les Puissances belligérantes, soit d'une disposition légale édictée par le belligérant capteur ».

⁵⁸⁸ Cette opposition a été exprimé par le délégué britannique Sir Edward Fry. « His Excellency Sir Edward Fry observes that there are certain questions between belligerents which it is impossible to submit to an International Court. The state of war suspends certain legal relations between the States in conflict. His Excellency, Sir Edward Fry declares, in consequence, that his Government is disposed to submit to an international jurisdiction the rights of neutrals with regard to the belligerents, but in no way those of the belligerents between themselves ». J. Br. Scott (dir.), *The proceedings of the Hague conferences*, vol. 2, lxxx-1086 p., p. 790.

⁵⁸⁹ Son rôle était « de faire disparaître l'anomalie du souverain à la fois juge et partie ». P. Fiore, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, Paris, Pedone, 1911, viii-610 p., p. 408. Th. Erskine Holland, « Changements proposés en droit des prises maritimes — La convention de la Cour des prises et la Déclaration de Londres », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1911, pp. 337-357, p. 338 : « Jusqu'ici ces Courts ont été des Cours d'enquête auxquelles un gouvernement belligérant confiait la mission de rechercher si les prises faites par ses officiers de marine avaient été légalement faites et à quel résultat elles devaient aboutir, en conformité des idées sur le droit international que ce gouvernement s'était formées. [...] Afin de s'affranchir davantage de toute partialité nationale dans l'application et dans le développement de ces règles et, en particulier, pour sauvegarder les intérêts des neutres quand ils entrent en

permanente, « s'éloigne de l'étroite notion de l'arbitrage pour réaliser le type le plus pur d'un tribunal de justice internationale »⁵⁹⁰. Toutefois, les incertitudes quant au droit applicable, reflétant certains points de divergence des politiques nationales des prises maritimes, n'ont pas permis son fonctionnement⁵⁹¹. Ces lacunes normatives devaient être remplies par la déclaration de Londres de 1909, jamais entrée en vigueur⁵⁹². Il paraissait nécessaire de préciser et unifier

conflit avec les intérêts d'un belligérant dont la puissance est prépondérante, on souhaitait de voir décider les questions de prises non par des Cours nationales, mais par des Cours internationales ».

⁵⁹⁰ Pour cette appréciation v. N. Politis, « La déclaration de Londres de 1909 sur divers points de droit maritime », *Journal de droit international et de législation comparée*, 1909, p. 898.

⁵⁹¹ La controverse ne concernait pas seulement le droit applicable mais aussi l'organisation interne de la Cour. Une référence pourrait être faite à la différence entre la proposition allemande et la proposition britannique quant à la composition de la Cour. D'après la proposition allemande, la Cour serait composée de « cinq membres, dont deux amiraux et trois membres de la Cour permanente d'arbitrage de la Haye. Dans les deux semaines qui suivent l'ouverture des hostilités, chacune des parties belligérantes aura à désigner un amiral et à s'adresser, en outre, à une puissance neutre pour que, de son côté, celle-ci choisisse un autre membre dans les deux semaines suivantes, parmi les membres de la Cour d'arbitrage qui ont été nommés par elle ». Pour la proposition de la délégation allemande sur la juridiction des prises v. *Actes de la deuxième Conférence de la Haye*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1071-1075. Selon cette proposition la Cour ne serait constituée qu'au commencement de la guerre par les belligérants. Il ne s'agirait qu'un tribunal ad hoc. Le projet britannique prévoyait que la Cour serait constituée en temps de paix et non pas au commencement des hostilités et par conséquent ses membres seraient nommés non par les belligérants en tant que tels mais par tous les États ayant une part importante dans le commerce maritime. Pour la proposition britannique *idem* pp. 1076-1077. L'art. 10 de la Convention XIIIe semble avoir repris la solution britannique. Zorn ne dissimulait pas son engouement de la volonté de la plus grande puissance maritime de se soumettre à une juridiction internationale en matière du droit de guerre maritime. Ph. Zorn, « Die Fortschritte des Seekriegsrechts durch die zweite Haager Friedenskonferenz », pp. 171-202, dans *Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-promotion*, 1er tome, Frankfurt, Mohr, 1908, 614 p., p. 180 : « Une telle institution représente un progrès important dans une double direction. D'abord, en cas de guerre maritime, elle garantit les grands intérêts privés liés à la navigation contre les atteintes injustifiées des belligérants, car elle assure une jurisprudence impartiale, alors que les tribunaux nationaux de prises maritimes, appelés à juger de la légalité des saisies opérées par leur propre autorité, rendent dans une certaine mesure la justice en leur nom propre et ne peuvent donc pas être considérés comme totalement impartiaux. Ensuite, elle élimine un certain nombre de litiges de droit international public qui ont tendance à éclater entre neutres et belligérants à l'occasion d'une guerre maritime au sujet de l'exercice du droit de retrait et qui, jusqu'à présent, n'ont souvent pas trouvé de règlement satisfaisant, alors qu'ils seront désormais réglés par le biais d'une procédure internationale réglementée. Comme ces litiges revêtent souvent un caractère grave et peuvent même mettre en danger le maintien de la paix, la Conférence a réalisé une œuvre de paix importante en créant la Cour internationale des prises maritimes ».

⁵⁹² Préambule de la Déclaration de Londres, du 26 février 1909 : « Considérant l'invitation par laquelle le gouvernement Britannique a proposé à diverses puissances de se réunir en conférence afin de déterminer en commun ce que comportent les règles généralement reconnues du droit international au sens de l'article 7 de la convention du 18 octobre 1907, relative à l'établissement d'une cour internationale des prises ; Reconnaissant tous les avantages que, dans le cas malheureux d'une guerre maritime, la détermination desdites règles présente, soit pour le commerce pacifique, soit pour les belligérants et pour leurs relations politiques avec les Gouvernements neutres ; Considérant que les principes généraux du droit international sont souvent, dans leur application pratique, l'objet de méthodes divergentes ; Animés du désir d'assurer dorénavant une plus grande uniformité à cet égard ; Espérant qu'une œuvre d'un intérêt commun aussi important rencontrera l'approbation générale ». V. aussi la circulaire adressée par Sir Edward Grey le 27 février 1909, aux représentants des États participant à la conférence : « Les discussions qui ont eu lieu au sein de la Conférence de la Haye ont démontré que, sur diverses questions relatives à la guerre maritime, il existe des divergences de vues et de pratique parmi les différentes nations. Sur certaines de ces questions un accord est intervenu, tandis que sur d'autres il n'a pas été possible d'aboutir à une entente dans les limites du temps resté à la disposition de la Conférence. L'impression s'est fait sentir que l'établissement d'une Cour internationale des Prises ne serait pas généralement accepté tant que durerait le manque de précision et l'incertitude au sujet des principes que cette Cour appliquerait, dans les cas portés devant elle, aux questions qui touchent de près à la politique et à la pratique maritimes [...] Le Gouvernement Britannique apprécie au plus haut degré le grand bien qui résulterait de l'établissement d'une Cour internationale des Prises, mais en raison des graves divergences de vue qui se sont manifestées au cours des discussions à la Haye sur plusieurs des questions [...], il serait difficile, sinon impossible, de faire accepter par les deux Chambres du Parlement la législation nécessaire pour assurer l'exécution de la Convention, à moins que le Gouvernement Britannique soit en mesure de leur annoncer l'avènement d'une entente plus précise au sujet des règles destinées à guider les décisions du nouveau tribunal », *Correspondence and documents respecting the International Naval Conference, held in London, December*

les règles qui seraient applicables par la Cour des prises. Parmi les règles substantielles applicables par les juridictions de prise et au sujet desquelles les controverses ont été abondantes, figurent les règles relatives à l'attribution du caractère ennemi à des navires ou de cargaisons. Il est ainsi évident que l'exercice du pouvoir belligérant de capture présuppose et se fonde sur une qualification.

§2 La qualification d'ennemi, condition de mise en œuvre des droits des belligérants affectant les biens civils en guerre maritime

202. L'importance du caractère neutre ou ennemi d'un navire est fondamentale, parce qu'en fonction de cette qualification se déterminent la validité de la capture et le sort des marchandises trouvées à bord. En principe, le caractère ennemi était attribué à des cargaisons et des navires en fonction de leur propriétaire. La qualification attachée au propriétaire semble ainsi déterminante pour la qualification à la fois des navires et des cargaisons. Néanmoins, ce critère est concurrencé par d'autres (a). Quant aux navires, une place significative était octroyée au pavillon qu'ils battaient, tandis que des règles spéciales déterminant l'octroi du caractère ennemi étaient élaborées pour le cas des marchandises⁵⁹³. La prolifération des présomptions, en vertu desquelles le caractère hostile était conféré, reflétait la tendance des parties belligérantes à multiplier les saisies des navires et des cargaisons (b). Détecter la qualité neutre ou ennemie d'un navire dans le cadre de la guerre navale s'avère particulièrement crucial pour les belligérants puisque « les hostilités sur mer impliquent des opérations de combat et des opérations de “police économique” qui ont pour but de ruiner le commerce ennemi »⁵⁹⁴. Le caractère ennemi peut être attribué aux navires ou aux cargaisons transportées. Cette qualification constitue le fondement d'exercice du droit de prise. Les États ont ainsi entrepris des travaux de consécration de règles internationales pour remédier à l'insécurité juridique liée à l'usage d'une pluralité des critères par les différents ordres juridiques pour qualifier les navires et les marchandises en tant qu'ennemis ou neutres.

1908 - February 1909 : presented to both Houses of Parliament by command of His Majesty, March 1909, Proceedings, Miscellaneous. No. 5 (19), London, 1909, xx-393 p., pp. xix-xx.

⁵⁹³ « Quel est le critérium du caractère hostile d'un vaisseau et de sa cargaison ? Est-ce la nationalité de l'équipage, de l'armateur, des propriétaires ? Est-ce le pavillon ? Est-ce le lieu d'origine ou le domicile des choses ou des hommes ? Tout cela est à considérer : il faut choisir. Si n'importe lequel de ces caractères rattachant à l'ennemi suffisait pour rendre ennemi, le respect de la propriété neutre ne serait qu'un mot. Ce qu'il faut, c'est systématiser un certain nombre de présomptions nécessaires pour classer les bâtiments au nombre des ennemis ». E. Peillon, *La propriété privée ennemie et le droit de prise maritime*, Paris, Pedone, 1909, 194 p., p. 101.

⁵⁹⁴ M. Gounelle, « L'identification des navires en situation internationale de crise », pp. 211-227, SFDI, *Le navire en droit international : colloque de Toulon*, Paris, Pedone, 1992 246 p., p. 217.

a. L'absence d'un seul critère pour l'attribution du caractère ennemi. Le recours à un faisceau d'indices.

203. Traditionnellement, et comme en guerre sur terre, deux systèmes distincts étaient détectables dans la jurisprudence et la doctrine. Selon le système continental ou français, tout navire qui porte pavillon ennemi est censé être ennemi. En outre, le caractère ennemi d'une marchandise dépend de la nationalité de son propriétaire. Le système anglais s'est développé aux antipodes de ce système. Pour ce dernier, la nationalité des navires ou la nationalité des propriétaires de marchandises, n'est pas l'élément décisif du caractère ennemi. Pour celui-ci, les éléments relevant d'un faisceau d'indices, qui doivent être pris en considération pour déterminer le caractère hostile, sont le domicile des propriétaires, l'emploi des navires, l'origine ou la destination des biens.

204. Le système dit continental se fonde sur l'hypothèse que tout navire ayant droit de porter pavillon du pays ennemi est considéré être ennemi, et que tout navire ayant droit de porter pavillon neutre considéré être neutre. Indépendamment de la qualité du propriétaire, si le pavillon est ennemi, son caractère s'étend au navire. Ce système admet l'indivisibilité du vaisseau. Selon cette théorie, le pavillon ennemi entraîne confiscation des parts appartenant à des propriétaires neutres et inversement le pavillon neutre emporte libération des parts appartenant à des ennemis⁵⁹⁵. Toutefois, même dans le cadre de ce système, des présomptions de fraude étaient établies, permettant de dévoiler le caractère ennemi d'un navire prétendument neutre. Le caractère frauduleux d'un acte de vente de navires à de neutres, à la suite de la déclaration de guerre, était évident et pour cette raison, toute cession consentie après l'ouverture

⁵⁹⁵ Pour l'application de cette théorie v. la capture du navire prussien *Le Turner* lors de la guerre franco-prussien. Le Conseil des prises, dans sa décision du 22 décembre 1870, a appliqué la théorie en vertu de laquelle « la propriété du navire, au point de vue de l'exercice des droits de la mer, est absolument indivisible ». Pour cette décision v. H. Girard, *Du caractère ennemi de la propriété privée dans la guerre maritime à la conférence navale de Londres*, Michau, Paris, 1911, 240 p., p. 128.

des hostilités était censée être nulle⁵⁹⁶. Ce système a été qualifié de libéral, étant donné qu'elle cherchait à épargner les neutres, sacrifiant en même temps l'intérêt des belligérants⁵⁹⁷.

205. Le juge anglo-américain s'est montré inventif en multipliant les causes de capture des navires présumés ennemis. Cela a eu comme résultat l'extinction du commerce neutre. Grâce à ce système, qui multiplie les causes de capture, les intérêts des belligérants étaient préservés au détriment de ceux des neutres. Le système anglo-américain, qualifié de casuistique, « s'inspire de considérations pratiques et se soucie surtout de l'adaptation des moyens de guerre au but de la guerre »⁵⁹⁸. Une pluralité de critères permettait ainsi l'affirmation du caractère ennemi du navire. Tout navire portant pavillon ennemi était considéré comme ennemi. Le pavillon neutre, en revanche, ne protégeait pas le navire. En effet, malgré son pavillon, le navire était qualifié d'ennemi quand son propriétaire réel était ennemi. De la conception traditionnelle anglaise qui mettait l'accent sur la résidence de la personne physique, découlait le constat que les navires d'un neutre domicilié chez l'ennemi étaient sujets à confiscation et qu'inversement, ceux appartenant au ressortissant de l'État ennemi résidant en pays neutre pouvaient circuler librement sans crainte de capture. Les juges anglais se sont prononcés à de nombreuses reprises sur la qualité de résident britannique d'un propriétaire de navires — ayant comme résultat la libération du navire —, mettant ainsi l'accent sur l'importance de la volonté individuelle accompagnant le fait matériel de résidence en Grande-Bretagne⁵⁹⁹. La même logique régissait

⁵⁹⁶ V. p. ex. le Règlement du 26 juillet 1778 Art. 7, cité par A. de Pistoyé, Ch. Duverdy, *Traité des prises maritimes*, Tome II, Durand, Paris, 1859, pp. 534, p. 1-2 : « Les bâtiments de fabrique ennemie, ou qui auront eu un propriétaire ennemi, ne pourront être réputés neutres ou alliés, s'il n'est trouvé) bord quelques pièces authentiques passées devant des officiers publics qui puissent en assurer la date, et qui justifient que la vente ou cession en a été faite à quelqu'un des sujets des puissances alliées ou neutres, avant le commencement des hostilités, et si ledit acte translatif de propriété de l'ennemi, au sujet neutre ou allié, n'a été dûment enregistré par devant le principal officier du lieu du départ, et signé du propriétaire ou du porteur de ses pouvoirs ». Pour des décisions ayant mis en application le système de présomptions de fraude v. *Traité des prises maritimes* De Pistoyé, A., Duverdy Ch., *Traité des prises maritimes*, Vol. I., 505 et s. Tribunal de Cassation, 18 thermidor an VII, Le corsaire Actéon contre le *Friendship*. En vertu de cette décision a été déclaré de bonne prise « le navire appartenant à des sujets d'une puissance neutre, muni de passeport neutre, mais commandé par un capitaine né en pays ennemi et naturalisé neutre depuis la déclaration de guerre, surtout lorsqu'avant la guerre il n'avait pas son domicile en pays neutre ». V. aussi la décision du Conseil des prises du 7 vendémiaire an X, L'Ams contre la Mascarade, *idem*, p. 506. En vertu de cette décision a été déclaré de bonne prise « le navire qui a un capitaine d'origine ennemie, naturalisé neutre, mais dont la naturalisation n'est pas antérieure de trois mois à la déclaration de guerre, et qui ne prouve pas qu'avant cette époque il ait été domicilié de fait dans un pays neutre ».

⁵⁹⁷ V. H. Girard, *Du caractère ennemi...*, *op.cit.*, p. 171.

⁵⁹⁸ *Idem*, p. 141-142.

⁵⁹⁹ Le départ pourrait par conséquent être perçu comme acte suffisant pour que le propriétaire recouvre sa qualité d'ennemi. V. Lord Stowell, *The Indian Chief*, 3, Ch. Rob., p. 20, cité par T. Twiss, *Le droit des gens ou des nations considérés comme communautés politiques indépendantes*, Pedone, Paris, 1889, t. II, xxxiii-593 p., pp. 301-302 : « Le caractère gagné par la résidence cesse avec la résidence. C'est un caractère accidentel, qui n'est plus inhérent à la personne du moment qu'elle fait des démarches pour quitter de bonne foi le pays *sine animo revertendi* ». Et l'auteur poursuit faisant un commentaire sur cette décision « En conséquence, quoique l'armateur du navire *Indian Chief* n'eût pas quitté l'Angleterre au moment où son navire avait mis à la voile pour entreprendre un voyage hors de Londres, cependant, comme lui-même avait réellement quitté l'Angleterre et accomplissait l'acte de reprendre son caractère d'américain d'origine au moment où son navire avait été saisi à son arrivée dans un port anglais pour y recevoir des ordres, la Cour des prises décida que son armateur devait être considéré comme un citoyen américain ennemi ».

les cas des ressortissants britanniques ou américains siégeant en territoire ennemi et démontrant leur volonté de retour, après le commencement des hostilités⁶⁰⁰.

206. Il importait, avant tout, d'atteindre les navires ou les biens qui, rattachés par quelque lien à l'ennemi, servaient ses intérêts, lui fournissaient des ressources, ou l'aidaient à soutenir la lutte militaire. Ces navires et ces biens étaient donc ennemis en dépit de leur nationalité neutre ou de la nationalité neutre de leurs propriétaires. Le domicile des propriétaires, l'origine des biens, l'emploi des navires et le rôle des marchandises étaient des circonstances cruciales prises en considération, susceptibles de conférer aux navires et aux cargaisons le caractère hostile. L'attachement au domicile et non pas à la nationalité implique une autre conception autour du lien entre l'État et l'individu. Cette différence de choix du lien de rattachement démontre une tendance vers la multiplication des prises dans le cas britannique et vers la restriction de ce pouvoir dans le cas continental. En effet la pluralité de domiciles est beaucoup plus facilement affirmée que la pluralité des nationalités. La question du domicile est une notion vague, liée à des éléments de fait susceptibles d'interprétation qui laissent une grande part de discrétion au juge⁶⁰¹. La marge d'appréciation du juge dans le cas de reconnaissance d'une nationalité est beaucoup plus restreinte. Cette explication sous-tend éventuellement le choix britannique de favoriser le critère du domicile à celui de la nationalité, privilégié par la tradition des États continentaux.

207. L'interrogation autour de l'identification du critère de détermination du caractère ennemi a longuement occupé la conférence de Londres 1908. Le programme de la Conférence, établi le 27 février 1908, comprenait, sous la lettre h, la question de savoir « lequel de la nationalité ou du domicile du propriétaire devait être considéré comme élément dominant pour décider si la propriété est propriété ennemie »⁶⁰². La proposition britannique avait opté

⁶⁰⁰ La même argumentation se trouve dans la jurisprudence américaine. V. Le discours du Juge américain Story, cité par T. Twiss, *Idem*, p. 302 : « Il est certainement vrai qu'un caractère acquis par la résidence cesse avec la non-continuation de la résidence. Par conséquent, si une personne qui a résidé dans un pays ennemi se met en route pour retourner dans son pays natal avec l'intention de bonne foi d'y résider, elle est censée dès ce moment avoir repris son caractère neutre, quoiqu'elle ne soit pas encore arrivée dans son pays. Mais jusqu'à ce qu'elle se soit réellement mise en route, le caractère du pays où elle réside lui reste indissolublement attaché. Elle l'assume avec tous ses avantages et tous ses désavantages ».

⁶⁰¹ Pour une critique v. Girard, *op. cit.*, p. 173-174 : « Quoiqu'avec le domicile, l'ennemi soit atteint plus facilement dans ses ressources, le principe de nationalité nous semble plus juridique et plus logique. [...] Il paraît irrationnel d'infliger à des négociations ou à des individus quelconques, simplement domiciliés dans un pays, le caractère national de ce pays, uniquement au point de vue du droit de prise. Ces individus, à tous les autres points de vue, notamment au point de vue du service militaire, conservant leur nationalité d'origine. Le système du domicile ne tient pas compte des notions du droit moderne sur la nature véritable des liens unissant le citoyen à l'État. En temps de guerre, il trace brutalement sur la carte du monde des lignes de démarcation qui impriment le caractère hostile d'impitoyable manière ; il suscite des difficultés d'application et entraîne de bizarres conséquences. Il aboutit notamment à faire traiter en ennemis de l'État belligérant ses propres ressortissants, quand ils sont établis sur le territoire de son adversaire ».

⁶⁰² *Correspondence and documents respecting the International Naval Conference, held in London, December 1908 - February 1909* : presented to both Houses of Parliament by command of His Majesty, March 1909, Proceedings, Miscellaneous. No. 5 (19), London, 1909, xx-393 p., p. XX.

pour le choix du domicile mais aucun consensus n'a été établi à ce sujet. Dans l'article 57 de la Déclaration, seule une référence est faite au drapeau en tant que critère de détermination du caractère hostile du bateau.

b. Une pratique confirmant le recours à une pluralité de critères

208. Les règles codifiées par la Conférence de Londres ont été appliquées lors de la première phase de la Première Guerre mondiale. Conformément aux instructions du 19 décembre 1912 du ministre français de la Marine sur l'application du droit international en cas de guerre, les juges des prises devaient prendre en considération le pavillon du navire comme preuve complète de son caractère national, neutre ou ennemi du navire, conformément aux termes de l'article 57 de la déclaration de Londres. Par conséquent, l'examen de la « vraie appartenance » du navire ne pouvait pas avoir lieu⁶⁰³. Toutefois, les présomptions « absolues » de la Déclaration de 1909 se sont prouvées inflexibles pour les contraintes de la guerre notamment à la suite de la prolifération des cas des navires neutres qui corroboraient l'ennemi⁶⁰⁴. La règle de l'article 57 a été mise à l'écart par les alliés « pour répondre à la pratique allemande qui consistait à acheter des navires neutres par personnes interposées, et à les faire naviguer sous pavillon neutre pour le compte de l'Allemagne, les alliés décidèrent de revenir aux règles antérieures, ou tout au moins de retenir tous les éléments qui pourraient donner à un navire le caractère ennemi »⁶⁰⁵.

⁶⁰³ V. p. ex. la décision du Conseil des prises concernant les navires *Ariadne*, *Bon Voyage*, *Flamanville* et *Willkommen* du 21 et 23 septembre 1915. « Considérant que l'article 57 de la déclaration de Londres de 1909, relative au droit de la guerre maritime, et déclarée applicable durant la présente guerre par le décret du 6 novembre 1914 [...]; — Que cette disposition est textuellement reproduite dans les Instructions du ministre de la marine sur l'application du droit international en cas de guerre du 19 décembre 1912, par. 27; — Qu'en conséquence le pavillon que le vapeur *Ariadne* était en droit de porter, au moment de la capture, fait preuve complète du caractère national, neutre ou ennemi du navire; — Que, par application du texte ci-dessus rappelée, *l'Ariadne*, d'après les documents dressés par l'État français lui-même, était enregistré comme navire français, avait le droit de battre pavillon français et doit, dès lors, dans l'espèce, être réputé navire français au moment de la capture; — Que la question de savoir à qui, en réalité, appartient le navire n'a donc pas à être examinée par le Conseil », *RGDIP*, 1916, « Jurisprudence en matière de prises maritimes », p. 3.

⁶⁰⁴ V. le décret concernant le caractère neutre ou ennemi des navires en date du 23 octobre 1915. Art. 1^{er} qui est censé compléter l'article 57 al. 1^{er} de la Déclaration de 1909 : « S'il est établi que les intérêts dans la propriété d'un navire, battant pavillon ennemi, appartiennent en fait à des nationaux d'un pays neutre ou allié, ou, réciproquement, que les intérêts dans la propriété d'un navire, battant pavillon neutre ou allié, appartiennent en fait à des nationaux d'un pays ennemi ou à des personnes résidant en pays ennemi, le navire sera en conséquence réputé neutre, allié ou ennemi ». Dans *RGDIP*, 1916, Documents, pp. 3-4. Dans leur rapport adressé au Président de la République, le Président du Conseil René Viviani et le ministre de la marine Jean-Victor Augagneur précisaient, concernant l'article 57, que : « L'expérience a démontré qu'une règle aussi stricte était pratiquement susceptible de conduire à des solutions inexactes. Il se peut que des navires aient été pour des motifs d'ordre commercial, pendant la paix, régulièrement enregistrés sous un pavillon devenu ennemi par suite de la guerre, et qu'en réalité les intérêts dans la propriété de ces navires appartiennent à des personnes ressortissants à un pays tiers, neutre ou allié. Inversement, des navires enregistrés sous pavillon neutre peuvent en réalité représenter des intérêts ennemis. [...] Un de buts que le belligérant peut légitimement poursuivre sur mer, d'après le droit des gens, est d'annihiler par la capture la marine marchande ennemie. Si en s'attaquant à des intérêts neutres représentés par un navire enregistré sous pavillon ennemi le belligérant s'écarte du but ci-dessus rappelé et peut se voir accuser de porter atteinte à la liberté du commerce neutre, son droit d'action légitime est directement lésé par l'usage d'un enregistrement sous son pavillon neutre couvrant des intérêts ennemis d'une protection que rien ne justifie ».

⁶⁰⁵ Gervais, *op.cit.*, p. 50.

209. La même solution a été retenue par la jurisprudence britannique en matière de prises maritimes. Les similitudes avec les considérations relatives au critère du contrôle quant à la détermination du caractère ennemi des personnes morales sont manifestes⁶⁰⁶. À de nombreuses reprises, la Cour d'amirauté s'est appuyée sur la jurisprudence *Tyre Co. v. Daimler*. La préoccupation principale était la prise en considération de la réalité de l'influence ennemi, malgré les apparences juridiques de rattachement d'un navire à l'ordre juridique britannique⁶⁰⁷. En cas de présence d'éléments rattachant la personne au pays ennemi, les juges n'hésitaient pas à qualifier la compagnie de navigation comme une personne interposée⁶⁰⁸.

210. La multiplication des critères de rattachement à l'ordre juridique adverse est aussi repérable dans la jurisprudence des prises maritimes de la Seconde Guerre mondiale. Une interprétation préjudiciable aux intérêts des neutres a été proposée par la jurisprudence britannique concernant la théorie du contrôle. Il a été affirmé que la théorie du contrôle ne pouvait pas être invoquée au profit des neutres. Il s'agissait d'une théorie qui n'était invocable qu'au profit du capteur. La finalité de découverte de la « réalité » derrière les « apparences juridiques » ne pourrait pas conduire à la non-confiscation d'un navire ennemi sur lequel un contrôle neutre était exercé⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ Niboyet, ne cachait pas ses réserves concernant l'utilité de la fiction de personnalité juridique accordée aux personnes morales. Il défendait la thèse en vertu de laquelle, le problème de la nationalité des sociétés n'était, en réalité, qu'un simple problème de condition des étrangers. Les mêmes réserves étaient émises concernant la nationalité des navires. « Les navigateurs aiment assez à personnifier le navire. C'est une marque de leur attachement. Mais c'est du sentiment. Les soldats d'un régiment-nous en appelons au souvenir de nos camarades de guerre — personnifiaient celui-ci tout autant, sans que cela ait jamais pu conduire à une nationalité. [...] On peut se demander si le souverain du pays du pavillon n'exerce pas plutôt une *souveraineté personnelle* sur les personnes à bord et leurs biens que sur le navire en tant que *res*, à titre de *souveraineté réelle*. » (souligné par l'auteur), J. P. Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Revue de droit international privé*, 1927, vol. XXII, pp. 402-417, p.406.

⁶⁰⁷ V. p. ex. L'arrêt *The Poona*, dans W. Grant (éd.), *British and Colonial Prize cases*, vol. 2, Sweet and Maxwell, London 1917, xiv-479 p., p. 275. En l'espèce, il s'agissait des marchandises appartenant à une compagnie enregistrée en Angleterre, dont les directeurs étaient sujets allemands résidant en Allemagne.

⁶⁰⁸ V. p. ex. Dans l'arrêt *St-Tudno*, dans 28 juillet 1916, *Idem*, p. 272. En l'espèce, le navire appartenait à une société anglaise qui se trouvait sous le contrôle d'une personne morale allemande. En raison de ce rattachement à l'ordre juridique allemand, le navire qui appartenait à la société ne pouvait pas, en vertu du *Merchant Shipping Act* de 1894 battre le pavillon anglais. Parmi les conditions pour l'octroi de la nationalité britannique figurait la référence au principal centre d'affaire qui en l'occurrence se trouvait en pays ennemi.

⁶⁰⁹ V. surtout l'arrêt *The Unitas*, *AJIL*, 1948, p. 952 et *RGDIP* 1949, p. 262-267. En l'occurrence, il s'agissait d'un navire allemand construit par une filiale allemande d'un trust hollandais. Les compagnies néerlandaises qui avaient créé le trust prétendaient avoir le contrôle sur la société allemande. Toutefois, l'argument crucial a été celui du pavillon allemand que battait le navire. Lord Merriman s'est explicitement opposé à l'application de la théorie du contrôle au profit des personnes neutres. « In my opinion, there is no authority for applying the principle of the *Daimler* case in favor of claimants in prize[...] ». *AJIL* 1948, p.952. La pratique allemande, suivie pendant la Première Guerre mondiale, qui consistait à acheter des navires neutres, ayant comme objectif de continuer à les faire naviguer sous pavillon neutre a été jugée par la Cour des Réclamations des États-Unis du 2 mai 1949 dans l'affaire *American Transatlantic Company v. United States*. « The rule of international law seems to be that if a ship flies an enemy flag, it will not be permitted to show, in a prize court, that its true ownership was neutral, but that the fact that it flies a neutral flag does not prevent the seizing nation from proving that its true ownership was in the enemy », *AJIL*, 1949, pp. 813-814.

211. Les controverses relatives au caractère ennemi aux navires présentent des similitudes apparentes avec celles portant sur le caractère ennemi des cargaisons trouvées à bord des navires saisis (i). Il faut ainsi se pencher sur le lien qui existe entre ces deux qualifications (ii).

i. Des critères spécifiques conférant le caractère ennemi aux cargaisons transportées.

212. Le caractère ennemi est aussi attaché aux marchandises qui, à ce titre, peuvent être confisquées. Il faut souligner que la cargaison d'un navire ne suit pas automatiquement la qualification effectuée concernant les navires. Au sujet de la détermination du critère permettant la qualification des marchandises, réapparaît l'opposition entre les pratiques britanniques et les pratiques continentales. Comme en guerre sur terre, la doctrine continentale faisait dépendre le caractère ennemi des marchandises par référence à la nationalité de leur propriétaire. En France, cette doctrine a été mise en application dans une décision du Conseil des prises du 13 fructidor an IX, qui a beaucoup retenu l'attention de la doctrine. Il s'agissait de l'affaire *Le Hardy contre la Voltigeante*. En l'occurrence, il a été jugé que le citoyen neutre, résident en pays ennemi, ne perdait pas la qualité de neutre et, par conséquent, les marchandises lui appartenant étaient aussi qualifiées de neutres⁶¹⁰. Selon le système anglo-américain, qui faisait dépendre le caractère ennemi de la cargaison du domicile du propriétaire, les cargaisons appartenant à une personne domiciliée en pays ennemi étaient ennemis et, inversement, ceux appartenant à un individu domicilié en pays neutres étaient neutres, sans considération de la nationalité du propriétaire. Le caractère ennemi pouvait être attribué aux biens, selon le système britannique, sans aucune considération du caractère du propriétaire. Cette hypothèse concernait le cas où les marchandises étaient originaires du sol ennemi. Saisir les produits du sol ennemi, en mettant des obstacles à leur libre exportation, était, par conséquent, conçu comme un moyen de porter préjudice aux ressources de l'État ennemi. Conformément à ce raisonnement, ces produits n'étaient pas protégés contre la capture par le caractère neutre de leur propriétaire⁶¹¹. Les

⁶¹⁰ V. A. de Pistoyé, Ch. Duverdy, *Traité des prises maritimes, op.cit.*, p. 321-327. Il s'agit d'une affaire qui présente la théorie française qui rejette la résidence en tant que non critère d'attribution du caractère ennemi. « La résidence dans un pays étranger, si l'on admet les principes émis par le ministre des relations extérieures, n'empêche pas un individu d'appartenir au pays qui l'a vu naître. Pour ne plus tenir à sa patrie, il faut qu'il ait volontairement choisi, et qu'il ait été lui-même régulièrement adopté par une patrie nouvelle. Sans cette renonciation de sa part à son ancienne patrie, sans cette adoption de la part de celle qu'il lui préfère, il est toujours ce qu'il était dans l'origine, ami des amis et ennemi des ennemis de sa patrie native ; et lorsque cette patrie est neutre, il reste neutre lui-même, et doit jouir pour sa personne, comme pour ses biens, de tous les avantages de la neutralité. Pour ses biens comme pour sa personne, car ceux-là suivent le sort de celle-ci ; car lorsqu'on se sert des mots ennemis ou neutres en parlant des choses, il est clair que ces mots ne sont que des expressions figurées, par lesquelles on transporte à la chose possédée la qualification de celui qui la possède. Or, si cette qualification de la chose possédée dépend de la qualité de celui qui la possède, par une conséquence nécessaire, cette chose doit être traitée comme neutre, quand son propriétaire, quoique habitant d'un pays ennemi, doit être respecté comme vrai sujet ou citoyen d'une puissance ou d'une nation neutre », pp. 321-322.

⁶¹¹ V. à ce sujet l'argumentation de Lord Stowell, dans l'affaire *The Vrow Anna Catherina*, 5, Ch. Rob. P. 168, cité par T. Twiss, *Le droit des gens ou des nations considérés comme communautés politiques indépendantes*, vol. II, *op.cit.*,

marchandises incorporées dans un commerce profitable pour l'ennemi étaient aussi soumises à la capture. Il s'agissait d'une hypothèse, où le caractère ennemi pouvait « se greffer en quelque sorte *sub modo* sur le caractère neutre d'un commerçant »⁶¹². Le critère formel du domicile donnait ainsi sa place à des considérations concrètes sur le rôle du commerçant pour l'économie du pays ennemi⁶¹³. À la lumière de ce constat, un commerçant domicilié dans un pays neutre, qui n'a pas pris, à la suite de l'éclatement du conflit, des mesures pour se retirer du commerce contraire à la neutralité, ne pouvait pas, en se fondant sur le simple fait de sa résidence dans un pays neutre, être rassuré de l'inviolabilité de ses biens. La jurisprudence anglo-américaine s'est prononcée aussi sur l'hypothèse de transfert de propriété des biens *in transitu*. Selon la jurisprudence des cours de prises, la propriété ne pouvait pas perdre son caractère ennemi lors du voyage en mer. Pour ne pas laisser une marge de manœuvre à la fraude à l'adversaire, aucune validité n'était reconnue à des actes de ce type. Le caractère ennemi des biens chargés et transportés, déterminé soit par référence au caractère ennemi du destinataire, domicilié en pays ennemi, soit par référence au caractère ennemi expéditeur siégeant dans un pays ennemi, était retenu par la jurisprudence⁶¹⁴. Cette variété de critères permettant la saisie des marchandises met en lumière une approche expansive de la prérogative de saisie de navires et de cargaisons⁶¹⁵.

ii. La corrélation entre le caractère des marchandises et le caractère du navire.

213. Plusieurs positions avaient été défendues au sujet de l'influence exercé par le caractère ennemi ou neutre du navire sur les biens transportés. La Grande-Bretagne admettait que les

p. 313-314 : « Les produits de la plantation d'une personne dans une colonie ennemie, quoique embarqués en temps de paix, sont passibles de condamnation comme propriété ennemie, par la raison que le propriétaire s'est identifié aux intérêts permanents de la nation comme détenteur du sol, et doit être, dans cette opération particulière, considéré comme faisant partie de ce pays, indépendamment de ses relations et de ses occupations personnelles ».

⁶¹² *Idem*, p.305.

⁶¹³ Cette logique se trouve derrière l'affaire jugée par la haute Cour d'Amirauté d'Angleterre, High Court of admiralty, *Vrow Anna Catharina* (Mahts) (1803), 5 Rob. 15 4, En l'occurrence il a été jugé que « des marchandises exportées d'un pays ennemi pour le compte d'une maison de commerce dont tous les associés sont sujets domiciliés d'une puissance neutre peuvent être confisqués *jure belli*, si cette maison a dans le pays ennemi un agent commercial permanent chargé de pratique un commerce privilégié de l'ennemi ». T. Twiss, *Le droit des gens ou des nations considérés comme communautés politiques indépendantes*, vol. II, *op.cit.*, p. 306.

⁶¹⁴ V. en détail, Girard, *op.cit.*, p. 167-170 et Twiss T., *op. cit.*, pp. 318-321.

⁶¹⁵ Le caractère technique de la qualification de propriété ennemie dans le cadre des prises maritimes a été souligné par la Cour suprême à plusieurs reprises. Cette conception a été défendue par la Cour suprême des États-Unis dans sa fameuse décision *Prize Cases* de 1863. La Cour, confirmant la licéité du blocus imposé par Lincoln contre les États confédérés, a reconnu, en faveur des belligérants, la possibilité de paralyser les ressources de l'adversaire procédant à la saisie de ses biens. La Cour a considéré que « (l) es produits du sol du territoire hostile, ainsi que tout autre bien engagé dans le commerce de la puissance ennemie, censé être source de sa richesse et de sa force, sont toujours considérés comme des prises légitimes, sans égard au domicile du propriétaire ». US Supreme Court, *The Amy Warwick*, December 1, (1862), 2 Black 635, 17 L.Ed. 459, p. 674. La Cour suprême des États-Unis a considéré que la proclamation du blocus est, en soi, une preuve officielle et concluante pour la Cour de l'existence d'un état de guerre Une telle mesure ne pouvait être dictée qu'à l'occasion d'une guerre. Il s'agissait en quelque sorte d'une reconnaissance de belligérance pour les forces rebelles des États confédérés, engendrant l'émergence d'un conflit armé international à partir d'une guerre civile.

marchandises ennemies étaient sujettes à la confiscation, y compris lorsqu'elles se trouvaient sur un navire neutre et qu'en revanche, les marchandises neutres devaient rester intactes même sur un navire ennemi. Selon les pratiques continentales, le pavillon ennemi couvrirait même les marchandises neutres et le pavillon neutre garantissait l'inviolabilité de l'ensemble des marchandises. Une variante des pratiques continentales était le système de l'« infection hostile » selon lequel « robe d'ennemi confisque robe d'ami »⁶¹⁶. Le système de l'infection hostile, issu des ordonnances françaises du 16^{ème} siècle et du 17^{ème} siècle, visait à restreindre et non pas à interdire de manière absolue le commerce des neutres. Les droits de prise pouvaient être exercés contre des marchandises neutres à bord de navires ennemis ou des navires neutres chargés de marchandises ennemies. La « robe d'ennemi » était ainsi censée couvrir la « robe d'ami » et par conséquent justifier la confiscation de l'ensemble de la cargaison du navire « infecté » par le caractère hostile d'une partie de ses marchandises⁶¹⁷. C'est en cela que le système de l'infection hostile différait du système du Consulat de la mer, à savoir du recueil des lois et coutumes de la mer dont les origines remontent au IX^e siècle, reflétant les pratiques médiévales des peuples riverains de la Méditerranée⁶¹⁸. En vertu du système du Consulat, la déclaration de bonne prise de la cargaison ennemie à bord du navire neutre, n'engendrait pas la confiscation du navire et la déclaration de bonne prise du navire ennemi n'avait pas comme effet la confiscation des marchandises neutres qui s'y trouvaient. Dans le sillage des règles du Consulat de la mer s'inscrivait le système hollandais, reflétant les intérêts des Provinces-Unies, et jugé favorable

⁶¹⁶ V. à ce sujet l'ordonnance de 1543, art. 42 et l'ordonnance de 1584 art. 69. L'analyse de F. Gillet, *Le caractère hostile de la propriété privée dans la guerre maritime*, Thèse, Université de Paris, 1911, 161 p., p. 5 et s. v. aussi L'ordonnance de 1681, titre IX art. 7 : « Tous navires qui se trouveront chargés d'effets appartenant à nos ennemis et les marchandises de nos sujets ou alliés qui se trouveront dans un navire ennemi seront pareillement de bonne prise », Dans Isambert, Decrusy, Taillandier, *Recueil des anciennes lois françaises*, Belin-Leprieur, 1829, t. XIX, 554 p., p. 334. Pour un aperçu très instructif sur les différents systèmes adoptés par les différents États, v. H. W. Verzijl, *International law in historical perspective*, Part IX-C, *The law of maritime prize*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, 729 p., pp. 299-331. L'auteur met en avant la disparité de pratiques et de solutions normatives retenues par les puissances maritimes en matière d'octroi de caractère ennemi à des cargaisons. « It would be a happy circumstance if it were possible to find a red thread through the labyrinth of the historical development of this chapter of international prize law, but it is impossible to sketch a picture of a constant and consistent development because there is none. Small wonder that the opinions of writers differ or are inconclusive even on the question where and when exactly one or the other of these systems was in force. Legal history has in actual fact always exhibited a tangle of opposing principles and this has remained so throughout the centuries until the middle of the 19th century when the main belligerents were at long last, at the beginning of the Crimean War, forced by the looming conflict between themselves and with the neutral States to acquiesce in a compromise ».

⁶¹⁷ Infection hostile « Extension du caractère confiscable : a) du navire ennemi aux marchandises neutres qu'il transporte et des marchandises ennemies au navire neutre qui les transporte ainsi qu'aux marchandises neutres transportées par celui-ci, d'après d'anciennes ordonnances françaises (1538, 1543, 1548) ; b) d'articles de contrebande de guerre aux autres marchandises appartenant au même propriétaire et transportées sur le même navire, d'après une doctrine traditionnelle en matière de prises, consacrée par l'article 42 de la Déclaration de Londres du 26 février 1909 ». Basdevant J. (préf), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op. cit.*, p. 333.

⁶¹⁸ Consulat de la mer « Recueil privé des usages de la mer, d'anciennes règles de jurisprudence applicables aux questions commerciales et maritimes aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix, rédigé à Barcelone vers le milieu du XIV^{ème} siècle (& 1^{ère} édition imprimée en 1494) et qui, traduit en italien à partir de 1549, se répandit dans le bassin de la Méditerranée et se substitua aux droits locaux », *idem.*, p.158.

aux intérêts des neutres. Les Hollandais privilégiaient le système d'assimilation complète des marchandises avec le navire, selon la règle « navire libre, marchandises libres, navire ennemi, marchandises ennemies »⁶¹⁹. Ce système liait l'identité des marchandises à celle du navire. La préoccupation hollandaise du 17^e siècle était l'interdiction de la pratique de confiscation de la marchandise ennemie sous pavillon neutre, puisque ce type de trafic en temps de guerre contribuait considérablement aux richesses de ce pays. La perte de toute prétention hégémonique française sur les mers, à la suite des guerres contre l'Angleterre au cours du 18^{ème} siècle l'ont conduit à adopter le système hollandais dans le règlement de 1778. Ce choix était le prélude de la ligue de neutralité armée de 1780, qui, sous les auspices de Catherine II de Russie, prônait, l'application du système hollandais contre la Grande-Bretagne. La ligue a été instituée pendant la guerre d'indépendance des États-Unis et son but était de réclamer la protection des navires de la ligue contre les ingérences de la flotte britannique. À cette première ligue des neutres a succédé la seconde, instaurée en 1800 dont le but était aussi de mettre des obstacles aux arraisonnements de navires de neutres entrepris par la Grande-Bretagne dans le cadre du blocus maritime imposé contre l'Empire français. Dans le cadre de cette opposition à la Grande-Bretagne, l'institution de la neutralité armée a été formulée à la fin du 18^{ème} et au début du 19^{ème} siècle comme une mesure de *self-help* pour les États neutres contre la violation des droits neutres par les belligérants. Il s'agissait d'une réaction collective des neutres face à de puissants belligérants qui étaient résolus à ne pas respecter les droits neutres afin d'assurer le succès de leur effort de guerre. Les États neutres confrontés à ce comportement formaient des coalitions et revendiquaient le droit d'utiliser de la force armée pour défendre leur neutralité, en d'autres termes, pour contraindre un belligérant à se conformer à son devoir de respecter les droits neutres⁶²⁰. L'écart qui séparait la position défendue par des États ayant créé des ligues de neutralité et la pratique adoptée par les États belligérants pendant la première moitié du 19^{ème} siècle soulignait la nécessité de se mettre d'accord sur des règles précises portant sur la corrélation du caractère ennemi des navires avec le caractère ennemi des marchandises transportées.

iii. La tentative de création de règles internationales portant sur cette corrélation.

214. Cette controverse a été résolue par la Conférence de Paris de 1856 au lendemain de la guerre de Crimée. Malgré le rejet de la proposition américaine d'abolition complète des prises

⁶¹⁹ Pour la pratique suivant le principe en vertu duquel le pavillon couvre la marchandise et les ennemis inoffensifs v. le chapitre de De Boeck, « De la paix d'Utrecht à la première neutralité armée 1713-1780 », *De la propriété privée ennemie sous pavillon ennemi*, *op.cit.*, p.49.

⁶²⁰ C. Antonopoulos, *Non-participation in armed conflict, continuity and modern challenges to the law of neutrality*, Cambridge, Cambridge University Presse, 2022, xxx-263 p., p. 13.

maritimes, les solutions retenues par la Conférence de Paris de 1856 s'inscrivent dans le sillage de ligues de neutralité de 1780 et de 1800, jugées ainsi favorables aux causes des neutres. En vertu de la Déclaration de Paris, « le pavillon couvre la marchandise et ne la confisque pas »⁶²¹. La déclaration a posé aussi la double règle selon laquelle le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie, à l'exception de la contrebande de guerre, et que la marchandise ennemie, à l'exception de la contrebande de guerre, n'est pas saisissable sous pavillon neutre. Il s'agissait d'un moyen de mettre un terme à la discorde entre les différentes conceptions concernant les prérogatives des belligérants. D'après le point de vue anglais, chaque belligérant était en mesure de détourner tout navire neutre vers un port afin de procéder, par la suite, à la recherche des marchandises ennemies. Les nations qui défendaient les droits des neutres, soulignaient la souveraineté du pavillon neutre et revendiquaient le droit de protéger les marchandises ennemies transportées. Il s'agissait du principe « à navires libres, marchandises libres ». La controverse détectable entre la conception britannique et la conception continentale, a atteint son apogée lors des guerres napoléoniennes. La Conférence de Paris, tenue en 1856, a tenté d'apporter des réponses à cette controverse. La Déclaration de Paris a proclamé aussi l'abolition de la course, à savoir les opérations navales menées par les corsaires dotées de lettres de marque conférées par les États belligérants⁶²². La solution retenue par la Conférence de Paris a été favorable aux intérêts des neutres assurant protection à la marchandise neutre même sous pavillon ennemi, conformément à la pratique traditionnelle anglaise, et respectant aussi la marchandise ennemie sous pavillon neutre à l'image de la politique française.

215. La présence des marchandises sur un navire ennemi constituait une présomption simple, en faveur de leur caractère ennemi, permettant à leurs propriétaires de s'y opposer⁶²³. Au-delà de cette présomption, il y avait recours à une série des critères qui différaient parmi les États.

⁶²¹ « [L]a déclaration de Paris, adoptée le 18 avril 1856 à l'issue de la guerre de Crimée, consacra des atténuations très sérieuses aux rigueurs en usage dans certaines marines. R. Cassin, "L'évolution des conditions juridiques de la guerre économique", *Politique étrangère*, num. 5, 1939, pp. 488-512, p. 490. Points 2,3 : "2. Le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie à l'exception de la contrebande de guerre ; 3. La marchandise neutre, à l'exception de la contrebande de guerre, n'est pas saisissable sous pavillon ennemi".

⁶²² Ce point-là n'a pas été approuvé par les États-Unis qui étaient disposés à renoncer à la course, que si les puissances s'entendaient en même temps pour exempter de la saisie la propriété ennemie sur mer. Les États-Unis comptaient sur l'utilisation de la course privée pour sa défense navale. À la suite de l'éclatement de la guerre de Sécession et le recours massif à la guerre de course par la Confédération, et l'octroi des lettres de marque contre la flotte du nord, l'Union a songé à l'hypothèse de se rallier à la Déclaration.

⁶²³ V. p. ex. l'affaire du navire *Rostock*, du 15 mai 1940 : « Considérant que le chargement d'un navire ennemi est tenu pour ennemi, sauf preuve du contraire ; et que, d'après l'article 53 de l'arrêté du 2 Prairial AN XI, sont de bonne prise les chargements dont la neutralité n'est pas justifiée », et l'affaire du Navire *Nordmeer*, du 6 décembre 1946, : « Considérant que la cargaison sous pavillon ennemi est présumée ennemie ; qu'il n'est apporté aucune preuve, ni allégation contraire ; qu'ainsi ces 190 tonnes étaient saisissables ; Considérant enfin qu'aucune réclamation n'a été présentée en ce qui concerne le navire ou la marchandise et qu'au surplus aucune demande de relaxe n'a été formulée », citées par Gervais A., « La jurisprudence française des prises maritimes dans la Seconde Guerre mondiale », *RGDIP*, 1948, pp. 88-160, p. 119.

L'article 58 de la Déclaration de Londres de 1909 précisait que le caractère du propriétaire détermine aussi le caractère de la marchandise renvoyant ainsi à l'opposition traditionnelle entre domicile commercial pour la conception anglo-saxonne et nationalité pour la conception continentale. L'incertitude quant au critère qui déterminait le propriétaire, à savoir le choix entre le critère du domicile ou de la nationalité, n'a pas été résolue⁶²⁴. En effet, dans le cadre des négociations ayant eu lieu lors de la Conférence de Londres, les États admettaient que le caractère neutre ou ennemi des marchandises chargées sur des navires ennemis, devait être déterminé en fonction de la nationalité ou du domicile de leur propriétaire⁶²⁵. L'échange a été riche concernant le choix du critère apte à engendrer la qualification du propriétaire, en fonction soit de sa nationalité soit de son domicile. Les incohérences d'un système fondé sur le critère du domicile ont été soulignées par le délégué allemand Kriege, qui s'est opposé aux voies mettant en exergue sa capacité à atteindre plus efficacement le commerce de l'ennemi⁶²⁶. En

⁶²⁴ Pour une appréciation de cette absence d'accord sur les critères déterminant le caractère ennemi v. Girard, *op.cit.*, pp. 237-238 : « L'insuccès, en ce qui concerne la détermination du caractère ennemi, est bien regrettable. Cette question, il est vrai, met en jeu des intérêts contradictoires et soulève des difficultés particulières d'ordre juridique. L'abandon de l'une des deux théories en présence entraînerait de graves répercussions dans les législations qui la consacrent actuellement, en matière de droit international public, comme en matière de droit international privé. Cependant, en raison de l'importance de la question, on pouvait espérer que les efforts des diverses délégations, qui ont rivalisé de zèle dans la recherche des bases d'entente, aboutiraient à l'adoption d'une formule générale et définitive qui eût mis les États dans l'impossibilité d'imposer, à leur gré, le caractère ennemi aux ressortissants des États neutres, et soumettre ainsi à la capture leurs navires et les cargaisons qu'ils transportent. Ce problème semblait de réalisation assez facile, et comme les règles de la Conférence devaient constituer une œuvre de transaction, de concessions mutuelles, il nous semble que les puissances représentées n'ont pas fait preuve, en la matière, d'un assez large esprit de conciliation ».

⁶²⁵ Une position différente a été défendue par l'Allemagne qui considérait que le caractère de marchandises devait être déterminé par le porteur des risques et non pas par le propriétaire. V. mémorandum allemand art. 4 : « Le caractère neutre ou ennemi de la marchandise qui se trouve à bord d'un navire ennemi est déterminé par la nationalité de celui qui porte les risques d'une perte fortuite en cours de route. Toute convention entre les intéressés qui modifie les règles générales de la loi relativement au transport des risques est considérée comme nulle et non avenue lorsqu'elle a été conclue soit en prévision d'une guerre, soit après l'ouverture des hostilités. Si la personne de celui qui porte les risques ne peut être établie par les papiers du bord, il y a présomption que les risques sont portés par le destinataire de la marchandise, et, dans le cas où celui-ci ne peut pas être établi non plus, par un national de la Puissance ennemie. Si la nationalité de celui qui porte les risques n'est pas connue et ne peut être établie par les papiers du bord, elle est présumée ennemie. Les présomptions prévues aux alinéas 2 et 3 peuvent être détruites par la preuve contraire ». *Correspondence and documents respecting the International Naval Conference*, Miscellaneous n. 5, op. cit., p.115. Cette proposition n'a pas été retenue en raison de la diversité des manières dont appréciaient les législations nationales la qualité de porteur de risques. V. Rapport à la Commission de la Conférence au nom du Comité chargé d'examiner la question de la substitution du « porteur de risques » au propriétaire pour la détermination du caractère ennemi des marchandises transportées par mer. *Idem*, pp. 279-282, p. 281 : « Au point de vue des difficultés auxquelles, dans le système actuel, le conflit des lois peut donner lieu, ces difficultés seront-elles supprimées par l'adoption du système de porteur de risques ? Il est permis d'en douter. En ce qui concerne les lois elles-mêmes, s'il y a des divergences entre certaines législations sur le transport de la propriété, il n'y en a pas moins, semble-t-il, sur la question de savoir qui supporte les risques en cas de vente. Certains codes ont consacré le principe *res perit domino* ; d'autres ont suivi la règle des Instituts *de Justinie res perit creditori*. Entre les législateurs des différents pays il semble que la vieille controverse des jurisconsultes romains ait survécu et notre Comité avoue modestement ne pas oser prendre parti. A défaut d'uniformité législative, nous avons recherché si les conditions dans lesquelles voyagent les marchandises constituaient en pratique une coutume commerciale uniforme. Nous avons dû reconnaître que cela n'apparaissait pas. Si, dans certains cas, la marchandise voyage en exécution d'un contrat de vente contenant une stipulation spéciale relative aux risques, dans beaucoup d'autres cas il en est différemment ».

⁶²⁶ Le délégué allemand soulignait l'incohérence éventuelle entre le critère de nationalité, retenu comme élément déterminant le caractère ennemi dans la guerre sur terre avec un système fondé sur le critère du domicile pour la détermination du caractère ennemi dans la guerre maritime. « Avec ce principe, le belligérant serait forcé à traiter en ennemis ceux de ses propres nationaux qui sont établis dans le pays de son adversaire. Ce serait en contradiction

absence d'accord sur cette question, chaque belligérant devait déterminer la qualité du propriétaire des marchandises, par référence soit au domicile soit à la nationalité, selon son propre système. Pour cette raison, l'article 58 précise simplement que « le caractère neutre ou ennemi des marchandises trouvées à bord d'un navire ennemi est déterminé par le caractère neutre ou ennemi de leur propriétaire »⁶²⁷.

216. L'attention des membres du Comité chargé de cette question a été aussi attirée par la nécessité de substituer à la référence au propriétaire, la référence au destinataire ou à l'expéditeur des marchandises pour déterminer le caractère ennemi ou neutre des cargaisons en question. Finalement, il a été jugé préférable de maintenir la référence générale à la figure du propriétaire. Néanmoins, l'opération de détermination du propriétaire des marchandises s'avère difficile en raison du fait que cette qualification doit s'opérer au moment de la saisie lors de l'expédition des marchandises par un vendeur à un acquéreur. À ce sujet, les différents pays ont retenu des critères divers. Cette divergence se fait surtout remarquer lorsque le transport s'effectue en vertu d'un contrat de vente consenti entre des personnes établies en plusieurs pays et n'ayant pas la même nationalité. D'après la législation de certains pays, le contrat de vente ne produit pas seulement des obligations mais opère un changement de propriété. La marchandise vendue appartient, par conséquent, à l'acheteur au moment de conclusion du contrat de vente. En revanche, d'autres systèmes prévoient que la marchandise vendue et chargée à bord d'un navire, continue, pendant la traversée, à appartenir au vendeur jusqu'à sa remise à l'acheteur. Selon cette dernière conception, le transfert de la propriété ne se produit qu'à la remise, après l'arrivée du navire au port de destination. Pour déterminer si la marchandise appartient à l'expéditeur ou au destinataire, il fallait en amont déterminer la loi applicable. Une pluralité des critères pouvait ainsi être utilisé par les règles de conflit de différents ordres juridiques. Le cas pouvait ainsi être régi soit par la loi personnelle du vendeur, soit par la loi du lieu où l'obligation du contrat de vente devait être accomplie, soit par la loi du pavillon du navire transportant la marchandise.

217. Cette diversité a continué à exister malgré les tentatives d'uniformisation des règles dans le cadre de la Conférence de Londres. Toutefois, pour assurer une efficacité aux mesures de

irréductible avec notre manière d'envisager la situation des nationaux vis-à-vis de l'État, et ce serait aussi absolument incompatible avec notre système de défense nationale. Qu'on se figure par exemple un officier de réserve ou de territoriale, établi en pays ennemi, où il est le chef d'une maison de commerce. Au commencement de la guerre, il rentre dans son pays pour remplir ses obligations militaires, mais, par ce fait, il ne cesse pas d'avoir son domicile commercial dans le pays ennemi. Ses biens, expédiés sous pavillon ennemi, seraient donc passibles de confiscation ». *Miscellaneous n. 5, op. cit.*, p. 258-259, annexe 71.

⁶²⁷ La règle, d'après laquelle, la marchandise, trouvée à bord d'un navire ennemi, est présumée ennemie, sauf preuve contraire, a été consacrée par l'art. 59.

saisie et ne pas compromettre les opérations de confiscation de biens, les législateurs nationaux ont effectué le choix de déterminer le caractère ennemi soit en fonction du caractère ennemi du destinataire, soit en fonction du caractère ennemi du vendeur. L'implication d'un destinataire ennemi, ou d'un vendeur ennemi, était ainsi suffisante, pour que l'opération de confiscation soit licite⁶²⁸.

218. Face à un système subtil, voire confus, de présomptions, il fallait se demander comment le commerce neutre pouvait se défendre contre une telle prérogative expansive d'attribution du caractère hostile. Les droits des neutres paraissent être compromis par des règles laissant une marge d'appréciation considérable aux belligérants quant au choix du critère d'attribution du caractère ennemi. La multiplicité des critères utilisés risque de rendre illusoire la protection accordée aux navires et aux marchandises neutres. Prenant en considération les plusieurs hypothèses de fléchissement de la protection accordée aux biens neutres en mer, il faut approuver la thèse selon laquelle, si le pavillon ennemi décide de la confiscation, le pavillon neutre ne décide nullement de l'exemption⁶²⁹. En effet, le pavillon neutre semble être une présomption simple en faveur de la liberté de circulation qui, par ailleurs, risque d'être renversée par plusieurs facteurs⁶³⁰. Plusieurs hypothèses de changement de statut d'un navire neutre ou des cargaisons neutres sont ainsi envisageables.

⁶²⁸ Pour une analyse des législations nationales v. A. Gervais, *Droit de la guerre maritime*, op.cit., p. 76-78.

⁶²⁹ W. Heintschel von Heinegg, « The protection of navigation in case of armed conflict », *The international journal of marine and coastal law*, 2003, vol. 18, pp. 401-422, pp. 409-410 : « While the fact that a merchant vessel is flying the flag of an enemy state is conclusive evidence of its enemy character, a similar rule on the determination of the neutral character of a vessel does not exist. Rather, the fact that a merchant vessel is flying the flag of a neutral state is merely prima facie evidence of its neutral character. There are two reasons for this rule. First, other than in land warfare, the use of false flags is not prohibited under the law of naval warfare. Secondly, a vessel may fly the flag of a neutral state but may in truth be owned by the enemy state or by enemy persons or may be chartered by the enemy. Hence, if there are reasonable grounds to suspect that the neutral flag is inconclusive of the neutral character a vessel may be diverted or captured in order to verify its true character. If there is sufficient proof for its enemy character, which may be established by almost any means and criteria that a belligerent considers appropriate, the vessel concerned may be treated as such ». L'identification d'un navire en tant que neutre ne constitue qu'un élément de son identification. P.410 : « There were in the past some proposals as to the improvement of the identification of neutral vessels, like the sending of the signal NNN for neutral. However, that would not imply a better protection for neutral navigation, because just as a neutral flag may be abused, such a signal may be used by an enemy warship in order to disguise its true character. For the same reason any other means of electronic identification for neutral vessels will be prima facie evidence of its neutral character only ».

⁶³⁰ La problématique des pavillons de complaisance semble aussi cruciale pour la qualification d'ennemi attachée à des navires. N. Klein, *Maritime security and the law of the sea*, Oxford, Oxford University Press, 2011, xxvi-350 p., p. 29 : « A complicating factor with modern shipping practice is that the use of flags of convenience might result in vessels taking cover as neutral vessels even though the owners or operators of the vessel are nationals of the enemy state. Flying the flag of a neutral state is only prima facie evidence of neutral nationality. An enemy merchant vessel may feign civilian or neutral status, and as such, belligerents may be more inclined to interfere with neutral shipping in order to verify the nationality of merchant vessels. Even if a vessel is lawfully flagged to a neutral state, a flag of convenience will not provide complete protection during times of armed conflict. Under the laws of prize, a court will look to the real ownership of a vessel rather than any ostensible nationality intended to grant neutral status. Registrations, ownership, charter, or other criteria may be used to determine enemy character ».

Section 2 Le fléchissement du régime protecteur attaché aux biens des neutres

219. La reconnaissance des prérogatives de saisie au profit des belligérants met en avant l'opposition radicale entre leurs intérêts et ceux des neutres. Les neutres réclament l'inviolabilité du commerce exercé par leurs navires. Cette opposition d'intérêts renvoie à des conceptions contradictoires concernant la liberté des mers. Les intérêts pratiques des neutres, prônant la liberté du commerce même en temps de guerre, leur dictent une conception large de la liberté des mers. Les belligérants, d'autre part, et surtout les grandes puissances maritimes prenant part à des hostilités, revendiquent la prolifération de leurs prérogatives à l'égard de la propriété privée, même à l'égard de celle des neutres (§1). Cette revendication est le corollaire à leurs prétentions de domination sur la haute mer. Les belligérants s'appuyaient sur une série de présomptions pour restreindre davantage le commerce opéré par les neutres. Ces présomptions leur permettaient de traiter les neutres en ennemis (§2). Toute l'histoire de réglementation et d'encadrement juridique des guerres maritimes peut être interprétée à la lumière de cette opposition d'intérêts.

§1 Restreindre le commerce opéré par les neutres pour porter préjudice à l'ennemi.

220. L'évolution du droit de la neutralité est marquée par l'effort de la part des neutres de sauvegarder les droits dont ils jouissent en temps de paix. Cet objectif serait poursuivi face à une tendance persistante des belligérants à étendre leurs droits au détriment de ceux des neutres⁶³¹. Cette opposition d'intérêts se trouve⁶³² à l'origine de la difficulté de codification des règles communes et approuvées par tous les États régissant cette matière. Chaque État déterminait sa position à l'égard de ces prérogatives, en fonction de ses intérêts qui étaient toutefois susceptibles de différer d'une époque historique à l'autre. Un État qui s'alignait traditionnellement sur les droits des neutres pouvait changer subitement de camp et soutenir, en tant que belligérant, une lecture du droit des prises maritimes favorable aux intérêts des belligérants⁶³².

221. L'enchevêtrement sur mer des intérêts des belligérants et des intérêts des puissances et des commerçants neutres rend souvent difficile la distinction des propriétés ennemies par rapport aux propriétés neutres. Les belligérants, pour contraindre l'ennemi à céder, prétendent lui interdire l'usage de la mer faisant. Pour contourner cette interdiction, les belligérants

⁶³¹ Neff a qualifié cette confrontation de « juridical guerrilla war », S. Neff, *The rights and duties of neutrals: a general history*, New York, Juris Pub., 2000, xxi-246 p.,p. 1.

⁶³² L'exemple emblématique de ce changement de politique était la politique des États-Unis lors de la guerre de Sécession. Même si les États-Unis s'opposaient traditionnellement à une interprétation large des prérogatives de prises maritimes, associées à la puissance maritime britannique, ils se sont prévalus, en tant que belligérant, de ces mêmes droits. V. aussi la pratique américaine lors de la guerre pour la libération de Cuba relative à l'interprétation extensive de la capture des navires pour tentative de forçement de blocus. US Supreme Court, *The Adula* (1900) 176, US. Rep. 361, (1990), 26 février 1990.

s'adressent aux neutres. Les neutres viennent ainsi à l'appui des belligérants, prenant la responsabilité d'entreprendre le commerce pour leur compte. Toutefois, leur implication active dans cet affrontement, mine l'effectivité des mesures de restriction du commerce maritime imposées à l'adversaire. Le belligérant, lésé par cette implication, et pour être en mesure de porter préjudice aux intérêts de l'ennemi, doit ainsi viser les neutres⁶³³. Les intérêts de ces derniers sont servis par l'extension du cercle de leurs activités commerciales, qui deviennent très profitables en cas de guerre engendrant la paralysie totale des flottes commerciales des belligérants⁶³⁴. Les neutres sont ainsi associés à l'ennemi. Certains mécanismes (d) permettent aux belligérants d'exercer leurs droits à l'égard des navires neutres (a). Il s'agit d'un cas d'exercice de droits des belligérants à l'encontre des navires neutres. En cas d'affrontement total (b), toute tentative d'identification d'un point d'équilibre entre des intérêts contradictoires, comme ceux entre neutres et belligérants, s'avère vaine (c).

a. Un regard analytique sur la structure des droits des belligérants exercés contre les neutres et leurs ressortissants.

222. Le terme « droits des belligérants » est aussi utilisé pour décrire aussi une autre catégorie de rapports, à savoir ceux entretenus entre les belligérants et les neutres. Comme au sujet de l'analyse des rapports entre les belligérants, l'analyse structurelle des « droits des belligérants » exercés contre les neutres présuppose la distinction entre le rapport institué entre l'État belligérant et l'État neutre d'une part, et le rapport institué entre l'État belligérant et les ressortissants de l'État neutre d'autre part.

223. Il faut ainsi se pencher sur l'identification des sources des « droits des belligérants », exercés contre les États neutres ou contre les ressortissants des États neutres et leurs biens. Il est possible d'affirmer que ces droits, reconnus au profit des belligérants, sont conférés par le droit international. En vertu du droit international, des limites seraient ainsi esquissées entre le champ d'action des belligérants et celui des neutres. Dans ce cas, les prérogatives des belligérants resteraient bien limitées par les droits des neutres⁶³⁵. Selon cette conception, ces

⁶³³ A. G. Heffter, *Le droit international de l'Europe*, Berlin, Paris, Schroeder, Cotillon, 1857, xii-499 p., p. 322 : « Qu'il suffise de faire observer seulement que si les belligérants ont chacun le droit incontestable d'enlever les propriétés ennemies partout où ils les trouvent, il ne s'en suit aucunement qu'ils puissent violer arbitrairement les droits de peuples pacifiques. Le véritable nœud de la question se trouve dans la conciliation de ces deux intérêts opposés ».

⁶³⁴ Ch. Dupuis, *Le droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises contemporaines*, Paris, Pédone, 1899, xx-476 p., p. 49 : « Les services que les neutres peuvent rendre à leurs adversaires devaient rendre les belligérants très hostiles à toutes relations maritimes de neutres avec leurs ennemis. La tendance des belligérants a toujours été, en effet, de rompre ces relations afin d'éviter d'abord que la défense faite à l'adversaire d'user de la mer devint illusoire, afin d'éviter ensuite que, le commerce des neutres grandissant dans l'avenir au détriment du leur, le bénéfice commercial de la lutte fût recueilli par des concurrents restés en dehors des hostilités ».

⁶³⁵ V. L. B. Hautefeuille, *Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime*, IIème tome, Paris, Guillaumin et c., 1868, 442 p., p.415 : « The rights of peoples in war, the duties of neutrals, the rights of these latter and the duties of the former, limit one another mutually, without ever mingling with one another, without denying one

« droits » reconnus aux États belligérants ne découlent, par conséquent, pas de la sphère étatique et ne sont pas inhérents à cette sphère. Ils trouvent leur fondement en droit international. Par conséquent, sauf à des cas bien déterminés prévus par le droit international, aucun empiètement sur les droits des neutres ne pourrait être reconnu comme licite. Le droit international conférerait ainsi aux États belligérants, de manière exceptionnelle, le droit d'entreprendre des actions visant les ressortissants neutres ou de prendre des mesures visant leurs biens. Seulement en cas de soutien de l'adversaire, incompatible avec le statut de neutre et par conséquent interdit par le droit international, les ressortissants neutres risqueraient de faire l'objet de mesures préjudiciables prises par le belligérant. Cette approche a été défendue par des auteurs favorables à la cause des neutres et à leur « droit » à ne pas être lésés par les belligérants. Les auteurs défendant la cause des neutres se sont principalement focalisés sur le droit des neutres à continuer à exercer leur commerce maritime avec les belligérants, sous condition que certaines règles soient respectées⁶³⁶. En effet, le commerce maritime constitue le champ par excellence d'interaction entre les belligérants et les neutres⁶³⁷. Un comportement favorable à la cause de l'adversaire pourrait ainsi être conçu comme motif de saisie, voire de confiscation des biens appartenant aux ressortissants neutres. L'interaction entre belligérants revendiquant la mise en œuvre des droits des belligérants et des neutres insistant, quant à eux, sur l'inviolabilité des leurs biens privés (navires et cargaisons) s'illustre de manière claire dans le cadre de la guerre

another, without interfering with one another; they are ...correlative with each other; they always touch one another, but they never conflict ; they harmonise with one another as perfectly as the diverse parties of the material world ». Cité par Neff, *The Prerogatives, op.cit.*, p. 53.

⁶³⁶ « Le belligérant a le droit de nuire à son ennemi par tous les moyens directs en son pouvoir ; ce droit est essentiel pour la guerre ; s'il n'existait pas, il serait impossible d'obtenir justice par les armes ; la même impossibilité pourrait se rencontrer, s'il était permis aux peuples neutres d'aider l'une des parties dans la lutte, de lui fournir des hommes, des subsides, des armes, etc. ; en un mot, de la soutenir dans les faits qui sont directement relatifs à la guerre. Le devoir du neutre est de s'abstenir de tous les actes qui ont trait à la guerre, qui s'y rapportent directement ; il est donc en harmonie parfaite avec le droit du belligérant, dont il facilite et assure l'entier exercice ». L. B. Hautefeuille, *Histoire des origines, des progrès et des variations du droit maritime international*, Paris, Guillaumin et cie, 1869, 536 p., p. 41. Ce point de vue est défendu par Hautefeuille dans son ouvrage de référence pour la cause des « petites » nations revendiquant leur droit de rester neutres lors des hostilités engagées entre des grandes puissances maritimes, L. B. Hautefeuille, *Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime*, IIème tome, Paris, Guillaumin et c., 1868, 442 p., p. 28.

⁶³⁷ Les particularités du commerce maritime en temps de guerre justifient l'interaction entre les navires ennemis et les navires commerciaux neutres. Napoléon, dans ses écrits de Sainte-Hélène, se penche sur le rôle des navires neutres. Il fait de longs commentaires sur l'hégémonie maritime britannique confortée grâce à des pratiques compromettant le statut des commerçants neutres. « La mer est le domaine de toutes les nations ; elle s'étend sur les trois quarts du globe, et établit un lien entre les divers peuples. Un bâtiment chargé de marchandises, naviguant sur les mers, est soumis aux lois civiles et criminelles de son souverain, comme s'il était dans l'intérieur de ses États. Un bâtiment qui navigue peut être considéré comme une colonie flottante, dans ce sens que toutes les nations sont également souveraines sur les mers. Si les navires de commerce des puissances en guerre pouvaient naviguer librement, il n'y aurait, à plus forte raison, aucune enquête à exercer sur les neutres. Mais comme il est passé en principe que les bâtiments de commerce des puissances belligérantes sont susceptibles d'être confisqués, il a dû en résulter le droit, pour tous les bâtiments de guerre belligérants, de s'assurer du pavillon du bâtiment neutre qu'ils rencontrent ; car, s'il était ennemi, ils auraient le droit de le confisquer. De là, le droit de visite, que toutes les puissances ont reconnu par les divers traités ; de là, pour les bâtiments belligérants, celui d'envoyer leurs chaloupes à bord des bâtiments neutres de commerce, pour demander à voir leurs papiers et s'assurer ainsi de leur pavillon ». Mémoires pour servir à l'histoire de France sous Napoléon, rédigées par le Général Gourgaud, passage cité par Br. Colson (prés.), *Napoléon, De la guerre*, Paris, Perrin, 2018, 717 p., pp. 62-64.

maritime. L'exercice d'un pouvoir belligérant contre un navire neutre vise à interrompre le commerce de ce dernier. Continuer d'exercer un commerce avec le pays belligérant implique le risque pour le neutre de subir une mesure de saisie par son adversaire. C'est en raison d'une violation de l'obligation de neutralité que le navire neutre s'expose au risque de saisie entreprise par l'État belligérant. La tension entre les pouvoirs des belligérants et les « droits » des neutres est ainsi évidente. À la lumière du rapport entre les belligérants et les neutres, la pertinence de l'emploi du terme « droit » au sens de Hohfeld doit être examinée de nouveau. Si le corrélat d'un droit est une obligation de la part d'un tiers, alors les belligérants sont titulaires de « droits » à l'égard de neutres⁶³⁸. En effet, selon le droit de la neutralité, aux neutres incombe le devoir de ne pas s'immiscer dans les hostilités et de respecter les mesures imposées par les belligérants⁶³⁹. Cette obligation pourrait être appréhendée comme le corollaire d'un droit belligérant⁶⁴⁰. La corrélation entre droits et devoirs serait ainsi parfaite et toute violation de ce « code de conduite »⁶⁴¹ pourrait être sanctionnée. L'objectif de ce « code de conduite » serait ainsi la réalisation d'un équilibre entre les intérêts des belligérants, à savoir l'interruption totale des échanges économiques avec l'adversaire, et ceux du commerce neutre, à savoir le maintien de tout rapport économique. Selon cette interprétation, le droit international conférerait des droits et des devoirs aux belligérants et aux neutres. L'intégration du neutre dans la sphère économique de l'ennemi, par le biais de l'assistance hostile, du non-respect d'un blocus maritime, du transfert de contrebande de guerre, aurait comme effet la perte de l'immunité qui lui est octroyée. Le terme d'immunité, relevant aussi de la typologie de Hohfeld, est censé décrire le fait de ne pas être assujéti à un pouvoir. Les navires et les cargaisons appartenant à l'État neutre sont normalement inviolables et ainsi non-soumis aux « pouvoirs » des

⁶³⁸ Les réflexions relatives à la désuétude ou non de l'institution de neutralité en droit international contemporain sont abondantes. Il pourrait être affirmé que la neutralité continue à décrire un régime et des rapports juridiques en cas d'inaction de la part du CS quant à la détermination de la partie « coupable » dans un conflit armé.

⁶³⁹ Cumin, *Le droit de la guerre*, op.cit., pp. 901-902 : « Les belligérants ne peuvent porter atteinte aux droits patrimoniaux des personnes neutres, sauf dans les cas suivants ; lorsqu'un ressortissant neutre commet un acte hostile à l'encontre du belligérant ; lorsqu'un ressortissant neutre réside en pays ennemi ou en territoire occupé par l'ennemi ; lorsqu'un ressortissant neutre réside en pays ennemi ou en territoire occupé par l'ennemi ; lorsqu'un ressortissant neutre exerce une activité économique en pays ennemi ou pour le compte de l'ennemi ou sous le contrôle de l'ennemi ».

⁶⁴⁰ C. Greenwood, « The relationship between *ius ad bellum* and *ius in bello* », *Review of international studies*, 1983, pp.221-234, p.230 « Here, talk of rights and duties has more meaning, since the law of neutrality conferred rights and imposed duties upon both belligerents and neutrals. A neutral state was, for example, under a duty not to supply war materials to either side in a conflict, while a belligerent had a right to seize, and condemn in prize, neutral shipping engaged in carrying such contraband to the enemy. The law of neutrality thus required a strict impartiality of neutral states ».

⁶⁴¹ Neff oppose à la théorie de la nécessité la théorie du code de conduite qui repose sur une détermination des droits et intérêts des belligérants et des neutres. *The prerogatives... op.cit.*, p. 56 : « No question of any inherent right on the part of belligerents to determine what is contraband and what is not. Furthermore[...] the code-of-conduct school contended that the law of nations does forbid neutral nationals from carrying war-related materials to either side in a conflict. Neutrals who do this are violating the law, and belligerents are entitled to capture and then condemn their cargoes as a sanction for their law-breaking-though not, significantly, as an inherent right on the belligerents' part to promote their own victory in the contest ».

belligérants. Le corollaire de cette immunité est l'incapacité de l'État belligérant à intervenir dans la sphère des neutres⁶⁴². Dès lors, plusieurs rapports se nouent entre les belligérants et les neutres, rapports fondés sur une corrélation entre droits et devoirs voire pouvoirs et immunités.

224. Cette corrélation serait perturbée si les belligérants invoquaient la nécessité militaire comme motif d'exercice de leurs droits des belligérants ou de leurs pouvoirs à l'égard des neutres. Si les droits ou pouvoirs des belligérants sont exercés au nom de la nécessité militaire et non pas au nom des règles relevant du droit international, il paraît difficile de fixer *a priori* le contenu de ces prérogatives reconnues au profit des belligérants. En effet, les prérogatives interprétées selon les prémisses de la nécessité militaire ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une codification, étant donné que chaque contexte spécifique pris individuellement détermine les limites précises de chaque action menée par les belligérants. À la lumière des circonstances et du contenu attribué par le belligérant à la notion de nécessité de guerre, les droits ou pouvoirs des belligérants sont mis en œuvre dans un nouveau périmètre qui doit de nouveau être esquissé. L'indétermination inhérente à la notion de nécessité, dont le contenu diffère en fonction des circonstances concrètes, aurait des répercussions sur la délimitation entre des droits belligérants et des devoirs des neutres, autrement dit, sur les pouvoirs des belligérants et les immunités dont bénéficient les neutres. Toute tentative de fixer *a priori* et *in abstracto* les limites entre les sphères respectives des droits, en vertu des règles émanant de sources de droit international, est vouée à l'échec⁶⁴³. Cette interprétation des prérogatives de la partie belligérante rend difficile toute affirmation de la thèse selon laquelle chaque droit aurait comme corollaire la reconnaissance d'une obligation. Il serait alors difficile de reconnaître des obligations incombant aux neutres en cas d'invocation des « droits des belligérants » par les belligérants invoquant la nécessité de guerre. En effet, la nécessité, souverainement constatée et affirmée par le belligérant, pourrait être invoquée de manière abusive comme justificatif pour la prise de mesures à l'encontre des neutres. L'exercice des droits des belligérants au nom de la nécessité militaire pourrait ainsi conduire à l'effacement des droits et à l'extinction des immunités, liés au statut de neutre. Dans le cadre du commerce maritime, le belligérant exerçant ses droits au

⁶⁴² La position du commerçant neutre pourrait être comparée à celle du citoyen qui n'est pas assujéti à une obligation. « Si le citoyen se trouve dans une position de non-assujétissement par rapport à l'État, il a toujours le droit d'exiger de l'État qu'il n'agisse pas dans ce domaine. A ce droit correspond une interdiction faite à l'Etat d'agir dans le domaine de sa non-compétence définie par les normes des droits fondamentaux ». Alexy, *Theorie der Grundrechte, op.cit.*, p.223.

⁶⁴³ « The manipulation of international law has been an important aspect of the belligerent's propaganda campaign to reconcile its needs with those of neutrals. War against trade has been difficult to reconcile with the established concept of the "just war" which stipulates that methods must be discriminating and proportional. Attempts to define by treaty the rights of belligerents has been an important means of limiting the injury suffered by neutrals The most nagging question has been whether neutr l shipping may legally be stopped, searched, and possibly condemned as a prize ». N. Tracy, *Attack on maritime trade*, London, MacMillan, 1991, ix-277 p., p.240.

nom de la nécessité militaire serait ainsi en mesure de porter préjudice au droit des neutres à continuer leur commerce avec les autres belligérants⁶⁴⁴. Il apparaît ainsi que l'argument de nécessité de guerre rend problématique la possibilité d'invoquer des « droits des belligérants » exercés à l'égard de neutres, puisque chaque belligérant seul serait apte à se prononcer sur le contenu précis et les limites de mise en œuvre de ses propres droits.

225. Le commerce et l'économie semblent être le point où les intérêts des belligérants et des neutres se croisent. D'une part, les belligérants visent à neutraliser l'économie de leurs adversaires en perturbant ou en leur refusant le commerce avec des États tiers ; de plus, il est dans leur intérêt que l'objectif ultime de vaincre leur adversaire ne soit pas compromis par la fourniture de matériel qui renforcerait la capacité de leur adversaire à mener son effort de guerre. D'autre part, les neutres revendiquent le droit de poursuivre un commerce normal en temps de paix entre eux et avec les belligérants — ce dernier cas étant un type de commerce très rentable⁶⁴⁵. Le processus d'élaboration des règles de neutralité a été marqué par le concept économique dominant du laissez-faire, à savoir le droit de l'individu de poursuivre des activités économiques et commerciales sans aucune interférence de l'État. Cela impliquerait qu'une guerre entre deux États perturbe le moins possible les relations commerciales et économiques normales entre les neutres et les belligérants et, en particulier, qu'elle n'interdise pas, par principe, aux citoyens des États neutres de faire le commerce avec les deux belligérants. Conformément aux principes du libre marché ou du laissez-faire, il n'était dans l'intérêt ni des belligérants, ni des neutres de voir le commerce suspendu *in toto*. De plus, seule une partie de l'économie était censée être liée à l'effort de la guerre. Cette appréciation a changé avec la Première Guerre mondiale, lorsque l'ensemble de l'économie des belligérants a été soumis à un contrôle et à une réglementation stricte de la part des gouvernements des États belligérants.

⁶⁴⁴Pour Vattel il ne s'agit pas d'une opposition entre droits et obligations mais plutôt d'une coexistence de droits. « Quand je leur (aux neutres) ai notifié ma Déclaration de Guerre à tel ou tel Peuple ; si elles veulent s'exposer à lui porter des choses qui servent à la Guerre, elles n'auront pas sujet de se plaindre, au cas que leurs Marchandises tombent dans mes mains, de même que je ne leur déclare pas la guerre, pour avoir tenté de les porter. Elles souffrent, il est vrai, d'une Guerre, à laquelle elles n'ont point de part ; mais c'est par accident. Je ne m'oppose point à leur droit, j'use seulement du mien ; et si nos droits se croisent et se nuisent réciproquement, c'est par l'effet d'une nécessité inévitable », pp. 86-87 E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations des souverains, op.cit.* Sur ce passage s'appuie James Kent dans l'arrêt New York Court of Chancery Seton, *Maitland & Co. v. Low*, 1 Johns. Cas. 1 (1799) Jan. 1799. D'après Kent le commerce de contrebande n'est pas stricto sensu interdit aux neutres. Le droit des gens ne déclare pas le commerce illégal mais autorise la saisie des articles de contrebande par les puissances belligérantes qui invoquent l'argument de la nécessité. Aucune obligation ni juridique, ni morale, n'incombe à une nation neutre d'abandonner son commerce. « From the law of necessity, as Vattel observes, the powers at war have a right to seize and confiscate the contraband goods, and this they may do from the principle of self-defence. The right of the hostile power to seize, this same very moral and correct writer continues to observe, does not destroy the right of the neutral to transport. They are rights which may, at times, reciprocally clash and injure each other. But this collision is the effect of inevitable necessity, and the neutral has no just cause to complain », passage cité aussi par Ch. Abbott, *A treatise of the law relative to merchant ships and seamen*, Newburyport, Edward Little & Co., 1810, 656 p., p. 260.

⁶⁴⁵ Ph. Jessup, *Neutrality: its history, economics and law*, vol. 4, *Today and tomorrow*, 1936, Columbia University Press, New York, 1936, vol. IV, vii-237p., pp. 20-24.

À partir de ce moment, l'étouffement de l'économie du belligérant adverse est devenu l'objectif de guerre et le principal moyen d'y parvenir était de mettre fin à tout commerce entre l'adversaire et les États neutres⁶⁴⁶.

b. L'absence de toute protection conférée aux navires de commerce neutres dans le cadre d'un affrontement total.

226. La systématisation du droit de prise et l'extension des prérogatives de prises de guerre, même au détriment de navires neutres, confère à l'affrontement militaire l'allure d'une guerre totale. La lutte économique intégrale pourrait être interprétée comme précurseur de la lutte militaire sans restriction. Le caractère radical d'un système qui interdit de manière absolue toute relation entre les neutres et l'adversaire est évident. Un tel système préjudiciable aux intérêts des neutres a été mis en œuvre par l'Espagne contre ses provinces révoltées des Pays-Bas ou par l'Angleterre contre Napoléon, à la suite de la proclamation par ce dernier du blocus continental⁶⁴⁷. L'exemple d'imposition du blocus continental par Napoléon est particulièrement éloquent. En l'occurrence, après sa mise en œuvre, les ports de l'Empire français étaient fermés, non seulement aux navires britanniques mais aussi à tout navire neutre qui avait précédemment fait escale dans un port britannique. La riposte britannique n'a pas tardé et l'Angleterre a mis des obstacles à la libre circulation sur mer. En effet, le 11 novembre 1807, l'Angleterre a déclaré que seuls les navires s'étant acquittés des droits de douane dans un port britannique pourraient circuler librement. Dans le cas contraire, tout navire rencontré à la mer serait déclaré de bonne

⁶⁴⁶ Antonopoulos, *op.cit.*, p. 91

⁶⁴⁷ Le terme blocus continental désigne les mesures de rétorsions prises par Napoléon 1^{er} pour répondre au blocus maritime imposé par la Grande-Bretagne contre l'Empire français. Le 16 mai 1806, l'Angleterre a déclaré toutes les côtes européennes en état de blocus. À son tour, Napoléon, par le décret de Berlin a déclaré les îles britanniques en état de blocus. Pour la discussion qui a vu le jour au lendemain des *Orders In Council* britanniques qui portaient préjudice au commerce ennemi v. en détail H. Bourguignon, *Sir William Scott, Lord Stowell, judge of the High Court of Admiralty, 1798-1828*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 310 p., p. 121. À cette politique mercantiliste s'est opposée la nouvelle classe des commerçants et des industriels qui visaient à l'exportation des produits britanniques. L'objectif du blocus continental était de priver l'Angleterre de ses approvisionnements en céréales et d'endommager l'industrie anglaise qui se verrait privée des matières premières. Le juge de la Haute Cour d'Amirauté britannique William Scott n'a pas hésité à exprimer ses doutes par rapport à la licéité du blocus non effectif proclamé par les *Orders in Council*. La seule justification qui pourrait être fournie était celle des représailles contre le blocus continental. Dans la décision *Courier Erick*, de 1810, il a affirmé que : « So long as these Orders in Council exist, they are to be expounded and applied by this Court; and if they press with any unnecessary severity on the commerce of other countries, they may be matter very proper for the consideration of His Majesty's Government; but this Court must proceed upon general Rules of interpretation ». V. aussi la décision *Fox and Others*, 1811 : « When the State, in consequence of gross outrages upon the law of nationals committed by Its adversary, was compelled by a necessity which it laments, to resort to measures which it otherwise condemns, it pledged itself to the revocation of those measures as soon as the necessity ceases.-And till the State revokes them, this Court is bound to presume that the necessity continues to exist. It cannot, without extreme indecency, suppose that they would continue a moment longer that the necessity which produced them, or that the Notification that such measures were revoked, would be less public and formal than their first establishment. Their establishment was doubtless a great and signal departure from the ordinary administration of justice in the ordinary state of the exercise of public hostility, but was justified by the extraordinary deviation from the common exercise of hostility in the conduct of the enemy ». Passages cités par Bourguignon, *op. cit.*, pp. 220-222.

prise. Le décret de Napoléon du 17 décembre déclarait, inversement, de bonne prise tout navire ayant acquitté des droits de douane dans un port britannique. Il peut être constaté que l'affirmation et la préservation de l'hégémonie maritime d'une puissance est difficilement compatible avec la reconnaissance de droits au profit de neutres en cas d'éclatement de conflits militaires. Sous ces conditions, aucun équilibre entre les intérêts des belligérants et ceux des neutres ne peut s'établir et tout navire de commerce entreprenant des actions contre les intérêts des belligérants, perd son immunité, devenant à son tour « ennemi ». L'équilibre entre ces intérêts conflictuels n'est jamais définitivement acquis.

c. La difficulté d'atteindre un point d'équilibre entre des intérêts contradictoires.

227. Chaque tentative de codification des règles régissant la guerre maritime constitue une approche de mise en balance des intérêts des belligérants et des neutres. L'esprit libéral à l'égard du commerce neutre a atteint son apogée avec la déclaration de Paris. En vertu de cette déclaration, les puissances signataires s'engageaient à respecter, non seulement toute propriété neutre, mais aussi toute propriété ennemie couverte par le pavillon neutre. Si une thalassocratie, comme l'Angleterre, a consenti à respecter la propriété neutre, elle a voulu contourner indirectement cette règle en restreignant de manière excessive la notion de neutre et élargissant de manière excessive le caractère ennemi. Si les navires neutres sont des lieux de refuge pour les marchandises ennemies, les belligérants visent à restreindre, autant que possible, le nombre de ces navires. Lorsque le pavillon battu par le navire est neutre, le juge des prises est ainsi autorisé à examiner, si le navire a bien droit à ce pavillon. Si le navire a droit à un pavillon neutre ou allié, le juge se focalise sur la qualité éventuelle d'ennemi de ses propriétaires à l'appui de l'ensemble des critères retenus par les différents systèmes. Ce raisonnement apparaît ainsi comme moyen de contournement d'un système de règles favorable aux intérêts des neutres. La déclaration de Londres de 1909 constitue une autre tentative de conciliation des intérêts contradictoires⁶⁴⁸ : il s'agissait en effet d'un essai de maintien du principe de liberté commerciale et de circulation dans une époque marquée par l'usage des mines et des torpilleurs.

228. Toute tentative d'élaboration de règles précises s'avère problématique en raison du caractère si contradictoire des intérêts de plusieurs États, — qu'il soient des États belligérants

⁶⁴⁸ H. A. Smith, *The law and custom of the Sea*, London, Stevens & Sons, 1948, x-193 p., p.64 : « At bottom is the question of trying to reconcile two conflicting rights, each in itself quite legitimate- the right of the belligerent to defeat his enemy and the right of the neutral to carry on his normal trade ». V. Rapport général à la Conférence de Londres de 1909, *Correspondence and documents respecting the International Naval Conference*, Miscellaneous, n. 5, p. 342-377, p. 342 : « La conférence a essayé, et elle y est parvenue, de concilier, d'une manière équitable et pratique, les droits des belligérants et ceux du commerce neutre. Grâce aux dispositions qu'elle a édictées, les commerçants pourront poursuivre tranquillement leurs entreprises, passer leurs contrats, et se soustraire au danger des pertes qu'a entraîné jusqu'à présent le doute qui subsistait sur les droits des neutres, en temps de guerre sur mer ».

ou neutres — impliqués dans le commerce maritime en temps de guerre. Toutefois, des mécanismes voire des institutions ont été créés autorisant les belligérants d'exercer leurs droits sur les navires neutres et les cargaisons transportées. La violation des règles relatives à ces mécanismes ou institutions aurait comme effet la disparition de toute protection conférée aux biens neutres. La saisie des navires neutres peut aussi avoir lieu conformément à certaines présomptions. En vertu de ces présomptions, des navires neutres sont assimilés à des navires ennemis.

d. Des institutions conçues pour limiter le commerce neutre.

229. À la différence de la propriété ennemie, censée être toujours saisissable, la possibilité de saisie de la propriété neutre n'est envisageable que dans deux hypothèses, à savoir la saisie à la suite de la déclaration d'un blocus maritime (i) et la saisie à la suite de la publication d'une liste de contrebande de guerre (ii). Par le biais de l'interprétation large des conditions de recours à un blocus maritime et de la prérogative de désignation des articles comme contrebande de guerre, un changement de la protection accordée aux neutres a été opéré. Ce changement a eu comme effet la perte progressive des privilèges associés au statut de neutre⁶⁴⁹.

230. Les droits des belligérants d'imposer un blocus naval ainsi que de désigner des armes comme contrebande de guerre ont été perçus comme des restrictions légales à la liberté du commerce entrepris par les neutres. Aucune autre hypothèse d'ingérence dans le commerce ennemi ne devait être acceptée. Un compromis a été ainsi atteint entre les intérêts des belligérants et ceux des neutres. Ce compromis équilibré entre les intérêts des belligérants et des neutres a été mis à épreuve au cours des deux guerres mondiales. Le caractère de « guerre totale » des deux conflits mondiaux, l'implication radicale de l'ensemble de l'économie et de la société des belligérants dans l'effort de la guerre ont fait de l'économie de l'adversaire de chaque belligérant la cible principale à atteindre pour remporter la victoire. Le commerce maritime neutre et la guerre navale représentent un des domaines où cette tendance s'est manifestée avec acuité. Les belligérants se lançaient ainsi dans une pratique qui élargissait les concepts de blocus et de contrebande à un point tel que les droits des neutres étaient pratiquement réduits à néant⁶⁵⁰. À la lumière de cette tactique, une assimilation complète se

⁶⁴⁹ Sur la relation de ces trois mécanismes et leur logique d'inversion du principe de liberté des mers v. H. Triepel, *Die Freiheit der Meere und der künftige Friedensschluss*, Berlin, Springer, 1917, 41 p., p. 35 : « Le butin de mer, la contrebande et le droit de blocus sont trois entraves au commerce maritime qui s'imbriquent si habilement les unes dans les autres que si l'une d'entre elles est relâchée ou détruite, l'autre n'en est que plus solide », p. 16. En employant le terme « trinité non sacrée » (*unheilige Dreieinigkeit*), il considère qu'ils sont « comme trois claviers d'un instrument, dont on peut jouer l'un ou l'autre à sa guise pour obtenir toujours le même son ».

⁶⁵⁰ Pour cette analyse v. Antonopoulos, *op.cit.*, 45-46.

produisait entre les ennemis et les neutres. Le fléchissement de protection conférée aux neutres oblige à se pencher sur ces mécanismes.

i. La saisie de navires neutres à la suite de la déclaration d'un blocus maritime

231. Les navires neutres sont sujets à des mesures de confiscation en cas de violation d'un blocus. Il faut rappeler que le blocus, s'agissant d'une opération de guerre dont l'origine remonte au concept de siège⁶⁵¹, consiste à « isoler un port ou une portion de côtes avec des vaisseaux arrêtés ou suffisamment proches de façon à empêcher toute communication avec l'extérieur par voie de mer »⁶⁵². Le droit du blocus donne la possibilité aux pays belligérants de saisir tous les navires qui traversent des ports ou des côtes qui font l'objet du blocus. Les conditions de confiscation diffèrent parmi les États. Selon la théorie traditionnelle, un élément matériel, à savoir la pénétration perpétrée dans la zone bloquée, et un élément intentionnel qui présuppose la connaissance du blocus ainsi que la volonté de le forcer, doivent être simultanément remplies. Les grandes puissances maritimes, voulant tirer bénéfice de leur hégémonie maritime ont admis la thèse du blocus à distance, considérant ainsi comme seule condition nécessaire l'existence de l'élément intentionnel.

232. Au-delà de la discussion autour des conditions de licéité du blocus (a), le débat doctrinal portant sur les fondements normatifs de cette prérogative qui violait la liberté de commerce de neutres a été particulièrement riche. Le blocus offrait ainsi un cadre de perte d'immunités conférées normalement aux navires neutres. Le blocus a été conçu soit en tant que prérogative exercée par l'« occupant militaire des eaux territoriales » de l'adversaire, soit en tant que pratique justifiable par la nécessité de guerre⁶⁵³. L'exercice de ce pouvoir de la part des belligérants impose aux neutres l'obligation de ne pas s'immiscer dans les hostilités. Pour cette raison, le blocus maritime met en exergue le caractère conflictuel des intérêts des belligérants et des neutres. Les neutres, en forçant le blocus, perdent leur qualité de neutres et les immunités qui y sont attachées⁶⁵⁴. L'inconvénient de l'argument de nécessité de guerre comme fondement

⁶⁵¹ Antonopoulos, *op.cit.*, p. 123-124 : « Bien que le blocus en tant que concept et méthode de guerre trouve son origine dans le concept de "siège", il en diffère à trois égards au moins : Premièrement, il est de nature stratégique en ce qu'il vise à priver l'État côtier de tout commerce maritime ou aérien, alors que le siège est tactique en ce qu'il cherche à obtenir la capitulation de l'endroit assiégé ; deuxièmement, les unités de blocus n'utilisent pas la force contre le port ou l'endroit bloqué, alors que le bombardement semble être une tactique indispensable pour mener un siège ; troisièmement, contrairement au siège, un blocus interfère directement avec le commerce neutre ».

⁶⁵² Pour cette définition v. A. Adam, *Le blocus maritime : la contrebande de guerre et la guerre mondiale*, Paris, Jouve, 1917, 196 p., p. 11.

⁶⁵³ Hautefeuille défend la thèse de conquête du territoire ennemi comme situation légitimant le recours au blocus maritime. La confusion entre la conquête du territoire et l'occupation militaire est évidente. L. B. Hautefeuille, *Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime*, IIème tome, Paris, Guillaumin et c., 1868, 442 p., p. 181. Gessner revendique la thèse de la nécessité, L. Gessner, *Le droit des neutres sur mer*, Berlin, Stilkeet van Muyden, 1865, xiv-437 p., p.168.

⁶⁵⁴ P. Fauchille, *Du blocus maritime : étude de droit international et de droit comparé*, Paris, Rousseau, 1882, 406 p.

de recours à cette mesure réside dans le fait qu'il paraît impossible de saisir les bornes d'un tel droit, dont l'usage risque d'être arbitraire. Si le belligérant, en invoquant le principe de nécessité militaire, est autorisé à procéder à l'imposition d'un blocus maritime sans aucune autre obligation de respect d'autres conditions, toute protection des intérêts des neutres est rendue illusoire⁶⁵⁵ (b).

a. Les conditions d'établissement d'un blocus, source de controverses liées à des intérêts contradictoires

233. L'impératif, qui guide le belligérant, consiste en la cessation de tout rapport économique qui serait profitable pour l'économie du pays adverse⁶⁵⁶. Les intérêts des pays neutres se trouvent aux antipodes de cette finalité. Ces derniers optent pour la poursuite des échanges commerciaux avec les belligérants. Ils revendiquent la liberté de commerce ainsi que le droit de ne pas être gênés par le conflit. Cette opposition s'est cristallisée dans la discorde entre d'une part la Grande-Bretagne, qui en tant que puissance maritime revendiquait dans toute son ampleur les droits étendus des belligérants, et de l'autre les puissances continentales qui revendiquaient la protection du commerce des neutres. La condition d'effectivité du blocus, condition indispensable pour la légalité du blocus maritime d'après l'article 4 de la Déclaration de Paris du 16 avril 1856 reflète ce point de vue⁶⁵⁷. Cette déclaration concernant le droit

p. 22 : « Cessant d'être neutres, les forceurs de blocus deviendront donc des ennemis et ils pourront être traités comme tels par le belligérant : ils ne pourront plus prétendre aux privilèges de la neutralité qu'ils ont dépouillée, seulement ils auront droit aux immunités des belligérants ».

⁶⁵⁵ V. Fauchille, *Idem*, p. 25 : « Permettre à un belligérant d'interdire aux neutres le commerce avec les places bloquées, parce que cela est nécessaire pour mener à bonne fin ses opérations, revient à considérer l'intérêt des peuples engagés dans les hostilités comme servant de seule mesure au droit des nations pacifiques ; or rien n'est moins susceptible de limites que les intérêts d'un État en guerre : celui-ci est seul juge des besoins qu'il éprouve, il est également le seul juge de ce qu'il doit exiger pour satisfaire à ses besoins ».

⁶⁵⁶ J. Valéry, « De la condition en France des ressortissants des puissances ennemies », *RGDIP*, 1916, pp. 349-394, p. 389 : « Puisque la guerre actuelle a revêtu le caractère d'un blocus, auquel sont soumis les Empires centraux, il est logique et juste que leurs adversaires s'efforcent de rendre ce blocus aussi efficace que possible en empêchant ces nations de recevoir les produits des pays étrangers dont elles ont besoin. Aussi bien est-ce là un moyen d'action humain et recommandable puisqu'il n'entraîne aucune effusion de sang et qu'il est de nature à abrégier la durée des hostilités. D'un autre côté, l'argent étant le nerf de la guerre, il est également légitime d'entraver le commerce d'exportation de l'ennemi afin de lui enlever le moyen le plus propre à lui procurer des ressources financières dans les pays neutres ».

⁶⁵⁷ La déclaration de Paris du 16 avril 1856 a confirmé la pratique de la prise de la propriété en guerre maritime. Les seules exceptions étaient repérables dans des traités bilatéraux. P. ex. Art. XXIII du traité entre les États-Unis et la Prusse du 10 septembre 1785. Dans la déclaration de Paris, les États-Unis ont soutenu la thèse de l'inviolabilité de la propriété privée en guerre maritime. La thèse américaine se confrontait à l'opposition britannique. V. Sir Ernest Satow, lors de la Conférence du 17 juillet 1907 du 4^{ème} Comité dans Th. Niemeyer(éd.), *Urkundenbuch zum Seekriegsrecht*, Berlin, Guttentag, 1913, 446 p., p. 262 : « Il n'est pas inutile de rappeler que l'abolition du droit de capture entraîne nécessairement l'abolition du blocus commercial. Car l'une et l'autre mesure ont pour but d'entraver le mouvement commercial de l'Adversaire, et de le priver, dans la mesure du possible, des fournitures qui lui sont indispensables pour le maintien de la vie économique. D'un autre côté, comme l'ont fait remarquer plus d'un des Délégués à la Conférence, tant que le terme "contrebande de guerre" ne sera pas strictement limité aux articles qui par leur nature même peuvent immédiatement être utilisés dans un but militaire, et tant que chaque Puissance individuellement se croit autorisée à comprendre sous cette rubrique toute sorte de vivres et de matières brutes servant aux industries pacifiques, rien ne sera plus facile que de donner à l'exception une étendue aussi large qu'à la règle. Il est donc évident que la proposition d'exempter de la capture et de la confiscation les navires marchands belligérants et leurs cargaisons, n'est qu'une équivoque capable seulement d'égarer l'opinion publique mal instruite ».

maritime en temps de guerre a été signée lors de la conclusion du Traité de Paris du 30 mars 1856, mettant fin à la guerre de Crimée. Il faut rappeler que ce conflit qui a opposé la Russie à la coalition formée par la Turquie, la France, la Grande-Bretagne et la Sardaigne a démontré l'importance stratégique du contrôle des voies maritimes, surtout dans une époque où la supériorité économique et industrielle primait sur les forces militaires des belligérants. La déclaration formelle du blocus, la désignation du port bloqué, le blocus réel de son entrée par des navires de guerre constituaient les critères qui déterminaient son effectivité.

234. Dans le cadre des négociations au sein de la Conférence de Londres en 1909, les conceptions nationales divergentes quant aux conditions de licéité d'un blocus n'ont pas pu être réconciliées. Le point de divergence était l'interprétation de la notion d'effectivité. Le premier chapitre de la Déclaration qui portait sur le blocus de guerre, insistait sur la condition d'effectivité comme élément de licéité de celui-ci. L'effectivité d'un blocus est, selon les dispositions de la Convention XIII de La Haye reprise dans la Déclaration de Londres dans l'article 3, « une question de fait ». Toutefois, les évolutions techniques ne pouvaient pas être négligées. À la lumière de ces évolutions, certaines notions comme celle de l'effectivité du blocus devaient être appréhendées de manière différente. Il fallait que les navires soient, d'une part, à l'écart des eaux côtières pour éviter les torpilles et les mines, et d'autre part, relativement proches de la côte pour ne pas rendre l'effectivité du blocus purement illusoire. D'après la conception continentale, le blocus effectif présupposait la mobilisation d'une série de navires qui formaient une zone étanche des navires dont la violation signifiait de multiples dangers pour le navire souhaitant le briser. Le blocus devait être déclaré formellement et tout port bloqué devait être désigné nommément. Aux antipodes de cette conception, l'interprétation anglaise de l'effectivité admettait une simple présence indicative des navires bloquant la côte. La Grande-Bretagne « insistait sur le fait qu'un "blocus de croisière" (*Cruiser Blockade*), mis en œuvre par une escadre patrouillant le long du littoral, devait aussi être légal, arguant que cela générait un réel danger pour tout navire marchand essayant de s'en échapper »⁶⁵⁸. Le débat quant aux conditions de licéité du blocus n'a pas été résolu par la Déclaration de Londres, qui dans son article 16 précise que le navire, pour pouvoir faire l'objet de mesures de saisie et de confiscation, doit approcher le port bloqué⁶⁵⁹. Selon l'article 17, la saisie des navires neutres

⁶⁵⁸ J. M. Lemnitzer, « La Déclaration de Paris, "le blocus effectif" et la contrebande : l'utilité du blocus naval en tant qu'arme stratégique dans un monde en mutation », pp. 69-89, p. 71 dans de J. Préneuf., E. Grove, A. Lambert (dir.), *Entre terre et mer — L'occupation militaire des espaces maritimes et littoraux en Europe de l'époque moderne à nos jours*, Economica, Paris, 2014, pp. 457.

⁶⁵⁹ La discussion n'a pas abouti à un compromis parmi les États intéressés. « In view of the well-known difference between the two practices, which might be designated as the continental system and the Anglo-American system, we do not believe it possible for the time being to reach a compromise. As his Excellency the President of the Fourth

pour violation de blocus ne pouvait être effectuée « que dans le rayon d'action des bâtiments de guerre chargés d'assurer l'effectivité du blocus ». L'idée de rayon d'action est liée à celle d'effectivité et au nombre des bâtiments affectés. Elle fait référence aux zones de surveillance confiées à chaque navire formant la force navale bloquante. Le rayon d'action pouvait s'étendre assez loin, mais, selon les termes de l'exposé du contre-amiral français Le Bris, « comme il dépend du nombre des bâtiments concourant à l'effectivité du blocus, et comme il reste toujours limité par la condition d'effectivité, il n'atteindra jamais des mers éloignées sur lesquelles naviguent des navires de commerce, peut-être destinés aux ports bloqués, mais dont la destination est subordonnée aux modifications que les circonstances sont susceptibles d'apporter au blocus au cours du voyage »⁶⁶⁰.

b. Des conditions de licéité non-respectées par les belligérants engendrant l'effacement complet du commerce mené par les neutres.

235. L'étude de pratiques belligérantes lors des Guerres mondiales, atteste le non-respect de la condition d'effectivité. Le blocus à distance s'est développé au détriment du blocus régulier ou effectif, maintenu par une force navale suffisante. Cette tactique de guerre, présentait un défi pour les institutions traditionnelles de la guerre maritime. Elle portait préjudice à l'équilibre d'intérêts entre les belligérants et les neutres, privilégiant les prérogatives des premiers. À la fois le recours à la guerre sous-marine par l'Empire allemand durant la Première Guerre mondiale et l'imposition du blocus à distance par les alliés se justifiaient en tant que représailles de guerre⁶⁶¹. Les adversaires invoquaient le comportement de l'autre camp en tant que justification du recours à ces types de mesures⁶⁶². Par ailleurs, l'argument relatif au

Commission has been good enough to point out, the question of blockade is not specifically included in the program drawn up by the Government of Russia. Therefore, the Government of Great Britain was not required to give us instructions on this point before the meeting of the Conference. There is not time enough to examine this question carefully or to try to reconcile the divergent views of the two schools. In order to reach a compromise, concessions must be made by both sides, and we are perhaps not ready to do this. It appears therefore to our delegation that it would be preferable to suspend the discussion of this question ». Scott, *Proceedings, op.cit.*, 1907, vol. 3 p. 953.

⁶⁶⁰ Le rayon d'action permettait ainsi au belligérant « d'exercer d'une manière efficace le droit de blocus qui lui est reconnu et d'un autre côté elle évite aux neutres d'être exposé à grande distance aux inconvénients du blocus, tout en leur laissant courir les dangers auxquels ils s'exposent sciemment en s'approchant des points dont l'accès est interdit par le belligérant ». Contre-amiral Le Bris, annexe n. 67 Conférence de Londres, *Miscellaneous, op. cit.*, pp. 255-256.

⁶⁶¹ L'article 55 de l'ordonnance allemande sur les prises aux termes duquel « tout navire de commerce affrété par un gouvernement ennemi ou naviguant dans l'intérêt du commandement ennemi des opérations de guerre, doit être détruit », fut complété le 27 avril 1918 par une addition étendant son domaine « à tout navire neutre, lorsque l'État dont il porte le pavillon aura conclu un accord avec les Alliés ou lorsque, sans accord officiel, la majeure partie de la flotte marchande de cet État naviguera pour le compte des Alliés ». Cité par R. Cassin, « L'évolution des conditions juridiques de la guerre économique », *Politique étrangère*, num. 5, 1939, pp. 488-512, p. 498.

⁶⁶² V. décret du gouvernement français du 12 mars 1915, précédé d'un rapport au président de la République précisant : « De semblables prétentions de la part de l'ennemi donnent aux gouvernements alliés le droit d'y répondre en empêchant toutes espèces de marchandises d'atteindre ou de quitter l'Allemagne ». À la différence des décrets du 25 août et 6 novembre 1914, en vertu du décret du 12 mars un régime de blocus était imposé. À ce sujet v. O. Forcade, « Le blocus en 1914-1918, histoire et historiographie », *Les cahiers Sirice* 2021, n. 26, pp. 5-21 ; M. Farrar, « La politique française du blocus pendant la Première Guerre mondiale : un exemple de guerre économique », *Revue d'histoire économique et sociale*, 1973, vol. 51, pp. 212-242. V. aussi l'ordre en Conseil britannique du 16 février 1916. Il y était précisé que tout

développement de nouvelles tactiques de guerre a été mis en avant comme fondement supplémentaire justifiant le recours à des tactiques non conformes à des règles remontant à une époque antérieure⁶⁶³. La controverse autour des conditions de licéité du blocus maritime renvoie à la question de la désuétude des règles à la lumière de l'évolution de la pratique. En l'occurrence, les nouvelles tactiques de guerre maritime et plus précisément le recours systématique aux sous-marins étaient difficilement conciliables avec les règles en vigueur de l'époque⁶⁶⁴. Durant la Seconde Guerre mondiale, et en vertu d'actes internes des États

navire qui faisait route vers un pays neutre qui était susceptible d'avoir des relations commerciales avec l'Allemagne était présumé transporter des marchandises à destination ou de provenance ennemies. En outre, un système de contrôle était imposé aux navires neutres, bien au-delà de la zone du blocus. On retrouve la même argumentation pendant les guerres napoléoniennes. Les ordres en Conseil britanniques de 1806 et de 1807 qui soumettaient toutes les côtes françaises au régime de blocus étaient conçus comme riposte à l'imposition du blocus continental en vertu du décret de Berlin. L'opposition au recours du blocus militaire a été perçue par les Allemands comme défense des intérêts des neutres. Cette interprétation des mécanismes de la guerre maritime a été dictée par les sentiments nationaux de chaque auteur. À titre d'exemple on pourrait citer l'appel de Triepel aux neutres de s'allier avec l'Allemagne durant la Première Guerre mondiale pour s'opposer aux tentatives d'extinction du commerce des neutres opérée par l'Angleterre. Surtout dans *Konterbande, Blockade, Seesperre, op.cit.*, p. 37-38. Pour un aperçu de la pensée de Triepel sur les enjeux du droit de la guerre maritime pendant la Première Guerre mondiale v. U. Gassner, *Heinrich Triepel : Leben und Werk*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 605 p., pp. 480 et s.

⁶⁶³ V. F. Kalshoven, « Commentary : 1909 London Declaration », pp.257-275, dans Ronzitti N. (éd.), *The law of naval warfare : a collection of agreements and documents with commentaries*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, xviii-888 p., p.274 arguant en faveur de la désuétude du mécanisme traditionnel de blocus maritime. V. aussi J. Stone, *Legal controls of international conflict : a treatise on the dynamics of disputes and war-law*, London, Stevens, 1959, lv-903 p., p.508 : « The realities of the present century require the British long distance blockade to be viewed as a long term transformation of the traditional law of blockade, rather than as mere reprisals, or mere breach of the traditional law ».

⁶⁶⁴ Cette interrogation se trouve au centre de l'intérêt de la sentence *Oriental Navigation Company du Mexique c. États Unis*, dans laquelle la commission des réclamations USA-Mexique a statué sur le droit applicable au blocus à la lumière de la pratique des belligérants pendant la Première Guerre mondiale. Sentence relative à l'affaire *The oriental Navigation Company (USA) v. United Mexican States*, 3 octobre 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, United Nations publications, 1951, pp.960, p. 341. La sentence se rapporte à de incidents qui se sont survenus lors de l'insurrection mexicaine sous la houlette d'Adolfo de la Huerta en 1923-1924 v. en détail M. Machado, « The United States and the De la Huerta Rebellion », *The southwestern historical quarterly*, vol. 75, n. 3, 1972, pp. 303-324. En l'occurrence, le trajet d'un navire américain de commerce transportant des bananes a été affecté par la flotte mexicaine, malgré la non-imposition d'un blocus maritime effectif, et cela a eu de répercussions néfastes sur les fruits transportés. Dans cette sentence les membres de la Commission se sont interrogés, au-delà de la question de reconnaissance de belligérance en faveur des insurgés, sur les conditions d'imposition d'un blocus. L'argument défendu par le gouvernement mexicain était que l'action prise en vue de la fermeture du port de Frontera, pouvait être justifiée à la lumière des nouvelles théories internationales portant sur les méthodes de guerre maritime qui sont apparues lors de la guerre de 1914-1919. L'évolution du concept de blocus est reflétée aussi dans l'institution de blocus pacifique en tant qu'outil de guerre économique relevant de l'arsenal des outils de contrainte économique de la SdN. Pp. 342-343 : « It has been submitted by the respondent government that the law protecting neutral commerce is not the same after the World War 1914-1919 as it was before. The old rules of blockade were not followed during the war, and they cannot, it is submitted, be considered as still obtaining. Indeed, this seems to be the view of most post-war authors. They point to the fact that the use of submarines makes it almost impossible to have blockading forces stationed or cruising within a restricted area that is well known to the enemy. On the other hand, they argue, it cannot be assumed that there will be no economic warfare in future wars. Is it not a fact that Article 16 of the Covenant of the League of Nations even makes it a duty for the Members of the League, under certain circumstances, to carry on economic war against an enemy of the League? But the economic warfare of the future, it must be assumed, will apply means that are entirely different from the classical blockade, and the old rule of the Paris declaration of 1856 will have to yield to the needs of a belligerent state subjected to modern conditions of naval war ». L'opinion contraire a été défendue par un des membres de la Commission, le commissaire Nielsen, qui considérait que le recours à de nouvelles tactiques de guerre ne pouvait pas avoir d'impact sur les conditions de licéité d'un blocus. Il affirmait que la violation d'une loi ne pourrait pas être perçue comme l'équivalent de sa modification ou de son abolition. « The fact that new instrumentalities of warfare, make it inconvenient for a belligerent in control of the sea in a given locality to act in conformity with established rules of law does not *ipso facto* result in a change of the law or justify disregard of the law. And if we indulge in speculation, it would not be a rash conjecture, in

belligérants similaires voire identiques à ceux qui avaient été en vigueur pendant la Première Guerre mondiale, l'imposition du blocus maritime a eu comme effet le rétablissement d'un régime de restriction sans précédent des droits des neutres⁶⁶⁵. Le même effet avait l'usage exponentiel du concept de contrebande de guerre.

ii. La saisie de navires neutres après la publication de listes de contrebande de guerre

236. La protection accordée aux navires neutres semble se fléchir en cas de transport de contrebande de guerre⁶⁶⁶. Les règles de la Déclaration de Paris, constituant une concrétisation de l'esprit libéral à l'égard du commerce des neutres prévoyaient la possibilité de confiscation du navire neutre pour transport de contrebande au-delà de la moitié de la cargaison⁶⁶⁷. La marchandise neutre sous pavillon ennemi n'était saisissable que lorsqu'elle constitue de la contrebande de guerre.

237. La distinction fondamentale qui régit cette matière est celle entre la contrebande absolue et la contrebande relative⁶⁶⁸. Les articles de contrebande absolue, *a priori* d'objets susceptibles de procurer des avantages militaires à l'adversaire, sont saisissables dès lors qu'ils sont destinés à un territoire ennemi. En revanche, la notion de contrebande conditionnelle fait référence à des objets dont l'usage spécifique par les forces armées ou les autorités publiques de l'État ennemi, justifie l'exercice du droit de prise. Il doit être souligné que cette distinction, non dépourvue de caractère arbitraire, s'effectuait en fonction de la nature ou de l'usage des objets désignés comme relevant soit de l'une soit de l'autre catégorie. Toute distinction entre plusieurs types

the light of experience, that the same belligerent, should his position be changed by a loss of control of the sea, would insist strongly on the observance of established rules and principles. [...] A rule of law is put to a test whether it means something when honorable respect for it involves inconvenience or material sacrifice, or whether it is to become farcical by being flouted under some theory of plasticity or changed conditions, theories similar to the somewhat dangerous doctrine of *rebus sic stantibus* with respect to treaties. [...] A belligerent cannot make law to suit his convenience. An international tribunal cannot undertake to formulate rules with respect to the exercise of belligerent rights, or to decide a case in the light of speculations with regard to future developments of the law, thought to be foreshadowed by derogations of international law which unhappily occur in times of war », Sentence, p. 352.

⁶⁶⁵ Pour le décret français v. J. O. 28 novembre 1939, p. 13463-4. Pour l'ordre in council britannique du 27 novembre v. Stat. Rules and Orders 1939, n. 1709, cité par W. Heintschel von Heinegg, « Naval blockade », *International law studies*, 2000, vol. 75, pp. 203-230, pp. 203-230, p. 209 : « 1. Every merchant vessel which sailed from any enemy port, including any port in territory under enemy occupation or control, after the 4th day of December 1939, may be required to discharge in a British or Allied port any goods on board laden in such enemy port. 2. Every merchant vessel which sailed from a port other than an enemy port after the 4th day of December, 1939, having on board goods which are of enemy origin or are enemy property may be required to discharge such goods in a British or Allied port ».

⁶⁶⁶ Pour une définition du terme de contrebande de guerre v Ch. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, 629 p., p. 466. L'expression désigne « les marchandises qu'un neutre ne peut expédier ou transporter à un belligérant sans violer les devoirs de la neutralité et sans s'exposer par là même à leur saisie et à leur confiscation ». Les éléments constitutifs de la contrebande sont d'une part la nature et de l'autre la destination des objets composant la cargaison.

⁶⁶⁷ V. Art. 40 de la Déclaration de Paris.

⁶⁶⁸ La définition de la contrebande a été entreprise par Grotius qui a procédé à la typologie suivante. « 1. *Res quae in bello usum habent ut arma*, 2. *Res quae in bello et extra bellum usum habent*, 3. *Res quae in bello nullum habent usum*. » De jure belli ac pacis, liv. III, Ch.1, par .5.

de contrebande, en vertu des règles du droit international (a), perd son intérêt pratique en cas d'éclatement d'une guerre totale (b).

a. La tentative de détermination de règles du droit international relatives aux listes de contrebande.

238. Malgré la référence à deux reprises à la notion de contrebande de guerre, la Déclaration de Paris de 1856 n'offre pas d'éléments de définition du terme. Il s'agissait d'un point qui était source d'insécurité juridique, surtout dans une époque de développement industriel sans précédent, pendant laquelle des objets comme le charbon devenaient de plus en plus cruciaux pour l'adversaire⁶⁶⁹⁶⁷⁰. La contrebande de guerre a également longuement occupé les délégués de la Conférence de la Haye de 1907, qui toutefois, n'ont pas pu aboutir à une proposition commune. Les différentes propositions avaient comme but de mettre des limites au comportement arbitraire des belligérants, au sujet de la détermination du contenu des catégories de contrebande. La proposition française soutenait l'interdiction de la contrebande absolue, dont le contenu était précisé de manière détaillée. Le commerce neutre des articles non compris dans la liste était censé être libre. La faculté de restreindre cette liberté était prévue « à la condition de faire précéder l'exercice de ce droit d'une notification, par voie diplomatique, des articles qu'ils entendent intercepter ». Les articles spécialement déclarés comme

⁶⁶⁹ Sur le charbon en tant que contrebande de guerre pendant la guerre franco-prussienne, v. Lemnitzer *op.cit.*, pp. 84 et s.

⁶⁷⁰ Lors de la guerre franco-chinoise de 1881 à 1885, le gouvernement français a déclaré les cargaisons de riz, comme contrebande de guerre, susceptible par conséquent d'être confisqué, même sur des navires neutres. Pour la référence v. Lemnitzer, *op.cit.*, p. 88. V. en détail R.C. Juge, *La campagne de l'amiral Courbet en Chine. 1885 : les Pescadores. Le blocus du Riz*, Paris, École supérieure de guerre navale, 1927, 214 p. V. aussi la circulaire de Jules Ferry, ministre français des Affaires étrangères, 20 février 1885, *Documents diplomatiques, Affaires du Chine 1885*, ministère des Affaires étrangères, n. 14, pp.66, p.17-18. « Les conditions dans lesquelles notre conflit avec la Chine se poursuit actuellement nous ont déterminés à user du droit qui nous appartient, comme belligérants, de considérer et de traiter désormais le riz comme contrebande de guerre ». v. aussi la Circulaire n. 15 p.18-20 qui est censée expliquer les raisons du recours à ce choix. « Nous apprenons aujourd'hui que de grandes expéditions de riz doivent partir prochainement de Shanghai pour se rendre dans le nord de la Chine ; nos agents dans l'Extrême-Orient présentent la suspension de ces envois comme étant susceptible d'exercer une action efficace sur le Gouvernement de Pékin, et nous ne saurions nous dispenser d'y recourir, sous peine de nous priver de l'arme la plus puissante que les circonstances placent dans nos mains. Deux voies s'ouvraient à nous pour atteindre ce but : bloquer Shanghai et d'autres ports ouverts de la Chine, ainsi que nous en avons le droit incontestable, ou interdire le commerce du riz en le déclarant contrebande de guerre. [...] Quant à notre droit de faire entrer cette denrée dans la catégorie des articles prohibés, il ne paraît pas contestable. A côté des objets constituant par leur nature même la contrebande de guerre, comme les armes, les munitions, etc., il en est d'autres dont le commerce peut être accidentellement prohibé en temps de guerre, par suite de l'utilité particulière qu'en retirent les belligérants ». Annexée à cette dépêche du 21 février était une note où étaient exposées les considérations d'ordre juridique. « Mais, à côté de ces articles (militaires), il en est d'autres qu'un belligérant peut avoir un égal intérêt à intercepter, soit parce que son adversaire est en mesure de les approprier directement à la guerre, soit parce que la privation de tels approvisionnements le met hors d'état de continuer la lutte. Dans nos rapports avec la Chine, le riz fait incontestablement partie de cette seconde catégorie : par sa nature même, il n'est pas compris dans la contrebande de guerre proprement dite ; mais peut-on l'y faire rentrer par une déclaration expresse comme contrebande accidentelle ? ». Pour répondre à cette interrogation, le ministère renvoie à la doctrine du droit des gens, en citant entre autres Grotius, Vattel ainsi que la riche pratique étatique de prohibition du commerce des vivres.

contrebande de guerre étaient susceptibles d'être confisqués, à condition qu'« au moment de la saisie, non seulement une destination ennemie, mais une destination réelle aux forces militaires ou navales ou aux services de l'État ennemi » puissent être établies⁶⁷¹.

239. L'insécurité quant à la contrebande de guerre était reflétée dans le fait que, dans le cadre de la Conférence de la paix de 1907, la délégation britannique a soutenu la thèse de son abandon définitif⁶⁷². L'argument principal de cette proposition était l'impossibilité d'atteindre un accord concernant les articles de contrebande relative. Selon le délégué britannique Lord Reay, en raison de la prolifération des articles nécessaires pour la cause militaire des belligérants, les dispositions de la Déclaration de Paris, consacrant la distinction entre contrebande absolue et relative, ne seraient que de vains mots. Chaque belligérant avait l'habitude de dresser une liste aussi complète que possible comprenant des articles de contrebande. Les intérêts du commerçant neutre étaient, par conséquent, lésés « au-delà de ce qui est raisonnable »⁶⁷³. Le représentant britannique condamnait l'insécurité juridique liée à au caractère vague des termes contrebande absolue, contrebande relative ou conventionnelle, contrebande conditionnelle, contrebande accidentelle, interprétés différemment par chaque belligérant. Le remède à ces incertitudes pourrait être une codification détaillée non seulement d'une liste des articles prohibés mais aussi la référence précise aux pénalités encourues par les neutres se livrant à ce commerce. Qualifiant cette tâche d'« herculéenne » et donc impossible à accomplir, le délégué proposait l'abolition pure et simple de la notion de contrebande.

240. Cette proposition n'a pas été acceptée par plusieurs délégations dont les membres rappelaient que le droit du belligérant d'interdire le transport des engins de guerre à l'ennemi était fondé sur le principe de la légitime défense⁶⁷⁴. Au lieu d'abolir la contrebande, il fallait « écarter les abus causés par une extension injustifiée du droit de contrôle et de répression et de prémunir le commerce inoffensif contre des vexations inutiles »⁶⁷⁵. Par ailleurs, le délégué russe Tcharykow a relevé une contradiction dans l'argumentation britannique. D'une part, les

⁶⁷¹ Pour la proposition française v. Deuxième conférence de la Paix, Actes et documents 1907, vol. III, *op. cit.*, pp. 1161-1165.

⁶⁷² « Afin de diminuer les difficultés que rencontre en cas de guerre le commerce des neutres, le Gouvernement de Sa Majesté Britannique est prêt à abandonner le principe de la contrebande en cas de guerre entre les Puissances qui signeraient une Convention à ces fins. Le droit de visite ne serait exercé que pour constater le caractère neutre du bâtiment de commerce ». Deuxième conférence de la Paix, Actes et documents 1907, vol. III, *op. cit.*, p. 1162.

⁶⁷³ *Idem*, pp. 854-859, p. 856.

⁶⁷⁴ V. la déclaration du délégué allemand Kriege, *idem*, p. 859. V. aussi la déclaration du délégué belge Van den Heuvel : « Le système de la contrebande, tel qu'il a été échafaudé dans ces dernières années, n'est plus un système qui découle de la légitime défense des belligérants. C'est un régime qui va bien au-delà de ce que peut demander la conduite nécessaire des hostilités ; il verse en plein arbitraire par ses dispositions sur la contrebande relative et par ses présomptions sur la continuité du voyage ; il trouble et lèse profondément non seulement les relations pacifiques des neutres avec les belligérants, mais celles des neutres entre eux ». *idem*, p. 880.

⁶⁷⁵ *Idem*.

Britanniques défendaient l'abolition de la contrebande au profit du commerce des neutres, et d'autre part, ils proposaient de traiter comme navires de guerre, les bâtiments de tous les pavillons effectuant des transports pour les forces ennemies. Le commerce neutre pouvait être affecté de manière radicale par cette possibilité de qualification des navires neutres en tant que « vaisseaux auxiliaires »⁶⁷⁶.

241. La Déclaration de Londres avait consacré une division tripartite classique des marchandises, suivant leur nature : la contrebande absolue, qui s'appliquait aux objets exclusivement employés à la guerre, la contrebande conditionnelle qui s'appliquait aux objets « susceptibles de servir aux usages de la guerre comme aux usages pacifiques », et enfin les marchandises ne pouvant jamais être déclarées contrebande de guerre. La catégorie de la contrebande absolue comprend des articles destinés pour un usage militaire exclusif. La solution d'une liste établie d'articles par le texte de la Déclaration a été préférée au détriment de la solution de proposition d'une définition du terme de contrebande. Les garanties de sécurité juridique qu'offrait la solution de la liste ont été jugées plus suffisantes. Il doit être rappelé que dans sa session de 1877 à Zurich, l'Institut de droit international avait privilégié la solution d'une référence abstraite à la contrebande, sans précisions détaillées aux articles spécifiques⁶⁷⁷. Le risque d'une définition arbitraire de la part des belligérants du contenu de contrebande de guerre semble avoir été pris en considération lors de la Conférence de Londres. Pour faire face à des actes d'établissement des listes de contrebande de guerre par les belligérants de manière unilatérale, les participants à la Conférence de Londres se sont penchés sur la solution de fixation des objets précis relevant de la catégorie de contrebande de guerre. L'établissement

⁶⁷⁶ V. l'argumentation du délégué russe, *idem*, p. 869-870 : « Elle (La Grande-Bretagne) a même, en proposant ne définition nouvelle du terme "navire auxiliaire" insisté sur la nécessité pour un belligérant d'user de mesures de rigueur à l'endroit d'un navire, même neutre, s'il est, à quelque titre que ce soit, au service du belligérant, fut-ce seulement comme réserve de vivres et avec une cargaison ou sur lest ». Pour la proposition de la Grande-Bretagne concernant la définition du terme vaisseau de guerre v. *idem*, p. 1135 : « Il y a deux catégories de vaisseaux de guerre. Vaisseaux de combat, et les vaisseaux auxiliaires. [...] Sera compris dans le terme vaisseau auxiliaire, tout navire marchand, soit belligérant, soit neutre, qui sera employé au transport de marins, de munitions de guerre, combustibles, vivres, eau ou toute autre espèce de munition navales, ou qui sera destiné à l'exécution de réparations ou chargé du port de dépêches ou de la transmission d'information si le dit navire est obligé de se conformer aux ordres de marche à lui communiqués soit directement soit indirectement, par la flotte belligérante. Sera de même compris dans la définition tout navire employé au transport de troupes militaires ».

⁶⁷⁷ Institut de droit international, Deuxième Commission, Traitement de la propriété privée dans les guerres maritimes, *Annuaire de l'institut de droit international*, t. 2, 1878, pp. 55 et s. Rapport de M. Bulmerincq sur les délibérations et les résolutions de l'Institut relatives au traitement de la propriété privée dans les guerres maritimes, pp.55-102, p. 64 : « Sont toutefois sujets à saisie : les objets destinés à la guerre, ou susceptibles d'y être employés immédiatement. Les gouvernements belligérants auront, à l'occasion de chaque guerre, à déterminer d'avance les objets qu'ils tiendront pour tels ». Cette solution a été approuvée par de Boeck, *De la propriété privée ennemie, op. cit.*, p.612 : « Nous ne demandons pas qu'un traité général au sujet de la contrebande de guerre, que nous appelons de tous nos vœux, établisse une liste limitative des objets prohibés : la tâche serait à recommencer à chaque découverte de l'art militaire ou naval. Il faudrait un accord international sur la définition de la contrebande ; puis au début de chaque guerre, les belligérants, interprètes scrupuleux de la convention qui les lie, auraient à spécifier et à énumérer limitativement les objets de contrebande, selon l'état actuel de la pyrotechnie ».

d'une liste détaillée a été perçu comme solution plus favorable aux intérêts des neutres, puisque leur commerce n'aurait pas été soumis aux décisions unilatérales et arbitraires des belligérants⁶⁷⁸. Toutefois, la liste d'articles établie n'était pas rigide puisque l'article 23 prévoyait que des objets ou matériaux pouvaient s'ajouter à la liste par le biais d'une déclaration notifiée provenant des belligérants. Selon l'argumentation des délégués, une décision arbitraire d'ajout de certains articles non exclusivement employés à la guerre par les belligérants aurait pu faire l'objet d'un recours éventuel devant la Cour internationale des prises⁶⁷⁹. La référence aux articles non-susceptibles d'être déclarés de contrebande, dans les articles 27 et 28 de la Déclaration, venait contrebalancer, au profit des neutres, les avantages donnés aux belligérants, par l'énumération détaillée des deux listes de contrebande absolue et conditionnelle. La référence aux articles non-susceptibles d'être déclarés contrebande de guerre semblait privilégier les intérêts des neutres et limiter les effets de la guerre sur les populations civiles. Le commerce maritime de ces articles ne pouvait pas être lésé par les belligérants.

242. Les objets relevant de la catégorie de la contrebande conditionnelle ou relative étaient susceptibles de servir à la fois aux usages de la guerre comme à des usages pacifiques. À l'État procédant à la capture, incombait le rôle d'établir le caractère ennemi de la destination des marchandises, saisies à titre de contrebande de guerre. Des problèmes complexes émergeaient ainsi concernant la contrebande conditionnelle, étant donné qu'il était souvent difficile de prouver la destination des marchandises à l'usage des forces ennemies ou de l'administration de l'État ennemi. Le seul examen des papiers de bord ne permettait pas souvent d'arriver à des conclusions sur ce point. Par conséquent, le caractère arbitraire d'une décision de désignation de la contrebande n'était pas négligeable. Les États procédaient souvent à une interprétation extensive de cette prérogative en rendant toute distinction abstraite, entre contrebande et contrebande conditionnelle, illusoire⁶⁸⁰. La compétence de détermination des articles de la contrebande incombait à chaque belligérant, étant donné que les règles repérables dans la déclaration de Londres n'avaient pas de caractère contraignant⁶⁸¹. Néanmoins, si cette

⁶⁷⁸ Déclaration du contre-amiral Slade, conférence de Londres de 1907, *Miscellaneous n. 5, op. cit.*, p. 144,.

⁶⁷⁹ La délégation espagnole insistait sur l'importance d'une notification relative aux articles ajoutés à la liste de contrebande, antérieure à l'ouverture des hostilités, *idem*, p. 283.

⁶⁸⁰ V. à ce sujet, L. Vetzels, *De la contrebande par analogie*, Giard et Brière, 1901, Paris, 121 p.

⁶⁸¹ Il faut rappeler que la déclaration n'a pas été ratifiée par l'Angleterre. V. D. Steinicke, *Das Navicertsystem, Hamburg, Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht*, 1966, vol. 1, 180 p., p. 22 : « Pour plusieurs de ses éléments les plus importants, le droit international a été codifié à la suite des conférences de La Haye et de Londres. Il est vrai que les accords qui y ont été élaborés n'ont pas été ratifiés par toutes les parties. Elles doivent cependant être considérées comme l'expression la plus importante de la conscience juridique des peuples et donc comme le reflet de l'état actuel du droit international. C'est notamment le cas de la Déclaration de Londres, approuvée par les représentants de dix puissances maritimes, dont six sont actuellement belligérantes. Le texte même de cet accord stipule explicitement que les règles qu'il contient correspondent effectivement aux principes généralement reconnus du droit international. Sans même évoquer les déclarations selon lesquelles l'accord de Londres doit être appliqué comme un traité ratifié, il

compétence étatique est exclusive, des doutes apparaissent quant au caractère discrétionnaire d'une telle décision.

243. Malgré cette tentative d'élaboration des règles communes en matière d'établissement de listes de contrebande de guerre, les intérêts contradictoires se sont avérés irréconciliables. Cela a conduit à l'échec de la déclaration qui n'a été ratifiée que par les États-Unis. La course aux armements navals qui a suivi la conclusion de la Déclaration a montré le caractère irréconciliable des intérêts de grandes puissances. Toute tentative de réglementation de la guerre maritime s'avérait ainsi vaine. L'opinion était répandue en vertu de laquelle, le point de vue de la puissance ayant pour elle la force navale et la maîtrise des mers s'impose toujours. Néanmoins, malgré le fait que la Déclaration de Londres de 1909 n'a pas été ratifiée par les parties, plusieurs États, surtout dans les premières années de la Première Guerre mondiale, se sont sentis liés par celle-ci⁶⁸².

b. La perte d'intérêt de la notion de contrebande de guerre dans le cadre d'une guerre totale.

244. La tendance à faire prédominer le caractère total de la guerre a eu comme conséquence la perte du caractère normatif de toute présomption en matière d'identification de contrebande de guerre. Pendant la Première Guerre mondiale, les premières listes des puissances de l'Entente⁶⁸³ ont été remplacées par des actes internes des pays belligérants qui prévoyaient que toutes marchandises appartenant à des sujets de l'Empire d'Allemagne, expédiées vers l'Allemagne ou venant d'Allemagne, devaient être arrêtées par les navires alliés. À la suite de cette mesure, toute distinction entre les catégories de contrebande était dépourvue d'intérêt pratique⁶⁸⁴. La rigueur de ce régime a été aggravée, d'une part, par le décret du 7 juillet 1916

faut reconnaître aujourd'hui la validité totale de presque toutes ses dispositions ». Sur la position britannique v. *Order in council* du 20 août 1914 : « Whereas the Governments of France and Russia have informed His Majesty's Government that during the present hostilities it is their intention to act in accordance with the provisions of the Convention known as the Declaration of London, signed on the 26th day of February, 1909, so far as may be practicable : Now therefore, His Majesty, by and with the advice of His Privy Council, is pleased to order, and it is hereby ordered, that during the hostilities the Convention known as the Declaration of London shall, subject to following additions and modifications, be adopted and put in force by His Majesty's Government as if the same had been ratified by His Majesty », cité par R. Roxburgh, « The legal position of the declaration of London », *Journal of the society of comparative legislation*, 1915, vol. 15, pp.72-75, p.74.

⁶⁸² Pour une présentation détaillée des pratiques britanniques de la première phase de la Première Guerre mondiale et leur rapport aux dispositions de la déclaration de Londres v. H. Wehberg, *Das Seekriegsrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938, xi-456 p., p. 449.

⁶⁸³ V. p. ex. La proclamation britannique spécifiant les articles qui devaient être considérés comme contrebande de guerre, en date du 4 août 1914, *RGDIP*, 1917, Documents p. 4-5. Il est intéressant de relever que le caractère temporaire de cette fixation d'objets de contrebande est explicitement affirmé par référence à la possibilité de donner « un avis public ultérieur ». Pour la France v. la notification du gouvernement relative aux articles considérés pendant le cours des hostilités comme contrebande, en date du 11 août 1914. *RGDIP*, 1915, Documents p. 11-12 ainsi que la notification dernière relative à la contrebande de guerre du 5 octobre 1918 apportant des modifications aux notifications antérieures. *RGDIP*, 1918, Documents p. 46-59.

⁶⁸⁴ V. p. ex. La proclamation du 12 avril 1916 de la Grande-Bretagne, portant révision de la liste des objets devant être traités comme contrebande de guerre et la note du ministre des affaires étrangères du 13 avril 1916 déclarant que la distinction entre les deux catégories de contrebande de guerre, absolue et conditionnelle, a cessé d'avoir de valeur : « La

portant abrogation de la Déclaration de Londres du 26 février 1909 et, d'autre part, par la liste anglaise très étendue des articles de contrebande absolue du 2 juillet 1917⁶⁸⁵. La même extension des listes de contrebande a été observée dans les actes allemands. Il faut souligner que l'ordonnance allemande du 18 avril 1915 a été conçue comme réponse « aux règles adoptées par l'Angleterre et ses alliés, non conformes à la Déclaration de Londres sur le droit maritime du 26 février 1909 »⁶⁸⁶. En outre, l'ordonnance allemande du 22 juillet 1916 et celle

liste comprend des articles qui ont été déclarés contrebande absolue aussi bien que ceux qui ont été déclarés contrebande conditionnelle. Les circonstances de la guerre sont si particulières que le gouvernement de Sa Majesté considère que pratiquement la distinction entre les deux classes de contrebande a cessé d'avoir quelque valeur. La proportion des habitants du pays ennemi qui prend part à la guerre, directement ou indirectement, est si grande qu'aucune distinction ne peut être réellement faite maintenant entre les forces armées et la population civile. Pareillement, le gouvernement ennemi, à par une série de décrets et d'ordonnances, pris pratiquement le contrôle de tous les articles figurant sur la liste de contrebande conditionnelle en sort que maintenant ces articles servent à un usage gouvernemental. Tant que dureront ces conditions exceptionnelles, nos droits de belligérant à l'égard des deux espèces de contrebande doivent être les mêmes et le traitement que nous leurs appliquons doit être identique ». *RGDIP*, 1917, Documents, p. 47-48. V. aussi le décret du gouvernement français du 12 avril 1916, *J. Off.* Du 15 avril 1916, p. 3164-3165. Les présomptions de destination ennemie étaient conçues de manière très étendue. Il suffisait que la marchandise fût consignée « à ou par une personne ayant, au cours de la présente guerre, expédié des articles de contrebande en pays ennemi ou occupé par l'ennemi ».

⁶⁸⁵ Une des particularités de cette liste était d'avoir inclus les vivres dans la catégorie de contrebande conditionnelle.

⁶⁸⁶ Des appréciations relatives à la différence entre la contrebande absolue et conditionnelle se trouvent dans la sentence relative au vapeur *Cysne*. Sentence relative au navire de *Cysne*, 30 juin 1930, Recueil des sentences arbitrales, 1949, vol. II, pp. 762, pp. 1035-1070, Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre (Portugal contre Allemagne). En l'occurrence le vapeur *Cysne*, battant pavillon portugais, était parti de Porto, avec un chargement d'états de mines destiné à une maison anglaise. Le vapeur a été arrêté dans la Manche par un sous-marin allemand naviguant en surface. Le 27 novembre 1915, le tribunal de Hambourg valida la capture et la destruction du *Cysne* et de sa cargaison. Une des questions centrales de l'affaire était la qualification du chargement en tant que contrebande de guerre conditionnelle ou absolue. Selon l'argumentation portugaise, « si la Déclaration de Londres permet, suivant certaines formalités, d'ajouter à la liste des objets et matériaux considérés de plein droit comme contrebande absolue, il faut qu'il s'agisse d'objets et matériaux exclusivement employés à la guerre. Or tel n'était évidemment pas le cas pour les états de mines qui, notamment en Angleterre, sont essentiellement employés à un usage pacifique. [...] La cargaison du *Cysne* pouvait donc, tout au plus, être considérée comme contrebande conditionnelle. Ceci excluait le droit du capteur de détruire le navire. La cargaison n'était saisissable qu'autant qu'elle eût été adressée à un fournisseur notoire de l'Etat anglais ou si elle était destinée à une place fortifiée ou servant de base aux forces armées anglaises », p.1054. Selon l'argumentation allemande « (e) n vertu des ordonnances allemandes, immédiatement notifiées à la Délégation du Portugal à Berlin conformément aux articles 23, al. 2, et 25 in fine de la Déclaration de Londres, les états de mines étaient, depuis le 23 novembre 1914, contrebande conditionnelle et depuis le 18 avril 1915, contrebande absolue. Il est vrai que les états de mines ne sont pas exclusivement employés à la guerre et que leur désignation comme contrebande absolue se heurtait à l'article 23 de la Déclaration de Londres. Mais la violation de cette disposition constituait, suivant les principes mêmes posés dans la sentence arbitrale du 31 juillet 1928, une mesure de représailles licite contre la violation de l'article 28 commise par l'Angleterre et ses alliés. Le *Cysne* étant chargé de contrebande absolue, sa cargaison, documentée pour être déchargée dans un port ennemi, était saisissable en vertu des articles 30 et 31 de la Déclaration de Londres ». Le tribunal arbitral a précisé que par l'ajout des états de mines à la liste des articles de contrebande absolue l'Allemagne avait violé la Déclaration de Londres. Les arbitres ont précisé que la cargaison en question ne pouvait pas être qualifiée de contrebande absolue. Quant aux articles de contrebande conditionnelle, les arbitres ont précisé qu'ils ne sont saisissables que s'ils sont destinés à l'usage des forces ennemies ou des administrations de l'Etat ennemi. « Ceci ne peut, suivant l'article 34, être présumé qu'autant que l'envoi est adressé aux autorités ennemies, à un fournisseur "notoire" de ces autorités, ou s'il est "à destination d'une place fortifiée ou servant de base aux forces armées ennemies" », p.1058. Le tribunal s'est, par la suite, penché sur la question des représailles de guerre. En l'occurrence, le Gouvernement allemand, par l'extension de la catégorie de contrebande conditionnelle, réclamait le droit de recourir à des mesures de représailles appliquées à des navires neutres. Le tribunal a souligné que « Les représailles ne sont admissibles que contre l'Etat provocateur. Il se peut, il est vrai, que des représailles légitimes, exercées contre un Etat offenseur, atteignent des ressortissants d'un Etat innocent. Mais il s'agira là d'une conséquence indirecte, involontaire, que l'Etat offensé s'efforcera, en pratique, toujours d'éviter ou de limiter autant que possible. Au contraire, les mesures prises par l'Etat allemand, en 1915, vis-à-vis des navires de commerce neutres, se dirigeaient directement et volontairement contre des ressortissants d'Etats innocents des violations de la Déclaration de Londres imputées à l'Angleterre et à ses alliés. Elles constituaient dès lors, pour autant qu'elles n'étaient

du 9 janvier 1917 justifiaient l'extension des listes en tant que « mesure de représailles contre les dispositions prises par l'Angleterre et les Alliés »⁶⁸⁷.

245. À la différence de la pratique suivie pendant la Première Guerre mondiale, les pays ont évité une énumération détaillée des articles relevant des deux catégories de contrebande lors de la Seconde Guerre mondiale⁶⁸⁸. Le caractère total de la guerre a contribué au changement radical du concept même de contrebande qui n'était plus caractérisé par des considérations liées à la nature des objets et de l'éventualité d'une contribution à l'accroissement de la force de l'ennemi. La seule destination hostile était suffisante pour que les biens transportés par les neutres soient qualifiés de contrebande⁶⁸⁹.

246. Plusieurs auteurs ont souligné la nécessité de passage de l'institution de contrebande de guerre vers un régime de contrôle plus holiste, à savoir celui des « navicerts »⁶⁹⁰. L'objectif du système de ces « certificats de navigation » était de ne pas permettre l'importation des biens à l'Allemagne par des pays neutres. Il s'agissait de documents qui certifiaient que les navires avaient été contrôlés par les alliés quant à leur destination et le but de leurs voyages. En échange,

pas conformes à la Déclaration de Londres, des actes contraires au droit des gens, hors le cas où l'un de ces États neutres aurait commis, envers l'Allemagne, un acte contraire au droit des gens pouvant lui attirer des représailles. Aucun acte semblable n'est établi à la charge du Portugal et la thèse allemande se borne à invoquer les actes commis par l'Angleterre et ses alliés. Il faut donc admettre que, faute de toute provocation portugaise justifiant des représailles, l'État allemand n'était pas en droit de violer l'article 23 de la Déclaration de Londres vis-à-vis de ressortissants portugais. Il était ainsi contraire au droit des gens de considérer la cargaison du *Cysne* comme contrebande absolue et, telle qu'elle est motivée, la décision du tribunal allemand de prises constitue un acte engageant la responsabilité de l'État allemand », p.1056-1057. La sentence offre aussi un cadre de réflexion sur les conditions de licéité de la destruction des navires de commerce neutres par des sous-marins.

⁶⁸⁷ V. *RGDIP*, 1918, Documents, pp. 20-29.

⁶⁸⁸ V. la liste anglaise dans S. W. D. Rowson, « British Prize law 1989-1944 », *Law quarterly review*, 1945, vol. 61, pp.49-70, p.54.

⁶⁸⁹ Gervais précise qu'« à ce stade de l'évolution, la notion de contrebande serait fort simplifiée, elle ne comporterait plus qu'un élément : la destination hostile, et qui serait toujours une simple destination de direction vers le territoire de l'ennemi ». A. Gervais, « La jurisprudence française des prises maritimes dans la Seconde Guerre mondiale », *op.cit.*, p. 121. L'auteur cite une décision dans laquelle le Conseil de Prises a rangé parmi la contrebande conditionnelle et déclaré saisissable en vertu de la présomption d'emploi par l'État allemand, «une fourrure usagée adressée à un particulier, article que son Commissaire du gouvernement lui avait recommandé, avec juste raison semble-t-il, de déclarer libre. Faire passer des articles de la liste libre dans celle de contrebande absolue, ou même conditionnelle, puisque celle-ci entraîne comme son ombre la présomption d'emploi, revient à ne plus considérer que la destination de direction comme élément de la contrebande ». M. Voelckel, « Les nouvelles instructions navales françaises sur l'application du droit international en cas de guerre », *AFDI*, 1964, pp.818-837, pp.828-829 : « Le critère de la notion de contrebande, la destination — destination territoriale soit des marchandises, soit des navires, et destination d'emploi — s'est en effet peu à peu vidé de son contenu tant par l'application de la théorie du "voyage continu" que par l'établissement d'une présomption d'emploi au profit de l'État ennemi. Et la notion même de contrebande s'est transformée. La contrebande a été conçue par référence à la neutralité : le commerce de contrebande était considéré comme une violation de la neutralité ; mais il est devenu difficile de maintenir cette conception à mesure que les listes de contrebande se sont allongées. On peut donc se demander si la notion de contrebande, telle qu'elle a été comprise pendant les deux derniers conflits est encore en mesure de donner aux neutres le minimum de garanties indispensables à la poursuite de leur commerce maritime et s'il ne vaut pas mieux envisager la généralisation d'un système de contrôle souple du commerce neutre faisant notamment appel aux formules du types navicert. Il n'y aurait donc plus lieu, dès lors, de recourir à la distinction de deux classes de contrebande ».

⁶⁹⁰ Pour une définition des navicerts v. Basdevant J. (pr.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op. cit.*, p. 404-405 : « Documents émanant d'une autorité belligérante en pays neutre attestant qu'à sa connaissance, au moment de la délivrance du document, il n'y a aucune objection au transport maritime des marchandises qui y sont mentionnées ».

des facilités d'accès à des ports contrôlés par la flotte britannique ou de ravitaillement leur étaient accordées. Cette tactique, intrinsèquement liée à l'imposition d'un blocus total contre l'Allemagne, se fondait sur la prémisse que tous les biens, dont la destination était un territoire ennemi, étaient considérés comme de la contrebande⁶⁹¹. L'examen était entrepris par des agents du *British Ministry of Economic Warfare*. Le Navicert servait au neutre comme certificat de non-réexportation vers un pays ennemi. Néanmoins, le navicert a évolué d'un système volontaire à un système impératif dont la licéité était douteuse⁶⁹². Il faudrait se demander si ces mesures ont atteint le degré relevant de la coutume internationale⁶⁹³. Il faudrait aussi se demander si la procuration d'un navicert peut être assimilée à une assistance hostile⁶⁹⁴. Indépendamment de tout raisonnement relatif au caractère facultatif ou obligatoire d'un tel certificat, il doit être souligné que sa possession ou non-possession constituent de simples présomptions du caractère allié ou ennemi d'un navire.

247. L'inclusion excessive d'objets à des listes de contrebande absolue, la disparition de tout article relevant de la catégorie des cargaisons libres, la systématisation des listes de contrôle de navigation neutre constituent des signes de la tentative des puissances belligérantes de porter atteinte au commerce des neutres qui, sous certaines conditions, pourrait contribuer au ravitaillement de l'adversaire. La destination hostile a été retenue comme critère déterminant pour l'exercice des prérogatives de saisie des biens appartenant à des neutres⁶⁹⁵. La saisie était autorisée quand la marchandise et le navire avaient comme destination un port ennemi⁶⁹⁶. Une série des présomptions pouvaient ainsi conduire à l'établissement du constat relatif à la destination hostile du navire et de la marchandise. Elles visaient à exclure toute possibilité

⁶⁹¹ Navicert « Terme introduit pendant la Première Guerre mondiale et repris pendant la seconde pour désigner un document émanant d'une autorité belligérante en pays neutre attestant qu'à sa connaissance, au moment de la délivrance du document, il n'y a aucune objection au transport maritime des marchandises qui y sont mentionnées ou, s'il concerne un navire, attestant qu'il n'y a pas d'objection au voyage mentionné entrepris par ce navire. — Défini dans une Instruction de l'Amirauté française du 5 avril 1940 comme désignant "un certificat établi dans le pays d'embarquement de marchandises données et attestant que ces marchandises ne sont pas, d'après les renseignements obtenus lors de la délivrance du certificat à destination finale ennemi". *Idem*, pp. 404-405

⁶⁹² Pour une appréciation du caractère illicite du recours à des navicerts obligatoires au regard du droit de la guerre v. l'analyse de D. Steinicke, *Das Navicertsystem*, *op. cit.*, vol. 2, 368 p., p.236 et s.

⁶⁹³ Le système des navicerts a été repris par les États-Unis lors de la crise de Cuba en 1962, sous la forme du *clearance system*.

⁶⁹⁴ Tucker R., « it seems reasonably well-established that a neutral vessel in accepting a safe-conduct pass from a belligerent subjects itself to the control of the latter and performs an act of unneutral service ». *The law of war and neutrality at sea*, *op.cit.*, p. 322.

⁶⁹⁵ D'importance particulière s'avère être la question du temps d'appréciation de la destination hostile. La règle étant la détermination du caractère ennemi le jour de la saisie, des changements opérés *in transitu* n'étaient qu'exceptionnellement pris en compte. V. Gervais, « La jurisprudence française », *op.cit.*, pp. 124-128.

⁶⁹⁶ V. P. Fauchille, « La théorie du voyage continu en matière de contrebande de guerre », *RGDIP*, 1897, pp.297-323, p.300.

d'expédition des marchandises à des ports de transit ou à des espaces qui servaient au ravitaillement de l'ennemi⁶⁹⁷.

§2 L'assimilation de navires neutres à de navires ennemis par le recours à des présomptions

248. La pratique des belligérants, visant à restreindre le commerce bénéfique pour l'adversaire mené par les neutres, a donné naissance à des présomptions sur lesquelles se sont appuyés les belligérants pour réclamer des prérogatives très étendues. Ces présomptions étaient liées aux bénéfices apportés par les navires neutres en faveur de l'adversaire. La présomption de l'assistance hostile (a) concernait l'apport du navire et des cargaisons à la capacité militaire de l'adversaire. La présomption de continuité de voyage (b) concernait l'identification du trajet réel suivi par le navire aboutissant à un port ennemi malgré plusieurs escales en ports neutres.

a. La présomption de l'assistance hostile.

249. La confiscation des marchandises ou des navires appartenant à des neutres pouvait survenir en cas d'assistance hostile⁶⁹⁸. Ce terme décrit l'ensemble de comportements non- autorisés adoptés par des neutres. Si le navire était considéré avoir adopté un comportement transgressant son statut en tant que neutre, il était soumis au risque de confiscation. L'assistance hostile désigne ainsi certains actes d'immixtion des particuliers neutres dans les hostilités, autres que les transports de contrebande ou la violation d'un blocus. Il ne s'agit que d'un service rendu par un navire privé et de simples sujets neutres. Aucune intervention d'un État ou de ses agents n'est pour cela nécessaire.

250. Rendant à l'ennemi certains services incompatibles avec les devoirs des neutres, les vaisseaux neutres s'exposent à la confiscation. Dans ce cas, le domicile d'une personne en pays neutre ou la nationalité d'un État neutre n'établissent qu'une présomption d'immunité susceptible d'être repoussée dans le cas où il serait prouvé que ses biens sont *de facto* employés au service de l'ennemi. La Conférence de Londres s'est penchée sur la thématique de

⁶⁹⁷ Pour un exposé détaillé de ces présomptions qui majoritairement découlent de la jurisprudence des tribunaux de prises v. Rousseau, *Droit de conflits armés, op. cit.*, p. 481. Une référence particulière mérite d'être faite à l'accroissement anormal des importations des États neutres qui est présenté comme élément de preuve d'acheminement des marchandises vers le pays ennemi. Cette augmentation a été conçue comme soupçon légitime de l'aide apportée à l'adversaire.

⁶⁹⁸ Assistance hostile : « Expression introduite dans la terminologie du droit international par la Déclaration de Londres du 26 février 1909, chap. III, pour désigner le fait par un navire neutre de rendre à un belligérant des services incompatibles avec les règles de la neutralité, tels que certains transports de personnes ou transmission de nouvelles dans l'intérêt de ce belligérant ; participation directe aux hostilités, etc., ledit fait entraînant, suivant sa gravité, l'application à ce navire du traitement applicable soit à un navire neutre transportant de la contrebande de guerre, soit à un navire de commerce ennemi. Expression employée également dans le cas du navire neutre qui participe au ravitaillement d'un belligérant. – “De l'ensemble des faits [...] il appert que la goélette (Evangelistria) se livrait, contrairement à la neutralité, à des opérations ayant pour objet le ravitaillement en pétrole des sous-marins ennemis ; [...] cette constatation est également de nature à justifier la capture et à entraîner la condamnation du navire et de son chargement pour assistance hostile”. Conseil des prises français 29 juin 1916 ». Basdevant (dir.), *Dictionnaire..., op.cit.*, 1960 p. 68.

l'assistance hostile. Toute navigation que l'ennemi réservait, avant la guerre, aux seuls navires nationaux était appréhendée sous le terme d'assistance hostile. Les conditions d'affirmation d'une telle assistance hostile différaient dans les différents mémorandums proposés par les délégués. Selon la proposition britannique, l'interposition d'un port neutre, dans le cours du navire présumé « assistant l'ennemi », ne présentait pas d'obstacle pour que la cargaison soit déclarée de bonne prise, sous condition qu'il y ait de preuve concernant l'intention de transporter les marchandises jusqu'à la dernière station. Plus restrictives ont été les conditions qui figuraient dans la proposition allemande, qui exigeait que le trajet du navire soit effectué avec l'autorisation du gouvernement ennemi, octroyée soit après l'ouverture des hostilités, soit dans les deux mois qui l'avaient précédée⁶⁹⁹. Dans la Déclaration de Londres, la question des règles concernant les navires ou les personnes rendant des services contraires à la neutralité fut traitée dans les articles 45, 46, 47 de la Déclaration. Relativement à l'assistance hostile, la déclaration a voulu déterminer les éléments constitutifs de l'infraction et en fixer la peine encourue. Elle a distingué différents cas d'assistance hostile et les a répartis en deux groupes, précisant une sanction différente pour chaque groupe. L'article 45 comprenait plusieurs hypothèses d'assistance hostile, à savoir le transport de « passagers individuels incorporés dans la force armée de l'ennemi » par un navire neutre voyageant spécialement dans ce but, le transport d'un détachement militaire ennemi lorsque le propriétaire ou le capitaine ou celui qui a affrété le navire en totalité a connaissance de la qualité de ces passagers, le voyage « en vue de la transmission de nouvelles dans l'intérêt de l'ennemi », ainsi que le transport, dans les mêmes conditions que ci-dessus, d'une ou plusieurs personnes qui, pendant le voyage, prêtent une assistance directe aux opérations de l'ennemi. Dans ces diverses hypothèses, le navire neutre serait confisqué, et traité comme un navire neutre sujet à confiscation en tant que contrebande de guerre. Les marchandises appartenant au propriétaire du navire seraient également confisquées. L'article 46 portait sur d'autres hypothèses, à savoir la participation directe d'un navire neutre aux hostilités, le fait de rendre de service de l'ennemi, d'agir sous les ordres ou le contrôle d'un agent placé à bord par le gouvernement ennemi, d'être affrété en totalité par le gouvernement ennemi, ou exclusivement affecté au transport de troupes ennemies ou à la transmission de nouvelles dans l'intérêt de l'ennemi. D'après ces articles, les navires assistant l'ennemi, ne sont plus des navires de commerces neutres mais soit de navires intervenant dans les hostilités, soit des navires incorporés dans la flotte marchande de l'ennemi. Cette assimilation des navires neutres à des navires ennemis aurait pu faire l'objet

⁶⁹⁹ Miscellaneous, n. 5, *op. cit.*, p. 190.

d'appréciations de la part de la Cour internationale des prises⁷⁰⁰. Les mêmes règles ont été codifiées, *expressis verbis*, dans les articles 45 et 46 des *Laws of naval war*, élaborées par l'Association du droit international en 1920. En outre, l'article 46 est identique à l'article 23 de la Convention de Havane de 1928, portant sur la neutralité maritime⁷⁰¹.

251. Un exemple typique d'assistance hostile était, d'après la position allemande durant la Deuxième Guerre mondiale, la mise en œuvre du système des « navicerts ». Si un transporteur neutre était pourvu d'un tel document, sa participation à l'imposition du blocus à longue distance imposé par la Grande-Bretagne était prouvée. Être en possession d'un navicert pouvait ainsi être apprécié soit comme signe de non-implication dans le commerce de contrebande, du point de vue des alliés, soit comme preuve d'acte d'assistance hostile, du point des vues puissances de l'Axe. Les subtilités du mécanisme de l'assistance hostile ont été élaborées par la jurisprudence des tribunaux durant les conflits soit au lendemain de la cessation des hostilités par les tribunaux arbitraux mixtes⁷⁰². L'assistance hostile constituait une présomption justifiant

⁷⁰⁰ La question relative à la compétence de la Cour a été soulevée par le délégué de Pays Bas, vice-amiral Roël. Il doit être rappelé que l'art. 3 de la Convention de 1907 concernant la Cour Internationale des Prises posait comme règle, par rapport à la compétence de cette cour, le principe de neutralité, c'est-à-dire que le recours ne pouvait être fait que par les neutres. Il fallait, par conséquent, s'interroger, si l'assimilation d'un navire neutre à un navire ennemi pouvait avoir comme conséquence de le priver du recours devant la Cour des prises. A cette interrogation a répondu le délégué français Renault qui a affirmé de manière catégorique la compétence de la Cour dans cette hypothèse. « Ce navire n'est pas un navire ennemi, c'est un navire neutre assimilé. La juridiction internationale des prises a été établie surtout pour sauvegarder la propriété neutre ; or la question de savoir si le navire a vraiment perdu sa qualité de neutre relève de la Cour des prises. En effet, l'assimilation à un navire ennemi est une sorte de punition qu'on veut lui infliger, mais la question de savoir s'il a encouru cette punition est essentiellement du domaine de la Cour des Prises ». V. Miscellaneous, v. 5, pp. 208-209.

⁷⁰¹ Convention de la Havane concernant la neutralité maritime, 20 février 1928, *AJIL* 22 1928 Supp., pp.151-157.

⁷⁰² V. p. ex. l'arrêt relative au navire *The Pontoporos* 1915 dans E. Ch. Trehern, A.W. Grant, *British and Colonial prize cases* vol. I 1914—1915, *op. cit.*, p. 384. En l'occurrence, le navire était forcé à fournir des fuels à un navire ennemi. La question était si fournir des fuels à un navire ennemi serait qualifié en tant qu'assistance hostile. Pour la cour des prises maritimes britannique : « Articles 45, 46, and 47 (of the London Declaration) are all grouped under the heading 'unneutral service' or 'assistance hostile', and, in my opinion, the use of that term implies some act or acts in violation of neutrality on the part of a neutral having authority over the neutral vessel, and the existence of some contractual relation, such as that of employer and employee, between the belligerent and such neutral. No such relation existed in this case ». Dans une autre affaire de 1920, le transfert de l'officier d'un navire de commerce ennemi ne pouvait pas être une raison suffisante pour la confiscation en vertu de l'article 45 de la Déclaration de Londres : « [H]is case, therefore, cannot be placed in the same category at all as the cases where the officers of a belligerent state have engaged a vessel to perform a particular service, or have paid for the carriage of particular passengers, or where persons, already embodied in the service of the belligerent country, are being transported upon some purpose of state [...]. At any rate, if there is no sufficient evidence of an act which would constitute an unneutral service, or a cause of condemnation under that or any analogous title, the mere deceptions of the captain of the *Svithiod* in themselves would not, either in justice or according to authority, be a ground for confiscating the vessel ». *The Svithiod* (1920) A. W. Grant, *British and colonial prize cases: reports of prize cases during the present war in the courts of Great Britain and the Overseas Dominions*, vol. III 1917-1922, p. 576-577. Affaires citées par G. Politakis, *Modern aspects of the laws of naval warfare and maritime neutrality*, London, Kegan Paul, 1998, xvi-678 p., pp.588-590. Pour des affaires françaises relatives à l'assistance hostile v. aussi P. Fauchille, « Jurisprudence française en matière de prises maritimes », *RGDIP*, 1916, pp. 280-297, p. 283. V. aussi p. ex. la sentence *Marouli v. Germany*, 4 octobre 1928 relative au navire *The Kyma*, un navire grec, affrété par le gouvernement français et coulé en large de la côte ouest du continent africain. « [Q]ue d'après les principes généralement admis et consacrés par l'art. 46 de la déclaration de Londres, le navire de commerce neutre affrété en totalité à un gouvernement ennemi est passible du traitement qu'il subirait s'il était un navire de commerce ennemi », Tribunal arbitral mixte gréco-allemand, *Marouli v. Germany*, 21 février 1929, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, vol VIII, 1928-1929, p.348, cité par Politakis, *Modern aspects, op.cit.*, p. 592. Pour une sentence similaire v.

la perte d'immunités conférées aux commerçants neutres. Des considérations liées aux spécificités du voyage du navire pouvaient avoir le même effet.

b. Les spécificités du voyage en tant que présomption d'octroi du caractère ennemi : la doctrine du voyage continu

252. La protection accordée aux navires neutres se laisse fléchir en cas d'invocation de la théorie de continuité du voyage. Cette théorie présuppose la prise en considération de la destination finale d'un navire neutre chargé de contrebande de guerre et qui effectue plusieurs escales à des ports neutres. En raison du fait que l'escale intermédiaire est considérée comme fictive ou insignifiante, le navire est sujet aux mesures de confiscation pendant toutes les phases de son voyage. Les belligérants réclament ainsi l'indivisibilité du voyage en s'opposant aux puissances neutres qui voient leurs activités affectées par cette extension des prérogatives de guerre. Le voyage continu était présenté comme mécanisme permettant de saisir la réalité du voyage d'un navire, au-delà des apparences fictives. En vertu de cette doctrine, issue des pratiques du commerce colonial (i), malgré l'apparence d'une destination neutre, les biens sont présumés être destinés au pays ennemi, transportés pendant une série des voyages distincts perçus comme parties d'un trajet unique (ii). Il doit par ailleurs être souligné que le terme continuité du voyage ne concerne pas de manière exclusive le trajet suivi par le navire mais la destination finale des marchandises transportées.

i. Une théorie remontant au commerce colonial.

La racine de la doctrine du voyage continu se trouve dans la « règle de 1756 », élaborée lors de la Guerre de Sept Ans. D'après le droit maritime de l'époque, le commerce et la navigation entre une métropole et ses colonies relevait de la compétence exclusive de la flotte de la métropole. Les navires étrangers n'étaient pas admis pour visiter les ports de colonies puisque ce commerce était réservé à la marine de la métropole. En temps de guerre, les navires impliqués dans ce type de commerce seraient exposés au risque de saisie de la part de la flotte ennemie. Confrontés à ce danger, les grandes puissances coloniales ont voulu rendre accessible ce type de commerce aux États neutres. Les belligérants en recourant à cette méthode, voulaient échapper, grâce à l'intervention des neutres, aux conséquences néfastes de la guerre et aux limites imposées à leur commerce. L'interrogation soulevée par les autres belligérants concernait la licéité de la pratique en vertu de laquelle un droit de commerce était conféré aux neutres, pour la seule durée de la guerre, et dont ils étaient exclus en temps de paix.

Tribunal arbitral mixte gréco-allemand, *Costomenis and Valmadis v. Germany*, 21 février 1929, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, vol VIII, 1928-1929, p.848.

253. Selon la règle de 1756, développée par les juridictions de prises maritimes britanniques, la neutralité était violée par des transports opérés par des navires neutres entre la métropole d'un pays ennemi et ses colonies, alors qu'en temps de paix ces voies maritimes étaient interdites aux vaisseaux neutres. Dans le contexte de la première phase de la Guerre de Sept Ans, la France et la Grande-Bretagne se sont affrontées au sujet des colonies nord-américaines contestées. La France qui se réservait l'intercourse coloniale, ayant le monopôle du transit entre elle et ses colonies, a accordé aux Hollandais le privilège d'assurer ce trafic pendant la guerre⁷⁰³. Pour répondre à cette tactique, la Grande-Bretagne a interdit aux neutres de faire usage de cette prérogative, considérant que tout navire faisant des transports entre la France et ses colonies était censé être qualifié d'ennemi. Selon la jurisprudence anglaise, le caractère ennemi pouvait être attribué à « un navire neutre commandé par un capitaine ennemi, monté par un équipage ennemi, employé au commerce de l'ennemi, quelle que soit la nature de ses opérations »⁷⁰⁴. La Grande-Bretagne considérait que les navires neutres qui se livraient en temps de guerre à des activités de commerce interdites en temps de paix commettaient des actes d'assistance hostile⁷⁰⁵. La règle de 1756 a ainsi été créée pour entraver ce type de commerce vers les colonies françaises des Antilles. Il peut ainsi être constaté que, à côté des critères traditionnels permettant l'établissement du caractère ennemi, à savoir le pavillon ou les qualités du propriétaire, l'engagement des navires dans un certain type de navigation est susceptible de leur conférer le caractère hostile. Les traits du voyage et les caractéristiques de la destination finale des cargaisons étaient ainsi pris en considération pour l'assimilation d'un navire de commerce neutre à un navire de commerce ennemi.

254. Pour contourner cette règle, les produits coloniaux étaient importés dans un port neutre intermédiaire, et de celui-ci réexportés vers la métropole⁷⁰⁶. Du point de vue des belligérants,

⁷⁰³ O. H. Mootham, « The doctrine of continuous voyage, 1756-1815 », *British yearbook of international law*, 1927, vol. 8, pp. 62-80, p.63, « This Rule declared that neutrals may not engage in time of war in a trade not open to them in time of peace. For it was, in the 18th century, an integral part of the then prevailing colonial system of Europe, for each state to reserve its colonial trade to its own nationals, and to exclude all foreign ships from commercial intercourse with its colonies. The desire of the French to safeguard their colonial trade, from participation in which British naval superiority had driven their shipping, compelled them in 1756 to open this commerce to Dutch vessels, although excluding other neutrals ».

⁷⁰⁴ Girard, *Du caractère ennemi*, *op.cit.*, p. 157.

⁷⁰⁵ Les juridictions de prises maritimes britanniques ont déclaré de bonnes prises les navires hollandais entreprenant le commerce entre la France et les colonies françaises. V. l'argumentation du Lord Stowel dans l'affaire du navire *Immanuel* de 1799 : « It cannot be contended to be a right of neutrals, to intrude into a commerce which had been uniformly shut against them, and which is now forced open merely by the pressure of war: for when the enemy, under an entire inability to supply his colonies and to export their products, affects to open them to neutrals, it is not his will, but his necessity that changes the system: that change is the direct and unavoidable onsequence of the compulsion of war; it is a measure not of French councils but of British force », cité par J. Stephen, *War in disguise, or, The frauds of the neutral flags*, London 1805, 215 p., pp.13-16.

⁷⁰⁶ A. Remy, *Théorie de la continuité du voyage en matière de blocus et de contrebande de guerre*, Paris, Larose & Forcel, 1902, 137 p., p. 33 : « (S) » agissant de transporter, en temps de guerre, les objets de Cuba en Espagne, le voyage d'aller était coupé en deux parties : de Cuba à Boston et de Boston en Espagne. Contre cette aventure de nouvelle forme,

le voyage était apprécié comme unitaire et continu. L'escale dans des ports neutres était destinée à masquer, soit une violation de blocus, soit une importation d'objets de contrebande de guerre en pays ennemi⁷⁰⁷. La théorie du voyage continu se fonde sur une fiction qui « se base dans une présomption d'intention »⁷⁰⁸. Des appréciations divergentes quant au caractère fictif de cette institution sont repérables dans la doctrine. Une partie de la doctrine reconnaît derrière ce mécanisme la possibilité de lever le caractère « fictif » du voyage entrepris par le navire⁷⁰⁹.

ii. L'invocation de la théorie de continuité du voyage comme entrave au commerce opéré par des neutres.

255. La théorie avait comme résultat la saisie des cargaisons qui étaient expédiées vers des ports neutres mais qui allaient être utilisés pour la production des biens qui seraient vendus à l'ennemi. Tout bâtiment qui servait à ce type de commerce pouvait faire l'objet d'une capture.

tentée par les neutres pour assurer au profit de l'un des belligérants l'importation dans les ports de la mère — patrie, des produits coloniaux et vice versa, sir William Scott, qui devint plus tard Lord Stowell prit sur lui d'inventer la théorie dénommée plus tard de la continuité du voyage ».

⁷⁰⁷ *Mootham, op. cit.*, p. 64 : « The doctrine of continuous voyage was the name given to the rule that a neutral may not carry on circuitously a trade which he is not allowed to engage in directly. The name of the doctrine is misleading. It received its name at a period when attention was directed to the voyage of the ship, and on this ground it may be explained. But the continuity which is essential is not that of the voyage of the ship but of the transportation of the cargo. The term "continuous transport" did not come into use until the American Civil War, when cases arose where cargoes were not carried on the circuitous voyage in one vessel, but underwent transshipment at some neutral port. It is submitted that it was in this type of case that the doctrine had its origin ». V. aussi l'arrêt relative au *Yong Vrow Adriana*. Il s'agissait d'un navire danois saisi en 1758 lors d'un voyage de Cadix à Marseille. La cargaison comprenait des produits coloniaux transportés antérieurement par des navires français. La décision de prise maritime s'est focalisée sur le transfert de marchandises vers le navire danois : « the transboarding on this occasion was not done in any fair course of trade or commerce, which ever did, or ever can exist in time of peace, but was a fraudulent contrivance merely on account of the war to continue the original voyage and cover the goods of the enemy to their destined port, entitled to the same privileges and liable to the same duties and consequences as if they had arrived on board the same ship on which they were first laden, and therefore an actual sale for a consideration really paid ought not to be allowed to screen, but ought to be considered as a mode of unfair assistance to complete the original voyage in favor of the original proprietors, the original consignees and the public revenue of the enemy arising from the duties », *Reports of cases determined by the High court of admiralty and a collection of cases and opinions upon admiralty matters, 1701-1781*, W. Clowes and sons, limited, 1885, 415 p., pp. 178-180.

⁷⁰⁸ Expression utilisée par Fauchille, *La théorie du voyage, op. cit.*, p. 304, qui apprécie la licéité de la théorie à la lumière du droit pénal. Il considère que le seul élément intentionnel, n'est pas suffisant pour l'établissement d'un crime imputable à une personne. C'est l'identification de l'élément matériel qui est problématique. « Le transport des articles de contrebande n'est pas en soi un acte dommageable ; il ne devient tel que s'il a lieu pour le compte de l'ennemi, et on ne peut voir vraiment un acte de cette nature dans le transit à destination réelle d'un lieu neutre : ce transit n'a rien de menaçant pour les intérêts du belligérant. Si la théorie du voyage continu transforme ce fait innocent en un fait coupable, c'est uniquement grâce à l'intention nuisible que le belligérant attribue aux parties ; c'est donc bien l'intention seule qui, dans cette théorie, constitue le corps du délit ». L'auteur considère que la seule justification pour l'exercice du droit de saisie sur la contrebande transportée par des navires neutres conformément à la théorie du voyage, serait l'invocation du droit de légitime défense qui toutefois n'est pas défendable étant donné qu'aucun péril actuel ne peut être constaté.

⁷⁰⁹ Une partie de la doctrine reconnaît derrière ce mécanisme la possibilité de lever le caractère « fictif » de la destination du voyage, v. Ch. Elliott, « The doctrine of continuous voyage », *AJIL*, 1907, pp.61-104, p. 96 : « [T]he admitted principle is applied to facts as they are and not as they are made to appear to be. The doctrine does not rest upon a fiction; it looks beneath the fiction to the facts and if, as has been said, there is no place in international law for fictions, the doctrine should be accepted without further objection ». Aux antipodes de cette approche se trouve la conception de Paul Fauchille « la doctrine du voyage continu est en elle-même une véritable anomalie juridique. Infliger à un voyage entre deux ports neutres les conséquences pénales d'un voyage entre un port neutre et un port ennemi, sous prétexte que, parvenue au port neutre de destination, la cargaison sera réexpédiée dans un port ennemi, c'est de fait assimiler des voyages successifs à un voyage unique. La théorie repose ainsi sur une fiction de droit ». Fauchille, « La théorie du voyage continu en matière de contrebande de guerre », *op.cit.* p. 304. Pour une analyse v. Politakis, *Modern aspects of the laws, op.cit.*, p. 595.

En effet, aux termes du *Manuel of naval prize law* d'Angleterre, publié par l'amirauté anglaise en 1866, le sort des marchandises se trouve lié à la nature du voyage entrepris par le vaisseau qui est l'instrument de leur transport⁷¹⁰. Les marchandises de contrebande sont sujettes à capture en fonction de la destination des marchandises et des ports par lesquels passent les navires⁷¹¹. D'après cette conception, le sort des objets de contrebande était lié au parcours du navire⁷¹². Si la destination du navire est hostile, la destination des marchandises à bord doit être aussi considérée comme hostile.

256. La jurisprudence américaine a donné plusieurs fois, au cours de la guerre de Sécession, à cette pratique anglaise, une extension considérable, soit en matière de contrebande de guerre, soit en matière de blocus⁷¹³. Dans le cas de la contrebande, l'application de la continuité du voyage justifie la saisie de marchandises voyageant vers un port neutre, quand il y a des raisons de croire que ces marchandises vont être transférées à un autre belligérant⁷¹⁴.

⁷¹⁰ « La destination neutre du vaisseau exempte les marchandises de la capture, pourvu qu'elle soit incontestable, la moindre incertitude sur le caractère neutre des points de relâche en cours de route suffisant à rendre le transport illicite. À l'inverse la destination hostile du navire suffit à autoriser la capture des marchandises, sans qu'il y ait lieu pour le juge de la prise, de s'attarder au point de savoir si lesdites marchandises étaient ou paraissaient destinées à s'arrêter en deçà ou à aller au-delà des ports ennemis ou le navire devait aborder », Remy, *La théorie de la continuité du voyage en matière de blocus*, *op.cit.*, p. 17.

⁷¹¹ « [L] a destination hostile du navire est présumée et, le transport devenant illicite, les articles de contrebande sont confisqués. Pour que la destination soit neutre, le navire, au cours de son voyage, ne doit entrer que dans des ports neutres ; il est nécessaire que, non seulement le port où il doit achever son voyage, mais tous les ports intermédiaires auxquels il pourrait faire relâche soient neutres ; il faut, de plus, qu'en aucune partie de son voyage il ne doive se diriger vers les flottes ennemies à la mer. Si le port de destination ou un port intermédiaire de relâche est ennemi ou si, en cours de route, le vaisseau doit aborder la flotte ennemie en mer, sa destination est considérée comme hostile, le transport est illicite, et les marchandises de contrebande sont sujettes à capture ». Dupuis, *Le droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises*, *op.cit.*, p. 256

⁷¹² *Idem.*, p. 259 : « La théorie anglaise de la continuité du voyage suppose l'emploi du même navire dans les deux parties du trajet ; elle n'est, en somme, qu'une application de la théorie générale qui lie la destination des objets de contrebande de guerre à la destination du navire, et du principe qui rend cette destination hostile, dès que, parmi les ports auxquels doit aborder le navire, il en est un seul situé en pays ennemi ».

⁷¹³ V. p. ex. US Supreme Court, *The Bermuda*, 70 U.S. 3 Wall. 514 514 (1865) : « It makes no difference whether the destination to the rebel port was ulterior or direct; nor could the question of destination be affected by trans-shipment at Nassau, if trans-shipment was intended, for that could not break the continuity of transportation of the cargo. The interposition of a neutral port between neutral departure and belligerent destination has always been a favorite resort of contraband carriers and blockade-runners. But it never avails them when the ultimate destination is ascertained. A transportation from one point to another remains continuous, so long as intent remains unchanged, no matter what stoppages or trans-shipments intervene... Successive voyages, connected by a common plan and a common object form a plural unit. They are links of the same chain, each identical in description with each other, and each essential to the continuous whole. The ships are planks of the same bridge, all of the same kind and all necessary to the convenient passage of persons and property from one end to the other ». Pour l'analyse de cette affaire v. Twiss, « La théorie de la continuité du voyage appliquée à la contrebande de guerre et aux blocus », *op.cit.*, p. 23.

⁷¹⁴ De Boeck, *De la propriété privée ennemi sous pavillon ennemi*, *op.cit.*, p. 681 : « D'après la doctrine appliquée à plusieurs reprises par les tribunaux de prises des États-Unis pendant la guerre de la Sécession, les articles de contrebande de guerre que le belligérant peut prouver (à l'aide de preuves aussi élastiques que possible) être destinés à l'usage de l'ennemi, une cargaison quelconque qu'il peut prouver être destinée à un port bloqué, sont de bonne prise, quoique le navire sur lequel on les trouve ne doive les conduire que jusqu'à un port neutre, par cela seul que leur destination finale, à laquelle les fera parvenir un autre navire, est, pour le cas de contrebande de guerre, un port ennemi quelconque, et, pour le cas de blocus, un port bloqué : en d'autres termes, ils ont adapté, en l'aggravant, la théorie de la continuité du voyage à la matière du blocus et à celle de la contrebande de guerre ». V. p. ex. l'affaire du navire Springbok, barque anglaise expédiée de Londres à destination de l'île de Nassau. US Supreme Court, *The Springbok*, 72 U.S. 1 (1866). Il partit le 2 décembre 1862 de Londres avec un chargement mixte, dont une partie insignifiante avait le caractère de contrebande de guerre. Après sa capture par un navire de guerre des États-Unis, la Cour de district de New-York s'est

257. La doctrine du voyage continu a été critiquée par la Commission des prises maritimes de l'institut de droit international en 1882⁷¹⁵. L'institut de droit international, dans son règlement sur la contrebande de guerre en 1896, n'a pas approuvé l'usage conséquent des présomptions par les belligérants. Certains indices étaient en mesure de dévoiler un comportement frauduleux de la part d'un neutre qui pouvait avoir comme effet la confiscation du navire et des cargaisons transportées⁷¹⁶. Malgré cette hésitation d'approbation de la part de la doctrine, la théorie a connu une extension significative en 1896 à l'occasion de la guerre italo-éthiopienne. La Commission des prises italienne s'est penchée à de nombreuses reprises sur cette théorie pour saisir la cargaison transportée par des navires neutres⁷¹⁷. La question

prononcée sur le sort du navire en tant que prise légitime de guerre. « Que le dit navire, au moment de sa capture en mer, était sciemment chargé en tout ou en partie d'articles de contrebande de guerre, avec l'intention de livrer ces articles à l'aide et à l'usage de l'ennemi ; que la destination réelle du dit navire et du chargement n'était pas Nassau, port neutre, ni l'objet véritable de faire du trafic et du commerce ; mais que cette destination était quelque port légitimement bloqué par les forces de États-Unis ; que l'intention du navire était de violer ce blocus ; et que de plus le papiers dudit navire étaient simulés et faux », pour une analyse v. Twiss *La théorie de la continuité du voyage, op. cit.*, p. 19. Selon l'opinion du juge Chase, les voyages successifs faisaient partie d'une chaîne indivisible.

⁷¹⁵ Proposition de résolution de F. von Martens : « L'Institut de Droit international émet le vœu que les puissances maritimes fassent des représentations sérieuses, mais amicales, auprès du gouvernement des États-Unis d'Amérique, qui a toujours été le défenseur zélé des droits des neutres sur mer, afin d'obtenir le désaveu par le gouvernement de la théorie des voyages continus, sur laquelle repose le jugement prononcé contre la cargaison du Springbok, jugement subversif des droits des neutres sur mer et dangereux comme précédent ». p. 101, Institut de droit international, Troisième Commission, droit matériel et formel en matière de prises maritimes, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1882-1883, p. 100 et s. L'Institut a émis un avis selon lequel, « la théorie de la continuité du voyage, telle qu'elle a été admise par la Cour suprême des États — Unis d'Amérique, lorsqu'elle a déclaré de bonne prise le chargement du navire le Springbok (1867), est en opposition avec une règle reconnue par le droit coutumier de la guerre maritime, suivant laquelle la propriété neutre sur bâtiment portant pavillon neutre et expédiée d'un port neutre vers un autre port neutre, n'est pas sujette à confiscation ni à saisie par un belligérant comme prise légitime de guerre [...] elle doit être considérée comme une atteinte grave aux droits des nations neutres, puisqu'il en résulterait que la destination d'un bâtiment neutre à un port non ennemi ne suffirait plus pour empêcher de saisir les marchandises non contrebande de guerre qui s'y trouvent ; Qu'il en résulterait en outre, quant au blocus, que tout port neutre auquel aurait été expédié un chargement neutre, à bord d'un navire neutre, deviendrait un port bloqué par interprétation, dès qu'il y aurait des motifs de soupçonner que le chargement, après son débarquement en port neutre, pourrait être ultérieurement rechargé sur un autre bâtiment, et expédié vers un port réellement bloqué. [...] Il est très désirable que le gouvernement des États-Unis d'Amérique, lequel a été le promoteur zélé de plusieurs améliorations apportées aux règles de la guerre maritime dans l'intérêt des neutres, saisisse la première occasion pour proclamer, dans telle forme qu'il jugera convenable, qu'il n'a pas l'intention d'accepter et de consacrer la théorie ci-dessus formulée comme élément de sa doctrine juridique sur les prises maritimes, et pour déclarer qu'il désire que la condamnation du chargement du Springbok ne soit pas adoptée par ces tribunaux comme précédent de jurisprudence et comme règle de leurs décisions pour l'avenir ». Consultation de Arntz, Asser et al., « Principes appliqués par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire du Springbok », pp. 328-332, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1882, p. 330-331.

⁷¹⁶ « La destination vers l'ennemi, aux termes de l'article 1er, par 2, de son règlement, est présumée lorsque le transport va à l'un de ses ports, ou bien à un port neutre qui, d'après des preuves évidentes et de fait incontestables, n'est qu'une étape pour l'ennemi, comme but final de la même opération commerciale ». Huitième Commission d'étude, Réglementation internationale de la contrebande de guerre, pp. 203 — 232, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 15, 1896, p. 230.

⁷¹⁷ V. p. ex. La célèbre affaire du navire hollandaise *Doelwijk*, dont la destination était le port français de Djibouti. La saisie a été justifiée par le soupçon que les biens allaient être transportés postérieurement par la voie terrestre à l'État belligérant d'Éthiopie. Pour une appréciation critique de l'arrêt v. G. Diena, « Le jugement du Conseil des prises d'Italie dans l'affaire du *Doelwijk* », *Journal du droit international privé*, 1897, pp.268-296, p.285 : « Voici en quoi consistaient les raisons qui, suivant moi, s'opposaient à la répression de la contrebande de guerre pratiquée avec l'Abyssinie. C'est un principe généralement admis que les marchandises, même celles qui peuvent servir directement à la guerre, ne doivent pas être considérées comme contrebande si elles ne sont pas destinées à l'ennemi. Comme l'Abyssinie ne possède aucun territoire touchant à la mer, il était peu probable que les papiers de bord des navires, chargés de munitions de guerre et soumis à la visite, indiqueraient que ces marchandises étaient destinées au Négus ; il était vraisemblable, au contraire,

semblait plus compliquée, quand le pays ennemi n'était pas un pays maritime et que par conséquent la contrebande de guerre devait être dirigée vers le port d'un pays neutre voisin, pour être, par la suite, expédiée vers le pays ennemi par la voie de terre⁷¹⁸.

258. L'interrogation autour de la doctrine du voyage continu n'a pas cessé lors des travaux de la Conférence de Londres, tenue de 1908 jusqu'à 1909, et aboutissant à la Déclaration de 1909. La conférence a abouti à un compromis qui prévoyait que la doctrine du voyage continu n'était susceptible de s'appliquer que pour les cas de la contrebande absolue⁷¹⁹. Quant à la contrebande conditionnelle, si elle devait être débarquée dans un port ennemi ou si le trajet suivi ne correspondait pas à celui annoncé dans les papiers à bord, elle était saisissable⁷²⁰. En revanche, à partir du moment où la marchandise était documentée pour être débarquée dans un port neutre, elle ne pouvait pas constituer de la contrebande. Par conséquent, on ne cherchait pas, si, de ce port neutre, la marchandise allait être expédiée à l'ennemi par mer ou par terre.

259. L'abandon de la théorie du voyage continu pour les articles de contrebande conditionnelle constituait un compromis de la part de la Grande-Bretagne, traditionnellement favorable à une interprétation extensive de la pratique du voyage continu, et des États voulant abolir de manière globale cette théorie qui justifiait la capture et la confiscation de navires et de marchandises⁷²¹. Toutefois, lors de la Première Guerre mondiale, la distinction, entre la

que ces papiers mentionneraient comme lieu de destination un territoire possédé ou protégé par un État neutre ; or, d'après l'art. 215 du Code pour la marine marchande, il est nécessaire, pour qu'on puisse réprimer des faits de contrebande, que non seulement les marchandises soient prohibées, mais aussi que le navire qui les transporte se dirige vers un pays ennemi ». L'auteur rejette la théorie du voyage continu qui selon lui donne lieu à de grands abus. Il précise que cette théorie doit *a fortiori* être écartée « dans les cas où le voyage subséquent des marchandises de contrebande doit e faire par voie de terre, puisque le belligérant n'a la faculté de réprimer la contrebande de guerre que lorsque son transport s'effectue par voie de mer ».

⁷¹⁸ Pour la présentation du débat et la défense de la thèse de non-application de la théorie du voyage continu dans une telle hypothèse v. *RGDIP*, 1900, Chronique des faits internationaux, pp. 810-811 : « Entre deux pays maritimes, la situation est égale au point de vue de la répression de la contrebande, ou du moins l'inégalité n'existe entre eux que par suite de la différence possible de leurs forces sur mer ; tandis que, en cas de guerre entre un pays maritime et un autre qui ne l'est pas, si l'on autorise la saisie de la contrebande dirigée vers un pays neutre qui sépare ce dernier de la mer, on ne maintient la possibilité de la saisie que pour les pays maritimes tandis qu'elle est impossible pour l'autre. Même en écartant la théorie du voyage continu en pareil cas, il n'en restera pas moins que le pays non maritime souffrira d'une inégalité fâcheuse, soit parce que les transports par terre sont plus onéreux et parfois plus longs, soit parce qu'il se heurtera souvent au mauvais vouloir ou aux scrupules des pays neutres dont le territoire le sépare de la mer et qui pourront entraver le passage à leur frontière des objets de contrebande : du moins cette inégalité vient-elle d'un fait inéluctable, de la situation topographique du belligérant, et il est inadmissible qu'on l'aggrave par une prétendue fiction juridique, la continuité de voyage qui aboutit à une véritable injustice ». V. l'art. 36 de la Déclaration de Londres qui porte sur ce sujet.

⁷¹⁹ Article 30 : « Les articles de contrebande absolue sont saisissables, s'il est établi qu'ils sont destinés au territoire de l'ennemi ou à un territoire occupé par lui ou à ses forces armées. Peu importe que le transport de ces objets se fasse directement ou exige, soit un transbordement, soit un trajet par terre ».

⁷²⁰ Article 35 : « Les articles de contrebande conditionnelle ne sont saisissables que sur le navire qui fait route vers le territoire de l'ennemi ou vers un territoire occupé par lui ou vers ses forces armées et qui ne doit pas les décharger dans un port intermédiaire neutre. Les papiers de bord font preuve complète de l'itinéraire du navire ainsi que du lieu de déchargements des marchandises, à moins que ce navire soit rencontré ayant manifestement dévié de la route qu'il devrait suivre d'après ses papiers de bord et sans pouvoir justifier d'une cause suffisante de cette déviation ».

⁷²¹ V. l'argumentation anglaise par Sir E. Grey sur l'importance de préserver la doctrine du voyage continu pour la contrebande absolue, dans R. De la Hautière, *Conférence navale de Londres, 4 décembre 1908-26 février 1909* :

contrebande absolue et la contrebande conditionnelle, n'a pas été respectée par les parties belligérantes⁷²². Cela a eu comme effet l'invocation constante de la théorie du voyage continu par la jurisprudence des tribunaux de prises britanniques. Il a été admis qu'il incombe au juge de déterminer si la destination neutre est simplement d'apparence et si derrière celle-ci se cache un port ennemi⁷²³. Le raisonnement du juge se fondait sur la thèse de l'assimilation d'un port neutre à un port ennemi. Des navires ayant comme destination un port neutre étaient ainsi susceptibles de faire l'objet des mesures de prise, comme s'il s'agissait des navires destinés à des ports ennemis⁷²⁴.

260. À la lumière de la pratique des belligérants durant les guerres mondiales, il paraît que des parties entières du droit des prises ont été négligées⁷²⁵. Les circonstances d'une guerre sans

contrebande de guerre et assistance hostile, Cadoret, Bordeaux, 1910, viii-235 p., pp.135-136 : « Nous avons insisté sur ce point, qu'interdire toute interférence dans le commerce des armes et autres articles de contrebande absolue transportés par les neutres, lorsque les connaissements seraient ostensiblement pour les ports neutres, quoique clairement (et peut-être ouvertement) leur destination dernière fût hostile, serait établir une règle qui, à cause de son non-sens, serait presque certainement négligée par un belligérant irrité ; ce qui pourrait plus ou moins exposer le gouvernement neutre, dont les sujets réclameraient le droit à un tel trafic, à tous les risques de remontrances diplomatiques et de représailles de la part d'un belligérant puissant et agrandir ainsi le champ de la guerre. Ces objections n'ont pas semblé s'appliquer avec une force égale au commerce de la contrebande conditionnelle ». V. aussi l'exposé du délégué des États-Unis défendant l'application de la théorie en cas de contrebande absolue, *Miscellaneous*, v. 5, Annexe n. 102, *op. cit.*, p.284-285 : « Notre gouvernement, ayant abandonné l'application de la doctrine du voyage continu dans toutes ses formes, sauf pour le transport de la contrebande absolue, ne saurait consentir, en ce qui concerne la contrebande absolue, à restreindre la portée de cette doctrine ou à donner à son expression une forme plus atténuée. Par conséquent, il est, d'après lui, inadmissible, vu cette restriction de la doctrine du voyage continu à la contrebande absolue, que l'on ajoute une règle, d'après laquelle, en tout cas d'application du voyage continu à l'égard de la contrebande absolue, la destination du navire et du chargement serait présumée innocente si la contrebande absolue doit être débarquée dans un port neutre. D'après la nature même de cette doctrine du voyage continu que nous avons maintenu et que nous maintenons, il faut avoir la faculté d'arrêter devant le port neutre un navire qui s'y dirige, soit comme destination finale, soit pour y faire escale ».

⁷²² Dans l'*order* du 29 octobre 1914 l'application de la règle du voyage continu a été étendue à la contrebande conditionnelle. *Order* du 30 mars 1916 la distinction a perdu toute importance : « so long as these exceptional conditions continue our belligerent rights with respect to the two kinds of contraband are the same and our treatment of them must be identical », 10 *AJIL*, 1916, sp. Supp. .52. Des décrets similaires ont été dictés en France, en Russie et en Allemagne à titre des représailles. V. 9 *AJIL* 1915, Supp. P. 26, 35,45. Cités par Politakis, *Modern aspects*, *op. cit.*, pp. 600-601.

⁷²³V. l'arrêt britannique de référence concernant le navire *Kim*, *British prize court in 1915*, *British and colonial prize cases*, vol. I 1914-1915, p. 439. En l'occurrence, il a été conclu que les cargaisons n'étaient pas en route vers le Danemark pour être incorporées dans le stock commun de ce pays par la consommation ou la vente. Au contraire, elles étaient en route non seulement vers le territoire allemand, mais plus précisément leur destination finale était le gouvernement allemand et ses forces armées pour un usage naval et militaire. V. aussi l'arrêt relative au navire *Baron Stjernblad*, (1917), dans A. W. Grant, *British and colonial Prize cases*, vol. III, 1917-1922, p. 20. L'arrêt concernait l'identification des pratiques abusives qui s'expliquent par le dépassement de la portion des marchandises qui théoriquement serait acheminée vers le port neutre. Le dépassement du *rationing system* constituait la preuve d'acheminement de ces biens aux ports ennemis. Les juridictions de prises adoptèrent une jurisprudence favorable à la confiscation des articles de contrebande conditionnelle lorsqu'il apparaissait qu'elles n'étaient pas destinées à être « incorporées dans le stock commun du pays neutre » destinataire apparent, les besoins normaux de celui-ci étant satisfaits. Cassin, *L'évolution des conditions juridiques de la guerre économique*, *op.cit.*, p. 497.

⁷²⁴ V. p. ex. L'arrêt du Conseil des prises du 19 février 1915 concernant le paquebot hollandais *Nieuw Amsterdam*, *RGDIP* 1915, *Jurisprudence*, pp. 13-16. En l'espèce, les ports hollandais, des ports neutres, ont été assimilés à des ports allemands, des ports ennemis, étant donné qu'en vertu de la convention pour la navigation du Rhin du 17 octobre 1868, les marchandises chargées à bord des navires qui y touchent peuvent transiter librement sur le Rhin et être acheminées sur le territoire ennemi.

⁷²⁵ Les auteurs allemands adressent des critiques féroces à la Grande-Bretagne l'accusant de vouloir changer de manière radicale le droit des prises maritimes. « La destruction (*Abschaffung*) du droit des prises maritimes réside surtout dans le fait que les intérêts des neutres ne sont plus respectés. Bruns dans son commentaire sur la guerre économique britannique

outrance semblent avoir obligé les États à revenir sur des pratiques qui n'étaient pas conformes aux règles de la Déclaration de 1909⁷²⁶. Les pratiques maritimes belligérantes de la Première Guerre mondiale ont fait l'objet de discussions doctrinales aussi dans la période de l'entre-deux-guerres⁷²⁷. Des arguments avancés présentant des similitudes avec la théorie réclamant la force normative du factuel montrent le caractère évolutif d'un domaine de droit, sujet à des modifications constantes du fait de l'évolution permanente des techniques de guerre maritime⁷²⁸. Pendant les Guerres mondiales, les cours de prises ont étendu les droits des belligérants de capture de la propriété privée en mer par une présomption extensive de la destination ennemie, par invocation et usage de la doctrine du voyage continu ainsi que par l'abolition de toute différence entre contrebande relative et absolue⁷²⁹. Les Deux Guerres mondiales du vingtième siècle, en tant que « guerres totales », ont gravement perturbé le compromis entre les intérêts des belligérants et des neutres qui était reflété dans le droit de la neutralité⁷³⁰. Cette perturbation s'est cristallisée dans le recours au blocus à distance, dans la

entrepris la défense du droit des prises maritimes qui a été conçu comme moyen de défense contre la guerre de commerce sans scrupule menée par les britanniques, "comme défense contre la guerre commerciale sans frein (*hemmunglosen Haldelskrieg*) menée par les Britanniques". V. Bruns, *Der britische Wirtschaftskrieg und das geltende Seekriegsrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlin, Carl Heymann, 1940, 103 p., p. 109.

⁷²⁶ V. la note adressée par le Gouvernement britannique aux représentants des pays neutres, Parliamentary papers 1916, citée par V. Ritter — Döring, *Zwischen Normierung und Rüstungswetlauf, die Entwicklung des Seekriegsrechts, 1856 — 1914*, Baden-Baden, Nomos, 2014, xvi-240 p., p.321 : « The rules laid down in the Declaration of London could not stand the strain imposed by the test of rapidly changing conditions and tendencies which could not have been foreseen. The Allied Governments were forced to recognize the situation thus created, and to adapt the rules of the Declaration from time to time to meet these changing conditions. These successive modifications may perhaps have exposed the purpose of the Allies to misconstruction; they have therefore come to the conclusion that they must confine themselves simply to applying the historic and admitted rules of the law of nations ».

⁷²⁷ Sur la doctrine anglo-américaine v. C. Colombos, *A treatise on the law of prize*, London, Longmans, 1949, xiii-421 p., p. 425. H. Lauterpacht, « The problem of Revision of the law of war », *British yearbook of international law*, 1952, pp. 360-382, p. 377. Plusieurs représentants de la doctrine allemande ont souligné l'incompatibilité entre les règles relatives à la guerre maritime et l'évolution technique. V. Gladisch, « Seekrieg und Seekriegsrecht », pp. 11-26, dans Gladisch W., B. Widmann (éd.), *Grundfragen des Seekriegsrechts im Zweiten Weltkrieg*, Berlin, Mittler & Sohn, 1944, 174 p., pp.11-27, p.12 et s.

⁷²⁸ Sur la force normative du factuel v. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Darmstadt, 1959, lix-837 p., p.342. Sur cette appréhension évolutive du droit v. le passage du juge Lord Stowell auprès du tribunal des prises maritimes dans l'affaire, Atlanta. « All law is resolvable into general principles. The cases which may arise under new combinations of circumstances, leading to an extended application of principles, ancient and recognized by just corollaries may be infinite; but so long as the continuity of the original and established principles is preserved pure and unbroken, the practice is not new, nor is it justly chargeable with being an innovation on the ancient law, when, in fact the Court does nothing more than apply the old principles to new circumstances », 6 Rob. 440, 458, cité par G. Wilson, « The modernization of international law », *The American political science review*, 1925, pp.268-276, p.270. Pour une justification des pratiques belligérantes pendant la Première Guerre mondiale v. le passage de l'opinion du juge Samuel Evans, dans le cas de l'affaire *Leonora*. « In the application of the principle, the boundary of law of nations has been extended from time to adapt itself to new and everchanging conditions. This law must from its nature have room for expansion ». *Lloyd's Reports*, Bd, 7, p. 262, passage cité par Steinicke, *Das Navicertsystem*, tome 2, *op.cit.*, p. 240.

⁷²⁹ McDougal M., Feliciano Fl., *Law and minimum world public order...*, *op. cit.*, p. 596 « [R]ecent practice in the matter of contraband and enemy export control, and the emergence of a principle of ultimate enemy origin, have resulted in quiet demise of the "freeships free goods" rule" ».

⁷³⁰ « L'infériorité de la condition juridique de l'État neutre a été non seulement confirmée mais encore aggravée lors des deux guerres mondiales. Les nouvelles limitations des droits neutres s'insèrent dans le mécanisme général de la guerre totale. [...] Sur le plan économique, chaque belligérant s'efforce de détruire et de désorganiser l'économie de l'ennemi ; or, c'est le commerce des neutres avec les belligérants, déjà restreint en droit classique, qui est désormais gravement

proclamation des zones d'exclusion totale, l'élaboration des listes globales de contrebande, l'abolition de la distinction entre la contrebande absolue et conditionnelle et le recours à la pratique du navicert et des listes noires. Toutefois, il faut rappeler que ces mesures ont été justifiées en tant qu'actes de représailles adoptés par un belligérant, à la suite d'une violation grave du droit de la guerre par le belligérant ennemi déjà survenue. Néanmoins, la particularité de ces représailles réside dans le fait qu'elles ont été dirigées contre des navires des ressortissants d'États tiers, à savoir d'États neutres. Ces États neutres n'avaient aucun rapport avec l'acte initial, prétendument illicite et imputable à l'adversaire, qui rendait éventuellement légitime le recours aux représailles⁷³¹.

Conclusion du chapitre

261. L'objectif du chapitre était de présenter la spécificité des règles portant sur les biens privés en guerre maritime. Les navires de commerce et les marchandises transportées relèvent de cette catégorie juridique. Contrairement à la tradition de la guerre sur terre, imprégnée par le principe d'inviolabilité de la propriété privée, la guerre maritime accorde une importance centrale au commerce privé, censé être une source de richesses considérable pour les belligérants. À l'aune de cette justification, des États belligérants font usage des droits des belligérants exercés sur des biens privés, à savoir des navires de commerce et de cargaisons transportées. Les biens ennemis font l'objet de plusieurs mesures de contrainte économique, dont la principale est la saisie à titre de prises de guerre. Même le ciblage des navires de commerce à titre d'objectifs militaires est justifiable par référence à des considérations économiques. Ces droits des belligérants se fondent sur l'attribution explicite du caractère ennemi. Cette qualification est opérée en vertu de plusieurs critères. La notion de biens privés ennemis en guerre maritime acquiert un contenu bien précis qui reflète les particularités de ce type de guerre. L'attribution du caractère ennemi risque de compromettre le statut de neutres dans le commerce entrepris sur l'espace maritime. Le caractère ennemi et le caractère neutre sont des notions mutuellement exclusives. Un navire de commerce ne pourrait pas avoir en même temps le caractère ennemi et neutre. La même chose vaut pour les cargaisons

compromis par cette guerre économique en raison de la double extension quasi illimitée de la liste de contrebande de guerre et des zones de blocus ». M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, p. 1352.

⁷³¹ Pour la défense du point de vue en vertu duquel la règle de prohibition, de violation des droits des États neutres, suite à des mesures de représailles, faisait partie du droit de l'époque des deux guerres mondiales v. A. Pearce-Higgins, « Retaliation in Naval Warfare », *British yearbook of international law*, 1927, pp.129–146, not. pp. 136-140. Selon la conception du droit international contemporain les contre-mesures ne doivent être dirigées que contre l'État auteur d'une violation du droit ; en revanche, les contre-mesures sont irrecevables contre des États tiers v. L'article 49 (1) des articles du projet de la Commission du droit international de 2001.

transportées. Par conséquent, toute qualification d'ennemi est concurrencée par la qualification de neutre. L'objectif des belligérants serait ainsi de multiplier les hypothèses d'attribution du caractère ennemi aux dépens du commerce neutre pour atteindre l'isolation commerciale et économique complète de leurs adversaires. L'objectif est ainsi l'assimilation du commerce neutre au commerce ennemi. Cet objectif est poursuivi par le biais des institutions visant de manière directe les navires de commerce neutres ou les marchandises neutres et grâce à une série de présomptions dont l'invocation aurait comme effet d'étendre le caractère ennemi à des biens *a priori* neutres.

Conclusion du 1^{er} titre

262. L'objectif du chapitre était d'identifier les droits des belligérants exercés sur les biens des civils ennemis par des États impliqués dans une guerre au sens formel du terme. Durant cette période, les États belligérants mettaient en place un régime discriminatoire, préjudiciable aux droits et intérêts de nature économique des ressortissants de l'adversaire. Un seul rattachement formel ou substantiel, permettant l'attribution du caractère ennemi, était jugé suffisant pour l'imposition de ce régime. Le degré d'ingérence dans la propriété privée différait en fonction du théâtre de la guerre. En effet, deux traditions distinctes d'ingérence dans les biens privés s'observent : des règles conférant des prérogatives restrictives aux belligérants, leur permettant de porter atteinte aux biens des civils en guerre sur terre, s'opposaient à celles octroyant des prérogatives étendues d'atteinte aux biens privés en guerre maritime. Les considérations du premier titre renvoient à un régime juridique et à sa mise en œuvre, lors d'une période pendant laquelle, la possibilité du recours à la force armée était, de manière générale, reconnue comme licite. Les États, titulaires du droit de recourir à la guerre, revendiquaient des compétences de contrôle, voire de saisie définitive, des biens des ressortissants ennemis. Il faut s'interroger sur l'évolution de ces compétences à la lumière de l'interdiction du recours à la force après 1945 et l'éventuelle interdiction formelle de la guerre en tant qu'outil de résolution de différends. L'étude s'oriente vers les règles et les pratiques en matière de biens appartenant à des civils, dans des situations de conflit qui ne sont pas qualifiées de guerre au sens formel.

Titre 2 – Les droits des belligérants exercés sur les biens privés ennemis en dehors du cadre de la guerre au sens formel

263. L'état formel de guerre offre le cadre juridique dans lequel s'inscrit une série de mesures affectant les biens privés des ressortissants du pays adverse. Les règles relatives au statut personnel et patrimonial des ressortissants de l'État adverse relevaient jadis du droit de la guerre reconnue comme institution juridique. Aujourd'hui le droit de la guerre est remplacé par le droit humanitaire. Ce changement terminologique témoigne du fait que la guerre n'est plus considérée comme institution reconnue par le droit international mais comme un « fait » qui doit être règlementé. De cette affirmation, se dresse le constat que des droits des belligérants ne peuvent pas en découler⁷³². La thèse de la désuétude des droits/pouvoirs des belligérants se fonde sur la finalité de préservation de la sécurité collective d'après la Charte de l'ONU. À la lumière de cette finalité et de son apport principal, à savoir l'émergence des règles relevant du *jus contra bellum*, il faut s'interroger sur l'applicabilité des lois de la guerre et de la neutralité en cas de conflit armé, terme technique désormais utilisé pour toute référence à des hostilités⁷³³. L'interdiction du recours à la force en vertu du *jus contra bellum* aurait des répercussions sur les prérogatives revendiquées par les belligérants, conformément au *jus in bello*⁷³⁴. Étant donné que la guerre n'est pas, comme phénomène, identique au conflit armé, les cadres respectifs de prérogatives ou de pouvoirs exercés par les belligérants diffèrent. En effet, les pouvoirs des belligérants exercés lors d'un conflit armé sont plus restreints, puisqu'ils doivent être conformes aux principes de nécessité et de proportionnalité. Ce cadre normatif restrictif aurait des conséquences sur la possibilité de recourir aux droits dont se réclamaient jadis les belligérants.

264. La question qui se pose est celle de la compatibilité des pratiques belligérantes visant le statut personnel et patrimonial des ressortissants de l'adversaire avec les prémisses et principes

⁷³² « The notion that the *jus in bello* leaves states and individuals free to act in a particular way without giving them a "right" to do so is one aspect of a fundamental principle of that law. That principle is that war (or armed conflict) is not an institution established by international law but a fact which the law has always recognized and attempted to contain ». C. Greenwood, « The relationship between *ius ad bellum* and *ius in bello* », *Review of international studies*, 1983, pp.221-234, p. 228.

⁷³³ V. sur la pertinence de l'institution de la neutralité entre autres D. Schindler, *Aspects contemporains de la neutralité*, RCADI, Recueil des cours, t. 121, 1967, pp. 221-321, pp. 248-249. Kunz affirmait que la neutralité après la fin de la Seconde Guerre mondiale constituait « l'une des parties les plus incertaines du droit international ». J. Kunz, « The laws of war », *AJIL*, 1956, vol. 50, pp. 313-337, p. 326-327. Sur importance de la doctrine de neutrality v. C. Antonopoulos, *Non-participation in armed conflict... op. cit.*, p.5 : « The law of neutrality appears to constitute a micrograph of the entire international law with respect to all the jurisprudential issues that surround this area of the law: its emergence as a practical necessity; its existence without firm doctrinal or theoretical foundations; the role of power in shaping the law; and the significance of breach to the continuing validity of legal rules ».

⁷³⁴ G. Schwartzenberger dans son ouvrage *International law as applied by international courts and tribunals*. Volume 2, *The law of armed conflict*, London, Stevens & sons, 1968, lvi-881 p., p.128 emploie le terme « discretionary power of belligerent state s », tandis que Y. Dinstein, *The conduct of hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2010, v-320 p., p. 4 fait usage du terme « freedom of action of belligerent Parties ».

du droit humanitaire, comme celui-ci a émergé au lendemain de la Deuxième guerre mondiale avec les Conventions de Genève de 1949 et les protocoles de 1977 (Chapitre I). La question est également pertinente pour les cas de conflits latents. Le terme conflit latent pourrait renvoyer à des cas d'exercice de contrainte économique sur un État ciblé dans le cadre des sanctions imposées par une organisation internationale ou des contre-mesures. Des mécanismes présentant des similitudes apparentes avec l'arsenal normatif auquel ont recours des États en cas de conflits armés pourraient être mis en œuvre. En vertu de ces actes de contrainte économique, les biens privés des ressortissants des pays ciblés risquent d'être atteints. Même si la qualification d'ennemi fait défaut, le mécanisme employé pourrait être identique à celui comprenant des mesures fondées sur le caractère ennemi en temps de guerre au sens formel. Il faut ainsi s'interroger sur la distinction entre les mesures prises lors d'éclatement d'une guerre au sens formel du terme ou même à l'occasion du déclenchement d'un conflit armé, et les mesures de caractère économique prises en temps de paix, visant de manière indirecte l'État ciblé et de manière directe les biens de ses ressortissants (Chapitre II).

Chapitre 1. L'encadrement des pouvoirs des belligérants exercés sur les biens privés ennemis dans le cadre de conflits armés

265. Le principe d'interdiction du recours à la force armée impose des changements du comportement des parties belligérantes. L'influence principale exercée par la Charte concerne l'importance octroyée à la condition de proportionnalité qui doit régir tout recours à la force armée par des États, justifié par l'invocation du droit à la légitime défense. La proportionnalité ne régît, toutefois, pas de manière exclusive la seule décision de recours à la force armée. L'interrogation émerge quant à l'applicabilité du critère de proportionnalité aux actions menées par les belligérants après le déclenchement du conflit armé, à la suite de l'invocation de la légitime défense par une des parties belligérantes⁷³⁵. Dorénavant, les conditions de nécessité et de proportionnalité semblent régir toutes les manifestations du comportement d'un État impliqué dans un conflit armé⁷³⁶. Les mêmes conditions doivent régir la réponse initiale à l'agression armée menée par un belligérant⁷³⁷. Il apparaît que le principe de proportionnalité ne s'applique pas, de manière exclusive, sur la décision de déclenchement d'une réponse militaire par un État se considérant victime d'une agression armée⁷³⁸. Par conséquent, le principe de

⁷³⁵ V. Opinion de Dinstein, « Whether a war of self-defence is conducted as a counter-war or in response to an isolated armed attack, once it is legitimately started, it can be fought to the finish (despite any lack of proportionality) ». *Idem*, p.217-218. L. Oppenheim, *International law: a treatise*, vol. II, *War and neutrality*, London, Longmans, 1921, xlv-671 p., p.225 : « Apart from specific treaty obligations, no moral or legal duty exists for a belligerent to stop the war when his opponent is ready to concede the object for which war was made ».

⁷³⁶ V. p. ex. Chr. Greenwood « Self-defence and the conduct of international armed conflict », pp.273-288 p. 274, dans Dinstein (éd.), *International law at a time of perplexity, essays in honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989, xxxiii-1056 p. La même position est défendue par N. Ronzitti, « The crisis of the traditional law regulating international armed conflicts at sea and the need for its revision », pp.1-59, dans Ronzitti N. (éd), *The law of naval warfare : A Collection of Agreements and Documents With Commentaries*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, p. 4.

⁷³⁷ Comment n.5 de. Green L.C., au rapport W. Heintschel von Heinegg, « Visit, search, diversion and capture, conditions of applicability », pp. 1 — 92 dans W. Heintschel von Heinegg (éd.), *Visit, search, diversion and capture: the effect of the United Nations on the law of naval warfare*, Round-table, Bergen 1991, Brockmeyer, 1995, 210 p., pp.105-108, p.108 : « As regards the general impact of the Charter upon the law of armed conflict, it must be remembered that the Charter is *lex generalis*, while the law of armed conflict is *lex specialis*. Also, the purpose of the Charter is to preserve or restore peace, it was not intended to regulate the conduct of the parties during a conflict, even if the Security Council is a party to that conflict. For this reason, I would argue that the issue of “proportionality” has nothing to do with the Charter once hostilities have commenced. This is part of the law of armed conflict. The sole significance of the doctrine of “proportionality in relation to Article 51 is in assessing whether the initial action taken in response to the act of aggression under the plea of self-defence was in fact proportionate ».

⁷³⁸ « [T]he limits inherent in the requirement of proportionality are clearly meaningless where the armed attack and the likewise armed resistance to it lead to a state of war between the two countries », R. Ago, « Huitième rapport sur la responsabilité internationale — le fait international illicite de l'État, source de la responsabilité (suite), rapporteur spécial », doc. A/CN.4/318 and Add.1&4, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1979, vol. II, pp. 3-70, p.70. V. aussi Dinstein : « War as a measure of self-defence is legitimate, in response to an armed attack short of war, only if vindicated by the critical character of the attack [...] Only when it is established (upon shifting the factual evidence) that the original armed attack was serious enough, is the victim State free to launch war ». Y. Dinstein, *War, aggression and self-defence*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1988, xxxiv-405 p., p.283.

proportionnalité doit aussi régir toute action postérieure relevant du *jus in bello* menée par un État invoquant son droit à la légitime défense⁷³⁹.

266. Il faut s'interroger sur la conformité des prérogatives étatiques, auxquelles ont recours les États en situation de guerre, avec les règles relevant du droit humanitaire contemporain en matière de gestion des biens privés. Si la protection des biens privés semble être assurée grâce au principe de distinction des biens civils par rapport aux objectifs militaires, des pratiques récurrentes mettent en doute l'effectivité de cette règle (Section I). Dans le cadre des hostilités en mer, l'interrogation porte sur la compatibilité entre les droits des belligérants traditionnels d'inspection, de visite et de saisie des navires de commerce avec l'interdiction du recours à la force armée selon la Charte de l'ONU⁷⁴⁰. Il a toujours été défendu par la doctrine que le recours à ces droits visant les biens de l'ennemi ou des neutres présupposait l'établissement formel de l'état de guerre⁷⁴¹. Il faut se demander si cet ensemble de règles régissant les conflits maritimes serait applicable lors des conflits armés non qualifiés de guerres au sens formel du terme. Cela renvoie à une réflexion relative à la désuétude de l'institution de guerre dans l'ordre juridique international institué par les Nations Unies après 1945 (Section II).

⁷³⁹ Chr. Greenwood, « The effects of the United Nations Charter on the law of naval warfare », pp. 133-176, dans W. Heintschel von Heinegg (éd.), *Visit, search, diversion and capture, op. cit.*, pp. 150-151 : « That is not to say that the scale of the conflict is irrelevant. It is self-evident that the larger the scale of the hostilities, the easier it will be for a State to show that its actions are proportionate to the threat which it has to meet. In that sense, the characterization of a situation as war has a factual significance in that it makes it easier to regard the proportionality test as satisfied. It should not, however, be regarded as rendering the proportionality test altogether inapplicable as a matter of law. [...] [A]n evaluation of the legality of a State's conduct of hostilities cannot be confined to the *jus in bello*. While the prohibitions which that law contains must be regarded as absolute, so that the necessities of self-defence could never justify a State in violating them by, for example, using prohibited weapons or attacking prohibited targets, an action which is lawful under the *jus in bello* will nevertheless be contrary to international law if it goes outside the scope of what is permitted by the *jus ad bellum* ». Lors du conflit de Malvinas, le Royaume Uni a invoqué son droit à la légitime défense en reconnaissant que ce droit était limité par le principe de proportionnalité. La proclamation de la zone d'Exclusion et l'écoulement du navire General Belgrano étaient conformes d'après le point de vue anglais non seulement au *jus in bello* mais elles étaient aussi de mesures proportionnelles de légitime défense. V. UK materials on international law, *British yearbook of international law*, 1982, pp. 545-549 ; UK materials on international law, *British yearbook of international law*, 1985, pp. 533-536.

⁷⁴⁰ « If the direct influence of the United Nations charter on the law of economic warfare at sea is accepted, the legality of condemning enemy property will probably have to be reconsidered. If all measures have to meet the principles of necessity and proportionality set out in the Charter, it is doubtful whether the acquisition of all enemy property at sea is legally justified ». W. Heintschel von Heinegg, « Visit, search, diversion and capture in naval warfare, part 2, developments since 1945 », *Canadian yearbook of international law*, 1992, vol. 30, pp. 89-136, p.134. V. aussi M. Bothe M., « Comments on the current state of international prize law », dans H. Post (éd.), *International economic law and armed conflict*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, 215 p., pp.35-38, p.36 : « The rules of prize law still being valid, the question has then to be asked whether the rules of international law pertaining to the *jus contra bellum* [...] have an effect on the traditional body of prize law. In other words, the norm of the *jus contra bellum* constitutes a kind of overlay network of norms under which the old law still exists, but may, to a certain extent, take on a different shape or be deprived of some of its traditional effects ».

⁷⁴¹ S. W. D. Rowson, « Prize law during the Second World War », *British Yearbook of international law*, 1947, vol. 24, pp. 160-215, pp.171-172 : « The right of prize can only be exercised during the existence of a state of war. Some countries require the promulgation of a special decree to bring into force the right of prize, but this is not a requirement of international law.[...] It is probable that, because of its far-reaching consequences, the right of a prize court affecting the nationals of third states rendered in respect of a capture effected during such a period of armed conflict may be of no international effect; and either would not pas a good tile o would give rise to a valid claim for damages before an international tribunal or through diplomatic channels ».

Section 1. Le régime protecteur des biens des civils de l'adversaire dans le cadre d'un conflit armé

267. Les règles relevant du droit humanitaire esquissent un régime protecteur pour les civils et leurs biens. Ce régime protecteur porte à la fois sur leur condition patrimoniale et personnelle. L'attaque portée aux biens des civils ou l'ingérence dans le droit de propriété de ces personnes protégées sont ainsi soumises à plusieurs conditions qui doivent être respectées par les belligérants. Le ciblage des biens des civils ou la mise en œuvre des mesures à caractère économique portant préjudice au droit de propriété doivent être régis par le droit humanitaire. Si les actes sur le champ de bataille voire ceux menés sur un territoire occupé sont censés être régis par cette branche du droit international (§1), l'affirmation de son application sur le territoire sur lequel le belligérant exerce des pouvoirs souverains s'avère plus problématique (§2).

§1 La remise en question du régime protecteur des biens des civils consacré par le droit humanitaire.

268. Les biens des civils sont protégés par les règles relevant du droit humanitaire. Il faut rappeler que l'une des prémisses fondamentales de cette branche du droit est la distinction entre biens civils et objectifs militaires. De la catégorie des biens civils relèvent les biens des civils de l'adversaire. L'attention peut être attirée par la différence entre l'utilisation du terme « biens de l'ennemi », dans le contexte des conflits armés internationaux et l'utilisation du terme « biens de l'adversaire » dans celui des conflits armés non internationaux. Cette distinction semble proposer la nationalité comme critère déterminant la qualité du rapport d'hostilité. En cas de conflits internationaux, les ressortissants des adversaires semblent être qualifiés d'ennemis et leurs biens de biens ennemis. La nationalité de l'adversaire semble ainsi être le critère déterminant pour l'octroi de la qualité d'ennemi. Toutefois, l'attachement au lien formel de nationalité semble avoir perdu son importance en raison de la prolifération d'affrontements militaires de grande envergure n'impliquant pas de rapports de belligérance interétatique. Ce constat se trouve à l'origine du processus d'uniformisation des règles régissant les conflits armés internationaux et les conflits armés non-internationaux. La nationalité comme critère d'identification des civils en tant que personnes protégées semble être contrebalancée par des liens moins formels comme l'appartenance ethnique⁷⁴². Le régime protecteur est ainsi accordé

⁷⁴² Ce constat, mettant en valeur des rapports d'appartenance non reflétés par le lien de nationalité, a été confirmé par la jurisprudence du tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie dans l'arrêt Tadic. Par. 166 : « Alors que les guerres du passé opposaient principalement des États bien établis, les conflits armés interethniques modernes, comme en ex-Yougoslavie, se caractérisent par l'émergence de nouveaux États pendant le conflit et de ce fait, les allégeances peuvent tenir plus à

aux personnes et aux biens qui n'ont pas nécessairement la « nationalité » de l'adversaire. D'ailleurs, la CPI dans l'affaire Katanga portant sur la situation en République Démocratique du Congo a souligné que la protection accordée aux biens civils de l'« ennemi », dans le cadre d'un conflit armé international, et de l'« adversaire », dans le cadre d'un conflit armé non international, ne diffère pas⁷⁴³.

269. Il faudrait examiner les conditions sous lesquelles le régime protecteur des biens des civils perd sa rigueur. Il semble que l'usage du terme propriété ennemie joue un rôle considérable dans ce processus. La règle d'inviolabilité des biens des civils pourrait être atténuée par une interprétation étendue de la notion d'objectif militaire (a). Par ailleurs, la règle est susceptible d'être violée par le recours à des pratiques ne respectant pas la propriété privée mises en œuvre par la puissance occupante (b). La prolifération des pratiques d'ingérence dans les biens privés pourrait même témoigner de la volonté de changement du statut territorial d'un territoire occupé (c).

a. L'usage du terme propriété ennemie comme moyen de remise en question de la présomption de protection à l'égard des biens des civils

270. Il est communément admis que l'immunité accordée aux civils en vertu du principe de distinction décrit un statut protecteur. La règle fondamentale de distinction est repérable dans les articles 48 et 51 du Premier Protocole additionnel de 1977 (PPA) revêtant une valeur normative coutumière⁷⁴⁴. De la règle d'immunité des non-combattants découle la protection des biens de caractère civil. Les biens des civils relèvent ainsi de la catégorie globale des biens civils, dont la protection est assurée par le droit humanitaire. Il faut rappeler que l'interdiction d'attaque des biens de caractère civil était consacrée dans l'alinéa g de l'article 23 du Règlement de la Haye de 1907. Cet article portait sur les affrontements militaires puisqu'il figurait dans la section relative aux hostilités. Tout comme il n'existe aucune définition des civils, il n'existe pas de définition de leurs biens. Le 1^{er} paragraphe de l'article 52 du PPA se contente de

l'appartenance ethnique qu'à la nationalité. Autrement dit, l'appartenance ethnique peut déterminer l'allégeance à une nation. Dans ces circonstances, la condition de nationalité s'avère encore moins adaptée à la détermination du statut de « personnes protégées ». S'agissant de pareils conflits, non seulement le texte de la Convention et les travaux qui ont abouti à sa rédaction, mais également, et plus significativement, l'objet et le but de la Convention, suggèrent que le critère déterminant est celui de l'allégeance à une partie au conflit et, partant, du contrôle exercé par ladite Partie sur les personnes qui se trouvent sur un territoire donné ». TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, 15 juillet 1999.

⁷⁴³ Par. 889 : « À titre liminaire, la Chambre relève que rien n'indique que les éléments constitutifs du crime visé à l'article 8-2-e-xii sont différents de ceux du crime de destructions des biens de l'ennemi commis dans le cadre d'un conflit armé international et visé à l'article 8-2-b-xiii », CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01-07, 7 mars 2014.

⁷⁴⁴ La règle est ainsi applicable dans les conflits armés non internationaux, Annexe : liste des règles coutumières du droit international humanitaire, Règle 7, J. M. Henckaerts, « Etude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *Revue internationale de la croix Rouge*, 2005, vol. 87, pp. 289-330, p. 315.

renvoyer à la définition des biens militaires, disposant que « sont biens de caractère civil, tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 ». Sont donc qualifiés de biens civils, « tous les biens qui par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation (n) » apportent (pas) une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation (n) » offre (pas) en l'occurrence un avantage militaire précis ». Les objectifs militaires sont ainsi définis par la conjonction de deux critères, à savoir une contribution effective à l'action militaire et l'obtention d'un avantage militaire précis par leur destruction, capture ou neutralisation. Il convient de souligner que ces deux notions contiennent le mot militaire, ce qui exclut, par exemple, de qualifier un objet d'objectif militaire si l'avantage recherché est simplement politique ou économique. Ces notions devraient également exclure les attaques visant simplement le moral des civils. La contribution effective à une action militaire exige que la contribution soit dirigée vers les capacités effectives de combat d'une partie à un conflit armé et il doit y avoir un lien étroit. Il doit ainsi être précisé qu'il n'y a pas de biens civils ou d'objectifs militaires par essence, puisque cette qualification juridique dépend de l'effet d'un bien sur le déroulement des hostilités⁷⁴⁵. C'est en fonction de sa capacité à apporter une contribution à l'action militaire de l'adversaire qu'un bien peut devenir objectif militaire. D'après l'article 52 par 3 PA I « en cas de doute, un bien qui est normalement affecté à un usage civil, tel qu'un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire ». En vertu de cet article, une présomption est établie en faveur de la qualité civile des biens « normalement affectés à un usage civil ». Quant à la règle de proportionnalité qui régit le processus de ciblage, une relation doit être établie entre l'avantage militaire anticipé et le dommage provoqué aux civils. Il faut rappeler que les mêmes règles relatives à la protection des biens civils sont reflétées dans le Statut de Rome et l'article 8-2-b-ii qui qualifie de crime de guerre l'attaque directe menée contre ce type d'objets⁷⁴⁶. Les biens de caractère civil peuvent ainsi être détruits de manière incidente, pour autant que la destruction ne viole pas le principe de proportionnalité⁷⁴⁷. L'interprétation extensive de la notion d'objectif militaire par les États-Unis mérite d'être soulignée (i). Cette interprétation se dégage aussi de la jurisprudence américaine (ii).

⁷⁴⁵ V. E. David, *Principes de droit des conflits armés*, op.cit., p. 376.

⁷⁴⁶ Article 8-2-b-ii, v. K. Ambos(éd.), *The Rome statute of the International Criminal Court: article-by-article commentary*, Baden-Baden, München, Nomos, Beck, 2022, lxi-3064 p., p.407.

⁷⁴⁷ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga, et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07, 30 septembre 2008, par. 313.

i . Le ciblage exceptionnel des biens des civils qualifiés d'objectifs militaires. La tradition américaine d'interprétation extensive du concept d'objectif militaire.

271. La protection accordée aux biens des civils semble être contrebalancée par une pratique fondée sur une interprétation extensive du concept d'objectif militaire. L'exemple des États-Unis est éloquent à cet égard. Les États-Unis se sont traditionnellement montrés favorables à une telle interprétation extensive de l'objectif militaire. Une théorie de « propriété ennemie » a été ainsi élaborée à partir du ciblage des biens des civils dont l'attaque ne serait pas justifiable à l'aune du droit humanitaire. Il paraît évident que l'usage du terme ennemi vise à rendre légitime une action normalement non-conforme au droit humanitaire. Le terme propriété ennemie acquiert ainsi un contenu normatif précis malgré son conflit apparent avec les règles du droit humanitaire. Le terme devient ainsi un concept qui remet en question la distinction entre le statut accordé aux biens des civils, relevant de la catégorie générale des biens civils, et celui accordé aux objectifs militaires.

272. Dans le manuel de guerre des États-Unis, ouvrage censé présenter les règles tactiques qui doivent être respectées par les militaires, il est précisé que l'action militaire ne doit pas viser de manière exclusive que des objets qui confèrent des gains tactiques opérationnels immédiats. Pour qu'une attaque soit licite, il suffirait que l'objet visé contribue de manière efficace à la « capacité de combat de l'adversaire » ou à sa possibilité de continuer à mener la guerre⁷⁴⁸. Les divergences par rapport aux règles relevant des textes du droit humanitaire sont manifestes. La contribution effective à l'action militaire est remplacée par les expressions moins rigides de *war-fighting* ou *war-sustaining capability*. L'usage de ces termes renvoie à la discussion relative à la possibilité d'attaquer des cibles économiques voire des cibles génératrices de revenus. Des biens des civils qui seraient ainsi à même de renforcer la capacité de soutien de guerre de l'adversaire pourraient être visés. Ce type de soutien peut ne pas être militaire *stricto sensu*. Par conséquent, même un soutien de nature économique serait en mesure de provoquer le changement de statut d'un bien lui conférant la qualité d'objectif militaire. Le ciblage serait ainsi justifié en tant qu'attaque visant la propriété ennemie. Dans la pratique récente, en se fondant sur cette conception large du concept d'objectif militaire, les États-Unis ont justifié des attaques menées contre des installations pétrolières censées soutenir financièrement le soi-disant État islamique. Si la question de qualification du conflit avec l'État islamique et du statut

⁷⁴⁸ United States Department of Defense Law of War Manual 2015 (December 2016), par. 5.6.6.2., cité par Clapham, *War, op.cit.*, p. 282 : « It is not necessary that the object provide immediate tactical or operational gains or that the object make an effective contribution to a specific military operation. Rather, the object's effective contribution to the war-fighting or war-sustaining capability of an opposing force is sufficient. Although the terms such as "war-fighting", "war-supporting", and "war-sustaining" are not explicitly reflected in the treaty definitions of military objective, the United States has interpreted the military objective definition to include these concepts ».

attribué aux personnes qui y étaient impliquées est mise de côté, le pétrole était susceptible d'être qualifié de bien des civils. En l'occurrence, le pétrole n'a pas été qualifié de cible militaire en raison de son usage à des fins militaires, mais surtout en tant que source financière pour cet acteur non-étatique⁷⁴⁹. Le terme propriété ennemie était ainsi utilisé comme motif d'enlèvement de la protection juridique accordée par le droit humanitaire aux biens (des) civils. Cependant, il faut souligner que cette interprétation large n'est pas partagée par d'autres manuels militaires. Le problème réside dans le fait que le lien établi entre l'objet visé et la capacité à combattre présumée atteinte est assez faible pour justifier des frappes militaires.

273. Cette interprétation extensive de la notion d'objectif militaire, ainsi que la négligence de tout respect normalement accordé aux biens civils, est conforme à la tradition de guerre aux États-Unis. Une référence systématique à la destruction des quantités de coton, présumé être le produit de commerce principal et par conséquent représenter la source des richesses des États confédérés lors de la guerre de Sécession aux États-Unis, est faite pour justifier l'importance du ciblage des objets civils de valeur économique qui contribuent indirectement au renforcement de la capacité militaire de l'adversaire. La Cour suprême, pour légitimer la saisie et même la destruction du coton, l'avait qualifié de « fondement sur lequel les espoirs de la rébellion étaient édifiés »⁷⁵⁰.

ii. Le ciblage des biens des civils et l'élaboration de l'enemy property doctrine par la jurisprudence américaine.

274. Le juge américain s'est appuyé à plusieurs reprises sur cette interprétation du concept d'objectif militaire. Le ciblage des biens des civils qualifiés d'objectifs militaires a occupé les juridictions américaines, à la suite de la demande d'indemnisation adressée par un ressortissant de l'Arabie Saoudite pour les dommages qu'avait subi son usine pharmaceutique, sise en Soudan, par des missiles américains. En effet, après le bombardement des ambassades au Kenya et en Tanzanie en 1998, le Président américain avait ordonné le lancement des attaques de

⁷⁴⁹ V. K. Watkin, « Targeting „Islamic state“ oil facilities », *International law studies*, 2014, vol. 90, pp. 499-513. J. M. O'Connor, *Applying the law of targeting to the Modern Battlefield*, US General Counsel, Dept. of Defense, 28 nov. 2016, <https://www.justsecurity.org/34977/applying-law-targeting-modern-battlefield%E2%80%8E-full-speech-dod-general-counsel-jennifer-oconnor/>. Le secrétaire de défense Carter a affirmé devant le Congrès que « our attacks on ISIL's economic infrastructure-from oil wells and trucks to cash storage to ISIL's financial leaders-is putting a stranglehold on ISIL's ability to pay its fighters, undermining its ability to govern, and making it harder to attract new recruits ».

⁷⁵⁰ US Supreme Court, *Lamar v. Browne*, 92 U.S. 187 (1875), p.194 : « It was the foundation on which the hopes of the rebellion were built. It was substantially the only means which the insurgents had of securing influence abroad. In the hands of private owners, it was subject to forced contributions in aid of the common cause. Its exportation through the blockade was a public necessity. Importing and exporting companies were formed for that purpose. It is not too much to say that the life of the Confederacy depended as much upon its cotton as it did upon its men. If they had had no cotton, they would not have had, after the first year or two, the means to support the war. To a very large extent it furnished the munitions of war, and kept the forces in the field. It was, therefore, hostile property, and legitimately the subject of capture in the territory of the enemy ». Pour la saisie des quantités de coton v. US Supreme Court, *Mrs. Alexander's Cotton*, 69 U.S. 404 (1864).

missiles contre l'usine d'El-Shifa au Soudan. Les frappes avaient été présentées comme une réponse nécessaire et proportionnée à la menace d'une attaque imminente contre les États-Unis⁷⁵¹. Le propriétaire de l'usine demandant des dommages et intérêts a nié l'existence de tout lien entre ses activités économiques et le réseau terroriste. L'importance de l'affaire réside dans la manière dont les juges se sont fondés sur une *enemy property doctrine* pour qualifier la désignation et le ciblage extraterritorial des biens en tant que question politique, dont le contrôle n'incombe pas aux autorités judiciaires. L'usine semble avoir été ciblée en raison de sa contribution économique à la cause du réseau terroriste et non par sa possibilité de fournir directement du matériel militaire.

275. Cette argumentation a été adoptée par la US Court of Federal Claims qui a refusé l'applicabilité du Cinquième amendement, relatif au *due process*, pour des réclamations concernant des actions dirigées par le Président en tant que Commandant en Chef (*Commander in Chief*). Il a été jugé que les biens des civils détruits ou expropriés en raison des exigences de l'action militaire ne relèvent pas du champ d'application du Cinquième amendement⁷⁵².

276. La Cour de première instance s'est penchée sur l'étude du régime de la propriété endommagée. Elle a affirmé que l'usine bombardée ne relevait ni de la catégorie des biens privés détruits dans le cadre d'une activité militaire ni des biens privés transformés en propriété ennemie en raison de leur emplacement physique ou de l'allégeance de leurs propriétaires. En s'appuyant sur la désignation par le Président à titre de Commandant en Chef de l'usine en tant qu'*enemy war-making property*, la Cour a fait usage du terme *public enemy property*, malgré le fait que l'usine en question ne relevait pas du domaine public de l'État soudanais. En l'occurrence, ce statut a été conféré à l'usine, après sa transformation en *lawful military target*. Il faut souligner que l'emploi du vocabulaire belliqueux a été privilégié malgré l'absence de guerre avec l'État du Soudan⁷⁵³. Il peut être constaté que l'usage du terme ennemi semble avoir justifié la perte de toute immunité conférée aux biens des civils.

⁷⁵¹ Pour une critique féroce contre la justification de l'acte de bombardement de l'usine soudanaise par les États-Unis v. N. Chomsky, *Autopsie des terrorismes, le monde de l'après-11-septembre*, Marseille, Agone, 2016, 228 p., pp. 82-94. En s'appuyant sur une série d'exemples dont ce bombardement, l'auteur qualifie les États-Unis d'« Etat terroriste de premier plan ».

⁷⁵² United States Court of Federal Claims, *El-Sifa Pharm Indus v. United States*, 55 Fed CL 751 (2003) March 14, 2003. Par. 767.

⁷⁵³ *Idem*, p.771 : « [T]he property here was not private property destroyed in the course of military activity, or even private property transformed into enemy property by virtue of its physical location or the allegiance of its owners The property was designated by the Commander in Chief as enemy war-making property- that we can term 'public enemy' property. [...] The fact that Sudan, as a national state was not at war with the United States is not determinative of the issue [...] And we do not regard a war against non-state, non-insurgent group-stateless terrorists- to be any less a war ».

277. Le même raisonnement a été adopté par la Cour d'appel qui dans sa décision a essayé d'élaborer une théorie de la « propriété ennemie »⁷⁵⁴. Les prémisses d'une telle théorie se trouvent d'après la Cour d'appel dans la décision de la Court of claims, *Perrin v. United States* portant sur les réclamations d'indemnisation de deux ressortissants français dont le lieu de commerce avait été détruit pendant le bombardement naval de la ville de Greytown (San Juan del Norte) au Nicaragua le 13 juillet 1854⁷⁵⁵. Cette action militaire était menée à titre de représailles contre les violences systématiques tolérées par les autorités officielles du pays et dont les victimes étaient des commerçants américains. Les réclamations d'indemnisation des époux Perrin pour leurs biens détruits ont été rejetées par l'United States Court of Claims. En l'occurrence, il a été affirmé « qu'aucun gouvernement n'a jamais payé pour les biens, même de ses propres citoyens dans son propre pays, détruits dans le cadre d'une attaque ou d'une défense contre un ennemi public commun ; un gouvernement n'est pas tenu de payer pour les biens des neutres domiciliés dans le pays de son ennemi, détruits par hasard lors des opérations contre cet ennemi »⁷⁵⁶.

278. Sur ce considérant s'est appuyée la Cour d'appel dans sa décision de 2004, portant sur le ciblage de l'usine soudanaise, pour élaborer sa théorie de propriété ennemie dont la destruction exclut toute possibilité d'indemnisation⁷⁵⁷. Toutefois, il faut souligner que la décision de 1868 portait sur la destruction des biens des neutres, en l'occurrence de ressortissants français. Selon la Cour, à la lumière de la décision du Président de cibler l'usine, la propriété privée se transforme « en propriété ennemie empêchant toute compensation en raison de sa destruction »⁷⁵⁸. Seul le Président est ainsi en mesure de déterminer le moment de la désignation de la propriété ennemie, dont la décision est prise après la réception des informations convaincantes ou impérieuses (*convincing or compelling*)⁷⁵⁹. En l'occurrence

⁷⁵⁴US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *El-Shifa Pharm. Ind. v. U.S.*, 607 F.3d 836 (2010).

⁷⁵⁵ US Court of Claims, *Perrin v. U.S.*, December 1, 4 Ct.Cl. p. 543 (1868). La *United States Court of Claims* était une Cour fédérale des États-Unis, créée sous le nom de *Court of Claims* en 1855, et dissoute par le Congrès en 1982. La cour traitait des réclamations contre le gouvernement américain. Fondée après la fin de la guerre américano-mexicaine, lorsque des vétérans de la guerre ont déposé des réclamations contre le gouvernement fédéral.

⁷⁵⁶ US Court of Claims, *Perrin v. U.S.*, December 1, 4 Ct.Cl. p. 543 (1868).

⁷⁵⁷ US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *El-Shifa Pharm. Ind. v. U.S.*, 607 F.3d 836 (2010).

⁷⁵⁸ *Idem*, p. 1363. La Cour interprète ces décisions de l'exécutif sous le spectre de la finalité de la guerre. P. 1364 « As much is borne out of the history of this nation's many declared and undeclared wars, part of which is documented in the cases where courts have applied the enemy property doctrine. The cases teach that the purpose of such designations is almost always to "repel and defeat the enemy" by diminishing the sum of material resources it has at its disposal to prosecute hostilities against the United States and its citizens. Whether the private property destroyed as enemy property is a tank firing rounds at American forces, a bridge the enemy finds necessary to advance to the front, or a commodity, such as oil, imperiled by advancing forces, the aim is the same—to "wage war successfully" ».

⁷⁵⁹ *Idem*, p. 1366 : « More than "questions of historical fact," enemy property designations made pursuant to the President's duty to prevent future terrorist attacks from the country's enemies abroad are often "delicate, and complex" and can "involve large elements of prophecy" at the time at which they are made ».

l'usage du qualificatif ennemi avait pour conséquence l'exclusion de toute possibilité d'indemnisation aux personnes privées dont les biens civils avaient été endommagés.

279. La décision de la *United States Court of Federal Claims* (Cour des réclamations fédérales) et la décision de la Cour d'appel sur le cas du bombardement de l'usine privée soudanaise se penchent sur d'autres arrêts qui n'admettent pas l'engagement de la responsabilité de l'État pour des préjudices subis lors des opérations militaires. Même si les arrêts cités concernent des demandes adressées par des ressortissants « non-ennemis », comme le cas des époux Perrin, la Cour d'appel, en l'espèce, les a interprétés comme cas d'application de la théorie de la « propriété ennemie »⁷⁶⁰. L'invocation de cette théorie sert ainsi d'outil de rejet de toute responsabilité incombant à l'État américain.

280. La décision de la Cour suprême de 1909 *Juragua Iron Company contre États-Unis* était aussi invoqué dans les décisions portant sur le bombardement de l'usine privée soudanaise. Cette affaire portait sur une demande d'indemnisation des préjudices subis lors de la guerre hispano-américaine en 1898. En l'occurrence, la société demanderesse dont les biens endommagés se trouvaient sur l'île de Cuba s'était appuyée sur le 5^e amendement, considérant que le commandant militaire ayant ordonné l'opération militaire agissait à titre de représentant de l'État. La Cour suprême a qualifié Cuba, faisant jadis partie de l'Espagne, de « pays ennemi ». En vertu de cette qualification, toutes les personnes, indépendamment de leur nationalité, qui y résidaient devaient être considérées comme ennemies des États-Unis et de tout son peuple. Par conséquent, une société américaine faisant des affaires à Cuba, était qualifiée d'ennemie et ses biens étaient susceptibles d'être saisis, voire détruits, si cela était nécessaire pour la conduite des opérations militaires. La société était ainsi assimilée à une personne morale de nationalité cubaine, pour laquelle les articles de la Constitution n'étaient pas invocables⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ Une référence détaillée est faite à la décision US Supreme Court, *United States v. Pacific Railroad*, 120 U.S. 227 (1887). En l'occurrence la Cour Suprême a examiné la destruction de certains ponts pour entraver l'avancée de l'armée confédérée, puis n'a réparé qu'une partie des ponts détruits. la Cour a estimé que le gouvernement n'était pas responsable de la destruction des ponts en vertu du 5^{ème} amendement. P. 234 : « The destruction or injury of private property in battle, or in the bombardment of cities and towns, and in many other ways in the war, had to be borne by the sufferers alone, as one of its consequences. Whatever would embarrass or impede the advance of the enemy, as the breaking up of roads, or the burning of bridges, or would cripple and defeat him as destroying his means of subsistence, were lawfully ordered by the commanding general. Indeed, it was his imperative duty to direct their destruction. The necessities of the war called for and justified this ».

⁷⁶¹ US Supreme Court, *Juragua Iron Co., Ltd. v. United States*, 212 U.S. 297 (1909), p. 306 : « The plaintiff, although an American corporation, doing business in Cuba, was, during the war with Spain, to be deemed an enemy to the United States with respect of its property found and then used in that country, and such property could be regarded as enemy's property, liable to be seized and confiscated by the United States in the progress of the war then being prosecuted; indeed, subject, under the laws of war, to be destroyed whenever, in the conduct of military operations, its destruction was necessary for the safety of our troops or to weaken the power of the enemy ». La Cour a cité des passages tirés de la doctrine renvoyant à W. E. Hall, *A treatise on international law*, Oxford, Clarendon Press, 1904, 764 p., pp.500, 504, 533 « A person, though not a resident in a country, may be so associated with it through having or being a partner in a house of trade as to be affected by its enemy character, in respect at least, of the property which he possesses in the belligerent territory ». Un renvoi avait été fait à W. Whitting, *War powers under the Constitution of the United States*,

Cette dernière affaire confirme l'hypothèse selon laquelle l'usage du qualificatif ennemi a comme effet l'exclusion de toute possibilité de réclamer des indemnités pour la perte des biens des civils qualifiés de cette manière.

281. Dans le cas de l'attaque contre l'usine soudanaise, le juge de la Cour des réclamations fédérales s'est également référé au célèbre « test Baker », établi par la Cour suprême en 1962⁷⁶², afin de justifier l'absence de contrôle de la décision de bombardement prise par l'exécutif. La décision de ciblage de ce bien était assimilée à une décision politique insusceptible de faire l'objet d'une appréciation par le pouvoir judiciaire. La doctrine politique de désignation de la propriété ennemie a été ainsi associée à la prérogative du Président de qualifier de combattants ennemis les personnes accusées d'avoir été impliquées dans les attaques du 11 septembre 2001. En effet, la *Court of Federal Claims* a renvoyé directement à la décision *Hamdi v. Rumsfeld*, jugée par le *Fourth Circuit* de la Cour d'appel des États-Unis en 2003. Dans cet arrêt, il avait été admis que la détention de Hamdi était conforme à la Constitution, constituant une cristallisation des pouvoirs du Président en tant que commandant en chef. Après une présentation détaillée de la décision portant sur la détention de Hamdi, l'attention a été attirée sur les similitudes entre les deux arrêts. Il a été précisé que « la désignation d'un combattant ennemi et d'une cible militaire ennemie présentent le lien le plus étroit que l'on puisse imaginer avec les responsabilités constitutionnelles du Président pendant la conduite effective de la guerre »⁷⁶³. La Cour a ainsi conclu que le droit à une indemnité en vertu du 5^e amendement ne s'étend pas à la destruction des biens désignés par le Président comme étant de *enemy-war making property*⁷⁶⁴.

Boston, Lee and Shepard, 1871, 695 p., p. 340 : « A neutral, or a citizen of the United States, domiciled in the enemy's country, not only in respect to his property, but also as to his capacity to sue, is deemed as much an alien enemy as a person actually born under the allegiance and residing within the dominion of the hostile nation ». Pour un raisonnement similaire v. US Supreme Court, *Thirty Hogsheads of Sugar v. Boyle*, 13 U.S. 191 (1815). En l'espèce, le juge Marshall s'est prononcé sur le caractère ennemi d'une plantation de sucre située dans une île danoise occupée par l'Angleterre pendant la guerre de 1812. Des produits de cette plantation ont été saisis à titre de prises maritimes. Même si la plantation appartenait à un ressortissant danois, ses biens ont été capturés car provenant de sol ennemi. C'était la terre ennemie qui conférait ainsi le statut d'ennemi à tout étranger y résidant. Cette position a été répétée par la Court of claims dans une décision au lendemain de la fin de la guerre de Sécession et concernant la demande d'indemnité d'une personne dont les biens ont été saisis en tant que biens abandonnés par l'armée des États-Unis à la suite de sa fuite dans des régions contrôlées par les États confédérés. Même s'il affirmait avoir été toujours loyal à l'égard des autorités légales du pays, il n'a pas pu recevoir d'indemnité pour les dommages subis. A sa simple présence dans le territoire « ennemi » était attribuée une importance particulière. La Cour a précisé que « The rule which international law applies to ordinary wars between different nations is that when a man goes into a foreign country to reside, or when he acquires property there, or holds commercial intercourse with its inhabitants, he is bound to contemplate the possibility of a war between that country and his own, and must so conduct his affairs as always to be ready for the consequences ». Court of Claims, *Green v. United States*, 10 Ct. CL. 466-474, 1874, p. 471.

⁷⁶² US Supreme Court, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

⁷⁶³ US Court of Federal Claims, *El-Sifa Pharm Indus v. United States*, 55 Fed CL 751 (2003).

⁷⁶⁴ *Idem*.

282. Des critiques ont été adressées à la Cour suprême pour s'être abstenue de contrôler l'acte de désignation d'un bien en tant qu'ennemi. Contrairement aux décisions antérieures du pouvoir exécutif prises en vertu des actes portant sur les ennemis étrangers ou le commerce avec l'ennemi reposant sur des déclarations formelles de guerre, la destruction de l'usine soudanaise a été entreprise sans aucune autorisation du Congrès. Il a été soutenu que « dans ce contexte, on s'attendrait à un examen judiciaire plus approfondi de la décision de l'exécutif »⁷⁶⁵.

283. L'examen de la pratique américaine démontre que l'usage du qualificatif ennemi enlève toute protection accordée normalement aux biens civils. L'attribution du caractère ennemi est présentée comme une opération de remise en doute de la pertinence du principe de distinction entre des objectifs militaires et des biens civils. Les biens des civils, susceptibles d'apporter un soutien financier à l'adversaire des États-Unis, qu'il soit un État ou un acteur non-étatique, peuvent faire l'objet d'une attaque justifiée par la qualification d'ennemi. Cette décision d'attribution du caractère ennemi relève de la responsabilité du Président et ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de la part du pouvoir judiciaire. En outre, toute réclamation d'indemnisation pour les pertes liées à la « propriété ennemie » doit être rejetée.

284. L'élaboration jurisprudentielle de la théorie de la propriété ennemie démontre la tension qui existe entre d'une part, le principe de distinction entre biens civils et objectifs militaires censé relever du droit coutumier et, d'autre part, la pratique interne développée par les États. La même tension est reflétée dans les mesures prises dans le cadre de l'occupation de guerre.

b. L'encadrement des prérogatives de la puissance occupante portant sur la gestion de la propriété privée.

285. L'obligation de respecter les biens des civils émane aussi des règles relatives à l'occupation militaire. Un ensemble de règles relevant du droit humanitaire et du droit pénal international esquisse un cadre protecteur pour les biens des civils (i). Les atteintes à la condition personnelle et patrimoniale des civils, qualifiés de personnes protégées selon l'article 4 de la IV Convention de Genève (CG), doivent être conformes à des règles restrictives imposées aux belligérants. Ces règles diffèrent de celles qui doivent être respectées à l'égard des biens publics (ii).

⁷⁶⁵ St. Vlodeck, « Enemy aliens, enemy property, and access to the Courts », *Lewis & Clark law review*, 2007, vol. 11, pp. 963-996, p.994. Pour une analyse de l'arrêt à la lumière de la théorie de la nécessité militaire et des règles spécifiques concernant le statut des étrangers ennemis, v. I. Tabacnic, « The enemy-property doctrine: a double whammy », *Miami Law review*, 2008, vol. 62, pp. 601-624.

i. Des prérogatives bien délimitées conférées à la puissance d'occupation, l'interdiction du pillage des biens privés.

286. L'article 53 de la IV CG porte sur la restriction des prérogatives des puissances occupantes concernant la destruction des biens privés⁷⁶⁶. L'article 33 de la même convention interdit le pillage ainsi que les mesures de représailles à l'égard des personnes protégées et de leurs biens⁷⁶⁷.

287. Ces dispositions ont servi de fondement à la décision de la CIJ dans son arrêt sur les activités armées en République démocratique du Congo de 2005. En l'occurrence, la Cour a considéré que toute forme d'appropriation des ressources naturelles par la puissance occupante doit être assimilée à des actes de pillage et est contraire à la fois au droit de l'occupation et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁷⁶⁸. Il a été affirmé que l'Ouganda, en tant que puissance occupante, n'avait pas pris les mesures nécessaires pour empêcher l'exploitation de certaines ressources naturelles, notamment de mines d'or et de diamants, malgré l'obligation qui incombe à la puissance occupante de respecter les ressources naturelles de l'État occupé⁷⁶⁹. Lors du conflit du Congo, le Conseil de sécurité s'est déclaré vivement préoccupé par

⁷⁶⁶ Article 53 : « Il est interdit à la puissance occupant de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'État ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales ou coopératives, sauf dans le cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ».

⁷⁶⁷ Le CICR dans son commentaire à propos de l'article 33 précise que « les Hautes parties contractantes s'interdisent d'ordonner aussi bien que d'autoriser le pillage et qu'elles s'obligent de surcroît à empêcher et, le cas échéant, à réprimer le pillage individuel », J. Pictet (dir.), *Les conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire IV*, Comité international de la Croix Rouge, Genève, 729 p., p. 244.

⁷⁶⁸ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, 19 décembre 2005, Recueil 2005, p.168. Par. 245 : « [L]es actes et omissions de certains membres des forces armées ougandaises en RDC engagent de toute manière la responsabilité internationale de l'Ouganda, que celui-ci ait ou non été une puissance occupante dans certaines régions. En conséquence, chaque fois que des membres des UPDF (Uganda People's Defense Forces) ont été impliqués dans le pillage et l'exploitation de ressources naturelles sur le territoire de la RDC ils ont agi en violation du *jus in bello*, lequel interdit de tels actes à une armée étrangère sur le territoire où elle est présente. La Cour rappelle à cet égard que l'article 47 du règlement de la Haye de 1907 et l'article 33 de la IV CG de 1949 interdisent tous deux le pillage ». Par. 250 : « La Cour conclut qu'elle dispose de suffisamment d'élément de preuve crédibles pour considérer que l'Ouganda a engagé sa responsabilité internationale à raison des actes de pillage et d'exploitation des ressources naturelles de la RDC commis par des membres des UPDF sur le territoire de la RDC, de la violation de son devoir de vigilance s'agissant de ces actes et du manquement aux obligations lui incombant en tant que puissance occupante en Ituri, en vertu de l'article 43 du règlement de la Haye de 1907, quant à l'ensemble de l'article 43 du règlement de la Haye de 1907, quant à l'ensemble des actes de pillage et d'exploitation des ressources naturelles commis dans le territoire occupé ».

⁷⁶⁹ Rés. AG 3175/XXVIII, 17 décembre 1973, par. 1 : « le droit des États et des peuples arabes dont les territoires sont tous sous occupation étrangère à la souveraineté permanente sur toutes leurs ressources naturelles » ; Rés. AG 51/190, 16 décembre 1996, par. 3 ; Rés. AG 52/207, 18 décembre 1997, par. 3 ; Rés. AG 54/230, 22 décembre 1999, l'Assemblée générale demande à « Israël, Puissance occupante, de ne pas exploiter, détruire, épuiser, ni mettre en péril les ressources naturelles dans le territoire occupé, y compris Jérusalem, et dans le Golan syrien occupé ». Dans cette résolution il a été précisé que le peuple palestinien pouvait « demander réparation en cas d'exploitation, de destruction, d'épuisement ou de mise en péril de ses ressources naturelles ». L'Assemblée générale « réaffirme les droits inaliénables du peuple palestinien et de la population du Golan Syrien, occupé sur leurs ressources naturelles, notamment leurs terres et leurs eaux », par. 2.

l'exploitation illégale des richesses et ressources naturelles de la République démocratique du Congo. Il a demandé qu'une fin soit mise à cette « violation de la souveraineté de ce pays »⁷⁷⁰.

288. Les dispositions relatives à la protection des biens ont servi de fondement à la jurisprudence des Tribunaux internationaux spéciaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda institués sous les auspices du Conseil de sécurité. Le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, en vertu de l'article 2 d, confère le fondement pour poursuivre des personnes qui commettent des actes relatifs à « la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire » ou des personnes, responsables, selon l'article 3, de violations comprenant le pillage de biens publics ou privés ou la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation non-justifiables pas les exigences militaires⁷⁷¹. Le statut du Tribunal international pour le Rwanda fait aussi allusion au pillage en le considérant comme violation pour laquelle il est habilité à poursuivre des personnes. Toutefois, aucune décision du tribunal n'a été fondée sur l'article 4f du statut, interdisant de manière explicite le pillage. Une référence pourrait aussi être faite au statut du Tribunal spécial pour la Sierra Léone, institué non pas en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité mais d'un traité bilatéral conclu le 16 janvier 2002 entre le Sierra Léone et les États-Unis, incluant le pillage parmi les violations pour lesquelles des personnes peuvent être jugées.

289. Les mêmes considérations sous-tendent le statut de la Cour pénale internationale et plus précisément son article 8, prohibant, en ce qui concerne les conflits armés internationaux « la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire », « le fait de détruire ou de saisir les biens de l'ennemi, sauf dans les cas où ces destructions ou saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre » ou « le fait de détruire ou de saisir les biens d'un adversaire, sauf si ces destructions ou saisies sont impérieusement commandées par les nécessités du conflit », en cas de guerres non-internationales. Il a été souligné que les termes de pillage, de spoliation, de saisie ou de destruction ont été utilisés comme synonymes ou du moins

⁷⁷⁰ S/ RES/1291 (2001), 24 février 2001, par. 17 ; S/ RES/1332 (2000), 14 décembre 2000, par. 16 ; S/ RES/1341 (2001), 22 février 2001, par. 25. Cette exploitation a été qualifiée de pillage ou de contrebande. S/ RES/1457 (2003), 24 janvier 2003, par. 2-3 ; S/ RES/1533 (2004), 12 mars, 2004, par.6 ; S/RES/1592 (2005), 30 mars 2005, préambule, et par. 10 ; S/ RES/2136 (2014), 30 janvier 2014, par. 21 ; S/ RES/2293 (2016), 23 juin 2016, par. 22 v. aussi la CIJ 19 décembre 2005 Activités armées sur le territoire du Congo, *op. cit.*, par. 245-250.

⁷⁷¹ Pour une interprétation de ces dispositions v. TPIY, *Le Procureur c. Blaskic* IT-95-14-T, 3 mars 2000 par. 157 ; TPIY, *Le Procureur c. Kordiz et Cerkez*, IT-95-14/2-T, 26 février 2001, par. 352. En l'espèce, le tribunal a procédé à l'interprétation du champ d'application de la disposition interdisant le pillage : « Ces actes d'appropriation s'étendent à la fois aux actes généralisés et systématique, de confiscation et d'acquisition de biens en violation des droits des propriétaires et aux actes isolés de vol ou de pillage commis par des individus œuvrant dans leur propre intérêt ».

de manière interchangeable pour désigner les méthodes d'appropriation de biens pendant un conflit armé⁷⁷². En tant qu'infraction grave au sens de l'article 2-a-iv du statut, l'appropriation suppose que l'acte ait été commis à grande échelle. La confiscation selon l'article 8-2-b-xiii est en revanche punissable sans que cette condition soit nécessairement remplie. Néanmoins, le pillage diffère par rapport aux autres modes d'appropriation, puisqu'il se fonde aussi sur l'intention de l'auteur de l'infraction de priver le propriétaire du bien et de se l'approprier pour un usage privé ou personnel⁷⁷³.

290. La Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, établie pour fixer les réclamations portant sur des violations du droit international résultant de la guerre ayant eu lieu de 1998 à 2000 entre ces deux États, s'est également prononcée sur des destructions illicites de propriétés privées. Selon les sentences de la Commission, la puissance occupante a été déclarée responsable du maintien de l'ordre public sur le territoire occupé et contrainte de prévenir le pillage⁷⁷⁴. En se fondant sur l'article 35 de la IV CG qui précise que les personnes souhaitant quitter le territoire au début ou au cours d'un conflit peuvent emporter avec elles « un volume raisonnable d'effets et d'objets d'usage personnel », sur l'article 33 par. 3 qui interdit « les mesures de représailles à l'égard des personnes protégées et de leurs biens » ainsi que sur le paragraphe f de l'article 23 de la II^{ème} Convention de la Haye de 1899 qui interdit la destruction ou la saisie des propriétés ennemies sauf en cas des nécessités de guerre, la Commission a reconnu la responsabilité de l'Érythrée pour les dommages économiques subis par les ressortissants de l'Éthiopie suite aux mesures d'expulsions forcées dont ils avaient été victimes⁷⁷⁵.

⁷⁷² V. G. Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, xxxvi-850 p., p.541.

⁷⁷³ K. Ambos, *Treatise on international criminal law*, vol. II, Oxford Univ. Press, Oxford, 2022, lii-393 p.

⁷⁷⁴ Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Front central—Réclamations de l'Érythrée Nos 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, 28 avril 2004, par. 67. L'Éthiopie a été jugée responsable pour avoir permis ces pillages sans s'y être opposée comme le droit l'exige.

⁷⁷⁵ Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, 27 décembre 2004, par 135 : « The record contains many accounts of forcible evictions from homes that were thereafter sealed or looted, blocked bank accounts, forced closure of businesses followed by confiscation, and outright seizure of personal property by the police. The Commission finds Eritrea liable for economic losses suffered by Ethiopian departees that resulted from Eritrean officials' wrongful seizure of their property and wrongful interference with their efforts to secure or dispose of their property ». Il faut souligner que la Commission s'est aussi prononcée sur des cas de destruction d'infrastructure publique qui n'ayant pas été dictés par des raisons de nécessité militaire absolue engageaient la responsabilité de l'Éthiopie. Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Front central—Réclamations de l'Érythrée Nos 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, 28 avril 2004, par. 88 : « Ethiopia has not suggested any reason why the destruction of any of the properties in question could have been rendered "absolutely necessary" by military operations other than simply to prevent their reuse by Eritrea [...]. The Commission does not agree that denial of potential future use of properties like these, which are not directly usable for military operations as are, for example, bridges or railways, could ever be justified under Article 53 ». Il faut noter que l'article 53 de la IV CG interdit la destruction des biens sauf en cas de nécessité absolue dictée par les opérations militaires.

ii. La détermination du caractère public ou privé des biens en tant que critère d'identification des prérogatives de la puissance d'occupation

291. Une distinction doit être faite entre le pillage et le butin de guerre. Le pillage renvoie à « des actes individuels d'appropriation que le droit des gens tient pour illicite »⁷⁷⁶. Il faut souligner que l'interdiction du pillage ne concerne pas seulement les actes menés sur le territoire occupé, sur lequel le belligérant exerce sa compétence à titre de puissance d'occupation mais aussi les actes opérés pendant les opérations de combat⁷⁷⁷. Le terme de butin désigne les biens mobiliers de caractère militaire appartenant à l'État ennemi, dont l'État belligérant s'empare et s'approprie⁷⁷⁸. Par conséquent, le régime protecteur de la propriété diffère en fonction du caractère public ou privé de la propriété. L'ingérence dans la propriété privée, entendue de manière large⁷⁷⁹, n'est autorisée qu'en cas de nécessité militaire. Seules les nécessités liées à la sécurité et la subsistance de la force occupante, à l'ordre public et aux services publics locaux, y compris le ravitaillement de la population, fondent la validité des atteintes à la propriété privée, pourvu que celles-ci soient proportionnées aux ressources du pays occupé. Quant à la

⁷⁷⁶ *Dictionnaire de la terminologie du droit international, op.cit.*, 1960.

⁷⁷⁷ Ambos, *Commentary, op.cit.*, p.512.

⁷⁷⁸ V. la règle 49 codifiée par la CICR est censée refléter le droit coutumier. Règle 49 : « Les parties au conflit peuvent saisir le matériel militaire appartenant à un adversaire à titre de butin de guerre ». https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1_rul_rule49#Fn_613D9808_00015. Renvoi explicite est fait à l'affaire Al Nawar, jugée par la Haute Cour de Justice israélienne en 1985, le juge Shamgar a considéré que : « Tous les biens mobiliers propriété de l'État saisis sur le champ de bataille peuvent être gardés par l'État belligérant à titre de butin de guerre [y compris] armes et munitions, dépôts de marchandises, machines, instruments et même argent liquide ». La qualification de butin de guerre a occupé à plusieurs reprises les juridictions internes des États belligérants. V. par ex. pour la distinction entre pillage et butin de guerre Court of Venice, *Mazzoni v. Ministry of Finance*, 8 janvier 1927, *Annual digest of public international law cases, 1927-1928*, pp. 564-565. La décision du Trib. Civ de Wassy, 5 mai 1942, *Gazette du Palais* du 23 Juin 1942 étend abusivement la notion de butin de guerre au cas de saisie d'un tracteur appartenant à un particulier. La Cour de Cassation italienne a refusé de considérer comme butin de guerre une saisie d'or et d'argent appartenant à l'État italien et effectuée par une brigade de partisans, C.Cass italienne, Ch. Crim réunies, 11 juillet 1947, *In re Moterri and others, Annual digest of public international law cases, 1948* cas n. 206, pp.610-611. Une référence doit aussi être faite à la pratique du gouvernement soviétique qui a considéré en 1946 comme butin de guerre toutes les entreprises japonaises situées dans les provinces chinoises du nord-est qui avaient rendu des services à l'armée japonaise. Cette interprétation dépasse la notion de butin de guerre généralement reconnue par le droit des gens et la pratique internationale, D. H. Lew, « Manchurian booty and international law », *AJIL*, 1946, vol. 40, pp. 584-591. La notion de munitions de guerre fait aussi l'objet d'interprétation de la part des tribunaux internes des pays belligérants. V. p. ex. US Court of Appeal, *Singapore, N. V. de Bataafsche Petroleum Maatschappij and others v. War Damage Commission*, 13 avril 1956, *AJIL*, vol. 51 (4), 1957 pp. 802-815. Cet arrêt propose une interprétation de la notion de l'étendue de la notion de munitions de guerre. Lors de la recapture de Singapour par les forces britanniques, les représentants d'industrie de pétrole de Netherlands East Indies, avaient considéré que la saisie du pétrole par l'armée japonaise était interdite et par conséquent ne pouvait pas relever de munitions de guerre. l'analyse de cette affaire dans B. (auteur inconnu) « The case of the Singapore oil stocks », *The international & comparative law quarterly*, 1956, pp.84-98, à ce sujet v. aussi E. Lauterpacht, « The Hague Regulations and the Seizure of Munitions de Guerre », *British yearbook of international law, 1955-1956*, pp.218-243.

⁷⁷⁹ H. Mosler, *Wirtschaftskonzessionen bei Änderungen der Staatshoheit*, Stuttgart, Kohlhammer, 1948, 256 p., p.143, Sauser Hall, *L'occupation de guerre et les droits privés, op.cit.*, p.91 « En réalité, les puissances signataires ont entendu garantir tous les droits privés et non pas seulement le droit de propriété ». E. Nys, *L'occupation de guerre*, Bruxelles, Weissenbruch, 1919, 110 p., p.27 : « Le principe du respect de la propriété privée n'a pas seulement pour conséquence de mettre obstacle à la saisie, à la main mise, à la confiscation ; à peine d'être annihilé et de perdre toute son efficacité, il a pour conséquence que la personne physique ou juridique a le droit d'agir comme propriétaire libre et autonome, sans que le vainqueur puisse s'ingérer dans sa gestion, contrôler celle-ci, ou prétendre la diriger lui-même ».

propriété publique, la substitution de l'autorité militaire ennemie occupante aux autorités régulières lui donne la prérogative de s'emparer des biens publics matériels ou immatériels. Sont, toutefois, soustraits à son emprise un certain nombre de biens de type religieux, pédagogiques et culturels.

292. Il est ainsi crucial d'établir les critères de distinction entre la propriété publique et la propriété privée étant donné que dans les règlements de la Haye aucune mention à ce sujet n'est présente⁷⁸⁰. Dans le contexte d'une guerre prolongée, la direction et le contrôle de la part de l'État belligérant atteint aussi la structure et l'organisation de l'économie privée. Pour cette raison, il est difficile d'identifier des personnes morales qui ne seraient pas guidées par l'État, relevant ainsi du domaine public⁷⁸¹.

293. La distinction entre la propriété publique et privée a été mise en avant dans la sentence de la Cour permanente d'arbitrage du 15 juillet 1956 relative à la concession des phares de l'Empire ottoman. Cette affaire portait sur des réclamations pécuniaires de la société française *Collas et Michet* qui avait obtenu en 1860 la concession des phares de l'Empire ottoman, prolongée en 1913 pour une période allant de 1924 à 1949. Le tribunal arbitral devait se prononcer sur la saisie des recettes de la Société française des phares à Thessalonique par les forces armées helléniques en 1912. Lors de l'occupation de la ville par les forces armées helléniques, le numéraire et les recettes provenant de la perception des droits de phare ont été saisis. Le tribunal avait considéré que ces recettes devaient être considérées comme des biens privés et comme tels, ne pouvaient pas être saisies par l'État occupant. Le tribunal arbitral s'est penché sur la qualification du numéraire et des recettes en tant que propriété publique ou privée⁷⁸². Le tribunal, en précisant qu'en cas d'exploitation du service directement par l'État, les sommes perçues « entrent normalement dans la catégorie des objets saisissables et leur perception par l'État occupant n'offre rien de particulier », a distingué cette hypothèse de celle d'une concession de ce service « octroyé par l'État occupé à un particulier ou une société ». Les droits de phare ont ainsi été perçus comme des parts du patrimoine privé du concessionnaire et

⁷⁸⁰ Pour une réflexion sur ces critères de distinction v. McDougal Feliciano, *Law and minimum public order; War, op.cit.*, p.811.

⁷⁸¹ H. A. Smith, « Booty of war », *British yearbook of international law*, 1946, vol. 23, pp. 227-239, p.231, « Since the only real test of ownership lies in the power of disposition and control, [...] this means that in time of war the distinction between public and private property ceases to have any real meaning ».

⁷⁸² Sentence du tribunal arbitral franco-hellénique, Affaire relative à la concession des phares de l'empire ottoman, 24 juillet 1956, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, pp.155, p. 201 : « Selon le droit international public, tout État belligérant occupant le territoire de son adversaire peut, d'une part, saisir les propriétés mobilières de l'État ennemi énumérées à l'article 53 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention IV de la Haye de 1907 et sous certaines conditions strictes formulées à l'article 48 dudit Règlement, prélever, dans le territoire occupé, les impôts, droits et péages établis au profit de l'État, mais il doit, d'autre part, respecter la propriété privée (article 46 du même Règlement). Dans quelle catégorie d'objets le numéraire et les recettes en question rentrent-ils ? ».

par conséquent les recettes des droits de phare étaient revêtues du caractère de propriété privée et elles n'étaient « point susceptibles de saisie par l'État occupant, n'étant ni « impôts, droits et péages établis au profit de l'État », ni « numéraire ou fonds appartenant en propre à l'État »⁷⁸³. Ce cadre protecteur de la propriété privée semble toutefois compromis en cas d'occupation prolongée.

c. Des atteintes systématiques à la propriété privée dans les cas d'occupations prolongées dans le temps, signe de changement du statut de l'espace occupé.

294. La prolifération des cas d'occupation prolongée dans le temps constitue un défi pour l'applicabilité des règles régissant l'institution classique de l'occupation surtout dans des régions dont le statut est incertain⁷⁸⁴. L'expérience d'une occupation prolongée dans le temps met au défi le caractère provisoire inhérent à cette institution du droit international. La mise en doute du caractère provisoire de l'occupation affecte aussi l'applicabilité des dispositions relatives à la protection de la propriété privée des personnes résidant dans le pays occupé⁷⁸⁵. L'appréciation de la licéité du comportement d'une puissance occupante ne s'avère pas simple. Cela est dû au fait que même le titre de puissance occupante soulève plusieurs interrogations et est susceptible de faire l'objet de controverses. En effet, et comme cela est démontré dans le cas de l'occupation israélienne en Palestine (i) et russe en Ukraine de l'Est (ii), la ligne de démarcation entre occupation et annexion ne peut pas être aisément tracée.

⁷⁸³ *Idem.*, p.202.

⁷⁸⁴ V. en général A. Roberts, « Prolonged military occupation, the Israeli-occupied territories since 1967 », pp.25-85, dans Playfair E. (éd.), *International law and the administration of occupied territories, two decades of Israeli occupation*, Oxford, Clarendon, 1992, xxxvii-534 p. V. les décisions Cour suprême d'Israël, 69/81, *Abu Aita et al. V. The military Commander of the Judea and Samaria Region*, dans *Israel Yearbook on human rights*, vol. 13, 1983, p. 348 ; Cour suprême d'Israël, 393/82, *A teachers 'housing cooperative society v. The Military commander of the Judea and Samaria Region et al.*, *Israel Yearbook on human rights*, 14, 1984, p. 301, p.307 : « The concrete content that we shall give to Article 43 of the Hague Regulations in regard to the occupant's duty to ensure public life and order will not be that of public life and order in the nineteenth century, but that of a modern and civilized State at the end of the Twentieth century ». P.310 : « Long-term fundamental investments (made by the occupant) in an occupied area (in the course of a prolonged occupation) bringing about permanent changes that may last beyond the period of the military administration are permitted if required for the benefit of the local population- provided there is nothing in these investments that might introduce an essential modification in the basic institutions of the area ». Sur le statut de la bande de Gaza v. Conseil des droits de l'homme, Résolution 10/18, « Les colonies de peuplement israéliennes dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et le Golan syrien occupé », 26 mars 2009, par.3.

⁷⁸⁵ Il faut souligner que l'Israël n'a jamais reconnu les droits d'Égypte et de Jordanie sur les territoires occupés depuis 1967. Par conséquent, il ne s'agit pas d'une occupation « de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante », comme ceci est prévu dans l'article 2 de la IVème Convention de Genève. La lecture de cet article doit être suivie par celle de l'Article 47 de la IVème Convention de Genève qui prévoit la protection des personnes dans un territoire occupé sans prendre en considération des accords passés entre les États impliqués ou les prétentions d'annexion émises par cet État. La Cour suprême d'Israël a d'ailleurs reconnu les règles de la IVème CG qui reflètent du droit coutumier, comme partie du droit national. v. Cour suprême d'Israël, 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel (Targeted Killings Case)*, *AJIL*, 2007, p. 459. Pour l'interrogation autour de l'applicabilité de la IVème Convention de Genève sur les territoires de Palestine v. M. Shamgar, « The observance of international law in the administered territories », *Israel yearbook on human rights*, 1971, p. 262-277.

i. La pluralité d'arguments juridiques invoqués par une puissance d'occupation, le cas d'Israël

295. Les réquisitions de la propriété privée doivent être justifiées par l'invocation de l'argument de la nécessité militaire⁷⁸⁶. Au cours de différentes phases de la guerre israélo-arabe, les autorités d'occupation ont à diverses reprises décidé la destruction systématique d'immeubles privés soit à titre de représailles à des attentats terroristes, soit parce qu'ils étaient soupçonnés de servir de dépôts d'armes ou de munitions. Le Comité des droits de l'homme a condamné, « les actions à caractère en partie punitif que constituent les démolitions de biens et d'habitations dans les territoires occupés »⁷⁸⁷. Une autre pratique courante de la part de l'autorité d'occupation est l'implantation de colonies juives dans les territoires occupés (a). L'invocation des considérations sécuritaires et l'interrogation autour de leur rapport avec la nécessité militaire sont récurrentes pour la construction de colonies juives en territoires occupés par Israël (b).

a. L'ambiguïté du rôle d'Israël en tant qu'État administrateur des terres ayant un statut particulier

296. Le statut des territoires occupés et l'incertitude quant aux titres territoriaux ont créé un système compliqué et particulier mélangeant des éléments du droit de l'époque ottomane, de la période du mandat britannique, ainsi que des lois relevant de l'administration des zones contestées par la Jordanie. Il faut, en amont, préciser que pour l'État d'Israël, les territoires disputés ont un statut *sui generis* qui diffère du statut attribué aux territoires occupés. Israël rejetait l'application de la Convention de Genève sur ces régions, considérant qu'à la fois la Jordanie et l'Égypte qui avaient abandonné les territoires disputés de la Bande de Gaza et de Cisjordanie à la suite de la guerre des six jours, étaient à leurs tours des puissances occupantes ne possédant pas de titres juridiques reconnus par le droit international⁷⁸⁸. Par conséquent, Israël

⁷⁸⁶ Pour un cas d'invocation de la nécessité militaire v. Cour suprême d'Israël, 258/79, *Amira et Al. v. Minister of defence et al.*, *Israel Yearbook on human rights*, vol. 10, 1980, p. 331. En l'espèce, la réquisition concernait des terres soit cultivées soit non qui devaient être comprises dans un ensemble qui serait construit pour la protection de l'aéroport international Ben Gurion. La Cour a précisé que « [i]n a dispute such as this, involving question of a military – professional character in which the Court does not have its own founded knowledge, it will presume that the professional arguments [...] of those actually responsible for security in the occupied areas and within the Green Line are valid. This presumption may only be rebutted by very convincing evidence to the contrary ».

⁷⁸⁷ CDH, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 40 du Pacte, Observations finales, Israël, CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, par.16.

⁷⁸⁸ V. la présentation de l'argumentation israélienne dans l'article de Y. Blum, « The missing reversioner : reflections on the status of Judea and Samaria », *Israel law review*, 1968, pp. 279-301. L'auteur considère que les prérogatives de la puissance occupante présupposent une puissance ayant un titre de souveraineté sur le territoire occupé, p. 293 : « This assumption of the concurrent existence, in respect of the same territory, of both an ousted legitimate sovereign and a belligerent occupant lies at the root of all those rules of international law, which, while recognizing and sanctioning the occupant's rights to administer the occupied territory, aim at the same time to safeguard the reversionary rights of the ousted sovereign. It would seem to follow that, in a case like the present where the ousted State never was the legitimate sovereign, those rules of belligerent occupation directed to safeguarding that sovereign's reversionary rights have no

réclamait le titre d'administrateur et non pas de puissance occupante juridiquement liée par la IV CG. Toutefois, après 1971, la décision a été prise de se conformer *de facto* avec les dispositions relevant de la IV CG pour des raisons humanitaires⁷⁸⁹. Cette position se reflète dans la jurisprudence de la Haute Cour de justice, compétente pour juger tout acte du gouvernement d'Israël ou de ses organes⁷⁹⁰. Cependant, il faut préciser que d'après le système dualiste israélien, toute règle relevant du droit international doit être incorporée dans la législation interne pour être applicable. La condition d'applicabilité des dispositions de la IV CG qui n'a jamais été incorporée dans la législation interne est ainsi la reconnaissance du caractère coutumier de certaines de ces dispositions ou de son intégralité. Ne voulant pas conférer une telle valeur aux règles de la IV CG, la Haute Cour s'est fondée sur les articles des règlements de la Haye pour apprécier la licéité des mesures prises par les autorités israéliennes. La Haute Cour appréciait la licéité des pratiques israéliennes à l'égard des propriétés privées à la lumière de l'article 52 des règlements de la Haye qui autorise des ingérences à la propriété privée pour « les besoins de l'armée d'occupation »⁷⁹¹.

b. L'expansion des prérogatives de la puissance d'occupation pour des raisons sécuritaires : une argumentation difficilement conciliable avec le cadre du droit international d'occupation de guerre.

297. La saisie des terres palestiniennes à cet effet a été minutieusement examiné par la Cour suprême d'Israël. La jurisprudence israélienne s'est penchée à plusieurs reprises sur l'examen des prérogatives du pouvoir occupant. Les juridictions israéliennes se sont prononcées sur une approche évolutive des compétences, prônée par les autorités du pays, ayant comme objectif l'établissement permanent des Juifs dans les territoires occupés. L'interrogation concerne la compatibilité de cette politique avec le paragraphe 6 de l'article 49 de la IV CG qui interdit

application ». En appliquant ce raisonnement dans le cas d'espèce il considérait que : « Since the Kingdom of Jordan never had the status of a legitimate sovereign over Judea and Samaria, the rules of international law limiting the occupant's rights with a view to safeguarding the reversionary rights of the legitimate sovereign have no application as against Israel with regard to these territories », p. 301. Cet article a fait l'objet d'une critique virulente par E. Benvenisti, « The missing argument : the article that changed the course of history? », *AJIL Unbound*, vol. 111, 2017, pp.31-35.

⁷⁸⁹ Cette position a été défendue par Shamgar, qui, par la suite, est devenu Président de la Cour suprême. V. en détail M. Shamgar, « The observance of international law in the administered territories », *Israel yearbook on human rights*, 1971, pp. 262-277. L'auteur défend un statut territorial sui generis réclamé par Israël sur les territoires disputés. Il précise que le gouvernement israélien tout en n'étant pas juridiquement liée par la IVème CG, a décidé de s'y conformer de facto. P. 266. L'auteur défend la « *de facto* observance of the humanitarian rules of the Hague Rules and of the Fourth Geneva Convention; and observance of the basic principles of natural justice as derived from the system of law existing in Israel, whether or not these rules have found expression in the Fourth Convention ». La thèse en faveur à l'application de la IV CG est aussi défendue par T. Meron, « West Bank and Gaza: Human rights and humanitarian law in the period of transition », *Israel Yearbook on human rights*, 1979, pp.106-120, p.109 : « It must be remembered that, as a humanitarian convention par excellence, the Fourth Geneva Convention is concerned primarily with people, rather than territory; with human rights, rather than with legal questions pertaining to territorial status ».

⁷⁹⁰ V. Y. Dinstein, *The international law of belligerent occupation*, op.cit., p. 25-27.

⁷⁹¹ Cour suprême d'Israël, 606/78, *Ayub et al. V. Minister of Defence et al.*, *Israel Yearbook on human rights*, 1979, vol. 9, p. 337.

l'expulsion de la population locale et, par conséquent, la modification de la composition démographique du territoire occupé⁷⁹². La durée des installations juives oblige à considérer leur licéité à la lumière de l'article 53 de la IV CG en vertu duquel l'interdiction de saisie des biens privés par la puissance d'occupation n'est autorisée que lorsque ces actes sont « rendus absolument nécessaires par les opérations militaires ». Il faut souligner que la Convention de la Haye ne prévoit pas de saisies des biens pour des raisons sécuritaires⁷⁹³.

298. Dans l'affaire *Beth-El* de la Cour suprême, il a été jugé que des considérations sécuritaires constituent le fondement d'invocation de la nécessité militaire. En l'occurrence, la Cour, tout en soulignant la différence entre les objectifs sécuritaires et les considérations de nécessité militaire⁷⁹⁴, a considéré que l'établissement juif impliquant la réquisition des propriétés privées était dicté à la fois par des raisons militaires et des raisons sécuritaires⁷⁹⁵. Par conséquent, selon la Cour, la construction d'installations juives à la suite de la démolition des maisons palestiniennes était justifiable à la lumière du droit humanitaire. Il a été précisé que l'État occupant pouvait prendre des mesures préventives d'atteinte à des biens privés contre des activités terroristes et des actes de sabotage planifiés mais non-encore déroulés⁷⁹⁶.

299. La politique de démolition est, ainsi, conçue par Israël comme moyen de combattre le « terrorisme ». Le fondement juridique de cette politique est le n° 119 des *Defence Emergency Regulations*, promulguées en 1945 sous le mandat britannique. Ces règlements autorisaient la destruction de toute structure ayant préalablement servi comme lieu d'opération d'actes ou de

⁷⁹² Pour l'analyse de cette disposition v. Dinstein, *The international law of belligerent occupation*, *op.cit.*, p.239.

⁷⁹³ Article 52 : « Des réquisitions en nature et des services ne pourront être réclamés des communes ou des habitants, que pour les besoins de l'armée d'occupation [...] ». Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 29 juillet 1899.

⁷⁹⁴ Cour suprême d'Israël, 606/78, *Ayub et al. V. Minister of Defence et al.*, *Israel Yearbook on human rights*, 1979, vol. 9, p. 337, p. 338 : « [T]hese are to separate grounds which must not be confused. An act of a military government in an occupied territory might be justified from a military, security viewpoint and yet it would not be impossible for it to be defective from the point of view of international law. Not everything that furthers security needs is permissible under international law ».

⁷⁹⁵ *Idem*, p. 339 : « [T]he prevailing situation is one of belligerency, and the responsibility for maintaining order and security in the occupied territory is imposed upon the Occupying Power. It also must forestall the dangers arising out of such territory to the occupied territory itself and to the Occupying Powers. These days warfare takes the form of acts of sabotage, and even those who regard such acts (which injure innocent citizens) as a form of a guerilla war, will admit that the Occupying Power is authorized and even obliged to take all steps necessary for their prevention ». P.340 « It is indisputable that in occupied areas the existence of settlements-albeit "civilian"- of citizens of the Occupying Power contributes greatly to the security in that area and assists the army in fulfilling its task. One need not be a military and defense expert to understand that terrorist elements operate with greater ease in an area solely inhabited by a population that is indifferent or sympathizes with the enemy, than in an area in which one also finds people likely to observe the latter and report any suspicious movement to the authorities. Terrorists will not be granted a hideout, assistance or supplies by such people ».

⁷⁹⁶ Contrairement à l'affaire *El-Beth*, dans l'affaire *Hilal*, des activités terroristes étaient déjà en cours sur le territoire en question et pour cette raison la réquisition des biens privés était dictée pour des raisons sécuritaires. Cour suprême d'Israël, 302/72, *Sheikh Suleiman Abu Hilal et al. v. State of Israel et al.*, *5 Israel Yearbook on human rights*, 5, 1975, p.384.

préparation d'actes hostiles⁷⁹⁷. Conformément à ces dispositions, étant donné que les attentats visant Israël se préparent depuis des maisons privées, des considérations sécuritaires imposent leur destruction⁷⁹⁸. Il est évident que la décision de démolition des maisons comporte un élément punitif et une finalité de dissuasion. La Cour a même qualifié cette prérogative en tant que « unusual punitive action, whose main objective is to deter the performance of similar acts »⁷⁹⁹. Dinstein fait remonter cette argumentation à la pensée du président de la Cour suprême Shamgar qui, pour sa part, justifiait l'acte de démolition justifiée en tant que mesure de défense militaire immédiate et acte punitif⁸⁰⁰. Cette approche est difficilement conciliable avec l'article 53 de la IV CG qui interdit la destruction des biens mobiliers ou immobiliers, « sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ». Il est douteux qu'une destruction conçue comme mesure punitive puisse être interprétée comme mesure visant au maintien de la sécurité. En effet, le commentaire de l'article élaboré par le CICR met l'accent sur le rapport raisonnable entre les avantages militaires et le préjudice commis. L'avantage militaire tiré des mesures punitives prenant la forme de démolition des domiciles privés n'est pas aisément détectable⁸⁰¹.

300. Dans l'affaire *Elon Moreh*, la Cour a considéré comme nulle et non avenue la décision d'établissement d'une installation juive qui ne pouvait pas être justifiée par des besoins

⁷⁹⁷ Defense (emergency) regulations, *Palestine Gazette* 1945, n. 1442, supp. 2, p. 1055 : « A Military Commander may, by order, direct the forfeiture to the government of Palestine any house, structure or land from which he has reason to suspect that any firearm has been illegally discharged, or any bomb, grenade or explosive or incendiary article illegally thrown, or any house, structure or land situated in any area, town, village, quarter or street the inhabitants or some of the inhabitants of which he is satisfied have committed, or attempted to commit, or abetted the commission of, or been accessories after the fact to the commission of, any offense against these regulations involving violence or intimidation or any military court offences; and when any house, structure, or land is forfeited as aforesaid, the military commander may destroy the house or structure, or anything in or on the house, the structure, or the land ».

⁷⁹⁸ M. Carroll, « The Israeli Demolition of Palestinian houses in the occupied territories: an analysis of its legality in international law », *Michigan journal of international law*, vol. 11, 1990, pp. 1195-1217, p. 1213 : « Article 53 would become a hollow shell of protection for the civilian population of occupied territories if the Occupying Power is given complete discretion in interpreting the exception clause. Destruction under the provision « absolute military operations » must be limited to situations in which an Occupying Power is confronted with an armed attack from a building. Such an interpretation would prevent the Occupying Power from abusing the exception clause and thereby negating the spirit of article 53. Allowing deterrence to be used as a justification for demolishing houses would rob article 53 of its vitality since the standard used to determine the legality of such action would be ambiguous due to the lack of a bright-line rule ».

⁷⁹⁹ Cour suprême d'Israël, 434/79, *Sahwil et al. v. Commander of Judea and Samaria*, *Israel Yearbook on human rights*, vol. 10, 1980, p. 345.

⁸⁰⁰ M. Shamgar, « The observance of international law in the administered territories », *Israel yearbook on human rights*, 1971, pp. 262-277, p. 276 : « [D]emolition that is necessary because of military requirements is permitted. Military requirement can be of two kinds: On the one hand, there is the necessity to destroy the physical base for military action when persons in the commission of a hostile military act are discovered. The house from which hand grenades are thrown is a military base, not different from a bunker in other parts of the world. On the other hand, there is the necessity to create effective military reaction. The measure under discussion is of utmost deterrent importance [...] ».

⁸⁰¹ Pour ce raisonnement et l'analyse de la jurisprudence interne portant sur l'application du règlement 119 v. D. Kretzmer, *The occupation of justice*, State Univ. New York Press, New York, 2002, x-262 p., p. 148 et s. Pour l'argumentation israélienne soutenant la licéité des démolitions v. Shamgar, M. « The observance of international law in the administered territories », *op. cit.*, p. 276.

militaires⁸⁰². Cette décision marque une rupture avec la politique d'expropriation menée par les autorités israéliennes. La rupture consiste à rejeter la compatibilité de la politique d'expropriation des propriétés privées avec les prérogatives reconnues à une puissance d'occupation. L'arrêt portait sur une demande d'examen de la licéité de la décision de construction d'une installation juive dans la région *Elon Moreh* sur des terres réquisitionnées par des personnes privées. La Cour suprême s'est penchée explicitement sur l'affaire *Beth-El* en n'adoptant pas toutefois son raisonnement⁸⁰³. La Cour a procédé à une mise en balance des nécessités militaires et du respect à l'égard de la propriété privée. Elle a souligné la différence entre les nécessités militaires et les nécessités nationales ainsi que le danger d'approbation d'une politique dont les effets seraient susceptibles de dépasser les limites temporelles d'une occupation militaire⁸⁰⁴. Il est intéressant de relever que la Cour s'est interrogée sur l'applicabilité de la loi religieuse (*Halakha*), censée conférer des fondements légaux à l'installation juive et concrétiser un droit au retour à la terre promise. L'applicabilité de ces règles a été rejetée au profit des règles du droit international qui doivent régir l'occupation militaire et plus précisément les réquisitions opérées pendant une période d'occupation de guerre. En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur le terme « besoins de l'armée d'occupation » repérable dans l'article 52 de la IIème Convention de la Haye portant sur les réquisitions. La Cour, en rejetant la conformité de cette installation avec l'article 52 de la IV CG, a explicitement affirmé, d'une part, que les considérations militaires étaient secondaires⁸⁰⁵,

⁸⁰² Cour suprême d'Israël, 390/79, *Dweikat et al. v. Government of Israel, et al. (Elon Moreh Case)*, *Israel Yearbook on human rights*, 1979, p. 345.

⁸⁰³ *Idem*, p. 346 : « In the Beth-Al Case we gave an affirmative answer to a similar question, both according to internal municipal Israel law and according to customary international law, because we were convinced that the requirements of the Army obligated the establishment of the two civilian settlements at the places where they were established. It is self-evident [...] that in that judgment this Court did not give legal authorization in advance for every seizure of private land for civilian settlement in Judea and Samaria; rather, each case must be examined to determine whether military purposes, as this term must be construed, in fact justify the seizure of private land ».

⁸⁰⁴ V. les affirmations du juge israélien Moshe Landau : « The view on the right of the people of Israel, which is reflected in these words, is well based in Zionist philosophy. However, the question which still remains before this court in this petition is if this view justifies taking the property of an individual in an area subject to a regime of military government, and [...] the answer to this question depends on the interpretation of article 52 of the Hague Regulations. I am of the opinion that the "military needs" mentioned in that article cannot, under any reasonable interpretation, include the national security needs in the broad sense, that I have just mentioned ». Pour le juge la décision d'établir des installations constituent « an insuperable legal obstacle, because no military government may create in its area facts for its military purposes that are intended from the very start to exist even after the termination of military rule in that area, when the fate of the territory after the termination of the military rule is unknown ». Passages cités par Kretzem, *The occupation of justice, op.cit.*, p.87-88.

⁸⁰⁵ Cour suprême d'Israël, 390/79, *Dweikat et al. v. Government of Israel, et al. (Elon Moreh Case)*, *op.cit.*, p. 349 : « The political consideration was, therefore, the dominant factor in the Ministerial Defence Committee's decision to establish the settlement at that site, though I assume that the Committee, as well as the cabinet majority, were convinced that its establishment also fulfils military needs.[...] [A] secondary reason, such as the military reason in the decision of the political level which initiated the settlement' establishment, does not fulfill the precise strictures laid down by the Hague Regulations for preferring the military need to the individual's right of property ».

et, d'autre part, que ses effets n'étaient pas temporaires⁸⁰⁶. Au lendemain de cet arrêt, la politique de dépossession a changé de fondement juridique. Au lieu d'expropriation de biens privés suite à l'invocation de la nécessité militaire, des parcelles de terre ont été soumises à l'administration israélienne en raison de leur qualité de « terres de l'État, ou terres incultes ». En s'appuyant sur la loi ottomane de 1858, toujours en vigueur dans la région, le gouvernement pouvait qualifier en tant que terre d'État toute zone non cultivée pour une certaine période. Des interrogations émergent quant à la licéité de l'établissement d'installations de résidences juives sur ces parcelles de terre qualifiées « terres de l'État » à la lumière de l'article 55 du Règlement de la Haye qui précise que l'administration de la propriété publique par la puissance occupante doit obéir aux règles de l'usufruit⁸⁰⁷.

301. Des atteintes aux biens privés ont eu lieu pendant la construction du mur qui passait par l'intérieur de Palestine. La CIJ dans son opinion sur la construction du mur n'a pas admis l'argument israélien mettant en avant les nécessités militaires qui auraient pu justifier la construction du mur. La non-compatibilité de la pratique d'établissement de colonies avec la IV CG a été soulignée de manière explicite⁸⁰⁸. La Cour n'a pas été convaincue « que les destructions opérées contrairement à l'interdiction édictée à l'article 53 de la IVème CG aient été rendues absolument nécessaires par des opérations militaires »⁸⁰⁹. La Cour a considéré que les atteintes aux biens privés liées au tracé du mur ne sont pas justifiables par des « impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public »⁸¹⁰. Quant à l'argument de l'exercice du droit à la légitime défense, la Cour l'a rejeté en raison du fait que cette menace provenait d'un territoire sur lequel Israël exerçait son contrôle. Depuis un tel territoire, le déclenchement d'une agression armée, justifiant le recours à la légitime défense, n'était pas envisageable. La Cour a ainsi précisé que les saisies et démolitions de maisons liées à la

⁸⁰⁶ *Idem*, p. 350 : « [T]he decision to establish a permanent settlement intended from the outset to remain in its place forever- even beyond the duration of the military government which was established in Judea and Samaria- encounters a legal obstacle which is insurmountable, because the military government cannot create in its area facts for its military needs which are designed a initio to exist even after the end of the military rule in that area, when the fate of the area after the termination of military rule is still not known ».

⁸⁰⁷ Cette allégation a été présentée devant les juridictions israéliennes qui ne s'y sont toutefois pas prononcées de manière explicite. V. Kretzmer, *op.cit.*, p.93.

⁸⁰⁸ CIJ, *Avis consultatif, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, Recueil 2004, p. 136, p.183, par. 120 : « En ce qui concerne ces colonies la Cour notera que, selon le sixième alinéa de l'article 49 de la quatrième convention de Genève : "La puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle". Cette disposition prohibe non seulement les déportations ou transferts forcés de population tels qu'intervenues au cours de la Seconde Guerre mondiale, mais encore toutes les mesures que peut prendre une puissance occupante en vue d'organiser et de favoriser des transferts d'une partie de sa propre population dans le territoire occupé. À cet égard, les informations fournies à la Cour montrent qu'à partir de 1977 Israël a mené une politique et développé des pratiques consistant à établir des colonies de peuplement dans le territoire palestinien occupé, contrairement aux prescriptions ainsi rappelées du sixième alinéa de l'article 49 ».

⁸⁰⁹ *Idem*. Par. 135.

⁸¹⁰ *Idem*. Par. 137.

construction du mur constituent des violations des articles 46 et 52 du Règlement de la Haye de 1907 ainsi que de l'article 53 de la IVème CG. Il est intéressant de relever que dans son opinion la Cour n'a pas pris en considération le caractère provisoire de cette construction. Cet aspect a été souligné par le juge Koroma qui dans son opinion individuelle et pour souligner le caractère illicite de la construction du mur s'est penché sur le caractère temporaire de l'institution d'occupation qui doit respecter « les intérêts de la population tout en satisfaisant les besoins de la puissance occupante sur le plan militaire ». Le juge a insisté sur le caractère illégal de toute division ou partition d'un territoire contrôlé par la puissance occupante. Le seul fondement pour les mesures de destruction pourrait être l'article 53 de la CG IV qui interdit la destruction des biens mobiliers ou immobiliers appartenant à des personnes privées « sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ». Néanmoins, la preuve concernant l'édification nécessaire d'un mur n'a pas été apportée par Israël, comme cela est précisé dans l'opinion individuelle du juge Elaraby. Si la nécessité militaire pourrait justifier la destruction des biens privés, cette exception à la règle de protection doit être interprétée de manière restrictive⁸¹¹. Le caractère non proportionnel de la destruction des biens privés en vue d'assurer l'objectif de la nécessité militaire a été aussi souligné par les juges Kooijmans et Owada. Les violations des droits privés ont été ainsi qualifiées de disproportionnées par rapport aux objectifs militaires poursuivis par Israël⁸¹².

302. Il semble ainsi que la systématisation des atteintes à la propriété privée des civils résidant sur un territoire occupé offre des éléments de preuve de transformation du rapport établi entre la puissance d'occupation et le territoire occupé. La protection accordée aux biens des civils diminue puisque la puissance d'occupation prétend y exercer des compétences qui relèvent de l'État souverain. L'invocation des motifs sécuritaires, en soi non-conforme avec le droit de l'occupation militaire, en témoigne.

⁸¹¹ Opinion individuelle du juge Elaraby, pp.246-259, CIJ, *Avis consultatif*, op. cit., p. 257 : « Il est établi que le droit relatif à l'occupation belligérante comporte des dispositions qui laissent à la puissance occupante une marge de manœuvre limitée en matière de nécessités militaires et de sécurité. Comme pour toute exception à une règle générale, cette marge de manœuvre doit être interprétée strictement afin de veiller à ce qu'il soit tenu compte des considérations humanitaires les plus élémentaires ».

⁸¹² Opinion individuelle du juge Kooijmans, *idem*, pp.219-234, Le paragraphe 34 de l'opinion de Kooijmans est entièrement consacré au contrôle de proportionnalité, p.229 : « [I]l aurait fallu, également, à mon sens, examiner la construction du mur au regard du critère de proportionnalité, compte tenu en particulier de ce que les concepts de nécessité militaire et de proportionnalité ont toujours été intimement liés dans le droit international humanitaire. Et c'est, à mes yeux, un point qui a une portée si déterminante que, même si la construction du mur et le régime qui lui est associé pouvaient être justifiés comme constituant des mesures nécessaires pour protéger les droits légitimes des citoyens israéliens, ces mesures ne satisferaient pas pour autant au critère de proportionnalité. Le tracé choisi pour la construction du mur et les perturbations qui en résultent pour les habitants du territoire palestinien occupé son manifestation disproportionnée par rapport aux intérêts qu'Israël cherche à protéger [...] ». Dans son opinion individuelle le juge Owada affirme que les répercussions politiques, sociales, économiques et humanitaires de la construction du mur sont telles qu'il serait prêt « à reconnaître qu'aucun motif tiré d'impératifs militaires, même étayé par des faits démontrés, ne saurait effacer l'illicéité de cette action, au nom du strict principe de proportionnalité », *idem*, pp.260 — 271, p.269.

ii. L'encadrement des prérogatives conférées à une puissance d'occupation par des règles ne relevant pas du droit humanitaire, l'exemple des biens sis en Crimée.

303. Le déploiement d'une politique d'ingérence dans les biens privés sur un territoire occupé met en lumière la relation complexe qui existe entre les prérogatives de l'État belligérant découlant du droit humanitaire et les prérogatives découlant d'autres conventions internationales éventuellement applicables dans le même contexte. Des conventions relevant du droit des droits de l'homme ou du droit international des investissements peuvent ainsi se présenter comme des sources entrant en concurrence avec le droit humanitaire. Les prérogatives de l'État occupant semblent être circonscrites par d'autres règles. Une certaine pression est ainsi exercée sur le belligérant qui doit impérativement déterminer sa politique d'ingérence dans les biens privés en fonction de plusieurs conventions internationales. Les droits de propriété foncière en Crimée, prétendument annexée par la Russie, se trouvent à l'épicentre de l'intérêt de toute réflexion contemporaine quant aux prérogatives d'une puissance d'occupation.

304. En matière de biens privés, une politique de dépossession généralisée a été suivie, de manière conséquente, par les autorités russes en Crimée. En effet, le décret du président russe Vladimir Poutine, daté du 20 mars 2020, empêche les « étrangers » de posséder des terres dans la plupart des régions de la péninsule occupée. Cette mesure prive effectivement les Tatars de Crimée et les autres Ukrainiens qui n'ont pas obtenu la citoyenneté russe de leurs droits fonciers. Le décret apporte des modifications à une liste de « territoires côtiers » sur lesquels « les ressortissants étrangers, les apatrides et les entités juridiques étrangères » ne peuvent pas avoir de droits fonciers⁸¹³. Officiellement, la Russie justifie cette mesure pour des raisons de sécurité. Ainsi, dans les régions côtières de la Fédération russe, les étrangers ne peuvent pas posséder de terrain dans la zone frontalière. La liste comprend la plupart des parties de la Crimée occupée, à l'exception de trois régions sans accès à la mer Noire. Les individus qui n'ont pas la citoyenneté de la Fédération de Russie mais qui avaient obtenu légalement la possession de parcelles de terrain sur la côte de la péninsule avant l'occupation, doivent maintenant soit les vendre, soit obtenir un passeport russe, soit enregistrer le terrain auprès d'une société

⁸¹³ Указ Президента Российской Федерации от 20.03.2020 № 201, http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202003200021?index=0&rangeSize=1&fbclid=IwAR0ToKvWzjsJL_CNk7so3bijvG0MgsSxVXvAdKaL5e2VK6DNTCw0cvO46Oc Décret du Président de la Fédération de Russie du 20.03.2020 n° 201 Sur les modifications de la liste des territoires frontaliers où les citoyens étrangers, les apatrides et les personnes morales étrangères ne peuvent pas posséder de parcelles de terrain, approuvées par le décret du Président de la Fédération de Russie n° 26 du 9 janvier 2011.

enregistrée en Russie. L'Union européenne a interprété ce décret en tant que mécanisme de mise en œuvre d'annexion de la péninsule⁸¹⁴.

305. Cette mesure s'inscrit dans le sillage d'actes de confiscation des biens publics et privés en Crimée dont les racines remontent à la période postérieure au référendum de mars 2014⁸¹⁵. Il faut s'interroger sur la compatibilité de ces mesures avec des dispositions relevant du droit international. Une protection efficace des biens peut être revendiquée à la lumière des traités bilatéraux et multilatéraux. En effet, non seulement le traité bilatéral d'investissement (a) entre la Russie et l'Ukraine peut garantir une protection efficace de la protection de la propriété, mais aussi la CEDH (b). Il convient de s'intéresser à l'applicabilité de ces textes sur ce territoire disputé.

a. Une politique de dépossession non-conforme à des traités relatifs aux investissements internationaux.

306. Dans le cadre du rattachement de la péninsule de Crimée, intervenu en 2014, la Fédération de Russie aurait pris des mesures ayant conduit à l'expropriation d'entreprises établies sur ce territoire. Ce faisant, la Fédération de Russie aurait violé l'accord bilatéral conclu entre l'Ukraine et la Russie en 1998. En vertu du TBI entre la Russie et l'Ukraine, des sociétés constituées selon le droit ukrainien et établies sur la péninsule de Crimée ont réclamé des indemnités pour des actes d'expropriation menés par la Russie en Crimée⁸¹⁶.

307. La sentence arbitrale *Stabil et autres c. Russie*, du 12 avril 2019, est intervenue à la suite de la nationalisation par la Russie du réseau pétrolier des requérants dans le cadre de l'annexion

⁸¹⁴ Ukraine : déclaration de la porte-parole sur le décret russe relatif à la propriété foncière en Crimée, Service, 23/03/2021, service diplomatique de l'Union Européenne. https://www.eeas.europa.eu/eeas/ukraine-statement-spokesperson-russian-land-ownership-decree-affecting-crimea-0_en?page_lang=fr. « L'Union européenne ne reconnaît pas l'annexion illégale de la péninsule de Crimée par la Russie, qui constitue une violation flagrante du droit international. C'est la raison pour laquelle l'Union européenne ne reconnaît pas ce décret et considère son entrée en vigueur comme une nouvelle tentative d'intégrer de force la péninsule annexée illégalement à la Russie. La Crimée fait partie de l'Ukraine. Ce décret, qui est une nouvelle étape sur la voie de l'imposition de la citoyenneté russe dans la péninsule, constitue également une violation du droit international humanitaire et conduit à la privation arbitraire de biens ».

⁸¹⁵ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Report on the human rights situation in Ukraine 16 February to 15 May 2017, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/UARreport18th_EN.pdf, par. 158 : « The Russian Federation authorities took steps to compensate owners of property “nationalized” since March 2014 by adopting special legislation on 28 December 2016. However, the compensation is limited and does not offer a fair remedy to those affected. Indeed, the scheme is only applicable to private property and excludes individuals accused of “extremism”. The latter limitation raises particular concerns in view of the arbitrary application of anti-extremism legislation by the Russian Federation authorities in Crimea. The amount of compensation will be determined by reference to the market value of the object on 21 February 2014, a date which precedes the application of Russian Federation legislation in Crimea and the “nationalization”. Moreover, payment of compensation can be postponed for 10 years ».

⁸¹⁶ Pour une présentation de l'influence des hostilités sur les rapports contractuels entre la Russie et l'Ukraine v. O. Butkevych, « The operation of International treaties and contracts in the Event of armed conflict: problems reopened by Russian aggression against Ukraine », pp. 185-215, dans Sayapin S., Tsybulenko E. (éd), *The use of force against Ukraine and international law*, Jus ad bellum, jus in bello, jus post bellum, The Hague, TMC Asser, 2018, xxvii-454 p.

de la péninsule de Crimée en 2014⁸¹⁷. Les demandeurs considéraient que la Fédération de Russie avait « interféré avec et nationalisé » leurs propriétés, acte qui constituait une « nationalisation » illégale en vertu de l'article 5 du TBI⁸¹⁸. Les demandeurs soutenaient que les exigences d'intérêt public et d'absence de discrimination étaient étroitement liées, de sorte que « lorsque l'expropriation est motivée par une animosité personnelle à l'encontre d'un investisseur, l'expropriation est nécessairement contraire à l'intérêt public, indépendamment de l'objectif public ostensible de la mesure »⁸¹⁹. Le Tribunal arbitral a conclu que la défenderesse avait exproprié l'investissement des demanderesses en violation de l'article 5 du Traité en raison de « (i) la saisie physique de la propriété des demanderesses le 22 avril 2014 par les forces paramilitaires, et (ii) les actes législatifs du Conseil d'État de Crimée et du gouvernement de Sébastopol qui ont nationalisé l'investissement des Demanderesses en Crimée et à Sébastopol »⁸²⁰.

308. N'admettant pas cette sentence, la Fédération de Russie a saisi le Tribunal fédéral de Lausanne. Dans ses deux recours, elle a fait valoir que le Tribunal arbitral, n'aurait pas dû admettre sa compétence. En effet, selon la requérante, les déplacements de frontières survenus après la conclusion du traité de protection des investissements n'auraient pas dû être pris en considération⁸²¹. Si les parties contractantes avaient voulu modifier le champ d'application territorial de l'accord de protection des investissements, un accord correspondant aurait été nécessaire, conformément à l'article 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Or, un tel accord n'a pas été conclu. Par conséquent, selon la Fédération russe, il n'existe ni accord exprès ni accord tacite sur l'applicabilité de l'accord de protection des investissements au

⁸¹⁷ PCA Case No. 2015-35 : Stabil LLC et al. v. The Russian Federation, 12 avril 2019. file:///C:/Users/Admin/Downloads/Stabil+v.+Russia,+Final+Award+%20(1).pdf La question fondamentale, sur laquelle toutefois ne se sont pas penchés les arbitres, était celle relative à l'influence exercée par le conflit armé sur le traité bilatéral. En fonction de son intensité, le conflit armé pourrait avoir un effet suspensif sur le traité bilatéral. Le changement radical de l'échelle des hostilités après février 2022, serait déterminant pour la suspension du traité bilatéral en cours. Sur ce point v. A. De Nanteuil A., « Le statut des traités de protection des investissements signés par l'Ukraine depuis l'invasion du 24 février 2022 », *RGDIP*, 2023, pp.99-210, p.105.

⁸¹⁸ Par. 213 « [T]he Claimants contend that the Russian Federation violated the FET standard because it acted in a “blatantly discriminatory manner” against the Petrol Companies and their investments in Crimea. In particular, the Claimants argue that the Russian Federation’s acts that specifically targeted the Petrol Companies and their investments for “extralegal and political reasons” constitute a clear infringement of the FET standard ».

⁸¹⁹ *Idem*, par. 238.

⁸²⁰ *Idem*, par. 259. Pour l'analyse de la problématique d'application territoriale du TBI sur des territoires contestés v. A. de Nanteuil, *op.cit.*, p.115-116.

⁸²¹ Tribunal fédéral suisse, arrêt du 16 octobre 2018, 4A_398/2017, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza://16-10-2018-4A_398-2017&lang=fr&zoom=&type=show_document Par. 4.3.1 : « La requérante conteste tout d'abord la compétence du tribunal arbitral en faisant valoir que l'accord de protection des investissements de 1998 n'est pas applicable au territoire de la Crimée et de la ville de Sébastopol. Selon elle, le terme “territoire” figurant à l'article 1, paragraphe 4, de l'API englobe le territoire des parties contractantes au moment de la conclusion du traité. A cette époque, la péninsule de Crimée et la ville de Sébastopol faisaient partie du territoire ukrainien. Il ne ressort nullement des dispositions de l'accord que la notion de territoire devait être comprise de manière dynamique. Les déplacements ultérieurs de frontières ne devraient pas être pris en compte sans autre accord ».

territoire de la péninsule de Crimée et de la ville de Sébastopol. D'après l'argumentation russe, les installations concernées ne sont pas des investissements au sens du 1^{er} alinéa du 1^{er} article du traité bilatéral de 1998. Selon l'article 9 du traité, la compétence du tribunal arbitral est limitée aux litiges qui surviennent en rapport avec des investissements, le terme « investissement » étant défini au 1^{er} article. Étant donné que les installations concernées des intimées ne répondaient pas aux caractéristiques de la notion, l'application de l'accord de protection des investissements devait être exclue. La Russie a insisté sur le fait que « l'un des principes fondamentaux du droit international de la protection des investissements est que seuls sont protégés les investissements qui, au moment de leur réalisation, ont été effectués par un investisseur d'un État contractant sur le territoire d'un autre État contractant, c'est-à-dire les investissements transfrontaliers ». Toute modification postérieure des frontières n'exerçait pas d'influence sur le champ d'application du traité. Par conséquent, le différend, selon le point de vue de la Russie, ne concernait pas « des investissements étrangers, mais des investissements nationaux que les intimées ukrainiennes avaient effectués en Ukraine »⁸²².

309. Contrairement à l'opinion défendue par la requérante, le tribunal fédéral a approuvé l'interprétation du tribunal arbitral selon laquelle le champ d'application matériel de l'accord de protection des investissements de 1998 englobe également les investissements qui ne se trouvent sur le territoire de l'autre État contractant qu'à la suite d'un déplacement de la frontière. Il a été précisé que cette interprétation était conforme au sens et à l'objectif de l'accord⁸²³.

310. Des sentences ont aussi été édictées à la suite des mesures prises par la Russie contre des établissements bancaires publics ukrainiens, sis sur la péninsule de la Crimée. Le 26 mai 2014, la Banque de Russie, exerçant les pouvoirs qui lui avaient été conférés par la loi sur le

⁸²² *Idem*, par. 4.4.1.

⁸²³ *Idem*, par. 4.4.5 : « Enfin, la requérante ne parvient pas non plus à démontrer une violation du droit avec ses arguments relatifs à l'interprétation selon la bonne foi. Elle se réfère une fois de plus à une prétendue compréhension générale de la doctrine et de la jurisprudence en matière de protection internationale des investissements, mais ne parvient pas non plus dans ce contexte à apporter des preuves concrètes à l'appui de son affirmation selon laquelle la notion d'investissement en droit international serait limitée dans le temps de telle sorte que l'élément du franchissement de la frontière devrait être rempli à un moment bien précis. Il ne ressort pas de ses observations en quoi le principe de bonne foi conduirait à l'interprétation restrictive défendue par la requérante, qui exclurait du champ d'application de l'accord les investissements en cas de déplacement de la frontière. Une telle interprétation étroite exclurait du champ d'application matériel de l'accord et donc de la protection correspondante uniquement les investissements sur le territoire de l'autre État contractant qui se trouvaient déjà sur le territoire concerné au moment du déplacement de la frontière. De tels investissements existants seraient donc exclus de la protection convenue, bien qu'ils aient été réalisés dans le cadre du champ d'application temporel convenu (article 12 de l'API 1998). Cela équivaudrait à l'introduction d'une restriction supplémentaire du champ d'application temporel, limitée à un territoire déterminé, qui aurait en outre été provoquée par une partie contractante elle-même. Une telle interprétation serait incompatible avec le principe de la bonne foi et conduirait à un résultat contraire à l'esprit et au but de l'accord de protection des investissements de 1998. Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur l'interprétation historique (cf. article 32 CRC), d'autant plus que la requérante elle-même fait valoir que les travaux préparatoires introduits dans la procédure sont incomplets et donc sans importance en tant que moyen d'interprétation complémentaire ».

système bancaire du 2 avril 2014, avait ordonné la cessation des activités de la société *JSC Oschadbank* en Crimée. La société *JSC Oschadbank*, considérant son activité en Crimée comme un investissement international protégé par le traité bilatéral conclu le 27 novembre 1998 et s'estimant lésée par l'expropriation des actifs de sa succursale en Crimée, a initié le 20 janvier 2016 une procédure d'arbitrage devant la Cour permanente d'arbitrage siégeant à Paris, contre la Fédération de Russie.

311. La Cour permanente d'arbitrage à Paris, par une sentence arbitrale du 26 novembre 2018, a précisé que la Fédération de Russie avait violé le Traité Russie-Ukraine du 27 Novembre 1998 en engageant des mesures d'expropriation à l'encontre des investissements de la société *JSC Oschadbank* dans la Péninsule de Crimée. Faisant appel de cette sentence, la Fédération de Russie soutenait que l'investissement ne relève pas du champ d'application *ratione temporis* du traité bilatéral. Cet investissement avait eu lieu avant 1992, année à partir de laquelle les investissements ultérieurs opérés dans les deux pays seraient concernés par le traité⁸²⁴.

312. En outre, il a été allégué par la Russie que le tribunal arbitral aurait dû se déclarer incompétent à la lumière de considérations d'application du traité *ratione loci*. La société faisait valoir que l'annexion de la Crimée par la Russie avait entraîné « l'intégration de la Crimée dans le champ territorial de la Russie au sens des dispositions de l'article 1.4 du TBI »⁸²⁵ et que les actifs bancaires ont acquis la qualification d'investissement international au sens du TBI malgré leur création ou acquisition antérieure. La Cour a considéré que la création de la société bancaire ukrainienne était liée au démantèlement du système bancaire unifié de l'Union soviétique et que par conséquent la réalisation de l'investissement ne tombait pas dans le champ d'application temporelle du traité bilatéral. Par conséquent, le tribunal arbitral aurait dû se déclarer incompétent.

313. Des dispositions relevant des traités d'investissement jouent un rôle primordial en matière de détermination des prérogatives conférées aux puissances d'occupation. L'occupant est ainsi autorisé à agir dans un cadre légal plus restreint, étant donné que ces actions doivent être régis aussi par des règles relevant des conventions auxquelles il fait partie. L'autre exemple de traités susceptibles de mettre des bornes supplémentaires aux prérogatives de la puissance d'occupation sont les conventions en matière de droits de l'homme.

⁸²⁴ CA de Paris, Chambre 16, arrêt du 30 mars 2021, Recours en annulation de sentence arbitrale, N° RG 19/04161.

⁸²⁵ *Idem*, par. 43.

b. Des limites posées à la puissance d'occupation relevant de la CEDH.

314. La CEDH a trouvé le moyen de rendre des jugements pour des différends portant sur des biens sis en Crimée, sans s'empêtrer dans la question du titulaire des titres souverains sur le territoire et sans aborder la question de la légalité ou de l'illégalité de l'annexion. Il faut souligner que la CEDH adopte une définition large des possessions et des biens qui bénéficient de la protection de 1^{er} Protocole additionnel. En revanche, un TBI définit généralement de manière plus restreinte le terme d'investissement qui entre dans le champ d'application du traité bilatéral. La CEDH s'est prononcée sur la recevabilité des requêtes dirigées contre la Fédération de Russie par l'Ukraine concernant les événements survenus en Crimée et en Ukraine orientale⁸²⁶.

315. En l'occurrence, l'affaire concernait les allégations de l'Ukraine selon lesquelles la Fédération de Russie devait être tenue pour responsable d'une pratique administrative constitutive de nombreuses violations de la Convention européenne des droits de l'homme en Crimée. La Cour a recherché si la Russie avait exercé sa « juridiction », au sens de l'article 1 de la Convention, sur la Crimée à partir du 27 février 2014⁸²⁷. Elle a estimé que les faits dénoncés par le gouvernement ukrainien relevaient de la « juridiction » de la Russie, eu égard au contrôle effectif exercé par ce pays sur la Crimée à partir de cette date. La Cour a considéré que, dans l'ensemble, il existe un commencement de preuve suffisant d'expropriation, sans indemnisation, de biens appartenant à des civils et des entreprises privées en violation de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention. La Cour s'est appuyée sur le rapport sur la situation des droits de l'homme dans le territoire temporairement occupé établi par le Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et couvrant la période allant du 22 février 2014 au 12 septembre 2017. Le rapport examine en détail à la fois le statut patrimonial et personnel des habitants de Crimée.

316. Quant à la violation des droits patrimoniaux et en s'appuyant entre autres sur le rapport du Haut-commissariat⁸²⁸, la Cour a précisé que ces éléments « offrent un commencement de

⁸²⁶ CEDH, *Ukraine c. Russie (Crimée) Requêtes n° 20958/14 et 38334/18*, 14 janvier 2021.

⁸²⁷ *Idem*, par. 264 et s.

⁸²⁸ *Idem*, par.227 : « Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Rapport sur la situation des droits de l'homme dans le territoire temporairement occupé de la République autonome de Crimée et de la ville de Sébastopol (Ukraine), daté du 25 septembre 2017, qui couvre la période allant du 22 février 2014 au 12 septembre 2017, "par.170 : À la suite de l'occupation de la Crimée, les autorités de la Fédération de Russie ont procédé à de très nombreuses nationalisations de biens publics voire, parfois, privés. Les expropriations ont eu lieu au mépris des droits de propriété et sans indemnisation. Une réglementation adéquate dans le domaine du logement, des terres et de la propriété est du reste capitale pour les Tatars de Crimée qui, près de trois décennies après leur retour de déportation, n'ont pas obtenu la sécurité d'occupation. Par.171 : Depuis le referendum de mars 2014, une grande partie des atouts économiques les plus précieux de la Crimée — des entreprises du secteur énergétique aux opérateurs mobiles — ont été expropriés, souvent par la force. [...] Par.173 : Des textes de réglementation ont été adoptés aux fins de la légitimation du processus de nationalisation. Cependant, des amendements fréquents, qui ont augmenté le nombre et élargi la nature

preuve suffisamment apte à étayer la thèse selon laquelle il y a eu pendant la période considérée une pratique administrative (en ses deux éléments constitutifs) ayant consisté à nationaliser des “biens appartenant à des civils et à des entreprises privées” »⁸²⁹. La Cour, pour renforcer son argumentation, s’est référée, de manière explicite, à des sentences arbitrales rendues dans le cadre du traité bilatéral d’investissement de 1998 et engageant la responsabilité de la Fédération de la Russie⁸³⁰.

317. Quant au statut personnel, l’acte d’attribution de nationalité russe aux habitants est qualifié de violation de la IV^{ème} CG⁸³¹. Cet acte s’inscrit dans une série des pratiques discriminatoires à l’égard des personnes ayant refusé l’obtention de la nationalité russe et titulaires d’un permis de séjour⁸³². Quant au caractère obligatoire de l’attribution de la nationalité russe, la Cour a précisé que ni la Convention, ni ses Protocoles ne garantissent un droit de renoncer à une nationalité. Toutefois, la Cour ne saurait exclure « qu’un refus arbitraire d’une demande de renonciation à une nationalité puisse lui aussi dans certaines circonstances poser un problème au regard de l’article 8 de la Convention s’il a une incidence sur la vie privée

des biens à nationaliser, ont porté atteinte à la sécurité juridique et aux garanties contre l’arbitraire. Ainsi, la résolution no 2085-6/14, qui au départ était centrée sur la nationalisation de biens sans propriétaires ou appartenant à l’État ukrainien, a été modifiée par l’ajout de 111 biens immobiliers énumérés dans une annexe intitulée ‘*Liste de biens considérés comme appartenant à la République de Crimée*’. Pendant la période 2014-2016, des hôtels, logements privés, locaux non résidentiels, marchés, stations-services, parcelles de terrain et biens meubles ont été ajoutés à l’annexe au moyen de nouvelles résolutions qui ne présentent pas de critères relatifs à la nationalisation ni, dans la plupart des cas, d’informations sur les propriétaires des biens nationalisés. Par.174 : [...] Au 12 septembre 2017, l’annexe contenant la liste des biens nationalisés avait été modifiée cinquante-six fois ; elle comporte à ce jour 4 618 biens immobiliers publics et privés ‘nationalisés’. Par.175 : La ville de Sébastopol a connu un processus analogue. Aux fins du ‘rétablissement de la justice sociale et du maintien de l’ordre public’, les autorités de la ville ont nationalisé treize sociétés et trente biens immobiliers entre février 2015 et juillet 2016” ».

⁸²⁹ *Idem*, par. 484.

⁸³⁰ *Idem*.

⁸³¹ *Idem*, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme, par.55 : « L’adoption du traité d’intégration le 18 mars 2014 a eu un effet immédiat sur le statut des habitants de Crimée et les droits y afférents : tous les citoyens ukrainiens et les personnes apatrides qui résidaient à titre permanent dans la péninsule, comme en attestait un tampon sur le passeport indiquant le lieu de résidence enregistré, furent automatiquement reconnus comme étant des citoyens de la Fédération de Russie. Une exception fut ménagée pour les personnes qui, dans le mois suivant l’entrée en vigueur du traité (c’est-à-dire au plus tard le 18 avril 2014), refusaient par écrit la nationalité de la Fédération de Russie ». Par. 57 : « On peut considérer qu’imposer une nationalité aux habitants d’un territoire occupé revient à les contraindre à faire acte d’allégeance à un pouvoir qu’ils peuvent juger hostile ; or la quatrième Convention de Genève l’interdit. Outre le fait qu’elle emporte violation du droit international humanitaire, la règle de l’acquisition automatique de la nationalité soulève un certain nombre de questions importantes sur le terrain du droit international des droits de l’homme ».

⁸³² *Idem*, par.61 : « Les habitants de la Crimée qui ont choisi de refuser la nationalité russe sont devenus des étrangers. Ils ont pu obtenir des permis de séjour par le biais d’une procédure simplifiée, ce qui leur a conféré certains droits dont jouissent les citoyens de la Fédération de Russie, comme le droit à une pension, à une assurance maladie gratuite et à des prestations sociales, ainsi que le droit d’exercer une profession qui n’exige pas la possession de la nationalité russe ». Par.62 : « Globalement, toutefois, les personnes qui sont titulaires d’un permis de séjour mais n’ont pas la nationalité russe ne jouissent pas de l’égalité devant la loi et sont privées de droits importants. Elles ne peuvent pas posséder de terres agricoles, voter ou être élues, enregistrer une communauté religieuse, demander l’autorisation de tenir une réunion publique, occuper un poste dans l’administration ou faire réimmatriculer leur véhicule privé dans la péninsule ». Par. 220 : « La situation des droits de l’homme s’est considérablement détériorée en Crimée depuis le début de l’occupation russe. L’imposition d’une nouvelle nationalité et d’un nouveau cadre juridique, et l’administration de la justice qui en a résulté, ont sensiblement limité la faculté des habitants de la Crimée de jouir de leurs droits fondamentaux. La Fédération de Russie a étendu l’application de ses lois à la Crimée, au mépris du droit international humanitaire. Ces lois ont très souvent été appliquées de façon arbitraire ».

de l'intéressé »⁸³³. À la lumière de ce constat, les mesures russes constituent en elles-mêmes un « commencement de preuve suffisant de la réalité des deux éléments (“répétition des actes” et “tolérance officielle”) constitutifs d’une pratique administrative contraire à l’article 8 de la Convention »⁸³⁴.

318. À la lumière de ces considérations, la Cour a déclaré recevables sans préjuger le fond, les griefs soulevés par le gouvernement ukrainien concernant entre autres « l’existence alléguée d’une pratique administrative d’imposition automatique illégale de la nationalité russe (concernant le système permettant de refuser celle-ci), en violation de l’article 8 de la Convention », « l’existence alléguée d’une pratique administrative de perquisitions arbitraires de lieux d’habitation privés, en violation de l’article 8 de la Convention » ainsi que « l’existence alléguée d’une pratique administrative d’expropriation, sans indemnisation, de biens appartenant à des civils et des entreprises privées, en violation de l’article 1 du Protocole n° 1 à la Convention »⁸³⁵. Cette décision met en lumière le rapport intrinsèque qui existe entre des mesures régissant le statut patrimonial et personnel des individus. Il peut être constaté que, de manière systématique, des mesures attentatoires aux biens privés sont souvent accompagnées par un régime discriminatoire imposé aux propriétaires de ses biens, affectant leur statut personnel. Ce constat trouve ses racines dans la législation des États belligérants d’autrefois. Comme il a déjà été expliqué, l’attribution du caractère ennemi engendrait des conséquences à la fois sur le plan personnel et patrimonial des civils relevant de l’adversaire.

319. L’objectif de la puissance d’occupation serait ainsi de dépasser le cadre restreint de prérogatives qui lui sont conférées par le droit humanitaire. Les mesures prises contre les biens des civils reflètent cette volonté d’étendre le pouvoir d’occupation et le transformer en pouvoir souverain. Il semble que la marge de manœuvre dont dispose un État contre les biens des civils résidant sur son propre territoire soit plus importante. Cela s’explique par le fait que les prérogatives des belligérants sont principalement exercées sur le champ de bataille ou sur un territoire occupé. L’encadrement des pouvoirs d’un belligérant exercés sur son propre territoire ne paraît pas être la préoccupation principale du droit humanitaire. Les biens des civils de l’adversaire sis dans le territoire où le belligérant exerce sa compétence territoriale pourraient

⁸³³ CEDH, *Ukraine c. Russie (Crimée)*, *op.cit.*, par. 437.

⁸³⁴ *Idem*, par. 439.

⁸³⁵ V. Communiqué de presse du Greffier de la Cour du 14 janvier 2021, *Griefs dirigés par l’Ukraine contre la Russie concernant un ensemble de violations des droits de l’homme en Crimée déclarés en parties recevables*. Et pour une analyse de la décision *v. M. Milanovic*, « ECtHR Grand Chamber declares admissible the case of *Ukraine v. Russia re Crimea* », *EJIL : talk*, 15 janvier 2021.

ainsi être exposés à plus de risques que les biens des civils pendant les hostilités ouvertes ou ceux sis dans un territoire occupé.

§2 L'encadrement d'une politique d'atteinte aux biens des civils ennemis sis au territoire des États belligérants.

320. L'interrogation porte sur les limites d'ingérence de l'État belligérant dans les biens des civils de l'État adverse situés sur son propre territoire. Des mesures restrictives portant à la fois sur la condition personnelle et patrimoniale des ressortissants ennemis sont souvent entendues comme manifestation d'une « pratique de “guerre économique”, non précisée par les conventions, issue d'une transposition de la mer à la terre ou d'une assimilation de la propriété privée ennemie à la propriété publique ennemie et fondé sur les précédents — jamais infirmés — des deux guerres mondiales »⁸³⁶. Il faut s'interroger sur la survivance de la pratique de saisie des droits patrimoniaux des personnes ennemies par des actes relevant de la discrétion du belligérant sur le territoire sur lequel il exerce sa compétence territoriale. À la lumière des règles relevant du droit international pénal (a), des règles découlant des traités spéciaux (e), la licéité du recours à des mécanismes jadis mis en œuvre par les belligérants (d) ne peut pas être aisément affirmée (b, c).

a. Les incertitudes quant à la qualification des actes préjudiciables au droit de propriété des civils en tant que crimes de guerre en vertu du droit international pénal.

321. La « destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire » est qualifiée de crime de guerre selon l'article 8-2-a-iv et 8-2-b-xiii du Statut de Rome. Du champ d'application de ces dispositions semblent relever les actes d'une puissance d'occupation ou d'une puissance belligérante sur le champ de bataille. Il n'est pas certain que l'article se réfère aussi aux actes pris par les puissances belligérantes et dont le champ d'application est le territoire sur lesquels les États belligérants exercent des pouvoirs souverains. L'interdiction de destruction et d'appropriation de biens de l'article reprend l'alinéa g de l'article 23 de la Convention de la Haye de 1907. Il faut rappeler que cet article fait partie de la Section de la Convention de la Haye qui traite des hostilités. Il pourrait ainsi être défendu que la finalité de l'article soit la réglementation des moyens et méthodes de guerre. Toutefois, il convient de noter que les moyens et méthodes de guerre sont traités dans les articles 8-2-b-ii et iv. Si cette interprétation est retenue, l'article 8-2-b-xiii deviendrait redondant. Par ailleurs, sur le fondement de

⁸³⁶ E. Cumin, *Le droit de la guerre*, *op.cit.*, p.894.

l'article 8-2-b-xiii, la destruction de certains biens de caractère civil pourrait être justifiée par la nécessité militaire, alors qu'une attaque contre des biens de caractère civil constituerait un crime de guerre en vertu de l'article 8-2-b-ii qui n'admet pas une telle justification. Toutefois, la CPI⁸³⁷ semble admettre l'application de l'article 8-2-b-xiii au champ d'hostilités actives⁸³⁸. Cette interprétation restrictive du champ d'application de l'article n'enlève rien, selon la Cour, à l'intérêt d'attribution de caractère ennemi aux ressortissants de l'adversaire⁸³⁹. Cette juridiction semble ainsi ne pas être favorable à une conception extensive du champ d'application de cette disposition. Il est douteux que des règles claires applicables à la saisie de biens étrangers situés sur le propre territoire du belligérant aient été élaborées⁸⁴⁰. Une autre approche semble avoir été défendue par le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie. Dans plusieurs décisions, le Tribunal se prononce sur le champ d'application de l'article 3 b de son statut qui prévoit la compétence de cette juridiction pour des violations qui comprennent « la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ». Il est ainsi précisé que la protection accordée en vertu de l'article 3 b se rapporte à tous les biens qui se trouvent sur le territoire impliqué dans le conflit. La référence au « territoire impliqué dans le conflit » semble englober aussi bien le territoire ennemi ainsi que le territoire sur lequel un État belligérant exerce sa compétence territoriale⁸⁴¹.

322. La même interrogation concerne l'article 8-2-b-xiv du Statut de Rome qui incrimine le déni de droits ou d'actions à des ressortissants de la partie adverse. Selon cet article, est ainsi

⁸³⁷ K. Ambos (éd.), *The Rome statute of the International Criminal Court Rome Statute*, *op.cit.*, p.493.

⁸³⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga, et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07, 30 septembre 2008, par. 311 : « Article 8-2-b-xiii of the Statute applies not only when the attack is specifically directed at a military objective but also when it targets and destroys civilian property. Thus, the provision includes scenarios in which the aim of the attack is to target only civilians or civilian objects and scenarios in which the attack is simultaneously aimed at both military objectives and civilians or civilian objects ». CPI, *Le Procureur v. Ntaganda* TC VI, ICC-01/04-02/06-2359, 8 juil. 2019, par. 1158 : « Le crime actuellement à l'étude, dont la définition est dérivée de l'article 23-g du Règlement de la Haye qui se rapporte aux sièges et aux bombardements, peut se commettre pendant la conduite des hostilités, mais aussi en dehors de celles-ci, après qu'une partie a pris le contrôle d'un secteur ».

⁸³⁹ ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, *op. cit.*, par. 310 : « The crime requires, first and foremost, the destruction, by action or omission, of property belonging to an "enemy" or "hostile" party to the conflict. In the view of the Chamber, this means that the property in question –whether moveable or immoveable, private or public – must belong to individuals or entities aligned with or with allegiance to a party to the conflict adverse or hostile to the perpetrator ».

⁸⁴⁰ K. Ambos (éd.), *The Rome statute of the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 495. Le même point de vue est défendu par G. Werle, *Völkerstrafrecht*, *op. cit.*, p.542 : « L'expropriation est limitée à certains objets. Seuls les biens ennemis sont protégés, et donc pas les biens appartenant à la propre partie au conflit, à ses ressortissants ou à des pays tiers. Là encore, les biens publics et privés sont protégés, mais l'intensité de la protection varie. Les biens situés sur le territoire de l'État belligérant ne sont pas protégés, même s'ils appartiennent à un membre de la partie adverse, car ni le droit de La Haye ni les Conventions de Genève ne contiennent de dispositions à ce sujet ».

⁸⁴¹ TPIY, *Le Procureur v. Oric*, IT-3-68-T, 30 juin. 2006, par. 582 : « The protection afforded under Ar. 3(b) of the Statute includes all property n the territory involved in the conflict, including that located in enemy territory and in territory not under effective occupation ». TPIY, *Le Procureur c. Kordiz et Cerkez*, IT-95-14/2-T, 26 février 2001 par. 347. TPIY, *Le Procureur c. Naletitic and Martinovic*, IT-98-34-T, 31 mars 2003, par. 580 : « La protection que confère l'article 3 du Statut s'étend aux biens se trouvant en territoire ennemi non-occupé ».

qualifié de crime de guerre « le fait de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice les droits et actions des nationaux de la partie adverse ». Ce dernier article, à la différence de l'infraction grave envisagée à l'article 8-2-a-iv « ne traite pas de cas individuels mais d'une pratique généralisée de déni de droit et d'actions à toute une catégorie de personnes »⁸⁴². L'article concerne des actes législatifs ou administratifs entraînant des conséquences larges sur l'ensemble des personnes relevant de l'adversaire⁸⁴³.

323. Il ne fait aucun doute que l'article 8-2-b-xiv du Statut de Rome met des bornes aux prérogatives de la puissance d'occupation. En effet, la nature provisoire de l'autorité d'occupation explique de telles limites. La controverse porte ainsi sur l'extension du champ d'application de cette disposition pour comprendre aussi le territoire sur lequel un État belligérant exerce sa compétence territoriale. En effet, aucun élément de l'article ne suggère son application exclusive sur un territoire occupé. Cela serait conforme à l'interprétation de l'article 23 h du Règlement de la Haye, dont le contenu est repris par l'article du Statut de Rome. Il faut rappeler que l'article 23 h est inséré dans la section II du Règlement concernant les hostilités en général et non dans la section III consacré au droit de l'occupation belligérante. Les interprétations divergentes du champ d'application *ratione loci* de cette disposition remontent à la controverse entre la thèse des auteurs continentaux et anglo-américains quant au statut juridique de l'*alien enemy*, conféré aux ressortissants de l'adversaire se trouvant sur le territoire du belligérant⁸⁴⁴. L'interrogation porte aussi sur le champ d'application *ratione materiae* de cette disposition. Cette disposition pourrait porter sur l'ensemble de droits et intérêts des ressortissants de l'adversaire, qu'ils découlent du droit pénal, de la Constitution ou du droit des droits de l'homme⁸⁴⁵. Une telle approche extensive du champ d'application de la disposition renvoie à la question globale d'influence d'un conflit armé sur les traités portant sur la situation personnelle et patrimoniale des étrangers⁸⁴⁶.

⁸⁴² J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubeda-Saillard, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2019, 2943 p., p.663.

⁸⁴³ K. Ambos, *The Rome statute of the international criminal court: article by article commentary, op.cit.*, Commentary p. 501.

⁸⁴⁴ V. Ambos, *Idem.*, p. 502 ; K. Ambos, *Treatise on international criminal law, op. cit.*, vol. II, p. 173. K. Dormann, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2003, lx-524 p., p.264.

⁸⁴⁵ Pour une interprétation extensive du champ d'application de la disposition, v. Werle, *Völkerstrafrecht, op.cit.*, p. 548. Pour une interprétation restrictive v. G. Dahm, J. Delbrück, R. Wolfrum, *Die Formen des völkerrechtlichen Handelns : Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft*, De Gruyter, Berlin, Bd I/3, 2002, p.1170, p.1063. L'auteur précise que ce crime ne concerne pas la confiscation de biens sur le territoire de l'État belligérant lui-même. Il précise que ce cas de figure n'est réglé ni par le Règlement de la Haye ni par les Conventions de Genève.

⁸⁴⁶ Cette interprétation expansive du champ d'application *ratione materiae* semble être retenue par le Code allemand des crimes contre le droit international pénal (*Völkerstrafgesetzbuch*). Selon l'article 9, par. 2 : « Quiconque, dans le contexte d'un conflit armé international, ordonne, en violation du droit international, que les droits et les revendications de la totalité ou d'une partie substantielle des membres de la partie adverse soient supprimés ou suspendus ou qu'ils ne puissent être invoqués devant un tribunal, est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an à dix ans ». V. K. Ambos,

b. L'affirmation de la licéité du recours à des mesures visant les biens des civils ennemis en vertu du droit international : la jurisprudence de la Commission des réclamations Erythrée Ethiopie.

324. La Commission des réclamations Erythrée-Ethiopie s'est prononcée de manière explicite sur les droits patrimoniaux des civils relevant de l'État ennemi. Chaque partie a introduit des recours à la Commission alléguant un comportement illicite de l'adversaire vis-à-vis les étrangers ennemis. En effet, lorsque la guerre a commencé en mai 1998, des milliers de ressortissants de chaque partie qui se trouvaient sur le territoire de l'adversaire sont devenus des étrangers ennemis. À la suite de la prise d'un large éventail de mesures liées au conflit, des milliers d'étrangers ennemis relevant des deux parties se sont vus dépossédés de leurs biens. La jurisprudence de la Commission semble être hésitante quant à la reconnaissance ou le rejet des prérogatives portant sur les biens des civils ennemis⁸⁴⁷. Il semble que les États aient souligné la latitude octroyée par le droit international aux États « pour imposer des gels ou d'autres mesures discriminatoires de contrôle sur les biens des ressortissants de l'État ennemi »⁸⁴⁸. La Commission a précisé que malgré l'article 38 de la IV CG prévoyant que « la situation des personnes protégées restera, en principe, régie par les dispositions relatives au traitement de étrangers en temps de paix », la pratique belligérante des États pendant le 20^e siècle prouve la nécessité des mesures de contrôle de biens privés ennemis pour « refuser à l'ennemi l'accès à des ressources économiques autrement potentiellement disponibles pour soutenir sa conduite belliqueuse »⁸⁴⁹. Il semble ainsi qu'un tel pouvoir soit reconnu au profit de l'État belligérant. Malgré l'affirmation abstraite d'une telle prérogative, la Commission a qualifié de violations du droit humanitaire plusieurs mesures de nature économique prises par les autorités éthiopiennes. La protection des intérêts des civils (ii) impose ainsi des limites à ces prérogatives (i).

i. Des limites posées aux prérogatives reconnues aux États belligérants.

325. La Commission a ainsi estimé que certaines mesures prises par l'Éthiopie étaient illégales, car les biens érythréens étaient visés de manière injuste ou déraisonnable. Ainsi, selon la loi éthiopienne datant de 1960, les étrangers ne pouvaient pas posséder de biens immobiliers. Lorsque l'Éthiopie a décidé, pendant le conflit armé, que certaines personnes d'origine

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2022, Beckonline. Cette disposition vise à protéger globalement la propriété et d'autres droits patrimoniaux, l'alinéa 2 ayant pour but, au-delà de la protection des positions juridiques économiques dans le cadre de la conduite de la guerre économique, la protection contre d'autres mesures discriminatoires et restrictions de droits. Le domaine de protection s'étend en priorité à la propriété privée, car celle-ci sert — en tant qu'expression de la liberté individuelle — à l'épanouissement de la personnalité.

⁸⁴⁷ David, *Principes de conflits armés*, *op.cit.*, p.674.

⁸⁴⁸ Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Eritrea's Civilians Claims 15, 16, 23, 27-32*, 17 décembre 2004, par. 124.

⁸⁴⁹ *Idem* p. 127-128.

érythréenne devaient être expulsées, elle les a obligées à vendre leurs biens immobiliers, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un comité de remise des biens érythréens mis en place par l'Éthiopie. La Commission a estimé que la manière dont les ventes ont été effectuées était contraire au droit international⁸⁵⁰. Bien que certaines mesures aient été, selon la Commission, conformes au droit international, leurs « effets cumulatifs » avaient comme conséquence que les personnes expulsées étaient dépourvues de tous leurs biens⁸⁵¹. La Commission a qualifié de violations du droit humanitaire les ventes forcées dans un délai d'un mois de biens d'Erythréens expulsés, ou l'imposition d'une taxe de 100 % sur les ventes de biens immeubles appartenant aux Erythréens expulsés, ou même l'obligation de payer des impôts dans des conditions déraisonnables. La Commission a aussi souligné que la confiscation par l'Éthiopie de bus et de camions privés immatriculés en Erythrée était admissible en temps de guerre à condition qu'elle fasse l'objet d'une indemnisation⁸⁵².

326. Après l'indépendance de l'Érythrée, l'Éthiopie s'est retrouvée complètement enclavée, étant donné que la majeure partie du commerce maritime éthiopien passait par l'Érythrée via ses ports d'Assab et de Massawa. L'Éthiopie a formé des réclamations au sujet de la perte de biens dans ces ports ayant suivi le déclenchement de la guerre. Selon l'Éthiopie, l'Érythrée a confisqué des tonnes de marchandises arrivées dans les ports au moment où la guerre a éclaté. La Commission a souligné le droit d'une partie à un conflit armé international de restreindre ou

⁸⁵⁰ *Idem*, par. 134 : « Eritrea next asserted Ethiopia's responsibility for expellees' losses caused by forced sales resulting from enforcement of prohibitions on alien ownership of immovable property under Ethiopia's 1960 law on foreign ownership of property ». Par. 135 : « The Commission accepts that dual nationals deprived of their Ethiopian nationality and expelled pursuant to Ethiopia's security screening process could properly be regarded as Eritreans for purposes of applying this legislation. Further, Ethiopia is not internationally responsible for losses resulting from sale prices depressed because of general economic circumstances related to the war or other similar factors ». Par. 136 « Nevertheless, the Commission has serious reservations regarding the manner in which the prohibition of alien ownership was implemented. The evidence showed that the Ethiopian Government shortened the period for mandatory sale of deportees' assets from the six months available to other aliens to a single month. This was not sufficient to allow and orderly and beneficial sale, particularly for valuable or unusual properties. Although requiring Eritrean nationals to divest themselves of real property was not contrary to international law, Ethiopia acted arbitrarily, discriminatorily, and in breach of international law in drastically limiting the period available for sale ».

⁸⁵¹ *Idem.*, par. 152. L'imposition de restrictions à l'accès aux comptes bancaires dont titulaires étaient les personnes expulsées n'a pas été déclaré illicite par la Commission, v. par. 145, 146 « in light of the rights of belligerents to freeze the assets of persons present in any enemy State and to block transfers of funds there, it was not illegal for Ethiopia to establish these accounts in a way that effectively foreclosed fund transfers abroad ». V. aussi Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Loss of Property in Ethiopia, Eritrea's Claim 24*, 19 décembre 2005, par. 31 : « War gives belligerents broad powers to deal with the property of their enemy's nationals, but these are not unlimited. As the Commission held in the Partial award in Eritrea's civilians claims, a belligerent is bound to ensure insofar as possible that the property of protected persons and of other enemy nationals are not despoiled and wasted. If private property of enemy nationals is to be frozen or otherwise impaired in wartime, it must be done by the State, and under conditions providing for the property's protection and its eventual disposition by return to the owners or through post-war agreement ». Par. 32 : « As a result of the cumulative effects of the measures discussed above, many non-resident business and real property owners, including some with substantial assets, lost virtually everything they had in Ethiopia. The lawfulness of some of the measures applied by Ethiopia does not preclude that their cumulative effect resulted in the despoliation of non-residents' properties ».

⁸⁵² *Idem*, par. 16, 23, 24.

de mettre fin aux échanges et au commerce entre elle-même et son adversaire. A la lumière de la pratique des belligérants durant le 20^e siècle, la Commission a estimé qu'il était légal pour l'Érythrée de mettre fin à l'accès de l'Éthiopie au port d'Assab et au mouvement des marchandises éthiopiennes d'Assab vers l'Éthiopie, nonobstant tout accord ou entente préalable en temps de paix entre les deux parties concernant l'accès aux ports érythréens⁸⁵³. La Commission a reconnu le droit d'un belligérant de geler les biens privés des ressortissants du belligérant adversaire, en vue de leur restitution éventuelle selon les prévisions d'un accord convenu après la fin des hostilités⁸⁵⁴. En se référant explicitement au *Trading with the Enemy Act* britannique de 1939, la Commission a admis l'existence d'un tel droit au profit d'un belligérant. Il a été souligné, que selon la pratique des États belligérants, le gardien des biens ennemis (*custodian of enemy property*) peut légalement vendre des biens périssables ou agir d'une autre manière pour réduire les pertes subies par le propriétaire du bien, à condition que le produit de cette vente soit ensuite conservé pour être éventuellement rendu au propriétaire initial du bien. En l'occurrence, l'Érythrée avait déclaré qu'elle serait disposée à transférer à l'Éthiopie les marchandises saisies⁸⁵⁵. La Commission a par conséquent reconnu l'existence d'un droit de gel des biens privés des ressortissants de l'adversaire.

327. La Commission s'est aussi prononcée sur les droits à la retraite de certains ressortissants érythréens dont était redevable l'Éthiopie. En effet, avant l'indépendance de l'Érythrée, de nombreux Éthiopiens d'origine érythréenne travaillaient pour le gouvernement éthiopien. Lorsqu'ils prenaient leur retraite, ils avaient droit à une pension. Lorsque l'Érythrée est devenue un État indépendant en 1993, nombre de ces personnes résidaient en Érythrée et le gouvernement éthiopien a cherché à faire en sorte que le gouvernement érythréen prenne en charge leurs pensions. En vertu d'un accord (Protocole de 1993-négociations concernant la mise en œuvre du protocole), le gouvernement éthiopien a assumé la responsabilité du paiement provisoire des retraites jusqu'à une solution définitive. Lorsque la guerre a éclaté, l'Éthiopie a cessé de verser les retraites dues. La Commission a dû ainsi se prononcer sur le sort du conflit armé sur l'obligation de versement des retraites qui incombait à l'Éthiopie. L'Érythrée niait au belligérant toute possibilité d'abroger ou de suspendre des obligations de nature économique dont les bénéficiaires étaient des civils⁸⁵⁶. L'argument contraire était défendu par l'Éthiopie qui qualifiait la guerre en tant que « fait de changement de circonstances » engendrant la fin de tout

⁸⁵³ Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Final award, Ports-Ethiopia's claim 6*, 19 décembre 2005, par. 20.

⁸⁵⁴ *Idem* par. 25.

⁸⁵⁵ *Idem*. par. 31.

⁸⁵⁶ Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Final award: pensions — Eritrea's claims 15,19 and 23*, 19 December 2005, par. 27.

accord liant les deux belligérants⁸⁵⁷. Conformément à cette argumentation, le statut patrimonial des civils de l'adversaire était affecté par le conflit armé. La Commission s'est lancée dans une étude de la doctrine consacrée à la question de l'influence de la guerre sur les traités bilatéraux et multilatéraux. N'étant pas en mesure de dégager l'intention des signataires de l'accord de 1993 liant les deux belligérants, la Commission a conclu que les traités de ce type devaient au moins être suspendus pendant les hostilités⁸⁵⁸. La Commission ne s'est pas prononcée sur la différence entre la suspension ou l'abrogation du traité. À la lumière de son argumentation, les demandes de l'Érythrée fondées sur la non-application du traité bilatéral portant sur l'obligation de versement de retraites ont ainsi été rejetées sur le fond⁸⁵⁹. L'Érythrée a également allégué que les actions de l'Éthiopie avaient entraîné une confiscation de biens contraire au droit international. Néanmoins, cette qualification n'a pas été retenue par la Commission qui s'est déclarée dépourvue de moyens de preuve pour établir que les « droits à une pension en vertu du droit éthiopien étaient suffisamment concrets pour constituer un bien protégé par le droit international ». Le droit à la retraite n'a pas été qualifié de « bien » dont les ressortissants érythréens étaient propriétaires⁸⁶⁰.

ii. Un conflit des règles résolu au profit des intérêts des civils.

328. Il est évident que derrière toute affirmation de prérogatives conférées aux belligérants au sujet du gel des biens privés ou de la suspension de contrats internationaux normalement applicable en temps de guerre se trouve un conflit de règles. Le conflit armé engendre un bouleversement juridique relativement profond qui s'analyse en termes de « régime d'exception qui a normalement vocation à s'appliquer »⁸⁶¹. L'interrogation porte ainsi sur la relation entre le droit applicable aux conflits armés et les règles applicables en temps de paix.

329. Au détriment de la thèse d'hierarchisation des deux ensembles normatifs distincts dont les champs d'application sont mutuellement exclusifs, prévaut celle de leur application parallèle. La survenance d'un conflit armé n'engendre pas la cessation automatique d'application du droit des droits de l'homme⁸⁶². Il faut rappeler que de la jurisprudence de la

⁸⁵⁷ *Idem*, par. 23-24.

⁸⁵⁸ *Idem*, par. 31.

⁸⁵⁹ *Idem*, par. 32.

⁸⁶⁰ *Idem*, par. 33 et 36.

⁸⁶¹ Forteau, Miron, Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p.1331.

⁸⁶² A ce sujet v. CIJ, *Avis consultatif, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, Recueil, 1996, p. 226, par.24. CIJ, *Avis consultatif, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, Recueil 2004, p. 136, par.104-113, not. par. 106 : « La protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques ». Les différentes hypothèses de rapports normatifs entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire ont été présentées par la CIJ dans son arrêt portant sur les activités armées sur le territoire du Congo. La CIJ a observé que « dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent se présenter : certains droits

CEDH se dégage le constat selon lequel le critère d'application de la Convention, aux dépens du droit humanitaire, semble être le contrôle effectif exercé par un État sur son propre territoire. Si la jurisprudence se focalise sur l'examen du contrôle effectif dans un territoire occupé ou même dans le champ de bataille pour déterminer l'applicabilité de la CEDH, la même argumentation pourrait ainsi être adoptée pour les actes entrepris par un belligérant sur son propre territoire⁸⁶³. Il a ainsi été explicitement affirmé par la CEDH que, même en cas de conflit armé international, « les garanties énoncées dans la Convention continuent de s'appliquer, quoiqu'en étant interprétées à l'aune des règles du droit international humanitaire »⁸⁶⁴.

330. Si le constat de l'exercice d'un contrôle effectif par un État sur son propre territoire ne soulève aucune difficulté, toute action entreprise visant les ressortissants de l'adversaire doit être conforme aux prescriptions du droit des droits de l'homme. Il semble ainsi que les prérogatives, dont les belligérants étaient jadis titulaires, soient circonscrites par l'extension du champ d'application des droits de l'homme. Le droit des droits de l'homme semble régir dorénavant les rapports entre les belligérants qui ne relèvent pas *stricto sensu* du champ militaire. Par conséquent, le rapport de belligérance ne s'analyse plus exclusivement en termes de prérogatives et d'obligations accordées aux belligérants par le droit humanitaire. Cette application parallèle des dispositions relevant de plusieurs branches du droit international offre un moyen de dépassement du problème de conflit des règles. Il convient ainsi de se pencher sur les effets d'un conflit armé sur les traités antérieurement conclus entre les belligérants. Notre interrogation concerne les effets de la guerre sur des traités portant sur le statut patrimonial des civils de l'adversaire.

peuvent relever exclusivement du DIH ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, 19 décembre 2005, Recueil 2005, p.168.

⁸⁶³ Pour les considérations relatives à la notion de juridiction au sens de l'article 1 de la Convention qui fixe les limites au domaine de la Convention v. entre autres CEDH, *Loizidou c. Turquie*, requête n. 15318/89, 23 mars 1995, par. 62 ; CEDH, *Chypre c. Turquie*, requête n. 25781/94, 10 mai 2001, par.77 ; CEDH, *CEDH Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, requête n. 52207/99, 12 décembre 2001, par.59. Au sujet de la distinction en termes de contrôle effectif exercé par le belligérant sur un territoire occupé ou sur le champ d'hostilités ouvertes v. CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, requête n. 29750/09, 16 septembre 2014.. La Cour qui se prononce en matière d'internement des civils en période de conflits armés internationaux, souligne qu'à la lumière « du contexte de chaos de la phase actives des hostilités » dans le cadre d'un conflit armé international, les conditions d'exercice de la juridiction extraterritoriale d'un État ne sont pas remplies. V. not. Par. 137-139. La même argumentation est suivie par la Cour dans l'affaire CEDH, *Géorgie c. Russie*, requête n. 38263/08, 21 janvier 2021.

⁸⁶⁴ CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, 29 750/09, 16 sept. 2014, par. 104 ; CEDH, *Géorgie c. Russie*, requête n. 38263/08, 21 janvier 2021. La Cour a considéré que la Fédération de Russie exerçait un « contrôle effectif » sur les territoires d'Ossétie du Sud après la cessation de la conduite active des hostilités. Par conséquent, elle était également responsable des agissements des forces irrégulières sud-ossètes responsables pour des pratiques violant les articles 2 et 8 de la Convention ainsi que de l'article 1 du 1 °PA/CEDH.

c. L'approche restrictive des effets de la guerre sur les traités

331. Le principe ancien de terminaison automatique de tout rapport contractuel en cas de guerre ne semble plus être pertinent. Cela se reflète dans les différents travaux entrepris par l'Institut de droit international et la Commission du droit international dont le projet relatif à ce sujet a été adopté en 2011⁸⁶⁵. Déjà en 1912, lors de l'élaboration par l'Institut de droit international d'une résolution portant sur les effets de la guerre sur les Conventions internationales et sur les contrats privés. Politis, à titre de rapporteur exposait l'idée générale selon laquelle la guerre ne devait plus « met [tre] tout en cause mais, au contraire, n'apporte [r] aux règles du droit international pacifique qu'une altération exceptionnelle »⁸⁶⁶. Dans le sillage de cette première résolution s'inscrivent les travaux de l'Institut de droit international des années 1980 qui ont abouti à la résolution de 1985 portant sur les effets des conflits armés sur les traités. Son apport principal réside dans son esprit permissif et libéral qui est reflété dans l'article 2 selon lequel « le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités en vigueur entre les parties au conflit armé, ni la suspension de leur application ». Malgré le constat d'obsolescence de l'institution juridique de guerre, la Résolution précise dans son article 1 que la notion de conflit armé renvoie soit à un état de guerre soit à un conflit international indépendamment de toute déclaration formelle de guerre. Les membres ont ainsi souligné la pertinence juridique du terme état de guerre malgré la prohibition du recours à la force armée après 1945⁸⁶⁷. La suspension d'un traité, si des règles impératives ne l'interdisent pas (ii), ne devrait pas procurer des bénéfices à l'État ayant recouru à la force en dehors des exceptions prévues par la Charte de l'ONU (i).

i. L'exclusion de l'hypothèse de suspension des traités à l'initiative de l'agresseur

332. Un des problèmes les plus épineux est celui de la reconnaissance du droit de suspension des traités par les parties impliquées dans un conflit. L'interrogation porte sur la reconnaissance d'un tel droit au profit de l'agresseur. On pourrait soutenir la thèse selon laquelle, l'agresseur

⁸⁶⁵ La complexité de ce problème est résumée par J. Stone, *Legal controls of international conflict : a treatise on the dynamics of disputes and war-law*, London, Stevens, 1959, lv-903 p., p.447 : « To seek a legal principle governing the effect of war upon treaties between the belligerents, is, in this light, rather like seeking the principle on which life may be said to continue after death- a question probably unanswerable save by dint of some hidden obscurity in the terms "life" or "death" as used in the question ».

⁸⁶⁶ Institut de droit international, « Effets de la guerre sur les Conventions internationales et sur les contrats privés ». Les travaux préparatoires, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 25,1912, p. 611 et s, Les travaux préparatoires, pp. 611-647.

⁸⁶⁷ Institut de droit international, « Les effets des conflits armés sur les traités », Cinquième Commission, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 59, v. I, 1981, p. 201 et s. v. Observations de Bindeschedler et Münch, p. 214 « Münch remercie Bindeschedler d'avoir rappelé qu'au cours de la première comme de la Seconde Guerre mondiale certains États, notamment latino-américains, ont déclaré la guerre avec l'intention de ne pas mener d'opérations armées, et dans le seul but de rompre les relations diplomatiques, afin de pouvoir parfois confisquer la fortune des ressortissants des États ennemis. On se souvient qu'une telle pratique des États est à la source de l'affaire Nottebohm. Cela a existé, et si on n'utilise pas le mot : "guerre" au sein de l'article premier, on oublie quelque chose de l'histoire du droit de la guerre ».

ne serait pas en mesure de suspendre l'application d'un traité international, étant donné qu'il a lui-même causé le conflit à l'origine de la discussion d'une suspension éventuelle des traités. Lors des échanges concernant le contenu de la résolution future, l'attention de plusieurs membres de l'Institut a été attirée par l'obsolescence de la guerre comme notion juridique et son remplacement par les termes « d'agression, de légitime défense et de sanctions internationales »⁸⁶⁸. L'abolition du principe d'égalité juridique entre les belligérants, en raison de l'interdiction du recours à la force, exerçait une influence considérable sur la structure des rapports entre les belligérants, dont l'agresseur avait un statut particulier. La préoccupation principale des membres de l'institut était d'exclure toute possibilité d'exercice des prérogatives des belligérants par l'agresseur qui aurait eu comme effet d'améliorer sa situation juridique. La suspension d'un traité international pouvait ainsi être interprétée comme amélioration de sa situation juridique. Un exemple est le gel des avoirs des ressortissants de l'État adverse procurant un avantage à l'agresseur et améliorant sa situation juridique⁸⁶⁹. Par conséquent, le contenu des prérogatives des belligérants différait en fonction de la qualité d'agresseur, attribuée éventuellement à un belligérant. Néanmoins, les difficultés liées à la qualification d'agresseur *durante bello* ont été soulignées par plusieurs membres de l'Institut⁸⁷⁰. Malgré ces réticences, l'article 9 de la résolution prévoyait qu'« un État qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas en droit de mettre fin à un traité, ni d'en suspendre l'application, si une telle mesure devait avoir pour effet de lui procurer un avantage ».

ii. L'identification des traités non-susceptibles d'être suspendus par les belligérants

333. Au centre de l'intérêt des travaux de l'institut se trouvent l'identification des traités liant les belligérants qui ne seraient toutefois pas susceptibles d'être suspendus pendant les hostilités. L'article 4 de la Résolution prévoyait que « l'existence d'un conflit armé n'autorise pas une partie à mettre fin unilatéralement aux dispositions d'un traité relatives à la protection de la

⁸⁶⁸ *Idem.*, Observations Jaroslav Zourek, p. 257.

⁸⁶⁹ *Idem.*

⁸⁷⁰ Institut de droit international, « Les effets des conflits armés sur les traités », Cinquième Commission, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 61, v. I, 1985, p. 1 et s. Observations de Marek K., pp. 10-11 : « The idea that one State should, *durante bello*, be given free hand with respect to its treaty obligations while the other should be denied such freedom, is about as realistic as the idea of one State complying with the laws and customs of war in face of adversary not bound by such laws and customs. It is even less likely that one party will either, in a suicidal mood, qualify itself as "guilty of aggression" or submit to such qualification by anyone else. [...] As to what will happen after the conflict it is an altogether different matter, historical experience tending to show that the ex post qualification will be the work of the victor. It should not be overlooked in this context that the party, qualified by some as victim of aggression, may not necessarily emerge victorious from the contest, unless of course we subscribe to Erich Kaufmann's view of war as judgment of God ». *Idem.*, Schindler D., p. 18 : « In most cases the factual situation has been much too complex to be brought under the simple antithesis "aggressor-victim of aggression" or "armed attack-self-defense". If the resolution is based on this antithesis, the question of the effect of armed conflicts on treaties will in practice be as insoluble as that of identifying the aggressor ».

personne humaine, ni à en suspendre l'application, à moins que le traité n'en dispose autrement ». L'exécution des traités relevant du droit humanitaire ou du droit des droits de l'homme ne pouvait pas ainsi être suspendue, en raison de la mise en œuvre des prérogatives reconnues aux États belligérants. L'expression « protection de la personne humaine » a fait l'objet de débats au sein de l'Institut. L'interrogation portait sur la pertinence d'une interprétation restrictive ou extensive de cette notion. Selon l'interprétation extensive de la notion, l'expression « protection de l'individu » aurait pu se substituer à l'expression « protection de la personne humaine ». Cela aurait eu comme effet, l'interdiction de toute possibilité de suspension des traités de commerce, de navigation, d'établissement dont les bénéficiaires sont principalement de nature économique pour les ressortissants de l'État cocontractant. Il semble ainsi que, selon l'interprétation retenue par les membres de l'Institut, les traités portant sur des droits économiques des individus ne relevaient pas du champ d'application de l'article 4⁸⁷¹. Par conséquent, les États belligérants pouvaient toujours se fonder sur les prérogatives de belligérance pour suspendre l'application d'un régime de libertés économiques dont les ressortissants de l'État adverse étaient bénéficiaires. Une telle possibilité était aussi reconnue au profit des belligérants, si les conventions internationales en matière de droits de l'homme prévoyaient une telle possibilité.

334. Le relais de codification des règles régissant les effets des conflits armés sur les traités a été repris par la Commission du Droit international depuis 2004. L'objectif était ainsi de combler une lacune en matière de droit des traités depuis l'élaboration du traité de Vienne en 1969⁸⁷². Il semble que « la présomption d'abrogation laisse désormais place à des « faisceaux d'indices » qui aident la partie intéressée dans l'identification des traités demeurant en tout ou

⁸⁷¹ Institut de droit international, Délibération en séance plénière : The effects of armed conflicts on treaties, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t.61, v. II, 1985, p.199 et s. Pour l'approche extensive v. Ténékidés, p. 220 et pour l'approche restrictive, Bindeschedler p. 220.

⁸⁷² Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, Genève, 4 mai — 19 juillet 1966, pp.188-397. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, document A/6309/rev.1, par.29, p.192 : « En 1963, à sa quinzième session, la Commission a décidé que le projet d'articles ne devrait pas contenir de dispositions relatives aux effets de l'ouverture des hostilités sur les traités, bien que cette question puisse poser à la fois le problème des conditions dans lesquelles il peut être mis fin aux traités, et celui de la suspension de leur application ». Il était indiqué dans le rapport de 1963 : « La Commission a estimé que l'étude de cette question comporterait inévitablement l'examen de l'effet des dispositions de la Charte relatives à la menace ou à l'emploi de la force sur la légitimité du recours auxdites hostilités ; elle n'a pas pensé qu'il faille traiter cette question dans le contexte de ses travaux actuels sur le droit des traités ». *Annuaire de la Commission du droit international* 1963, vol. II, document 1/5509, par. 14, p. 197. Bien que la Convention de Vienne ne reconnaisse pas le conflit armé comme une cause autonome de non-exécution, la thèse d'application de l'article 61 relatif à la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible ou de l'article 62 relatif au changement fondamental de circonstances a été aussi défendue par la doctrine. V. p. ex. K. Bannelier, « Les effets des conflits armés sur les traités : et si la Convention de Vienne et le droit de la responsabilité suffisaient ? », dans *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 125-159, p. 142.

partie applicables⁸⁷³. Le projet a été adopté par la Commission du droit international à sa soixante-troisième session en 2011 et soumis à l'Assemblée générale⁸⁷⁴. En effet, l'article 6 du projet fait référence aux facteurs indiquant « une possibilité d'extinction, de retrait ou de suspension de l'application d'un traité », parmi lesquels se trouvent les caractéristiques du traité d'une part et les caractéristiques du conflit armé d'autre part. Le rapporteur Brownlie, dans son premier rapport rédigé en 2005 a présenté des réflexions générales sur les conséquences normatives de la guerre. Il s'est prononcé de manière explicite sur les traités d'amitié, de commerce et de navigations précisant « qu'il y a aucune raison impérieuse « pour que le déclenchement d'un conflit armé détruise un statu quo mutuellement avantageux » »⁸⁷⁵. Son argumentation s'appuie sur la décision de la CIJ dans l'affaire des plateformes pétrolières opposant l'Iran aux États-Unis⁸⁷⁶. Malgré l'incident militaire survenu, aucune des parties n'a contesté l'applicabilité du traité sur lequel s'est appuyé la Cour pour fonder aussi sa compétence. Il a aussi été rappelé que la CIJ dans l'affaire relative aux activités militaires et paramilitaires opposant le Nicaragua aux États-Unis a considéré que le traité bilatéral d'amitié, de commerce et de navigation restait en vigueur nonobstant le conflit armé entre les deux parties⁸⁷⁷. L'originalité du projet réside dans le fait qu'il est suivi d'une annexe qui dresse une liste indicative des traités qui demeurent intacts lors de la survenance d'un conflit armé. Parmi les traités qui figurent dans la liste, se trouvent les traités relatifs au droit international humanitaire, les traités d'amitié, de commerce et de navigation, les accords concernant des droits privés ainsi que les traités pour la protection internationale des droits de l'homme⁸⁷⁸. Il paraît ainsi que la protection conférée aux ressortissants de l'État adverse ne peut pas diminuer à la suite de l'éclatement d'un conflit armé entre cet État et son État de résidence. Prenant en considération la protection du droit de propriété par des conventions internationales et la protection conférée par le droit humanitaire aux personnes protégées, dont les ressortissants de l'adversaire, la mise en œuvre d'un régime discriminatoire affectant les ressortissants de

⁸⁷³ L. Trigeaud, « Les effets des conflits armés sur les traités suivant le projet d'articles de la Commission du droit international », *RGDIP*, 2012, pp.845-869, p.854.

⁸⁷⁴ Il faut souligner que l'AG ne s'est pas prononcée de manière définitive sur le sort du texte. V. A/RES/66/99 par. 4 « [L'Assemblée Générale] [d]écides to include in the provision agenda of its sixty-ninth session an item entitled "Effects of armed conflicts on treaties" with a view to examining, inter alia, the question of the form that might be given to the articles ».

⁸⁷⁵ I. Brownlie, Premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, 21 avril 2005, Commission du droit international, A/CN.4/552, pp. 219-242, par. 75-82.

⁸⁷⁶ CIJ, *Affaire Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, 12 décembre 1996, Recueil 1996, p. 803 ; CIJ, *Affaire Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 6 novembre 2003, Recueil 2003, p. 161.

⁸⁷⁷ Commission du droit international, Etude du secrétariat, les effets des conflits armés sur les traités : examen de la pratique et de la doctrine, A/CN.4/550, 2005, par. 51.

⁸⁷⁸ Commission du droit international, Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, 2011, v. article 7, Annexe, liste indicative de traités visés dans l'article 7 par a, e, f.

l'adversaire quant à leur statut personnel et patrimonial, et fondé sur l'attribution de la qualité d'ennemi, n'est plus envisageable. Il semble ainsi que le recours à des mesures visant les biens des civils ennemis soit intrinsèquement lié à la guerre comme institution juridique, et par conséquent, incompatible avec le droit d'aujourd'hui. Des juridictions internes se prononcent de manière explicite sur cette incompatibilité.

d. L'*enemy-alien* britannique, une fiction juridique obsolète relevant du droit de la guerre.

335. La compatibilité du régime traditionnel d'*enemy alien* selon le droit britannique avec les règles des conflits armés contemporains et son association à l'état formel de guerre a occupé le juge britannique au lendemain de l'intervention en Irak en 2003. Au cœur des considérations de la *High Court of Justice* dans l'affaire *Amin v. Brown* de 2005, se trouvait la validité de la règle concernant la capacité d'ester en justice attribuée à l'*enemy alien*. En l'espèce, l'interrogation portait sur la reconnaissance de qualité pour agir devant une juridiction britannique à une ressortissante irakienne au moment d'engagement des forces armées britanniques en Irak. L'attribution du statut d'ennemi étranger à la requérante, lui ôtant toute possibilité d'ester en justice, semblait dépendre de la qualification des rapports entretenus entre les deux pays.

336. Le différend a vu le jour à la suite d'un désaccord concernant la gestion de la propriété de la requérante à Londres. Au moment de l'action devant la justice, la partie demanderesse résidait en Irak. Le défendeur réclamait la qualification d'Amin en tant qu'« enemy subject » et à ce titre la saisie de sa propriété par le « Custodian of enemy property by order of the board of trade ». Il affirmait, au soutien de son allégation que l'entreprise d'actions militaires était équivalente à une guerre, sans besoin d'une déclaration officielle de l'état de guerre. La requérante s'était penchée sur la décision de la Chambre des communes du 18 mars 2003 qui s'était appuyée, de manière directe, sur la résolution 1441 (2002) du Conseil de Sécurité reconnaissant les armes de destructions massives se trouvant à la disposition du gouvernement irakien comme menace contre la paix et la sécurité internationale. La référence à la résolution 678 (1991) autorisant le recours à la force dans le cadre des hostilités avec le Koweït a servi de fondement juridique pour la justification d'une action militaire menée dix ans plus tard et dans un contexte différent⁸⁷⁹. La Cour a proposé une étude minutieuses portant sur l'état

⁸⁷⁹ S/ RES/678 (1990), 29 novembre 1990 : « [Le Conseil de sécurité] Agissant en application du Chapitre VII de la Charte [...] 2. Autorise les États membres qui coopèrent avec le gouvernement koweïtien, si au 15 janvier 1991 l'Irak n'a pas pleinement appliqué les résolutions susmentionnées conformément au paragraphe 1 ci-dessus, à user de tous les

formel de guerre en s'appuyant sur des approches doctrinales proposant des définitions légales de la notion de guerre⁸⁸⁰. Elle a insisté sur « la disparition » du concept traditionnel de guerre de la pratique étatique et son remplacement par la notion du conflit armé⁸⁸¹. La Cour s'est penchée sur l'étude de la position du gouvernement britannique en vertu de laquelle le recours à la force militaire constituait la mise en œuvre de l'autorisation donnée de manière explicite par le CS par le biais d'une réactivation de la résolution 687 (1991)⁸⁸². La Cour, en l'espèce, a rejeté l'application des règles relatives aux *alien enemies* aux conflits armés qui ne constituent pas une guerre au sens technique du terme⁸⁸³. La Cour a comparé les conséquences juridiques de l'état de guerre au sens formel avec celles du recours à la force pour des raisons de légitime défense — comme c'était le cas de la confrontation militaire avec l'Argentine en 1982 — ou du recours à des actions militaires dans le cadre d'une opération multilatérale — comme c'était le cas de l'intervention en Yougoslavie en 1999. La Cour a affirmé que les règles relatives à l'incapacité des ennemis étrangers applicables selon les lois de la guerre ne s'étendent pas aux conflits armés modernes. Elle a aussi précisé que les effets des règles jadis applicables aux étrangers ennemis pourraient être atteints par le biais de l'imposition du régime des sanctions économiques⁸⁸⁴.

337. Cette position défendue par les juges semble être partagée par la doctrine qui émet des réserves quant à la conformité des règles relatives à la condition des étrangers ennemis avec le droit des droits de l'homme. Si les règles traditionnelles relevant de la guerre au sens formel du terme étaient étendues sur l'ensemble des conflits armés, « les ressortissants irakiens et afghans, qui se sont plaints devant les tribunaux anglais des violations des droits de l'homme commises

moyens nécessaires pour faire respecter et appliquer la résolution 660 (1990) et toutes les résolutions pertinentes adoptées ultérieurement et pour rétablir la paix et la sécurité internationales dans la région ».

⁸⁸⁰ La Cour s'est appuyée à plusieurs reprises sur différentes positions doctrinales quant à l'existence d'une guerre au sens formel. High Court, *Amin v Brown*, Decision on preliminary question, [2005] EWHC 1670 (Ch), ILDC 375 (UK 2005), 27 juillet 2005, par. 25 : « In the traditional international law, a state was considered as either being at peace with another state, or at war with it. The expression “war” meant “not the mere employment of force, but the existence of the legal condition of things in which rights are or may be prosecuted by force”: Jahn Bassett Moore, 7 Digest of international law, 153. “War” as a technical concept, which began either by declaration of war, or by an act of force which the attacked state treated as creating a state of war: see McNair and Watts, pp.2-8. As Oppenheim, International law, vol. 2, 7th ed. Sir Hersch Lauterpacht, 1952, puts it, under the traditional law “ a condition of war could arise either through a declaration of war, or through a proclamation and manifesto by a State that it considered itself at war with another State, or through one State committing hostile acts of force against another State although Grotius laid down the rule that a declaration of war is necessary for its commencement, the practice of States shows that this rule was not accepted (p.290-291) ».

⁸⁸¹ *Idem*, par. 28 : « The traditional concept of war has virtually disappeared from state practice since the Second World War. Unhappily, armed conflict has continued to be an instrument of state policy. But it is almost never necessary to invoke the traditional legal concept of war. Thus each of the humanitarian Geneva Conventions of 1949 applies (Article 2) to “declared war or any other armed conflict” ».

⁸⁸² La Cour utilise le verbe « revive ».

⁸⁸³ Pour une analyse de cet arrêt à la lumière des considérations portant sur la déclaration de guerre comme condition d'émergence d'un statut formel de guerre v. A. Hamann, « Le statut juridique de la déclaration de guerre », *Jus politicum*, n. 15, 2016, pp. 1-39.

⁸⁸⁴ High Court, *Amin v Brown*, *op. cit.*, par. 46.

par les troupes britanniques, seraient empêchés pour des raisons de procédure de faire valoir leurs arguments devant les juridictions internes »⁸⁸⁵.

338. La catégorie normative de l'ennemi étranger et des biens ennemis susceptibles de faire l'objet de mesures de gel semble être remplacée par les règles découlant soit des traités spéciaux portant soit sur des libertés économiques, soit sur des conventions internationales en matière de droits de l'homme. L'exemple de traités d'amitié et de traités bilatéraux d'investissement est éloquent. En effet, des traités bilatéraux portant sur la coopération économique confèrent des droits aux personnes morales et physiques de l'État cocontractant. Ces traités prévoient un régime de protection pour les biens des ressortissants des États co-contractants et ne prévoient pas de régime dérogatoire en cas de conflit armé⁸⁸⁶. Dans ce cas, et sauf indication de l'intention contraire des États au moment de la négociation du traité, les traités continuent à s'appliquer après l'éclatement d'un conflit armé. L'intérêt doit aussi se pencher sur la possibilité de mise en œuvre d'un régime dérogatoire engendrant la suspension partielle de l'application d'une convention internationale.

e. L'hypothèse d'une clause de non-application d'un traité international conférant protection aux biens des civils en cas de conflit armé.

339. Les belligérants peuvent s'appuyer sur des clauses spécifiques des traités leur conférant la possibilité de suspendre l'application d'un traité. Si une telle possibilité est explicitement reconnue en vertu du texte d'une convention, une brèche pourrait éventuellement s'ouvrir pour l'application des prérogatives reconnues au profit des États belligérants et atteignant les biens des ressortissants de l'adversaire (i). Si une telle hypothèse de suspension d'un traité bilatéral est admise, un régime discriminatoire, en soi incompatible avec les règles relevant du texte du traité, pourrait être mis en œuvre⁸⁸⁷. Un tel mécanisme dérogatoire dépend de l'objet d'un traité (ii).

⁸⁸⁵ V. Clapham, *op.cit.*, p.195. Au même obstacle seraient affrontées les personnes morales ayant leur siège dans les États contre qui des hostilités étaient engagées. L'auteur précise que « [T]he default rule, which sought to ensure that all benefits were denied to the enemy, looks likely to be applicable now only in very exceptional circumstances, and would need an explicit certification that the United Kingdom is at War ». p. 195.

⁸⁸⁶ V. p. ex. Traité d'amitié, de commerce et sur les droits consulaires entre les États-Unis d'Amérique et l'Iran de 1955, article IV, par. 1 : « Chacune des Hautes parties contractantes accordera en tout temps un traitement juste et équitable aux ressortissants et aux sociétés de l'autre Haute Partie contractante, ainsi qu'à leurs biens et à leurs entreprises ; elle ne prendra aucune mesure arbitraire ou discriminatoire pouvant porter atteinte à leurs droits ou à leurs intérêts également acquis et, en conformité des lois applicables en la matière, elle assurera des voies d'exécution efficaces à leurs droits contractuels légitimement nés.

⁸⁸⁷ Plusieurs TIB comportent la règle de non-discrimination suivie par celle d'indemnisation pour les personnes affectées par une telle politique. La non-discrimination concerne aussi l'octroi de l'indemnisation. Une clause de non-discrimination serait manifestement incompatible avec des mesures visant les biens des personnes relevant de l'État adversaire. V. par. Exemple le TBI Ukraine c. Emirats Arabes Unis de 2003, article 5 (2) : « [...] Investors of one Contracting State who in any of the events referred to in that paragraph suffer damage or loss in the territory of the other Contracting State resulting from: a) requisition of their investment or property by its forces or authorities; b) destruction of their investment or property by its forces or authorities which was not caused in combat action or was not required by

i. L’invocation de la clause d’exception du GATT : un moyen éventuel de mise en œuvre d’un régime préjudiciable aux biens des civils de l’adversaire.

340. Les mesures d’intérêt économique prises dans le cadre des hostilités en Ukraine pourraient rappeler la politique de ciblage de l’économie adverse déployée lors des deux conflits mondiaux du XXe siècle. Si le recours à de telles mesures paraissait justifiable dans une époque de réglementation et de planification de toute l’économie privée par l’État, le contexte contemporain, avec la prévalence de l’économie du marché libre fondée sur l’initiative privée, et son reflet juridique, à savoir le GATT, semble difficilement compatible avec de telles pratiques. La question soulevée serait de savoir si l’exception de sécurité stipulée dans l’Article XXI du GATT de 1994, et incorporée dans l’instrument constitutif de l’OMC, préserve les droits des belligérants à recourir systématiquement à des méthodes similaires à celles en vigueur lors des guerres mondiales⁸⁸⁸. Un régime dérogatoire pourrait ainsi être institué au détriment du cadre protecteur pour les libertés économiques relevant du GATT. Le fait que cette disposition a été pour la première fois commentée dans un différend relatif au trafic en transit opposant l’Ukraine à la Russie⁸⁸⁹ ne relève probablement pas du hasard. La question

the necessity of the situation, shall be accorded prompt and adequate compensation for the damage or loss sustained during the period of requisitioning or as a result of the destruction of the property ». Cité par A. de Nanteuil A., « Le statut des traités de protection des investissements signés par l’Ukraine depuis l’invasion du 24 février 2022 », *op.cit.*, p.117.

⁸⁸⁸ Article XXI : « Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée [...] b) comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu’elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité [...] iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale ».

⁸⁸⁹ WTO, *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019. Le différend concernait les contestations par l’Ukraine des interdictions et restrictions russes sur le trafic en transit. L’Ukraine a affirmé que ces mesures de transit sont incompatibles avec les obligations de la Russie en vertu de l’article V (liberté de transit). La Russie a affirmé que ces mesures faisaient partie de celles qu’elle considérait comme nécessaires à la protection de ses intérêts essentiels de sécurité, qu’elle a prises en réponse à la situation d’urgence dans les relations internationales survenue en 2014, et qui présentaient des menaces pour les intérêts essentiels de sécurité de la Russie. La Russie a donc invoqué les dispositions de l’article XXI (b) (iii) du GATT 1994, faisant valoir que, par conséquent, le Panel n’était pas compétent pour se prononcer sur la question. Le panel s’est penché sur l’argument avancé par la Russie selon lequel l’article XXI (b) (iii) est une disposition « self-judging » en vertu de laquelle l’État qui l’invoque a une discrétion absolue et sans entrave pour décider de la nécessité d’actions pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité en temps de guerre ou autre urgence dans les relations internationales. La décision prise par un État serait par conséquent, non justiciable, c’est-à-dire non-susceptible de faire l’objet d’un examen judiciaire par l’OMC. S’agissant du sous-paragraphe (b) (iii), le panel a estimé que l’existence d’une « guerre » (ou, en l’occurrence, d’un conflit armé) est une question qui peut être déterminée de manière objective. Par. 7.98 : « The "balance" that was struck by the security exceptions was that Members would have "some latitude" to determine what their essential security interests are, and the necessity of action to protect those interests, while potential abuse of the exceptions would be curtailed by limiting the circumstances in which the exceptions could be invoked to those specified in the subparagraphs of Article XXI(b) in the light of this balance, the security exceptions would remain subject to the consultations and dispute settlement provisions set forth elsewhere in the Charter ». Par. 7.102 : « It follows from the Panel's interpretation of Article XXI(b), as vesting in panels the power to review whether the requirements of the enumerated subparagraphs are met, rather than leaving it to the unfettered discretion of the invoking Member, that Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994 is not totally "self-judging" in the manner asserted by Russia ». La détermination objective de l’existence d’un conflit armé doit être effectuée conformément aux règles du droit international humanitaire. Les intérêts essentiels de sécurité à protéger concernent « les fonctions quintessentielles de l’État, à savoir la protection de son territoire et de sa population contre les menaces extérieures, et le maintien de l’ordre public à l’intérieur ». Bien que chaque État dispose en principe d’un pouvoir discrétionnaire pour identifier ses intérêts essentiels de sécurité dans des circonstances particulières, ce pouvoir doit être exercé conformément au principe de bonne foi v. par. 7.132. Par conséquent, d’après le Panel de l’OMC, dans

soulevée était celle du rapport entre les règles de l'OMC et celles relevant des prérogatives accordées aux belligérants par le *jus in bello*. En l'occurrence, la décision du panel est fondée sur l'hypothèse que les rapports entre les belligérants ou entre ces derniers et les neutres sont régis par un ensemble normatif spécial, qui prime sur les règles générales régissant les relations économiques des États selon les dispositions du GATT. Il semble ainsi que la Russie ait pu s'appuyer sur la clause d'exception et invoquer ses intérêts essentiels de sécurité pour ne pas agir conformément au GATT. Cette clause est toutefois susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel et son invocation n'est pas laissée à la discrétion complète des États. Il faudrait, aussi, s'interroger sur le caractère abusif de l'invocation de cette clause, étant donné que la situation menaçant la sécurité avait été provoquée par le même État qui réclamait la mise en œuvre du régime dérogatoire⁸⁹⁰.

ii. L'invocation des mécanismes dérogatoires relevant des conventions des droits de l'homme : un moyen inacceptable de mise en œuvre d'un régime préjudiciable aux biens des civils de l'adversaire.

341. En matière de droits de l'homme, des clauses de dérogations repérables dans certains traités permettent aux États de mettre en œuvre, dans des circonstances exceptionnelles, un ensemble de mesures visant les biens privés. Il faut examiner si une guerre justifie la prise des mesures contre les biens des civils ennemis. L'approbation du fonctionnement d'un tel mécanisme dérogatoire est effectuée par la CIJ dans son avis consultatif relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. La Cour affirmait que « la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre si ce n'est par l'effet de l'article 4 du Pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument »⁸⁹¹. En s'appuyant sur l'article 4,

une situation de conflit armé, un belligérant aurait le droit de déroger à ses obligations en vertu des règles de l'OMC par rapport à l'autre belligérant, conformément à l'article XXI (b) (iii). Le panel spécial a constaté que, si le chapeau de l'article XXI (b) permet à un Membre de prendre les mesures « qu'il juge nécessaires » pour la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, ce pouvoir discrétionnaire est limité aux circonstances qui relèvent objectivement des trois alinéas de l'article XXI (b). S'agissant de l'alinéa iii) de l'article XXI (b), et en s'appuyant sur le fondement des circonstances particulières affectant les relations entre la Russie et l'Ukraine, le panel a déterminé, sur la base des éléments de preuve dont il disposait, que la situation entre l'Ukraine et la Russie depuis 2014 constituait une « situation d'urgence au niveau des relations internationales ». La situation d'urgence de 2014 censée menacer les intérêts essentiels de sécurité de la Russie était très proche du « noyau dur » de la guerre ou du conflit armé. Dans ces circonstances, le Groupe a été convaincu de la véracité de la désignation par la Russie de ses intérêts essentiels de sécurité. En effet, les interdictions et restrictions de transit contestées n'étaient pas si éloignées ou sans rapport avec la situation d'urgence de 2014. Le panel a également expliqué que l'article XXI (b) (iii) reconnaît qu'une guerre ou une autre situation d'urgence dans les relations internationales « implique un changement fondamental de circonstances qui modifie radicalement la situation factuelle dans laquelle la compatibilité des mesures en question avec l'OMC doit être évaluée » Par. 7.108.

⁸⁹⁰ Il faut se demander dans quelle mesure l'État ayant provoqué lui-même la guerre ou une situation d'urgence dans les relations internationales pourrait invoquer la protection de ses « intérêts essentiels de sécurité » ou si la doctrine de l'abus de droit l'empêcherait de faire en sorte. V. sur cet aspect, Ng Sue, « Could Russia again invoke its "essential security interests" in relation to the war in Ukraine? », *EJIL : Talk*, 2 novembre 2022.

⁸⁹¹ CIJ, *Avis consultatif, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, op. cit., par. 25.

un État signataire du pacte est ainsi permis d'entreprendre des politiques dérogeant aux obligations lui incombant. Néanmoins, les États doivent agir dans la stricte mesure où la situation l'exige. Un régime dérogatoire et discriminatoire général affectant les ressortissants de l'adversaire ne pouvait pas être conforme au pacte⁸⁹². Il faut aussi rappeler que le pacte ne reconnaît pas un droit à la propriété. Toutefois, une politique de gel voire de saisie de biens des ressortissants relevant de l'État adversaire pouvait relever du champ d'application de l'article 26 qui interdit toute politique discriminatoire fondée, entre autres, sur l'origine nationale. Le rapport de belligérance interétatique pouvait ainsi se cristalliser dans une politique discriminatoire fondée sur le critère d'origine nationale⁸⁹³. Bien que le droit de propriété ne soit pas protégé dans le pacte, une politique de gel des biens des civils ennemis serait contraire à l'article 26 et le principe de non-discrimination qui ne se rapporte pas de manière exclusive aux droits stipulés dans le pacte⁸⁹⁴. Par ailleurs, il faut souligner que l'article 4, relatif au régime dérogatoire indique que les États ne sont pas autorisés à prendre, même dans le cas d'un danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation, des mesures entraînant « une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale ». Il peut ainsi être constaté que l'origine nationale ne figure pas parmi cette liste de critères de politiques discriminatoires non justifiables. Il semble ainsi qu'un État belligérant puisse, au moins théoriquement, introduire une politique discriminatoire et dérogatoire ayant comme cible les ressortissants de son adversaire. Toutefois, cette mesure doit être justifiable par référence aux exigences d'un conflit armé. Les États parties doivent « justifier toute mesure concrète découlant de la proclamation d'un état d'exception »⁸⁹⁵.

342. Le même mécanisme dérogatoire est prévu à l'article 15 de la CEDH. Les États sont autorisés, en cas de circonstances exceptionnelles, à déroger à leur obligation de garantir certains droits et libertés protégés par la Convention. La dérogation peut concerner soit une période de guerre, soit un cas de danger public menaçant la vie de la nation. Il faut souligner que jusqu'à présent, la Cour n'a pas proposé d'éléments d'interprétation du sens du mot « guerre » aux fins de cet article⁸⁹⁶. Néanmoins, les États ne jouissent pas d'une marge

⁸⁹² CDH, Observation générale n. 29, Article 4 : états d'urgence, 24 juillet 2001, 1950e session, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), par. 5.

⁸⁹³ CDH, Observation Générale n. 18, Article 26 : Principe d'égalité, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), par. 12.

⁸⁹⁴ *Idem*.

⁸⁹⁵ CDH, Observation générale n. 29, Article 4 : états d'urgence, 24 juillet 2001, 1950e session, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), par. 5.

⁸⁹⁶ Il faut souligner que les États contractants entreprenant d'opérations militaires extraterritoriales n'ont pas émis de dérogation au titre de l'article 15 au sujet de ces activités. En effet, les États pour justifier cette omission font allusion à l'application du droit internationale humanitaire en tant que *lex specialis* qui exclut l'application du traité et par

d'appréciation non-susceptible de faire l'objet de contrôle par la Cour⁸⁹⁷. En effet, la Cour peut se prononcer sur la licéité des mesures prises par l'État après l'invocation des circonstances exceptionnelles. La Cour aurait ainsi compétence pour déterminer si les États qui mettent en œuvre un régime d'exception excèdent la stricte mesure des exigences de la crise. Un régime discriminatoire portant préjudice à la condition personnelle ou patrimoniale des ressortissants de l'État adverse ne pourrait pas être approuvé par la Cour. De telles mesures seraient disproportionnées ou opéreraient une discrimination injustifiée⁸⁹⁸. Par conséquent, le contrôle des mesures d'exception, communiquées à la Cour selon la procédure de l'article 15, ne semble pas inenvisageable.

343. Les mesures prises par l'Ukraine au lendemain de l'agression russe méritent d'être étudiées⁸⁹⁹. L'hypothèse du contrôle des mesures relevant de « la loi martiale » imposées sur le territoire ukrainien par décret présidentiel du 24 février 2022 ne pouvait pas être exclue. Parmi les restrictions des droits et intérêts qui y figurent, l'État est autorisé à « exproprier par la force des biens de propriété privée » et « interner (installer de force) les citoyens d'un État étranger qui menace d'attaquer ou de mener une agression contre l'Ukraine »⁹⁰⁰. Ces dispositions peuvent ainsi être qualifiées de dérogations à l'application de l'article 5, relatif au droit à la liberté et à la sûreté, et à l'article 1 du 1^e PA/CEDH. Il faut rappeler que ces deux articles ne relèvent pas de la catégorie des articles pour lesquels aucune dérogation ne peut être admise selon le 2^e paragraphe de l'article 15. La prérogative de confiscation des biens privés voire d'internement des ressortissants de l'État adverse semble être revendiquée par l'Ukraine à titre d'État belligérant⁹⁰¹. L'attention est attirée par le fait que la possibilité d'expropriation des

conséquent rend inutile toute discussion autour d'un régime dérogatoire. V. l'analyse CEDH, *Affaire Hassan c. Royaume Uni*, Requête 29750/09, 16/09/2014, par. 89-101.

⁸⁹⁷ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 1978, requête n. 5310/71, 18 janvier 1978, par.207. La Cour admet une large marge d'appréciation au profit des États. La justification employée par la Cour présente des similitudes apparentes avec le principe d'adaptation qui régit la police administrative générale.

⁸⁹⁸ CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], 2009, requête n. 3455/05, 19 février 2009, par. 190.

⁸⁹⁹ Il faut aussi rappeler que les deux États étaient liés par un traité d'amitié, de coopération et de partenariat, signé le 31 mai 1997 et entré en vigueur le 1^{er} avril 1999. n. 52 240, Recueil des traités, Nations Unies, 2014, vol. 3007, I-52240, volume-3007-I-52240.pdf (un.org). L'article 19 prévoyait que « [I] es Hautes Parties contractantes assurent le respect du droit applicable aux biens publics, aux biens des personnes morales et des ressortissants de l'une d'entre elles se trouvant sur le territoire de l'autre, conformément à la législation de cette dernière, sauf disposition contraire convenue par accord entre les Parties ». Le traité a cessé d'être en vigueur le 31 mars 2019.

⁹⁰⁰ Dérogation consignée dans la Note verbale n° 31011/32-017-3 de la Représentation Permanente de l'Ukraine auprès du Conseil de l'Europe, datée du 28 février 2022, enregistrée au Secrétariat Général le 1er mars 2022, Notification — JJ9325C Tr./005-287 — Ukraine — Dérogation relative à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STE n° 5).

⁹⁰¹ Des doutes paraissent justifiables quant à la possibilité d'imposition de mesures de résidence forcée ou de mesures d'internement par une seule invocation de la simple qualité de ressortissant de l'État ennemi. V. à ce sujet, Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Eritrea's Civilians Claims 15, 16, 23, 27-32*, 17 décembre 2004, par. 121 ; Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, 27 décembre 2004, par. 104. Pour une conception stricte de l'internement v. l'affaire Celebici du Tribunal pénal pour l'ex Yougoslavie. TPIY, *Le Procureur c. Delali et Delic (Celebici)*, IT-96-21 A, 20 février 2001, par. 327. Il a été estimé que seule la nécessité absolue concernant la sécurité de l'État peut justifier des restrictions importantes à la liberté des civils protégés.

biens privés concerne l'ensemble des personnes dont les biens sont sis en Ukraine, sans considération d'appartenance nationale. Quant aux mesures éventuelles d'internement, aucune référence explicite n'est faite aux ressortissants russes. La connotation discriminatoire d'une telle expression aurait été manifeste. A sa place, la possibilité de mise en œuvre d'un régime dérogatoire de police administrative contre les citoyens de l'État menant une agression est affirmée de manière explicite. Cette référence n'est pas anodine puisque le régime discriminatoire semble être fondé sur un fait illicite qui peut être constaté de manière objective et non pas sur un rapport de belligérance dont l'émergence relève du pouvoir discrétionnaire d'un État. Il semble ainsi que la mise en œuvre d'un régime portant sur les biens des civils ennemis puisse être envisageable. Toutefois, à la lumière de la protection des droits de l'homme, une ingérence générale et absolue ne pourrait pas être jugée conforme par des instances comme la CEDH dont la compétence s'exerce aussi sur des régimes dérogatoires.

344. Il paraît que les éventuelles lacunes du droit humanitaire au sujet de la protection des biens des civils ennemis sur le territoire des belligérants sont comblées par la protection conférée par le droit des droits de l'homme. Si un organe relevant d'une convention régionale de protection des droits de l'homme est appelé à se prononcer sur un régime dérogatoire portant préjudice aux biens des civils de l'adversaire, il devrait examiner à la fois la pertinence d'une pratique administrative discriminatoire et la proportionnalité de l'atteinte, à l'occasion d'une mesure générale de gel des biens privés des civils ennemis. Une évolution du cadre normatif peut ainsi être observée, en vertu de laquelle des limites sont probablement apposées aux droits reconnus aux belligérants dans le cadre de la guerre au sens formel du terme. Il faut s'interroger si le même constat s'impose pour les pratiques de guerre maritime, traditionnellement hostiles aux biens privés ennemis.

Toute mesure collective étant interdite, il a été estimé que la nationalité ne pouvait pas justifier l'internement. Il faut souligner que les droits ou les pouvoirs, dont titulaires sont les États belligérants, codifiés dans la IV^{ème} Convention, relatifs au sort des étrangers sur le territoire d'une partie au conflit, sont soumis à la réserve habituelle de la nécessité militaire, de la sécurité ou de la préservation des intérêts nationaux de l'État. Par conséquent, la possibilité de restreindre la liberté de mouvement des civils ennemis ne pourrait pas être exclue. Selon les articles 41 et 42 CG IV, l'internement ou la mise en résidence forcées ne devraient être imposés que lorsque des raisons de sécurité le rendent « absolument nécessaire(s) ». Cela peut être le cas quand il s'agit de personnes risquant de troubler l'ordre public, d'espionner, ou de commettre des actes de sabotage. Par opposition aux pratiques relevant du droit de la guerre au sens formel du terme, le simple fait d'être ressortissant de l'adversaire n'est pas suffisant pour l'imposition d'une mesure d'internement. Le 1^{er} al. de l'article 35 de la IV CG prévoit que « toute personne protégée qui désirerait quitter le territoire au début ou au cours d'un conflit, aura le droit de le faire, à moins que son départ ne soit contraire aux intérêts nationaux de l'État ». Dans l'hypothèse de refus par la puissance belligérante du droit des personnes protégées de quitter son territoire, suite à l'invocation d'intérêts nationaux de l'État, la possibilité de recours auprès d'un tribunal ou d'un collège administratif compétent, créée à cet effet par la puissance belligérante, doit leur être reconnue (CG IV article 35 al. 2).

Section II Le régime moins protecteurs des biens des civils de l'adversaires dans le cadre d'un conflit armé maritime

345. Dans le cadre de la guerre maritime, un certain nombre de droits exercés sur les biens privés étaient reconnus au profit des belligérants. La propriété privée ne jouissait pas d'un statut aussi protecteur que celui en vigueur en guerre sur terre. En raison de l'interdiction du recours à la force armée et la désuétude voire la prohibition de la guerre comme institution juridique, l'interrogation émerge quant à la validité de ces pouvoirs, qui normalement se fondent sur un rapport de belligérance qualifié de guerre. Sous l'influence de la Charte de l'ONU, l'existence et l'étendue des pouvoirs des belligérants doit être appréciée de nouveau. Il paraît douteux, que la saisie voire la confiscation des navires de commerce puissent être qualifiées d'actes proportionnés à la lumière de l'objectif poursuivi par les belligérants impliqués dans un conflit armé et non pas dans une guerre au sens technique du terme. Il faut ainsi s'interroger sur l'influence exercée par le *jus contra bellum* sur les prérogatives traditionnelles reconnues aux belligérants en cas de guerre. Il faut se demander si l'ensemble des règles régissant les conflits maritimes, et plus particulièrement les règles concernant la gestion de la propriété privée, seraient applicables même lors des conflits armés non qualifiés de guerre au sens formel du terme.

346. La thèse de la désuétude des droits des belligérants se fonde sur la finalité de préservation de la paix et de la sécurité internationale d'après la Charte de l'ONU. À la lumière de cette finalité, et de l'émergence des règles relevant du *jus contra bellum*, les lois de la guerre et de la neutralité semblent ne pas être conformes aux règles régissant les conflits armés. L'interdiction du recours à la force (*jus contra bellum*) aurait de répercussions sur les pouvoirs revendiqués par les belligérants (*jus in bello*), dont les mesures visant la propriété privée. Un autre type d'influence sur les prérogatives de belligérants semble s'exercer par une des prémisses fondamentales du système de sécurité collective, à savoir l'attribution éventuelle du caractère d'agresseur à un État par le CS. Il faut examiner si les prérogatives des belligérants de cet État sont modifiées, en raison de cette qualification effectuée par un des organes de la communauté internationale instituée. En effet, le caractère d'agresseur, et par conséquent, un élément relevant du *jus ad bellum*, pourrait exercer une influence sur les prérogatives de cet État, relevant du *jus in bello*. Si une telle influence est affirmée, la reconnaissance des prérogatives de confiscation des navires privés en vertu du droit des prises de guerre maritime au profit de l'agresseur, semble être douteuse. Par conséquent, la capture des navires, entreprise

par l'agresseur ne pourrait pas conduire à l'établissement d'un titre valide sur ces navires⁹⁰². Lauterpacht qualifie d'absurde la thèse selon laquelle dans un système juridique qui a exclu le droit de recourir à la force, l'hypothèse de reconnaissance des droits de belligérance au profit de l'agresseur serait envisageable⁹⁰³. Cette thèse, qui attache certaines conséquences juridiques à la qualification d'agresseur, présuppose le rejet de la thèse traditionnelle des règles du *jus in bello* avec les règles relevant du *jus ad bellum* ou du *jus contra bellum*. Le belligérant ayant violé les règles du *jus ad bellum* serait dépourvu des prérogatives de guerre impliquant la création des titres nouveaux de propriété⁹⁰⁴. Ce choix constituerait une cristallisation du principe *ex iniuria jus non oritur*⁹⁰⁵. Par conséquent, la détermination autoritaire de l'agresseur par la communauté internationale instituée pourrait conduire à l'annulation rétroactive de toute opération de prise maritime, entreprise par l'agresseur.

347. Néanmoins, il est difficile de se mettre d'accord sur la qualification de l'État en tant qu'agresseur. Faute de qualification de la part du Conseil de sécurité, tout État aurait la prétention de considérer que ses actes sont justifiables à la lumière du droit à la légitime défense. Il faut, par ailleurs, souligner que les tribunaux de prises ne se prononcent pas sur la qualification d'agresseur d'un État, en tant que question préliminaire de leurs jugements⁹⁰⁶. Cette difficulté aurait pu être palliée par l'institution d'un tribunal international des prises. Toutefois, en raison de la non-entrée en vigueur de la Déclaration de Londres de 1909, cette juridiction internationale n'a jamais fonctionné. Ces raisons ont guidé une partie de la doctrine à considérer que l'incertitude autour des règles matérielles appliquées de manière différente par des juridictions nationales impose le réexamen global du statut des règles de prises maritimes. Il a été précisé que « les règles relatives à la saisie, la condamnation et la destruction éventuelle

⁹⁰² V. à ce sujet H. Lauterpacht, « Rules of warfare in an unlawful war », pp.89-113 dans H. Kelsen, G. Lipsky (éd.), *Law and politics in the world community, essays on Hans Kelsen's pure theory and related problems in international law*, University of California Press, Berkeley, 1953, xx-373 p., p. 106.

⁹⁰³ E. Lauterpacht, « The legal irrelevance of the "state of war" », *Proceedings of the American society of international law*, 1968, vol. 62, pp. 58-68, p.63. Sur les effets de l'état de guerre formel ou technique « [A]ccording to the traditional law on the subject ; hostilities without war do not affect third parties. In particular, the participants are not entitled to take, by reference to the law of prize, measures affecting the property of nationals of nonparticipants. The establishment of a technical state of war changes all this. Nonparticipants become neutrals. As such they are bound by the obligations of impartiality incumbent upon neutrals; and they must accept also such interference with their commerce as is justifiable under the traditional law of prize, which comprises of course, the law of blockade and of contraband », pp. 58-59.

⁹⁰⁴ H. von Heinegg, dans sa contribution *The current state of international prize law, dans International economic law and armed conflict, op.cit.*, p.27, renvoie au projet de 1939 *Harvard research Draft on Rights and Duties of States in Case of aggression* qui dans l'article 3 prévoit que « an aggressor does not have any of the rights which it would have if it were a belligerent » et que « titles to property are not affected by an aggressor's purported exercise of such rights ».

⁹⁰⁵ Clapham, *op.cit.*, pp. 389-390 : « If we have outlawed War as an institution at the disposal of states then we have to abolish the Belligerent rights of states to benefit from War, or indeed any sort of armed conflict. It makes no sense to say that you cannot resort to armed conflict against another state and yet, if you do, you can keep the old Belligerent Rights that belonged to those that went to War. We do not outlaw burglary but then tell the law-breaker and home owner that they can keep what they find in the other's house ».

⁹⁰⁶ Clapham, *Idem*, p.374.

des navires, avions et marchandises privés ennemis sont non seulement dépassées et inapplicables mais aussi immorales dans la mesure où la distinction entre les objectifs militaires et les biens civils est minée »⁹⁰⁷. Le recours à de telles pratiques ne pourrait être permis que dans la mesure où les conditions de nécessité ou de proportionnalité sont respectées. Si ces conditions peuvent être remplies dans le cas de saisie d'armes destinées à l'ennemi, la confiscation des marchandises d'usage civil ou de tout navire cherchant à pénétrer dans un port bloqué ne pourrait qu'être rejetée. Admettre la licéité de ces mesures aurait comme effet l'élargissement du concept de guerre économique et l'appréciation éventuelle de tous les objets en tant qu'objectifs militaires⁹⁰⁸ (§1). À la lumière de nouvelles caractéristiques de la guerre maritime et en raison de l'importance accordée à la règle de distinction entre des objectifs militaires et des biens civils, certains auteurs ont affirmé la désuétude de ces règles relevant du droit traditionnel de la guerre maritime⁹⁰⁹. Il a aussi été souligné, que sous l'influence directe de la Charte des Nations Unies sur le droit de la guerre économique en mer, la légalité de la confiscation des biens ennemis devrait être reconsidérée⁹¹⁰. Il est douteux que l'acquisition des biens ennemis en mer soit légalement justifiée, si ces mesures doivent répondre aux principes de nécessité et de proportionnalité⁹¹¹ (§2).

§ 1 Des mesures militaires exercés contre des navires de commerce.

348. La définition de l'objectif militaire, constituant « une dérivation du principe de la distinction entre combattants et non-combattants et entre biens militaires et biens civils »⁹¹², se dégage de l'article 52 du 1^{er} PA qui propose certains éléments de définition des biens de caractère civil. Quant au paragraphe 2 de l'article 52, il est précisé que « les objectifs militaires sont limités 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 offre en l'occurrence un avantage militaire précis ». Il faut se

⁹⁰⁷ Clapham, *Idem*, p.376.

⁹⁰⁸ *Idem*, p.376.

⁹⁰⁹ V. D. R. Humphrey, « Belligerent interdiction of neutral shipping in international armed conflict », *Journal of armed conflict law*, 1997, vol. 2, pp. 23-44, pp. 39-40 : « It is entirely possible that under the modern conditions of economic warfare at sea, depriving the enemy of the necessary arms and war materials is sufficient belligerent action, and the capture and condemnation, and thus benefit to the capturing belligerent, of the ship and/or cargo, is unnecessary in furthering that belligerent's war aims ».

⁹¹⁰ Toutefois v. M. Gounelle, « L'identification des navires en situation internationale de crise », pp. 211-227, SFDI, *Le navire en droit international : colloque de Toulon*, Paris, Pedone, 1992 246 p., p.218 « Les États invoquent parfois la protection de leurs intérêts fondamentaux ou la légitime défense pour justifier le recours à des mesures coercitives à l'encontre de navires étrangers dans les eaux de la haute mer. Il va de soi que ces mesures, qui impliquent une menace d'arraisonnement, et qui peuvent aller jusqu'à la confiscation de la cargaison, sont nécessairement précédés par des opérations d'identification des navires suspectés de porter atteinte à la sécurité extérieure de l'État ».

⁹¹¹ W. Heintschel von Heinegg, « Visit, search, diversion and capture in naval warfare, part 2, developments since 1945 », *Canadian yearbook of international law*, 1992, vol. 30, pp. 89-136, p.134.

⁹¹² Expression utilisée par N. Ronzitti, *Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*, RCADI, Recueil t. 242, 1993, pp. 9-196, p.67.

demander si la définition d'objectif militaire du 1^{er} PA s'applique aux conflits en mer, étant donné que ces règles semblent ne pas concerner les affrontements entre navires dans le cadre d'une guerre maritime. Le concept même d'objectif militaire semble être défini différemment, en fonction du cadre spécifique des opérations⁹¹³. Si les principes de distinction et de proportionnalité sont censés régir la guerre navale⁹¹⁴, il faut se demander si les prérogatives de ciblage en guerre maritime sont fixées par référence aux règles portant sur l'objectif militaire, repérables dans le Protocole de 1977⁹¹⁵. La difficulté réside dans le fait que le paragraphe 3 de l'article 49 du Protocole précise que les dispositions de la section portant sur les objectifs militaires s'appliquent aux attaques navales ou aériennes dirigées contre des objectifs sur terre « mais n'affectent pas autrement les règles du droit international applicable dans les conflits armés sur mer ou dans les airs ». Par conséquent, cette section du Protocole qui concerne les attaques ne s'applique pas dans la guerre maritime, à l'exception d'attaques menées depuis la mer, ou l'air et qui affectent la population civile, ou les objets civils en terre. Prenant en considération la capacité technologique d'atteindre des objets terrestres depuis la mer, il peut être constaté que cette section s'applique à de nombreuses manifestations de la guerre maritime contemporaine. La catégorie d'objectif militaire peut ainsi concerner à la fois les navires de commerce ennemis (a) et, sous certaines conditions, les navires de commerce neutres (b).

a. L'application ambiguë du principe de distinction à l'égard des navires de commerce ennemis.

349. Il est souvent affirmé qu'un des traits du droit de la guerre maritime est d'ignorer l'article 48 du premier protocole portant sur la distinction entre la population civile et les

⁹¹³ v. Cl. Pilloud et al., *Introduction to commentary on the additional protocols I and II of 8 June 1977, to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Genève, Nijhoff, 1987, par. 1896-7 : « [T]he conditions of sea warfare were radically transformed during the Second World War and in subsequent conflicts. It is therefore difficult to determine which are the rules that still apply.... admittedly both sea and air warfare are subject to treaties of general application...but there are hardly any specific rules relating to sea or air warfare, and insofar as they do exist, they are controversial or have fallen into disuse ».

⁹¹⁴ D. Melson, « Targeting war-sustaining capability at sea: compatibility with Additional Protocol I », *The army lawyer*, 2009, pp. 44-54, p.53 : « If a naval force could launch a discriminate attack on a state's war sustaining resources, the attack would need to be proportional to the military advantage gained. In other words, the expected loss if civilian life could not exceed the expected military gain. The broad nature of war-sustaining targets could encompass two groups of civilians likely to die from attacks on war-sustaining targets: merchant mariners and civilians ashore. Merchant mariners would certainly suffer if materials are targeted at sea. While international humanitarian law categorizes merchant mariners as civilians, their close association with the military is noted in domestic and international law. Potentially, if merchant mariners shipped aboard armed vessels, they would qualify as combatants. Merchant marines aboard unarmed vessels providing a belligerent with war-sustaining materials, however, would occupy the same position as contractors transporting munitions on the battlefield. They could not be targeted directly, but their proximity to legitimate targets places them at great risk ».

⁹¹⁵ F. Kalshoven, Comments dans R. Grunawalt (éd.), *Targeting enemy merchant shipping*, Newport, Naval war college, 1993, xv-382 p., pp.356-363, p. 360 : « The main feature distinguishing sea warfare from land operations may be that at sea, human beings are not primarily encountered as individuals (and then, specifically, as combatants or civilians) but as the crew or passengers on board a ship (i.e., an object). Hence, the first question to be answered is not so much the status of given persons, but, rather whether a ship constitutes a military objective and may be attacked as such ».

combattants ainsi que les biens de caractère civil et les objectifs militaires. Par conséquent, la protection accordée aux biens de caractère civil ne concerne pas les navires de commerce, soumis aux risques de la guerre maritime. Selon la conception traditionnelle de la guerre maritime, l'objet propre de la guerre navale est de priver l'adversaire de l'usage des routes maritimes essentielles. Pour atteindre ce but, il faut que le commerce soit suspendu et que la propriété privée soit atteinte. Un régime moins protecteur pour la propriété privée semble, par conséquent, être en vigueur en guerre maritime. Toutefois, les manuels militaires nationaux, censés refléter les conceptions nationales sur le droit humanitaire proposent des définitions d'objectifs militaires en guerre maritime qui ne s'éloignent pas de la définition repérable dans le Protocole I et régissant la guerre sur terre⁹¹⁶. Par ailleurs, la règle 39 du manuel de San Remo précise que « les parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre (...) les biens de caractère civils ou exempts d'attaque et les objectifs militaires » (i). L'interrogation porte, par conséquent, sur les particularités de la notion d'objectif militaire (ii) en guerre maritime et l'identification des conditions (iii) en vertu desquelles le caractère d'objectif militaire peut être attribué aux biens des civils ennemis en guerre, à savoir les navires de commerce ennemis. L'apport d'un soutien économique paraît être en mesure de transformer un navire de commerce en objectif militaire (iv).

i. Les hypothèses de ciblage des navires de commerce

350. Il est certain que les navires et les avions de guerre ennemis peuvent être attaqués et détruits⁹¹⁷. En cas de capture, la propriété du navire ou de l'avion de guerre, qualifié aussi de navire ou avion public, est transférée à l'État capteur sans aucun jugement par les juridictions spéciales de prises maritimes. Comme précédemment analysé, le principe d'après lequel un navire marchand ennemi doit être indemne de toute attaque est repérable dans l'article 22 du traité naval de Londres, signé le 22 avril 1930 et portant sur la limitation et la réduction d'armement naval. Il faut préciser que du champ d'application du traité relevaient à la fois les activités des navires de surface et des sous-marins. Le protocole ne prévoyait que deux cas

916 V. p. ex. la définition d'objectif militaire retenu par les États-Unis, *Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, Article 8.1.1. : « Only combatants and other military objectives may be attacked. Military objectives are those objects which, by their nature, location, purpose or use, effectively contribute to the enemy's war-fighting or war-sustaining capability and whose total or partial destruction, capture, or neutralization would constitute a definite military advantage to the attacked under circumstances at the time of the attack. Military advantage may involve a variety of considerations including the security of the attacking force ». Cité par N. Ronzitti, *Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*, op. cit., p.68.

917 Les navires auxiliaires qui servent pour le ravitaillement ou le transport des troupes sont assimilés aux navires de guerre. V. p. ex. l'attaque et destruction du croiseur General Belgrano en 1982. V. à ce sujet lettre adressée par l'Argentine, NU Doc. S/15 032, 3 mai 1982 et la lettre adressée par le Royaume Uni, NU Doc. S/15 031, 4 mai 1982.

d'autorisation d'attaque d'un navire de commerce ennemi ou neutre : le « refus persistant de s'arrêter après sommation régulière » et « la résistance active à la visite ». Le même article visait à interdire aux sous-marins d'agir comme corsaires en prévoyant l'obligation de pourvoir à la sécurité des passagers et de l'équipage du navire marchand⁹¹⁸.

351. Des réflexions sur les conflits armés maritimes et le principe de distinction ont été consacrées par des auteurs de droit international et d'experts du droit naval dans le cadre des travaux d'élaboration du Manuel de San Remo de 1988 à 1994. L'objectif était de présenter une analyse du contenu du droit international actuel applicable aux conflits armés sur mer⁹¹⁹. Le manuel produit sous les auspices de l'Institut international de droit humanitaire n'a pas été perçu comme un texte contraignant conventionnel mais comme l'équivalent du manuel d'Oxford sur les règles de la guerre navale adopté par l'institut du droit international à Oxford en 1913⁹²⁰. Le Manuel de San Remo adopte les définitions des principes de distinction et de l'objectif militaire repérables dans le Protocole I⁹²¹. Il y est précisé que les navires de commerce ennemis peuvent faire l'objet d'attaque, s'ils deviennent des objectifs militaires. Les activités susceptibles de justifier une telle qualification y sont explicitement mentionnées⁹²².

⁹¹⁸ Article 22 par. 2 « In particular, except in the case of persistent refusal to stop on being duly summoned, or of active resistance to visit or search, a warship, whether surface vessel or submarine, may not sink or render incapable of navigation a merchant vessel without having first placed passengers, crew and ship's papers in a place of safety ».

⁹¹⁹ L'équivalent du Manuel de San Remo pour la guerre aérienne et la guerre des missiles est le Manuel de Harvard dont l'objectif est la compilation du droit international coutumier régissant la guerre aérienne. Manual on International Law applicable to air and missile warfare, program on humanitarian policy and conflict research at Harvard University, 2009, <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/>.

⁹²⁰ Préambule du Manuel d'Oxford de 1913 : « L'institut de droit international, dans sa session de Christiania, a déclaré maintenir fermement ses Résolutions antérieures en ce qui concerne l'abolition de la capture et de la confiscation de la propriété privée ennemie dans la guerre maritime. Mais, constatant, en même temps, que l'acceptation de ce principe n'est pas encore acquise et considérant qu'aussi longtemps qu'elle ne le sera pas, le règlement du droit de capture est indispensable, il a chargé une Commission d'élaborer des dispositions prévoyant l'une et l'autre éventualité ».

⁹²¹ Règle : « 39. Les parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre les civils ou autres personnes protégées et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil ou exempts d'attaque et les objectifs militaires.

40. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités 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. 41. Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. Les navires de commerce et les aéronefs civils sont des biens de caractère civil à moins que les principes et règles énoncés dans ce document n'autorisent à les considérer comme des objectifs militaires ». En tant qu'éditeur du San Remo Manual Explanation, Doswald-Beck précise que « The majority (of the round table) felt that the Handbook does not take into account developments in the law relating to target discrimination since the Second World War. In particular, they feared that "war-sustaining" could too easily be interpreted to justify unleashing the type of indiscriminate attacks that annihilated entire cities during that war ». L. Doswald-Beck, « The San Remo Manual on International Law applicable to armed conflicts at sea », *AJIL*, 1995, pp.192-208.

⁹²² Le manuel des États-Unis est considéré comme assez favorable aux attaques menées contre les navires de commerce ennemis : « ... [I]f integrated into the enemy's war-fighting, war-sustaining effort and compliance with the rules of the 1936 London Protocol would, under the circumstances of the specific encounter, subject the surface warship to imminent danger or would otherwise preclude mission accomplishment ». *Commander's Handbook on the law of naval operations*, Department of the navy, 2017, par. 8.6.2.2. V. aussi *Commander's Handbook on the law of Naval Operations*, US, mars 2022, par. 8.7. 1. « Either with or without prior warning, submarines may attack and destroy enemy merchant vessels as military objectives by their nature, purpose, use, war-supporting, or war-sustaining roles, unless such vessels are innocently employed ».

352. Les participants aux travaux d'élaboration du Manuel de San Remo se sont penchés sur la question de savoir s'il était approprié de proposer une définition générale des objectifs militaires dans la guerre navale ou s'il fallait établir une liste exhaustive comprenant soit des catégories de navires qui peuvent être attaqués, soit des navires exemptés d'attaque⁹²³. L'article 40 du Manuel précise que les objectifs militaires comprennent les objets qui par leur nature, leur localisation, leur but ou leur usage contribuent de manière effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, leur capture ou leur neutralisation offrent un avantage militaire définitif⁹²⁴. Certains participants ont, par ailleurs, voulu proposer une distinction entre les situations de guerre généralisée et de guerre limitée considérant que dans le second cas, il fallait appliquer davantage de restrictions juridiques que dans le premier. Finalement, il a été convenu que les règles juridiques devaient rester les mêmes dans les situations de guerre générale et limitée, mais que l'application de ces règles devait aboutir à une approche plus restrictive du ciblage dans les conflits limités⁹²⁵.

353. Dans plusieurs manuels militaires nationaux, une référence à la notion d'objectif militaire présente des points communs avec les articles 48 et 52 du Protocole I et les paragraphes 39 et 40 du manuel de San Remo⁹²⁶, considérés refléter le droit coutumier. La

⁹²³ L. Doswald-Beck, *San Remo manual on international law applicable to armed conflicts at sea*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1995, ix-257 p., p.114, article 40.

⁹²⁴ Dans le manuel de Saint Remo nous considérons qu'un avion qui est engagé dans une activité parmi celle énumérés dans l'article le transforme en objectif militaire : « Règle 63. Les activités suivantes peuvent faire des aéronefs civils ennemis des objectifs militaires : a) accomplir des actes de guerre en faveur de l'ennemi, tels que larguer ou draguer des mines, mettre en place des capteurs acoustiques ou assurer une écoute à l'aide de tels dispositifs, participer à la guerre électronique, intercepter ou attaquer d'autres aéronefs civils ou fournir aux forces ennemies des informations sur des cibles ; b) servir d'auxiliaire de forces armées ennemies, par exemple en transportant des troupes ou du matériel militaire, ou en ravitaillant en carburant des aéronefs militaires ; c) s'intégrer ou collaborer au système de recherche de renseignements ennemi, par exemple en effectuant des missions de reconnaissance, d'alerte avancée, de surveillance ou des missions de commandement, contrôle et communication ; d) voler sous la protection d'aéronefs militaires ou de navires de guerre ennemis ; e) désobéir à l'ordre de s'identifier, de se dérouter ou de se poser, aux fins d'une visite et d'une perquisition sur un aérodrome belligérant sûr pour le type d'aéronef concerné et raisonnablement accessible pour lui, utiliser des instruments de contrôle de tir que l'on peut raisonnablement considérer comme faisant partie d'un système d'armes d'aéronef ou, en cas d'interception par un aéronef militaire belligérant, manœuvrer clairement dans le but de l'attaquer ; f) être armé avec des armes air-air ou air-sol/mer ; ou g) apporter de toute autre façon une contribution à l'action militaire. L.Doswald Beck (éd.), *San Remo Manual on international law applicable to armed conflicts at sea*, *op.cit.*, p.152.

⁹²⁵ *Idem*, Règle 40.8, p. 116.

⁹²⁶ Le manuel militaire allemand : « Par. 407. Military objectives are armed forces-including paratroops in descent but not crew members parachuting from an aircraft in distress-and objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offer a definite military advantage ». « Par. 1029. Subject to the principles applicable in armed conflict at sea, merchant vessels of the adversary become military objectives and may be attacked at any time without prior warning if they [...] make an effective contribution to military action, e.g. by carrying materiel or by transporting or supplying troops ». Manuel militaire allemand : *Bundesministerium der Verteidigung, Joint Service Regulation 15/2*, May 2013, DSK AV230100262. Le *Australian Operations law manuel* pour des commandants d'air : « An aerial attack must be directed against military objectives [...] Military objectives are those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action. To be lawful, any attack on such objective should result in a definite military advantage ». *Royal Australian air force operations law for RAAF Commanders DI (AF) AAP 1003*, 1994, par.8-4,8-5. Le *Canadian Draft manual* adopte aussi la définition du PPI de l'objectif militaire : [a] military objective is an object which, by its nature, location, purpose or use makes an effective

résistance active à la visite ou à la capture, le non-arrêt aux appels, l'escorte par des navires de guerre ou avions ennemis, la violation d'un blocus, la participation active aux hostilités ainsi que l'incorporation dans le système de renseignement ennemi, sont présentés comme des motifs d'attaques des navires marchands⁹²⁷. À la fois les dispositions relevant du manuel et les dispositions des manuels militaires nationaux, portant sur le principe de l'objectif militaire, apportent des éléments de preuve concernant le statut coutumier des règles relatives à cette notion⁹²⁸.

ii. Le ciblage des navires perçus comme des cibles économiques

354. Une référence spéciale doit être faite à la conception américaine de navires susceptibles de faire l'objet d'une attaque. Il s'agit d'une approche particulière du concept d'objectif militaire qui n'est pas repérable dans les autres ordres juridiques. La particularité du manuel militaire des États-Unis réside dans la qualification d'objectif militaire d'une catégorie d'objets qui sont censés contribuer à la *war-fighting* et la *war-sustaining* capacité de l'ennemi. Ces

contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage ». Joint doctrine manual, Office of the judge advocate General, Canadian National defense headquarters Canadian Forces law of armed conflict manual, 2001. Le *United States air force operational manual* a adopté, *verbatim*, les provisions du 1^{er} PACG. « Attacks must be strictly limited to military objectives. Insofar as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their own nature, location, purpose or use, make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture, or neutralization in the circumstances ruling at the time offers a definite military advantage ». *Department of the air force, international law-the conduct of armed conflict and air operations*, AFP 110-31, Nov. 19, 1976, par. 5-3b (1).

⁹²⁷ Doswald-Beck (éd.), *San Remo Manual on International law applicable to armed conflicts at Sea 1995*, *op.cit.*, p.117 : « A civilian object may become a military objective and thereby lose its immunity from deliberate attack through use which is only indirectly related to combat action, but which nevertheless provides an effective contribution to the military part of a party's overall war-fighting capability ». V. Chapitre intitulé : « Innovations in the content of the Manual », p. 68 « Based on recent State practice, and on the concept of military objective found in Additional Protocol I, the Round table decided to introduce this concept into naval operations in order to limit the lawfulness of attacks to merchant vessels which directly help the military action of the enemy[...] The purpose of this measure is to take into account is to take into account modern means of warfare and genuine military needs, whilst respecting the gains made since the Second World War in international humanitarian law applicable to land warfare ». *United States Department of Defense Law of War Manual 2015 (updated December 2016)* pp.1176. Le recours à la force par un belligérant peut avoir lieu en vue de la capture d'un navire marchand ou d'un aéronef civil qui viole un blocus ou qui résiste à la visite et à la recherche. Cette prérogative se fonde sur le droit des conflits armés parce que le manuel indique expressément que ces navires ou aéronefs dans de telles circonstances acquièrent le caractère de navires ou aéronefs ennemis susceptibles d'être attaqués, par.15.13.4.1 p.976-977 : « Use of force during visit and search. Merchant vessels or civil aircraft that comply with instructions given to them may not be made the object of attack ; merchant ships or civil aircraft that refuse to comply may be stopped by force. Merchant ships or civil aircraft that resist visit and search assume the risk of resulting damage. Such vessels or aircraft also may be deemed to acquire the character of enemy merchant ships or civil aircraft ».

⁹²⁸ H. Robertson, « The principle of the military objective in the law of armed conflict », *Journal of legal studies*, 1997, pp.35-70, p.42 : « The San Remo manual that resulted from the deliberations of the Round Tables was not envisaged as a draft convention but was viewed by participants in the Round Tables as a modern equivalent of the Oxford Manual on the Laws of Naval war Governing the Relations between Belligerents adopted by the Institute of international law at Oxford in 1913. The San Remo Manual adopts essentially in *haec verba* the definitions of the principles of distinction and of the military objective found in Protocol Additional I. [...] Since the United States has not ratified Protocol Additional I, and the San Remo Manual does not of itself have any binding effect on States, it is necessary to examine whether the principle of distinction and the military objective have become rules of customary international law, and in particular, whether the United States recognizes them as such ». *Idem*, pp.43-44 : « Incorporation in national military manuals is a strong indication that a normative principle has matured into customary international law. Internationally, the strong indications from military manuals are that the principle of the military objective, as formulated in articles 48 and 52 of Protocol additional I and paragraphs 39 and 40 of the San Remo Manual, is recognized as a norm of customary international law ».

objets, ou ces biens, qualifiés d'objectifs militaires peuvent ainsi faire l'objet d'une attaque⁹²⁹. C'est la fonction du navire qui se présente comme le critère déterminant pour permettre une telle qualification et rendre licite une attaque. Si les conditions dictées par le Protocole de Londres de 1930 ne peuvent pas être remplies sans mettre en danger le navire de guerre, le navire incorporé dans l'*enemy's war-fighting/war-sustaining effort* peut être coulé immédiatement.⁹³⁰ Selon cette interprétation, un navire de commerce, tout en étant un bien civil, pourrait devenir un objectif militaire et perdre ainsi son immunité d'attaque par une utilisation qui n'est qu'indirectement liée à une action de combat, mais qui apporte néanmoins une contribution effective à la partie militaire de la capacité globale de combat de la partie. Il faut remarquer que l'usage du qualificatif d'ennemi engendre la perte du statut protecteur conféré normalement aux biens des civils, dont relèvent les navires de commerce. Cette référence a fait l'objet d'amples débats dans la série de tables rondes, organisées par l'Institut lors de l'élaboration du manuel de San Remo. L'interrogation portait sur les conditions qui permettaient l'attaque contre des navires de commerce ennemis. Une série d'activités étaient susceptibles de transformer les navires de commerce ennemis en objectifs militaires. Les spécialistes se sont demandés, s'il fallait inclure dans la définition d'objectif militaire l'expression « action militaire » ou une expression alternative telle que « effort de guerre (*war effort*) » ou « effort de soutien de la guerre (*war-sustaining effort*) ». Ces expressions ont été qualifiées de vagues par les experts du droit international et les experts navals qui y ont participé⁹³¹. Selon le par. 40 du Manuel « les objectifs militaires sont limités 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 ». Le choix du terme

⁹²⁹ *United States Department of Defense Law of War Manual 2015 (updated December 2016)*, p.215, Article 5.7.8.5. « Examples of military objectives – economic objects associated with military operations. Economic objects associated with military operations or with war-supporting or war-sustaining industries have been regarded as military objectives. 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 ».

⁹³⁰ Politakis qualifie cette approche en tant qu'approche fonctionnelle. G. Politakis, *Modern aspects of the laws of naval warfare and maritime neutrality*, op. cit., pp.631-632.

⁹³¹ Doswald-Beck (éd.), *San Remo Manual on International law applicable to armed conflicts at Sea 1995*, op.cit, par.40.12, p. 117 : « Military objectives must make an "effective contribution to military action". This does not require a direct connection with combat operations. Thus, a civilian object may become a military objective and thereby lose its immunity from deliberate attack through use, which is only indirectly related to combat action, but which nevertheless provides an effective contribution to the military part of a party's overall war-fighting capability. The Round Table considered whether or not it should include the expression "military action" or some alternative expression such as "war effort" or "war-sustaining effort" and eventually decided that these alternative expressions were too broad ». Pour une critique contre le point de vue américain v. F. Kalshoven, « Enemy merchant vessels as legitimate military objectives », dans *Reflections on the law of war*, Leiden Boston, Nijhoff, 2007, 1115 p., pp.567-574, p.573 : « It is submitted that in naval warfare too, « contribution to the war effort » is too broad and vague a notion to serve as a determinant for the decision that even an enemy merchant ship may be attacked as a military objective ».

« contribution effective à l'action militaire » en tant que critère d'identification d'un objectif militaire témoigne de la volonté de privilégier une approche plus restrictive que celle fondée sur une référence plus générale à l'effort de guerre. Par ailleurs, les hypothèses d'appréhension d'un navire de commerce ennemi en tant qu'objectif militaire, justifiant une attaque à son égard, sont expliquées de manière explicite dans l'article 60 du manuel. Parmi les hypothèses justifiant le fléchissement de la protection, une référence est faite dans l'alinéa g de l'article 60 du manuel aux navires de commerce qui apportent « une contribution effective à l'action militaire, par exemple en transportant du matériel militaire ». Le critère de contribution effective à l'action militaire est ainsi utilisé en tant que critère d'identification à la fois des objectifs militaires de manière générale et des navires de commerce susceptibles d'être appréhendés en tant qu'objectifs militaires.

355. Au lieu de la phrase « action militaire », le US Naval Commander Handbook emploie la phrase *enemy's war fighting or war-sustaining capability*⁹³². Il est évident, que la formule employée par les États-Unis permet une interprétation extensive de la possibilité de ciblage d'un navire de commerce⁹³³. La justification de ce choix est la volonté d'inclure dans cette

⁹³² D. Melson, « Targeting war sustaining capability at sea », *op.cit.*, p.50 : « Notably, the relationship between Additional Protocol I and naval warfare is not fully developed. Article 49 of Additional Protocol I states: "The provisions of (Additional Protocol I's restrictions on attacks) apply to any sea warfare which may affect the civilian population, individual civilians or civilian objects on land. They further apply to all attacks from the sea [...] against objectives on land but do not otherwise affect the rules of international law applicable in armed conflicts at sea [...]. The application of API to naval operations is therefore tied to their effects on civilians on land, essentially a state's civilian population. The Commentary to AP I elaborates on the problem of applying it to naval warfare. It concedes that : "[T]he conditions of sea warfare were radically transformed during the Second World War and in subsequent conflicts. It is therefore difficult to determine which are the rules that still apply [...] Admittedly both sea and air warfare are subject to treaties of general application... but there are hardly any specific rules relating to sea or air warfare, and insofar as they do exist, they are controversial or have fallen into disuse ». *Idem*, p.46 : « The Commander's Handbook does not clearly define "war-sustaining" targets. The annotated Supplement to the Commander's handbook on the law of naval operations (annotated Supplement), in essence the official commentary offers a more detailed discussion. It provides examples of "proper economic targets", including "enemy lines of communication, rail yards, bridges, rolling stock, lighters, industrial installations producing war-fighting products, and power generation plants". The Annotated Supplement explains the list, noting "economic targets...that indirectly but effectively support and sustain the enemy's warfighting capability may also be attacked ». V. aussi *Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the law of naval operations*, US Navy, 1997, par. 8.1.1 : « Economic targets of the enemy that indirectly but effectively support and sustain the enemy's war-fighting capability may also be attacked. Whether this rule permits attacks on war-sustaining cargo carried in neutral bottoms at sea, such as by Iraq on the tankers carrying oil exported by Iran during the Iran-Iraq war, is not firmly settled. Authorization to attack such targets is likely to be reserved to higher authority ». H. Robertson, The principle of the military objective in the law of armed conflict, *op.cit.*, p.50 : « The US naval Commander's Handbook substitutes the phrase "enemy's war-fighting or war-sustaining capability" for "military action". As we saw above, the US naval Commander's Handbook substitutes the phrase "enemy's war-fighting or war sustaining capability" for "military action". Is there an actual substantive difference in meaning, or is there merely a difference in perception? Any difference between the two formulations would seem to come down to the term "war-sustaining" in the Commander's Handbook. The term "war-fighting" is equivalent to the Protocol additional I term "military action". On the other hand, "war-sustaining" implies something not quite so directly connected with the actual conduct of hostilities ».

⁹³³ Dans la *Annotated Supplement du Commander's Handbook*, il est précisé que cette disposition reflète le droit coutumier. Department of the Navy, *Annotated Supplement to the Commander's handbook on the law of naval operations* NWP, 9 (Rev. A) FMFM 1-10, para. 8. I.I, note 9 1997. Selon la règle du manuel, les cibles économiques de l'ennemi qui appuient et soutiennent indirectement mais efficacement la capacité de guerre de l'ennemi peuvent également être attaquées. La question de savoir si cette règle autorise les attaques contre des cargaisons destinées à

catégorie les objectifs économiques dont le rôle au soutien de la capacité militaire de l'adversaire n'est pas négligeable. Le seul point de divergence entre la formulation de San Remo et celle du *Commander's Handbook* américain concerne ainsi les attaques sur des exportations qui constituent en même temps la source principale des ressources financières pour la continuation de l'effort de guerre d'un belligérant⁹³⁴. Des navires de commerce soutenant de manière économique l'effort de guerre sont ainsi susceptibles de faire l'objet d'attaque selon l'interprétation américaine. Certains participants aux travaux d'élaboration du Manuel de San Remo, favorables à la qualification de navires de commerce soutenant l'effort de guerre en tant qu'objectifs militaires⁹³⁵, se sont appuyés sur cette pratique. La phrase choisie pour décrire la

soutenir la guerre et transportées en mer dans des navires neutres, comme celles menées par l'Irak contre les pétroliers transportant le pétrole exporté par l'Iran pendant la guerre entre l'Iran et l'Irak, n'a pas été tranchée de manière définitive. V. Aussi Doswald-Beck (éd.), *San Remo Manual on International law applicable to armed conflicts at Sea 1995, op.cit.*, qui précise que les Participants à la San Remo Round table « indicated that the sinking during the Iran-Iraq War, albeit not as frequent as those during the Second World War, should not be seen as the most significant precedent for an assessment of contemporary law, in view of the extent of violations of international humanitarian law during that conflict generally and the protests that ensued », p.200.

⁹³⁴ Le *Handbook* contenait une définition similaire à celle qui se réfère aux cibles économiques qui peuvent contribuer à la « war-sustaining » ou à la « war-fighting » capacité de l'ennemi. US Navy, *Marine Corps and Coast guard, Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, Department of Navy, office of the Chief of Naval operations, Headquarters, US Marine Corps, Department of transportation, US Coastal Guard, NWP 1-14 M, MCWP 5-2.1, COMDTPUB P58000.7 « Military objectives are combatants, military equipment and facilities (except medical and religious equipment and facilities), and those objects which, by their nature, location, purpose or use, effectively contribute to the enemy's war-fighting or war-sustaining capability and whose total or partial destruction, capture, or neutralization would constitute a definite military advantage to the attacker under the circumstances at the time of the attack ». Robertson, *The principle of the military objective in the law of armed conflict, op.cit.*, p. 51 : « Probably the only point of difference between the San Remo formulation (which adopts the Article 52(2) phrasing) and that in the Commander's Handbook is with respect to attacks on exports that may be the sole or principal source of financial resources for a belligerent's continuation of its war effort. In support of the possible legitimacy of such attacks, the Commander's Handbook cites the denial of claims for destruction of British-owned cotton exports from the Confederacy during the American Civil war by an Anglo-American arbitration tribunal. It also raises the question whether Iraq's attacks on tankers carrying oil from Iran during the 1980-88 Gulf War may have been justified under the same theory, although it admits that the law on this subject "is not firmly settled" ».

⁹³⁵ Il faut souligner que le rapporteur sur l'objectif militaire et le principe de distinction avait initialement suggéré que la liste comprenne également, en tant qu'activité susceptible de rendre un navire marchand ennemi objectif militaire, l'intégration dans l'effort de guerre ou de soutien à la guerre de l'ennemi. Doswald Beck L.(éd.), *San Remo Manual on international law applicable to armed conflicts at sea, op.cit.*, p.147. Un groupe de représentants a soutenu cette proposition en considérant que la catégorie h était la catégorie principale d'objectifs militaires. Même si le libellé de la catégorie h était plutôt large, il était, selon eux, conforme à la réalité de guerre puisque dans la pratique, comme lors de la récente guerre Iran-Irak, les navires marchands ennemis étaient effectivement intégrés aux efforts de soutien de la guerre. Par conséquent, malgré la nécessité de définir précisément cette catégorie, la pratique des États soutenait la présomption que les navires marchands ennemis étaient des objectifs militaires. V. Par. 60,7, p. 148. Les opposants à la proposition ont fait valoir que, pendant les guerres mondiales, cette pratique avait été justifiée à titre de représailles. Ainsi, les États belligérants eux-mêmes avaient considéré comme illégales les attaques contre les navires marchands ennemis. Le conflit entre l'Iran et l'Irak ne pouvait pas être invoqué car les parties à ce conflit n'avaient pas pris en considération les aspects juridiques du recours à des méthodes de guerre. Dans le conflit des Malouines, les parties n'avaient pas attaqué les navires marchands ennemis, même si elles en avaient la capacité. Par conséquent, la catégorie h n'était pas devenue partie intégrante du droit international coutumier. En tout état de cause, la pratique étatique du passé ne devrait pas être déterminante puisque la tâche de la Table ronde était de formuler des règles pour les conflits futurs. En outre, si l'intégration dans l'effort de soutien de la guerre était considérée comme une raison suffisante pour justifier une attaque à vue, les normes atteintes par l'API seraient mises en péril. Ainsi, l'opinion juris des États se développerait de manière dangereuse. Par conséquent, la catégorie h devrait être remplacée par l'article 52 (2) de l'API. La question de savoir si un navire marchand ennemi constitue un objectif militaire légitime dépendait, selon les représentants, de chaque cas particulier. V. Par. 60,7, p. 148.

catégorie résiduelle des navires marchands qui étaient des objectifs militaires légitimes faisait référence aux navires marchands qui apportent une contribution effective à l'action militaire en transportant, par exemple, du matériel militaire. Il faut noter que les catégories de navires marchands ennemis susceptibles d'être attaqués sont plus étroites que les catégories de navires marchands ennemis susceptibles d'être capturés. Tous les navires marchands ennemis sont susceptibles d'être capturés tandis qu'une partie d'entre eux, conformément aux critères établis dans l'article 60, peuvent être attaqués.

iii. Les conditions de nécessité et de proportionnalité en tant que limites aux prérogatives des États belligérants impliqués dans des conflits militaires en mer.

356. L'analyse des pouvoirs des belligérants traditionnels relevant du droit de la guerre sur les navires de commerce renvoie à la question de leur encadrement par le droit international. Si les actions militaires doivent non seulement être conformes aux règles du *jus in bello*, mais aussi aux règles du *jus contra bellum*, et plus précisément aux règles de nécessité et de proportionnalité, des doutes légitimes sont justifiables quant à la licéité des prérogatives de guerre exercées sur des navires de commerce. La règle 4 du Manuel de San Remo précise que « les principes de nécessité et de proportionnalité s'appliquent également aux conflits armés sur mer et requièrent que l'emploi de la force par un État, lorsqu'il n'est pas interdit par le droit des conflits armés, ne dépasse pas, en intensité et par les moyens employés, ce qui est indispensable pour repousser une attaque armée et pour rétablir sa sécurité ». Cet article fait allusion aux principes régissant les règles du *jus in bello*. La règle 5 précise que « la limite des actions militaires que peut mener un État contre un ennemi dépend de l'intensité et de l'ampleur de l'attaque armée perpétrée par l'ennemi et de la gravité de la menace qu'elle présente ». La référence à l'intensité et l'ampleur de l'attaque armée pourrait être interprétée comme renvoi aux critères de proportionnalité et de nécessité régissant le *jus ad bellum*, à savoir l'action entreprise en tant qu'acte de légitime défense par la partie lésée. L'interrogation porte ainsi sur l'interprétation conférée à ces notions, puisque les critères de nécessité et de proportionnalité n'ont pas le même sens dans les deux registres normatifs distincts, à savoir le *jus in bello* et le *jus ad bellum*.

357. A ce sujet, il n'y a pas eu de consensus de la part des experts ayant participé à l'élaboration du manuel de San Remo. Certains participants ont fait valoir que les règles du *jus ad bellum* ne s'appliquaient qu'au déclenchement d'un conflit armé. Selon cette interprétation, une fois qu'un État s'engage dans un conflit armé, il n'est soumis qu'au droit des conflits armés et au droit de la neutralité. Ces branches du droit contiennent leurs propres principes de

nécessité et de proportionnalité⁹³⁶. La référence aux critères de nécessité et de proportionnalité régissant le *jus ad bellum* serait ainsi inopportune. Le désaccord portait sur la question de savoir si les principes de nécessité et de proportionnalité sont applicables dans un « sens stratégique » uniquement, ou également à un « niveau tactique ». Les défendants de la première approche, soutenaient que les principes de nécessité et de proportionnalité ne peuvent pas affecter le comportement tactique une fois qu'une action de légitime défense a commencé et que ces principes n'exercent d'influence que sur la décision stratégique d'invocation initiale de la légitime défense. A l'inverse, ceux qui étaient en faveur de la seconde approche considéraient que l'application des principes de nécessité et de proportionnalité relevant du *jus ad bellum* exerce d'influence sur les hostilités à tous les niveaux du conflit. Selon cette interprétation, les principes de nécessité et de proportionnalité doivent être pris en considération pour déterminer les cibles et préciser les méthodes et les moyens de guerre, pendant toutes les phases de l'affrontement militaire. Cette controverse affecte l'ensemble des opérations de guerre maritime dont le ciblage des navires de commerce. En effet, l'appréciation de licéité d'une attaque effectuée sur un navire de commerce ennemi diffère probablement si elle doit être opérée en fonction non seulement des critères de nécessité et de proportionnalité relevant du *jus in bello* mais aussi des mêmes critères relevant du *jus ad bellum*.

358. En effet, la règle 4 du Manuel, telle qu'elle est formulée, ne précise pas si sa mise en œuvre peut affecter toutes les décisions tactiques lors d'un affrontement. Toutefois, aucun doute ne peut être élevé quant à l'obligation de faire cesser toutes les actions militaires, si les besoins de légitime défense sont satisfaits, l'attaque armée repoussée et la sécurité de la partie attaquée rétablie. Par conséquent, le fait qu'un état de guerre soit toujours techniquement en cours, ou qu'il n'y ait pas eu de traité de paix officiel ou de fin officielle du conflit, ne justifie pas la poursuite des hostilités, si ces dernières ne sont pas nécessaires à la sécurité de la partie concernée⁹³⁷. Il semble ainsi qu'en cas de cessation de l'attaque le recours aux prérogatives liées aux conflits maritimes reconnues aux belligérants, dont le ciblage sous certaines conditions des navires de commerce ennemis, ne soit plus justifiable.

359. La règle 5 du Manuel a également suscité la controverse. La majorité des participants ont estimé que sous certaines conditions, liées à l'ampleur d'une attaque armée significative, à la qualité de la menace, et à la probabilité de nouvelles menaces pour la sécurité de l'État, l'État victime pourrait, en invoquant sa légitime défense, chercher les moyens d'obtenir la défaite totale des forces armées de son ennemi. Par conséquent, les représentants aux travaux

⁹³⁶ *Idem.* p. 76-77 par. 4.5.

⁹³⁷ *Idem.*, p.77 Par. 4.6.

d'élaboration du Manuel se sont montrés prêts à accepter l'idée que le droit de la légitime défense, sous certaines circonstances exceptionnelles, pouvait justifier un acte visant la défaite totale de l'ennemi⁹³⁸. Selon cette interprétation le recours systématique aux attaques militaires contre les navires de commerce peut être justifiable en fonction des caractéristiques générales de l'affrontement militaire. Ce paragraphe du manuel illustre bien l'état d'évolution du droit de la guerre maritime qui peut prendre l'allure d'une confrontation militaire totale. Dans le cadre d'une telle confrontation le ciblage des navires de commerce en tant que moyen renforçant les richesses de l'adversaire peut être récurrent.

iv. La pratique de ciblage des navires de commerce en conflits maritimes : le ciblage des moyens de soutien économique de l'adversaire.

360. Il est évident que cette controverse ne se résume pas à une querelle entre des positions doctrinales. La pratique internationale a démontré son importance et son caractère crucial quant à la possibilité de ciblage d'objectifs économiques ou de navires contribuant à la force économique de l'adversaire.

361. En effet, dans la guerre de l'Iran contre l'Irak de 1980 à 1988, une discussion a été engagée concernant le statut des navires de commerce dans une guerre maritime⁹³⁹. Pendant la guerre des tankers de 1984 à 1988, les forces irakiennes ont ciblé des tankers de pétrole afin de ne pas permettre à l'Iran de tirer profit économique de ses ressources. Si la thèse en vertu de laquelle des objectifs économiques qui soutiennent indirectement la capacité militaire de l'ennemi peuvent être attaqués est retenue, le système de transport du pétrole et les navires de commerce qui y sont impliqués constituent des objectifs militaires⁹⁴⁰. En l'occurrence, l'Iran finançait entièrement ses opérations militaires par les ventes des produits du pétrole. Il pourrait ainsi être considéré que l'Irak avait un droit légal d'attaquer la source vitale de l'économie soutenant la guerre (*war sustaining*). Le commerce du pétrole, jugé vital pour l'économie iranienne était assuré par des navires neutres, devenus ainsi objets d'attaques de la part des autorités irakiennes.

⁹³⁸ *Idem*, p.76-77, Par. 5.1., 5,2.

⁹³⁹ T. M. Orford, *The Iran-Iraq War: recent developments in the international law of naval engagements*, Institute of marine law, Cape town, 1988, 165 p.

⁹⁴⁰ Pour une argumentation favorable à cette politique v. A. Roach, Chr. Greenwood, R. Lagoni, Th. Meron, « Missiles on target : the law of targeting and the tanker war », *Proceedings of the annual meeting, American society of international law*, 1988, vol. 82, pp. 154-169.

b. La pratique des attaques menées contre des navires de commerce neutres.

362. Dans le contexte de la guerre Iran-Irak, des attaques sans discrimination contre des neutres ont aussi provoqué l'animosité de la communauté internationale⁹⁴¹. La question soulevée concernait aussi la licéité d'attaques menées contre des navires de commerce qui ne battaient pas les pavillons des pays belligérants. En effet, entre 1984 et 1988, des dizaines de pétroliers ont été détruits par les forces iraniennes et irakiennes. Cela a engendré l'intervention massive des flottes occidentales. Si, toutefois, il était prouvé que les navires neutres opéraient sous le contrôle, les ordres ou la direction de l'ennemi, ces navires neutres acquéraient le caractère d'un navire de commerce ennemi. En effet, mener des activités sous l'autorité et le contrôle de l'Iran, aurait comme résultat la perte de toute protection justifiable par la qualité de navires neutres. L'Irak justifiait les attaques contre les navires neutres en invoquant l'établissement des zones d'exclusion de navigation⁹⁴² (i). Il s'agissait d'un mécanisme visant à annihiler le commerce opéré par les neutres (ii). À la lumière de cette pratique il faut se pencher de nouveau sur les règles de conduite à l'égard des navires de commerce neutres ayant transgressé leur devoir de neutralité (iii).

i. L'établissement de zones d'exclusion de navigation, outil d'annihilation du commerce maritime

363. Les zones d'exclusion maritime de la Seconde Guerre mondiale ont été rejetées par le Tribunal militaire international de Nuremberg. Les zones d'interdiction sont particulièrement préjudiciables au commerce opéré par les neutres dont les activités sont annihilées. Le recours à la mesure de proclamation de zones de guerre, appelées aussi zones de défense, zones interdites, zones d'opérations ou zones d'exclusion, rend tout navire non autorisé qui y accède susceptible de faire l'objet d'une attaque. Cependant, elles ont été proclamées lors de conflits survenus après la Seconde Guerre mondiale. En effet, le Royaume-Uni a établi une zone d'exclusion totale de deux cents milles nautiques autour des îles Malouines pendant le conflit avec l'Argentine en 1982. Le fait que la zone se trouvait dans l'Atlantique sud dans une région qui ne constitue pas une route de navigation très fréquentée et que le conflit n'a pas été de longue durée n'a pas donné lieu à des incidents d'utilisation de la force par le Royaume-Uni contre des navires neutres⁹⁴³. Au cours du même conflit, l'Argentine a proclamé l'ensemble de

⁹⁴¹ F. V. Russo, « Targeting theory in the law of armed conflict at sea: the merchant vessel as military objective in the tanker war », pp. 513-193, dans I. Dekker, H. Post (éd.), *The Gulf War of 1980-1988 : the Iran-Iraq War in international legal perspective*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, xix-314 p.

⁹⁴² R. Leckow, « The Iran-Iraq Conflict in the Gulf : the law of war zones », *International and comparative law quarterly*, 1987, p.629-644, p.637.

⁹⁴³ Une référence doit aussi être faite à la *total exclusion zone* britannique, établie durant le conflit des îles Falkland/Malvinas. Selon la déclaration britannique : « the exclusion zone will apply only to Argentine warships

l'Atlantique sud comme zone d'exclusion et, en s'appuyant sur cette proclamation, l'armée de l'air argentine a attaqué un certain nombre de navires. L'une de ces attaques contre le pétrolier *Hercules* a donné lieu au litige *Amerada Hess* devant les tribunaux américains qui, quant à eux, ont estimé que l'Argentine, par son initiative de proclamation de la zone, avait violé son obligation de ne pas entraver la liberté de navigation des navires neutres⁹⁴⁴.

364. Le 2 septembre 1980, l'Iran a publié une notice pour les marins qui précisait que la zone côtière était déclarée zone de guerre⁹⁴⁵. En proclamant la zone autour du terminal pétrolier iranien de Kharg, l'Irak avait pour but d'asphyxier économiquement l'Iran. Toute intrusion dans cette zone était interprétée comme motif d'attaque contre les navires en question, qu'ils soient ennemis ou neutres⁹⁴⁶. Il faut préciser que l'Irak n'a pas invoqué l'argument des représailles pour légitimer son action mais les prérogatives qui découlent du *jus in bello*⁹⁴⁷.

and naval auxiliaries but also to any other ship, whether naval or merchant vessel, which is operating in support of the illegal occupation of the Falkland Islands by Argentine forces. The zone will also apply to any aircraft, whether military or civil, which is operating in support of the Argentine occupation. Any ship and any aircraft, whether military or civil, which is found within the zone without authority from the Ministry of Defense in London will be regarded as operating in support of the illegal occupation and will therefore be regarded as hostile and will be liable to be attacked by British forces», cite par W. J. Fenrick, «The exclusion zone device in the law of naval warfare», *op. cit.*, pp. 110-111. L'Argentine a qualifié cette mesure britannique d'acte d'agression selon la Rés. 3314 de l'assemblée générale du 14 décembre 1974. Néanmoins, aucun navire de commerce n'a été attaqué, à l'exception d'un navire de pêche qui était accusé d'espionner la flotte britannique. V. au sujet du navire *Narwal*, H. Levie, «The Falkland Islands Crisis and the laws of war», dans A. Coll, A. Arend, *The Falklands War : lessons for strategy, diplomacy, and international law*, Boston, Allen & Unwin, 1985, xiv-252 p., pp. 63-78.

⁹⁴⁴ US Court of Appeals, Second circuit, *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic*, 830 F. 2 d 421, (1987), *International Legal Materials* vol. 26, 1987, p. 1374 et s. Le litige est né de graves dommages infligés au pétrolier *Hercules* par l'armée de l'air argentine pendant le conflit des Malouines/Malouines alors qu'il naviguait à 500 miles des îles Falkland le 8 juin 1982. En raison d'une bombe non détonée dans son flanc, le *Hercules* a dû être sabordé. Le procès a été intenté en vertu de l'*Alien Tort Claims Act (ATCA)* pour un délit commis par un étranger (en l'occurrence l'Argentine) en violation du droit international. Le tribunal de première instance, le tribunal du district sud de New York, a rejeté l'action du demandeur au motif que l'ATCA ne pouvait pas fournir une base de compétence pour connaître d'une affaire contre un État étranger sans tenir compte des dispositions du *Foreign Sovereign Immunity Act*. La Cour d'appel du deuxième circuit a infirmé le jugement de la Cour de district et a statué que l'ATCA pouvait être appliqué nonobstant la Loi sur l'immunité des souverains étrangers parce que, en l'occurrence, l'Argentine avait violé le droit d'un navire neutre de naviguer sans entrave en haute mer ; la Cour a fondé sa conclusion sur la Déclaration de Paris 1856, la Déclaration de Londres 1909, la Convention XIII de La Haye 1907 et la Convention de La Havane 1928. La Cour s'est également appuyée sur la Convention de 1956 sur le droit de la mer et sur la Convention de 1982. p. 1378 « It is beyond controversy that attacking a neutral ship in international waters, without proper cause for suspicion of investigation, violates international law. Indeed, the relative paucity of cases litigating this customary rule of international law underscores the longstanding nature of this aspect of freedom of the high seas ». P. 1380 : « Since the sinking of a neutral vessel on the high seas without justification violates a substantive principle of international law, no matter who does the sinking, there is no immunity under international law in this case. We hold, therefore, that the Alien Tort Statute provides jurisdiction over Argentina. Nor the Foreign Sovereign Immunities act was applicable ».

⁹⁴⁵ *Notice to mariners n. 17/59 22 September 1980, from commander-in-chief of Naval Army of Islamic Republic of Iran.* « Regarding to the Iraqi aggression we declare Iranian maritime border nearby coast war area. The Iranian Government does not give any authorization to the vessels intending to proceed to Iraqi ports for the safety of shipping in Persian Gulf the following route shall be strictly observed », cité par A. de Guttry, N. Ronzitti (éd.), *The Iran-Iraq war (1980-1988) and the law of naval warfare*, Cambridge, Grotius publ., 1993, xxiv-573 p., p. 37.

⁹⁴⁶ V. la déclaration des États-Unis : « The Iraqi government has warned that it will attack all vessels appearing within a zone believed to be north and east of a line connecting the following points [...]. The Iraqi government has warned that all tankers docking at Kharg Island, regardless of nationality, are targets for the Iraqi air force ». *Defense Mapping Agency and Hydrographic Center, special warning n. 50, oct. 7 1980*, cite par S. Sivakumaran, « Exclusion zones in the law of armed conflict at sea: evolution in law and practice », *International law studies*, 2016, vol. 92, pp. 153-203, p.184.

⁹⁴⁷ Dans la lettre adressée par le représentant permanent irakien au secrétaire général des Nations Unies le 5 mai 1983, U.N. Doc. A/38/187, S/15 752, il a été affirmé que l'établissement de cette zone était « in conformity with rules of

Selon cette interprétation, le droit des conflits armés maritimes confère à un belligérant le pouvoir d'établir des zones d'interdiction de commerce transformant ainsi tout navire de commerce en objectif militaire. L'Iran, de sa part, lançait des attaques contre des navires neutres exerçant des représailles contre la décision irakienne d'établissement d'une zone d'exclusion de navigation. Toutefois, la particularité réside dans le fait que les navires visés n'étaient pas exclusivement les navires irakiens mais l'ensemble des navires neutres. Cette dissociation entre le sujet ayant prétendument commis l'acte illicite à l'origine des actes de représailles et la victime de ces derniers doit être soulignée. Les attaques contre les navires neutres, et par conséquent sans lien avec l'acte initial prétendument illicite, auraient comme effet d'accroître la pression politique exercée sur l'Irak pour la forcer à revenir sur sa décision d'établir la zone d'exclusion. Dans la résolution 552 du 1^{er} juin 1984, le CS s'est prononcé en faveur des droits et intérêts des neutres qui n'ont pas de leur part tardé à condamner les pratiques préjudiciables à leurs intérêts⁹⁴⁸. Le Conseil de sécurité a « réaffirmé que les navires marchands à destination ou en provenance de ports et installations d'État riverains qui ne sont pas parties aux hostilités ont le droit de naviguer librement dans les voies de circulation et les eaux internationales »⁹⁴⁹. Le CS a invité aussi les États à respecter le droit à la navigation libre et au commerce dans les eaux internationales, reprochant ainsi aux États belligérants d'avoir bafoué cette liberté reconnue aux neutres. Cette controverse démontre la tension qui existe et régit l'ensemble des institutions de la guerre maritime, entre les intérêts des neutres et ceux des belligérants.

365. À la lumière de l'expérience de la guerre des Tankers entre l'Iran et l'Irak, des tentatives de codification des conditions d'établissement des zones d'exclusion ont été prises à la fois par des manuels militaires nationaux et par des textes internationaux censés refléter les règles internationales coutumières. Le manuel de San Remo, précise que « l'étendue, le lieu et la durée

international law which are applicable in times of armed conflict and which have the object of limiting the suffering caused by such conflicts and sparing mankind the consequences to which military operations might give rise ». Toutefois, dans une lettre envoyée le 20 février 1985 S/16 972, l'établissement de la zone a été présenté comme le résultat d'imposition d'un blocus militaire : « We trust that the Secretary-General and the organizations whose appeals have been conveyed do not contest the fact that lifting Iranian oil, and consequently providing Iran with financial resources which enable it to continue its aggression against Iraq[...] is impermissible trade under international law in the context of the armed conflict between Iran and Iraq ».

⁹⁴⁸ Dans la discussion au sein du Conseil de sécurité dans le cadre de la 2546^{ème} séance, les Pays-Bas considéraient que « toute attaque lancée contre un bâtiment inoffensif battant pavillon néerlandais dans quelque partie du Golfe que ce soit comme un acte inamical et une violation grave du droit à la navigation et au commerce libres dans les eaux internationales », par. 33. Le représentant du Royaume-Uni a réaffirmé de manière claire et générale le droit de libre navigation. Il a précisé que « ce droit est inscrit dans le droit international, et nous attendons de tous les États de la région qu'ils le respectent. À notre avis, aucune partie n'a le droit d'attaquer des navires neutres, quelle que soit leur destination. La violation du droit international est flagrante si le navire attaqué transite vers les ports de pays tiers et, et bien plus, si les attaques ont lieu dans les eaux territoriales de ces pays tiers. De telles attaques violent la souveraineté des États côtiers ainsi que les droits de l'État dont le navire bat pavillon », par. 78. Conseil de sécurité, Procès-verbaux officiels, 2546^{ème} rencontre, 1 June 1984.

⁹⁴⁹ Par. 2, S/RES/552 (1984), 1er juin 1984. Le Conseil de sécurité a explicitement condamné les attaques lancées contre des navires marchands à destination ou en provenance de ports de pays neutres.

d'activation de la zone et des mesures prises ne doivent pas excéder les strictes nécessités militaires et le principe de proportionnalité », et contient des dispositions dont l'objectif est la prise en considération des intérêts des États neutres⁹⁵⁰. Il est intéressant de relever que le respect des mesures prises par l'État belligérant de la part d'un État neutre ne pourrait pas être interprété comme acte hostile à l'égard de l'adversaire du premier⁹⁵¹. Le rapport d'Helsinki sur les principes de la neutralité maritime, élaboré par l'Association du droit international en 1998 admet au profit des neutres le droit au passage innocent.

ii. La résurgence des pratiques annihilant le commerce maritime neutre.

366. Le recours à la mesure de zones d'exclusion de navires semble avoir eu lieu lors de la première phase du conflit russo-ukrainien. En effet, la Russie a annoncé dès le 25 février 2022 des mesures de restriction de l'accès des navires dans le nord-ouest de la mer Noire. Sans aucun renvoi explicite aux prérogatives des belligérants, la Russie a interdit la navigation dans cette zone « en raison des opérations antiterroristes menées par la marine russe ». À la suite de cette mesure, les navires et les bateaux se trouvant dans cette zone seraient considérés comme une menace terroriste⁹⁵². De sa part, le gouvernement Ukrainien a procédé à la fermeture des ports du pays qualifiant cet acte de mesure de guerre défensive⁹⁵³. Les mesures restrictives russes pourraient être interprétées comme acte d'établissement d'une zone d'exclusion, et par conséquent relevant du *jus in bello*. Toutefois, il semble que les conditions de licéité d'une telle mesure ne semblent pas remplies. Même la qualification de ces mesures comme blocus

⁹⁵⁰ Sur les dispositions relatives aux zones d'exclusion du Manuel de San Remo, Article 105 « Un belligérant ne peut se soustraire aux devoirs que lui impose le droit international humanitaire en établissant des zones susceptibles de porter atteinte aux utilisations légitimes d'espaces maritimes précis. Article 106 Si un belligérant, à titre exceptionnel, établit une telle zone : (b) l'étendue, le lieu et la durée d'activation de la zone et des mesures prises ne doivent pas excéder les strictes nécessités militaires et le principe de proportionnalité. c) le droit des États neutres aux utilisations légitimes de la mer doit être pris dûment en compte ».

⁹⁵¹ Pour l'énumération des hypothèses d'attaque des navires de commerce battant pavillon neutre v. Manuel de San Remo, Règle 67 : « Les navires de commerce battant pavillon neutre ne doivent pas être attaqués sauf a) si l'on peut raisonnablement croire qu'ils transportent de la contrebande ou qu'ils violent un blocus, et si, après sommation préalable, ils refusent clairement et intentionnellement de stopper ou s'opposent clairement et intentionnellement à toute visite, perquisition ou capture ; b) s'ils mènent des actions militaires pour le compte de l'ennemi ; c) s'ils se comportent en auxiliaires des forces armées ennemies, d) s'ils sont intégrés ou collaborent au système de renseignements ennemi ; e) s'ils naviguent en convoi sous la protection de navires de guerre ou d'aéronefs militaires ennemis ; ou f) s'ils contribuent effectivement, de toute autre manière, à l'action militaire ennemie, par exemple en transportant du matériel militaire, et si les forces attaquantes ne sont pas en mesure de permettre aux navires de commerce de placer d'abord les passagers et l'équipage dans un endroit sûr. A moins que les circonstances ne le permettent pas, on doit leur envoyer un avertissement, afin qu'ils puissent modifier leur route, décharger leur cargaison ou prendre d'autres précautions ».

⁹⁵² J. Kraska, « Neutral State access to Ukraine's Food exports », *International law studies*, 2022, pp. 549-558.

⁹⁵³ Organisation maritime internationale, circular letter n. 4518, Communication from the Government of Ukraine, February 24 2022, [https://www.cdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/HofTopics/Documents/Black%20Sea%20and%20Sea%20of%20Azov%20%20Member%20States%20and%20Associate%20Members%20Communications/Circular%20Letter%20No.4518%20-%20Communication%20From%20The%20Government%20Of%20Ukraine%20 \(Secretariat\) .pdf](https://www.cdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/HofTopics/Documents/Black%20Sea%20and%20Sea%20of%20Azov%20%20Member%20States%20and%20Associate%20Members%20Communications/Circular%20Letter%20No.4518%20-%20Communication%20From%20The%20Government%20Of%20Ukraine%20 (Secretariat) .pdf)

maritime, semble problématique surtout du point de vue de son effectivité⁹⁵⁴. Malgré l'absence d'un fondement juridique précis et indisputable pour la restriction de toute navigation, les attaques contre des navires de commerce se sont multipliées en mer noire⁹⁵⁵. Le droit d'établissement des zones d'exclusion semble, par conséquent, être reconnu au profit des belligérants dont le recours à cette mesure doit être régi par le principe de proportionnalité et dicté par des raisons de nécessité militaire⁹⁵⁶.

iii. Les règles régissant des attaques contre des navires de commerce neutres ayant transgressé leur devoir de neutralité.

367. L'interrogation porte ainsi sur les conditions de recours à la force contre les navires neutres. Il s'agit d'un problème d'articulation, d'une part, des règles du *jus contra bellum* et, d'autre part, des règles du *jus in bello*, dont relèvent les règles de neutralité. En effet, le droit de neutralité s'inscrit dans le cadre du *jus in bello*. Ainsi, les relations entre les belligérants et les neutres devraient être régies par le droit de la guerre et le droit de la neutralité, applicables du fait de l'existence de la guerre au sens juridique. Il faut rappeler que les Conventions V et XIII de La Haye de 1907 contiennent des dispositions sur les droits et les devoirs des belligérants et des neutres. Toutefois, ces Conventions ne font pas allusion aux conséquences engendrées par la violation de ces dispositions soit par des belligérants soit par des neutres. Les articles qui régissent les actes d'une guerre maritime restent muets sur les sanctions encourues en cas de violation des devoirs imposés aux neutres ou aux belligérants. Cela s'explique

⁹⁵⁴ Pour cette appréciation v. not. M. Flink, « Naval blockade and the Russia -Ukraine Conflict », *Netherlands international law review*, 2022, p.411-437.

⁹⁵⁵ Des attaques ont été menées contre de navires de soutien logistique. Qualifiés de navires auxiliaires, ces navires logistiques sont considérés des vaisseaux publics des forces armées. En raison de leur statut, ces navires peuvent être pris pour cible lors d'un conflit armé. J. Kraska, « Ukraine Symposium, the attack on the Vasily Bekh and targeting logistics ships », 11 juillet 2022, <https://lieber.westpoint.edu/attack-vasily-bekh-targeting-logistics-ships/>.

⁹⁵⁶ V. à ce sujet les principes d'Helsinki sur le droit de neutralité maritime, adoptés par l'Association du droit international le 30 mai 1998, *International Law Association, Report of the 68th Conference, Taipei, 1998*, pp. 496-516. Article 3.3 : « Subject to Principle 5.2.9 (reconnaissant en faveur des navires de commerce neutres le droit de passage de transit par des eaux archipélagiques et le droit de passage innocent par la mer territoriale) and without prejudice to the rights of commanders in the zone of immediate naval operations, the establishment by a belligerent of special zones does not confer upon that belligerent rights in relation to neutral shipping which it would not otherwise possess. In particular, the establishment of a special zone cannot confer upon a belligerent the right to attack neutral shipping merely on account of its presence in the zone. However, a belligerent may, as an exceptional measure, declare zones where neutral shipping would be particularly exposed to risks caused by the hostilities. The extent, location and duration must be made public and may not go beyond what is required by military necessity, regard being paid to the principle of proportionality. Due regard shall also be given to the rights of all States to legitimate uses of the seas. Where such a zone significantly impedes free and safe access to the ports of a neutral State and the use of normal navigation routes, measures to facilitate safe passage shall be taken ». Ces règles s'appliquent aussi dans le cas des aéronefs. San Remo Manuel, Règle 141 « [...] les aéronefs civils ennemis et les marchandises embarquées peuvent être capturés hors de l'espace aérien neutre sans qu'il soit nécessaire de procéder préalablement à une visite et à une perquisition ». *Idem*, règle 144 « La capture consiste à intercepter l'aéronef civil ennemi en lui ordonnant de se poser sur un aérodrome belligérant sûr pour le type d'aéronef concerné et raisonnablement accessible pour lui et, à l'atterrissage, à s'en emparer afin de le juger comme prise. A titre d'alternative à sa capture, un aéronef civil ennemi peut être détourné de sa destination prévue ».

probablement par le fait qu'à l'époque de la conclusion des deux Conventions de La Haye sur la neutralité, le recours à la force par les États, pour quelque raison que ce soit, n'était pas interdit, ce qui n'excluait pas le recours à la force par un belligérant ou un neutre contre l'autre afin de remédier aux violations d'obligations mutuelles. Le recours à la force par les belligérants pour remédier aux violations par les États neutres de leur neutralité, ou par les États neutres pour repousser les violations par les belligérants de leurs devoirs envers les États neutres relevait du cadre normatif de la « guerre et de la neutralité » et non de la « paix »⁹⁵⁷. Cela signifie que l'utilisation de la force entre les belligérants et les neutres n'entrerait pas dans la catégorie des contre-mesures/représailles en temps de paix mais serait évaluée par référence aux règles régissant la conduite des hostilités. La violation du droit de neutralité conférerait ainsi le droit d'agir même par le recours à la force armée. Par conséquent, les règles relevant du *jus in bello* régiraient les attaques contre les navires neutres. Le recours à la force par un belligérant contre un neutre serait considéré comme un exercice légitime des droits qui lui sont octroyés par le droit de la guerre.

368. L'essor des règles *contra bellum* semble avoir modifié cette approche. Un État neutre est en paix avec les belligérants et tout recours à la force contre lui doit être conforme au *jus ad bellum*. Selon cette approche, tout usage de la force par un belligérant contre un neutre ou par un neutre contre un belligérant devrait être un usage légal de la force en conformité avec le *jus ad bellum* tel qu'il est prescrit dans l'article 51 de la Charte de l'ONU. Le seul cas de recours unilatéral légal à la force serait celui du droit de légitime défense. La légitime défense, en tant que fondement juridique du recours à la force, pourrait être invoquée aussi par un État neutre pour faire face à une ingérence forcée dans ses activités normales en temps de paix. Selon cette interprétation, la violation d'un devoir lié au statut de neutre, ne serait pas en mesure de rendre licite le recours à la force mené contre un navire de commerce neutre par un belligérant. Il doit être souligné que dans le contexte d'un conflit armé maritime, certains devoirs sont imposés aux navires de commerce neutres. Ces devoirs comprennent l'obligation de tolérer les visites et les recherches d'un belligérant et de respecter un blocus imposé par un belligérant. Le problème se pose en cas de violation de ces obligations incombant aux neutres.

⁹⁵⁷ La seule référence à l'utilisation de la force par un État neutre contre un belligérant est faite dans l'article 10 de la Convention de La Haye V 1907. Art. 10 : « Ne peut être considéré comme un acte hostile le fait, par une Puissance neutre, de repousser, même par la force, les atteintes à sa neutralité ». L'article prévoit que la résistance, y compris par l'usage de la force, d'un neutre afin de repousser une action d'un belligérant qui viole sa neutralité n'est pas un acte hostile qui transformerait un neutre en belligérant. L'important est de savoir si les circonstances d'un recours à la force par un neutre contre un belligérant seraient de simples actes de force qui n'affecteraient pas le statut de neutralité ou des hostilités qui entraîneraient la perte de la neutralité.

369. Le Manuel de San Remo aborde le recours à la force contre des navires neutres dans les circonstances exceptionnelles prévues par la règle 67⁹⁵⁸. Il semble que les belligérants puissent exercer leurs prérogatives — qui leur sont octroyées par le *jus in bello* — et attaquer les navires neutres, à condition que ces derniers se livrent aux activités énumérées par cette règle. L'utilisation de la force par un navire de guerre appartenant à un belligérant pour inciter un navire marchand neutre à s'arrêter afin d'exercer le droit de visite et de recherche semble être identique aux opérations de contrôle ordinaire menées sur l'espace maritime en temps de paix. Néanmoins, si le navire marchand neutre persiste dans son refus de s'arrêter ou résiste à la visite et à la recherche, il devient alors un objectif militaire et peut être attaqué après avertissement préalable. De même, la violation du blocus donne à un belligérant le droit de capturer un navire marchand neutre, mais s'il résiste, il peut être attaqué comme un objectif militaire. Il en va de même — attaque d'un navire marchand neutre en tant qu'objectif militaire — s'il s'engage dans un service non neutre en participant directement à des opérations navales du côté du belligérant adverse, ou en fournissant des informations de renseignement au belligérant adverse, ou en naviguant sous un convoi de navires de guerre ennemis, ou en agissant comme auxiliaire des forces navales du belligérant adverse⁹⁵⁹. Il semble ainsi que les belligérants puissent recourir à la force contre des navires de commerce neutres grâce à des droits d'action spécifiques qui leur sont reconnus en vertu du *jus in bello*. La violation des devoirs de neutralité confère ainsi une raison d'agir aux belligérants. Cette interprétation paraît être bénéfique aux belligérants qui se réclament titulaires d'un droit exercé sur des navires de commerce neutres. Certains comportements rendent licite le recours à la force armée sans aucune considération des critères de nécessité et de proportionnalité relevant du *jus ad bellum*.

⁹⁵⁸ Règle 67 : « Les navires de commerce battant pavillon neutre ne doivent pas être attaqués sauf. a) si l'on peut raisonnablement croire qu'ils transportent de la contrebande ou qu'ils violent un blocus, et si, après sommation préalable, ils refusent clairement et intentionnellement de stopper ou s'opposent clairement et intentionnellement à toute visite, perquisition ou capture ; b) s'ils mènent des actions militaires pour le compte de l'ennemi ; c) s'ils se comportent en auxiliaires des forces armées ennemies, d) s'ils sont intégrés ou collaborent au système de renseignements ennemi ; e) s'ils naviguent en convoi sous la protection de navires de guerre ou d'aéronefs militaires ennemis ; ou f) s'ils contribuent effectivement, de toute autre manière, à l'action militaire ennemie, par exemple en transportant du matériel militaire, et si les forces attaquantes ne sont pas en mesure de permettre aux navires de commerce de placer d'abord les passagers et l'équipage dans un endroit sûr. A moins que les circonstances ne le permettent pas, on doit leur envoyer un avertissement, afin qu'ils puissent modifier leur route, décharger leur cargaison ou prendre d'autres précautions ».

⁹⁵⁹ Lors des travaux d'élaboration du Manuel la proposition — non retenue par la majorité — a été faite en vertu de laquelle il aurait fallu supprimer la distinction entre navires marchands neutres et navires marchands ennemis. Selon cette hypothèse, le statut juridique des navires marchands, qu'ils soient neutres ou ennemis, dépendrait de leur cargaison et de leur fonction, selon les circonstances précises. Ainsi, les navires battant pavillon ennemi opérant dans des zones maritimes éloignées du théâtre de la guerre ne pourraient pas être considérés comme des objectifs militaires. En revanche, les navires neutres transportant des marchandises importantes pour l'ennemi pouvaient être considérés comme des objectifs militaires. V. L. Doswald Beck (éd.), *San Remo Manual on international law applicable to armed conflicts at sea*, *op.cit.*, par. 67,6, p. 157.

370. L'opinion différente est exprimée par le Royaume-Uni. En vertu de la position britannique, chaque opération au cours d'un conflit armé, même celle ayant eu lieu à la suite de la violation des devoirs de neutralité, doit être menée conformément aux exigences de la légitime défense régissant le recours initial à la force⁹⁶⁰. D'après cette interprétation, le *jus in bello* perdrait son importance au profit des règles relevant du *jus contra bellum*. La légitime défense deviendrait le fondement juridique indispensable à tout recours à la force entre neutres et belligérants. Alors que les navires marchands neutres pouvaient toujours être arrêtés, visités et recherchés, ils ne pouvaient être attaqués que si la saisie était justifiée par l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Cela ne signifie pas que le droit de la guerre navale en tant que tel était modifié par la Charte. Néanmoins, il fallait tenir compte du fait indéniable qu'avec le déclenchement d'un conflit armé international, la Charte ne cesserait pas d'être en vigueur, notamment dans les relations entre belligérants et neutres.

371. Cette controverse a même fait l'objet d'amples discussions lors de l'élaboration du manuel de San Remo. La position britannique octroyant de l'importance aux règles relevant du *jus contra bellum* a été rejetée par des représentants qui mettaient l'accent sur la différence quant aux champs d'application des règles générales relevant de la Charte de l'ONU et des règles spéciales relevant du *jus in bello*⁹⁶¹.

372. Après l'étude des prérogatives de caractère militaire exercées par les belligérants impliqués dans un conflit armé international et ayant comme objet les navires de commerce ennemis et neutres, il convient d'étudier les mesures de contrainte économique visant les biens des civils ennemis en guerre maritime. Notre attention sera attirée par la pratique des prises maritimes, à l'aune des règles du droit international contemporain

§2. Des mesures de contrainte économique exercées sur les navires de commerce dans le cadre des conflits armés maritimes.

373. L'interrogation porte sur l'influence exercée par la Charte de l'ONU et l'interdiction du recours à la force armée sur les prérogatives de caractère économique exercées sur les navires de commerce ennemis jadis mises en œuvre par les belligérants dans le cadre de la guerre

⁹⁶⁰ Cette approche défend la désuétude des prérogatives revendiquées par les belligérants contre les neutres. « The development of the prohibition on the use of force, through the Pact of Paris and the UN Charter, has important implications for the traditional law of neutrality. Since the end of Second World War and the establishment of the United Nations, the traditional law of neutrality has been affected by and, to a large extent, superseded by the UN Charter. The conduct of armed conflict is subject to the limitations imposed by the Charter on all use of force ». Par. 1.42.2, p.20, UK Ministry of Defense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 672 p.

⁹⁶¹ L. Doswald Beck (éd.), *San Remo Manual on international law applicable to armed conflicts at sea, op.cit.*, p.156, par.67.4.

maritime. La doctrine consacre des commentaires à la prérogative de prises maritimes à la lumière de la compétence de guerre⁹⁶². Des auteurs considèrent que la prohibition du recours à la force aurait comme conséquence la désuétude de toutes les règles du *jus in bello* qui ne relèvent pas du droit humanitaire *stricto sensu*. Le droit humanitaire, contrairement au droit de la guerre, poursuit un objectif exclusivement protecteur pour les civils et se caractérise par une finalité constante d'encadrement des hostilités⁹⁶³. Il faut, par conséquent, examiner la validité des « droits des belligérants » exercés sur des navires de commerce à la lumière du droit international contemporain. Bien que la pratique des prises maritimes soit associée à la guerre au sens formel (a), des États impliqués dans des conflits contemporains (c) réclament toujours le droit d'exercer ces prérogatives (b).

a. Le fonctionnement de la juridiction des prises maritimes dépendant d'une déclaration de guerre.

374. Si la thèse d'influence des règles du *jus contra bellum* sur le *jus in bello* est retenue, la légitime défense, entendue comme seul motif de recourir à la force doit dorénavant esquisser le cadre d'exercice des droits des belligérants⁹⁶⁴. À la lumière de ce constat, les navires ne pourraient faire que l'objet de mesures d'arrêt et non pas de confiscation, comme ceci était le cas en vertu du droit des prises maritimes. Il faut souligner que toute interrogation autour de la juridiction du tribunal ou Conseil des prises est intimement liée à la question de la désuétude ou non de la déclaration de guerre. En effet, le Conseil des prises intervient uniquement en cas de guerre pour se prononcer sur la validité des prises et autoriser le transfert du titre de propriété soit sur le navire soit sur les cargaisons. Selon l'ordre juridique français, la déclaration de

⁹⁶² E. Lauterpacht, « The legal irrelevance of the "state of war" », *op. cit.*, p. 63 : « Because it is necessary to know the extent to which belligerents can by invoking the law of prize take measures permanently affecting the property of nationals of other states we are still obliged to ask the basic question: can war now lawfully exist as a technical condition? I venture to suggest that, as a matter of principle, a negative answer must be returned to this question ». En 1957, Jessup, dans le cadre des discussions de l'Institut de droit international concernant la validité des mesures juridiques applicables en temps de guerre, répondant à la question si « le régime de contrebande, peut-il être maintenu ? » soulignait que « [t]he general purposes back of the old rules should still be served. Here one finds it hard to think in terms of large and small wars. Better to have the law clear, even if it is violated in a world war », J. P. A. François, « Reconsidération des principes du droit de la guerre, Rapport et questions, 1956 », *Annuaire de l'institut de droit international*, t. 47 v. I, 1957, p. 355.

⁹⁶³ Lauterpacht, « The legal irrelevance of the state of war », *op.cit.*, p. 58.

⁹⁶⁴ N. Ronzitti, *Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*, *op.cit.*, p. 137 : « les belligérants ne peuvent réaliser, à l'égard des États neutres, toutes les actions qui découlent du droit classique de la neutralité, mais seulement celles pouvant être justifiées comme légitime défense ». Wengler procédait à la juxtaposition des mesures de saisie à des mesures de confiscation. W. Wengler, *Völkerrecht*, vol II, Springer, Berlin, 1964, 1530 p., pp.1475-1476. Il soulignait que « le combat militaire, associé aux mesures de guerre économique qui frappent la résistance militaire de l'adversaire, dans les formes du droit international actuel, est actuellement, surtout lorsqu'une majorité d'États se réunit contre l'agresseur, le moyen relativement le plus approprié pour atteindre le but désigné dans la Charte des Nations unies. Pour cette raison, les effets juridiques du déclenchement de l'état de guerre dans les relations entre l'État agresseur et ses adversaires ne doivent en principe pas non plus être considérés comme supprimés, que l'état de guerre ait été déclenché par l'une ou l'autre partie ne faisant aucune différence. Parmi les mesures qui ne sont pas susceptibles de servir au rétablissement de la paix et de la sécurité, on trouve les institutions héritées de la guerre d'État d'autrefois, à savoir le droit de pillage et la confiscation de la propriété privée ennemie, tandis que les réquisitions, les blocages de biens et les blocus nécessaires à la guerre restent utiles même en cas de guerre contre un agresseur ».

guerre, d'après l'article 35 de la Constitution, n'est autorisée que par le parlement. Toutefois, si la pratique depuis 1945 impose le constat du caractère obsolète de la déclaration de guerre, « les conditions de la guerre sur mer et en particulier l'ouverture aux tierces parties du théâtre des opérations du fait de la liberté des mers continuent de rendre nécessaire la prise en considération de la neutralité et les mesures subséquentes de police qu'elle entraîne : visite, déroutement et capture »⁹⁶⁵. En Grande Bretagne, la dernière fois que la juridiction des *Prize Courts* a été utilisée, c'était à la suite de l'ordonnance de 1939, émise par le Roi George VI. Cette ordonnance était à son tour autorisée par les pouvoirs conférés par la loi de 1894 sur les tribunaux d'attribution des prises, qui stipule que le tribunal doit agir sur la base d'une déclaration de guerre⁹⁶⁶.

b. Des prérogatives liées aux conflits maritimes toujours réclamées par les belligérants

375. La thèse d'interdiction du recours aux prises maritimes est contrecarrée par la pratique étatique qui consiste en la publication des manuels de guerre qui font allusion au *jus in bello* maritime. En effet, dans plusieurs manuels militaires nationaux plusieurs articles consacrés aux critères déterminant le caractère ennemi d'un navire sont repérables⁹⁶⁷. Ces textes, qui sont censés refléter les positions juridiques des États quant à certaines institutions qui relèvent des

⁹⁶⁵ J. L.Fillon, « A propos du conseil des prises et de la déclaration de guerre, étude sur l'obsolescence du droit de la guerre navale », *La revue maritime*, Mars 2020, n. 516, pp. 126-133, p. 129. Pour l'auteur, « réveiller pour les besoins d'un conflit en mer ces institutions en sommeil que sont les prises et la neutralité pourrait ne pas être un exercice de pure forme mais répondrait à une nécessité pratique et juridique susceptible un jour de nous rattraper », p. 133. En vertu de l'ordonnance n.2014-1567 du 22 décembre 2014, des modifications ont été apportées au décret du 1^{er} septembre 1939, relatif aux prises maritimes toujours en vigueur. Selon l'article L5141-1 du code de la défense : « Tous bâtiments de guerre ennemis qui, au cours d'hostilités, tombent au pouvoir des forces maritimes françaises sont la propriété de l'État français. ». L'article 2 du décret de 1939, modifiée en 2014, précise que « Le présent décret détermine le régime des prises maritimes applicable aux navires, autres que les bâtiments mentionnés à l'article L. 5141-1 du code de la défense, et à leurs cargaisons qui, au cours d'hostilités, tombent au pouvoir des forces maritimes françaises. ». Le décret de 1939, précise en détail la procédure à suivre par la juridiction des prises et la manière dont est répartie la valeur de la prise. L'article R.321-2 du Code de justice administrative prévoit que « les appels contre les décisions rendues par le Conseil des prises restent régis par les dispositions qui leur sont propres ».

⁹⁶⁶ Pour l'amendement du *Prize Courts Act* de 1894 en 1939 v. Clapham, War, *op.cit.*, p.324. L'ordonnance de 1939 stipule qu'en raison de l'état de guerre, le Royaume-Uni peut, dans le cadre d'une guerre navale, saisir légalement tout ce qui appartient à l'État ennemi, à ses ressortissants et à ses habitants. Elle établit ensuite la compétence des tribunaux de prix pour statuer sur ces questions.

⁹⁶⁷ Pour le cas des États-Unis v. *United States Department of Defense Law of War Manual 2015 (updated December 2016)*, p. 994 Par. 15.14 : « All vessels operating under an enemy flag, and all aircraft bearing enemy markings, possess enemy character. However, the fact that a ship flies a neutral flag, or that an aircraft bears neutral markings, does not necessarily establish the neutral character of the vessel or aircraft. Vessels or aircraft may acquire enemy character from the ownership or control of the vessel or aircraft, or their conduct ». Par. 15.14.1 : « Any merchant vessel or civil aircraft that is owned or controlled by an enemy State or person has enemy character, regardless of whether it is operating under a neutral flag or bears neutral markings. A neutral flag or neutral markings cannot serve as a device to protect vessels or aircraft from seizure whose actual status indicates either continued ownership or control by individuals who themselves possess enemy character. Such vessels may be subject to treatment as enemy merchant vessels or civil aircraft, including being subject to capture ». Par. 15.14.2.2 : « Acquiring the Character of an enemy merchant vessel or civil aircraft. Neutral merchant vessels and civil aircraft acquire enemy character and may be treated by a belligerent as enemy merchant vessels or civil aircraft when engaged in either of the following acts: operating directly under enemy, control, charter, employment, or direction; or resisting an attempt to establish identity, including resisting visit and search. For example, such vessels and aircraft may be captured and, under certain circumstances, destroyed ». p. 995.

pratiques belligérantes, ont une force normative indubitable⁹⁶⁸. Il peut être constaté que les puissances navales ne semblent pas disposées à abolir leurs droits acquis de belligérant. Les manuels prévoient qu'un État belligérant a toujours le droit de capturer et de confisquer des navires ou des aéronefs ennemis ainsi que les marchandises ennemies transportées. Il est aussi précisé que le transfert du titre de propriété présuppose le jugement d'une interdiction spéciale qualifiant la capture de bonne prise⁹⁶⁹. Dans les manuels militaires, les références aux conditions de levée de protection accordée aux neutres qui perdent leurs privilèges en raison de leur immixtion dans le commerce ennemi sont aussi abondantes⁹⁷⁰. Les États réclament toujours le droit de recourir à des méthodes de guerre maritime qui ont été déployées pendant les guerres mondiales. Cette insistance à codifier les pratiques belligérantes offre des éléments de preuve de leur conviction juridique quant à la licéité de ces mesures⁹⁷¹. Des mécanismes qui sont préjudiciables pour les intérêts des neutres semblent ainsi être approuvés par les États⁹⁷².

376. Des doutes quant à la conformité au droit international public des mesures prises contre des navires neutres peuvent être levés. La thèse est ainsi défendue selon laquelle, et en dépit de

⁹⁶⁸ V. p. ex. *The Commanders' handbook on the law of naval operations*, 1989, Washington D.C. NWP 9, Section 7.5 : « All vessels operating under an enemy flag, and all aircraft bearing enemy markings, possess enemy character. However, the fact that a merchant ship flies a neutral flag, or that an aircraft bears neutral markings, does not necessarily establish neutral character. Any vessel or aircraft, other than a warship or military aircraft, owned or controlled by a belligerent possesses enemy character, regardless of whether it is operating under a neutral flag or is bearing neutral markings ». *Humanitaires Volkerrecht in bewaffneten Konflikten, Handbuch, Zentrale Dienstvorschrift*, 2018, par. 1032 : « Le caractère ennemi ou neutre de la cargaison est déterminé par la nationalité du propriétaire ou, si celui-ci est apatride, par son domicile. Si la cargaison est la propriété d'une personne morale ou d'une société, c'est le siège de celle-ci qui est déterminant. Si, après l'éclatement d'un conflit armé, une cargaison adverse change de propriétaire au cours du voyage, elle conserve sa qualité d'adverse jusqu'à l'arrivée à destination ».

⁹⁶⁹ *The joint service manual of the law of armed conflict, Ministry of Defense, UK*, 2004, 613 p., par.13.85 : « Determination of enemy character of vessels and aircraft », Par. 13.99 : « Capture of enemy vessels and goods ».

⁹⁷⁰ V. p. ex. par. 7.52 : « Acquiring the character of an enemy merchant vessel or civil aircraft. Neutral merchant vessels and civil aircraft acquire enemy character and may be treated by a belligerent as enemy merchant vessels or civil aircraft when engaged in either of the following acts: 1. Operating directly under enemy control, orders, charter, employment, or direction. 2. Resisting an attempt to establish identity, including visit and search ». *Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the law of naval operations*, US Navy, 1997.

⁹⁷¹ *Commander's Handbook on the law of Naval Operations*, US, mars 2022, *op.cit.* Le terme voyage continu n'y est pas employé mais une série de présomptions de la destination ennemie est établie concernant la contrebande absolue. 7.4.1.2 : « Enemy destination. Contraband goods are liable to capture at any place beyond neutral territory, if their destination is the territory belonging to or occupied by the enemy. It is immaterial whether the carriage of contraband is direct, involves transshipment or requires overland transport. When absolute contraband is involved, a destination of enemy owned or occupied territory may be presumed when : (1) the neutral vessel is to call at an enemy port before arriving at a neutral port for which the goods are documented (2) the goods are documented to a neutral port serving as a port of transit to an enemy, even though they are consigned to a neutral (3) the goods are consigned "to order" or to an unnamed consignee, but are destined for a neutral nation in the vicinity of enemy territory. These presumptions of enemy destination of absolute contraband render the offending cargo liable to seizure by a belligerent from the time the neutral merchant vessel leaves its home or other neutral territory until it arrives again in neutral territory ».

⁹⁷² V. p. ex. par. 7.4.2 : « A certificate of noncontraband carriage is a document issued by a belligerent consular or other designated official to a neutral vessel (navicert) or neutral aircraft (aircert) certifying that the cargo being carried has been examined, usually at the initial place of departure, and has been found to be free of contraband ». Toutefois, il est précisé que la finalité de ces documents est de faciliter le contrôle des biens avec la moindre interférence possible dans le commerce ennemi. La possession d'un tel certificat ne constitue aucune garantie de non exercice à son égard du droit de visite, d'inspection et de saisie. En outre, il est explicitement affirmé que la possession d'un tel document ne constitue pas un « unneutral service ». *Annotated supplement to the Commander's handbook on the law of naval operations*, 1997, *op.cit.*

codifications nationales de pratiques militaires, « un État belligérant ne devrait plus prétendre que le droit international lui offre l'autorisation de capturer et confisquer de manière définitive, par le biais d'un tribunal des prises, les navires et aéronefs neutres transportant de la contrebande de guerre ou impliqués dans un service non neutre »⁹⁷³.

377. Quant aux textes internationaux, les règles relatives à la saisie des biens en mer sont recensées dans le manuel de San Remo qui concerne les conflits armés en mer⁹⁷⁴. La plupart des dispositions du manuel sont considérées comme énonçant le droit actuellement en vigueur. À la suite de la présentation des critères déterminant le caractère ennemi des navires, le droit de visite, de recherche et de capture des navires le droit de visite et de saisie est affirmé de manière explicite⁹⁷⁵. Quant aux critères retenus pour la qualification d'ennemi d'un navire, une liste indicative est établie, comprenant l'immatriculation, la nationalité du propriétaire ou le contrat d'affrètement⁹⁷⁶. Les États n'ont pas été soumis à des restrictions particulières pour déterminer le caractère ennemi des navires. Par ailleurs, aucune règle précise relative au

⁹⁷³ Clapham, *op.cit.*, p.384.

⁹⁷⁴ Les mêmes dispositions se trouvent dans *le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et à la guerre des missiles de 2009*. La section U du Manuel, relative à la contrebande, l'interception, l'inspection et la capture reconnaît le droit d'une partie belligérante d'interférer avec les aéronefs ennemis ainsi qu'avec les aéronefs civils neutres, si ces derniers se livrent aux activités visées par la règle 140 (pour les aéronefs civils neutres) et à la règle 141 (pour les marchandises à bord des aéronefs civils neutres). *Commentary on the HPCR Manual on international law applicable to air and missile warfare*, Cambridge, HPCR, USA, 2010, 384 p., p.272. Le Groupe d'experts a décidé d'utiliser le terme « inspection » et d'ajouter « interception », afin de distinguer clairement les contextes aérien et naval. Dans la guerre navale, la visite et la fouille d'un navire marchand peuvent être exercées en mer. En revanche, un avion civil ne peut être inspecté que s'il se trouve au sol. Cela présuppose qu'il a été intercepté et qu'il a reçu l'ordre d'atterrir. L'article 134 précise ainsi que « [L]es aéronefs civils ennemis et les biens à bord peuvent être capturés comme prise de guerre après l'atterrissage ou — lorsqu'ils volent en dehors de l'espace aérien neutre — être interceptés et recevoir l'ordre de se rendre dans un aéroport belligérant raisonnablement accessible et sûr pour le type d'aéronef concerné. Le préalable d'inspection n'est pas nécessaire ». Au sujet de la comparaison du régime de biens privés en guerre maritime et aérienne, le guide indique les prémisses de la guerre maritime quant à la non-inviolabilité de la propriété privée, s'appliquent aussi à la guerre aérienne. Par. 3., p. 273.

⁹⁷⁵ *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer*, Règle n.118 : « Dans l'exercice de leurs droits lors d'un conflit armé international sur mer, les navires de guerre et les aéronefs militaires belligérants bénéficient d'un droit de visite et de perquisition des navires de commerce en dehors des eaux neutres lorsqu'il y a raisonnablement lieu de supposer qu'ils pourraient être capturés ».

⁹⁷⁶ « D'une manière très générale, cette disposition établit les critères selon lesquels un tribunal des prises maritimes peut déterminer le caractère ennemi des navires et des marchandises. Alors que l'immatriculation (c'est-à-dire l'immatriculation conformément aux lois de l'État du pavillon et, en partie, aux règles pertinentes du droit international) se suffit à elle-même, la propriété et les autres critères nécessitent quelques précisions. En ce qui concerne la propriété, la question de savoir si le caractère ennemi du propriétaire doit être déterminé selon le principe de la nationalité ou le principe du domicile n'a jamais été tranchée. La table ronde n'a pas non plus réussi à trouver un accord sur cette question. Il n'y a que quelques déclarations qui peuvent être faites dans ce contexte. Compte tenu de la pratique des États, tant pendant qu'après les deux guerres mondiales, il semble être généralement admis qu'un navire appartenant à un ressortissant ennemi résidant ou faisant des affaires dans un territoire ennemi ou contrôlé par l'ennemi peut légitimement être considéré comme ayant un caractère ennemi. En ce qui concerne les navires appartenant à des sociétés, les tests dits de contrôle qui ont été acceptés par la majorité des États en temps de guerre s'appliquent. Par conséquent, une société qui n'est pas enregistrée en vertu du droit de l'ennemi et qui n'est pas établie sur un territoire ennemi ou mais qui toutefois est contrôlée par l'ennemi est traitée d'ennemie. Quant au choix du critère de nationalité ou de domicile pour la qualification d'ennemi d'une personne physique contrôlant la société, aucune réponse définitive ne peut être apportée. Les États ne sont soumis à aucune restriction particulière pour déterminer le caractère ennemi des individus. Ils peuvent plutôt appliquer le critère qu'ils jugent le plus approprié à leurs besoins ». Doswald-Beck, *San Remo manual on international law applicable to armed conflict at sea*, *op.cit.*, par.117.1, pp.193-194.

caractère ennemi des cargaisons n'est repérable dans le Manuel. Quant au droit de visite et de recherche des navires neutres, selon la règle 122, les États belligérants peuvent établir des mesures raisonnables pour l'inspection de la cargaison des navires neutres et établir un système de certification pour que ces navires restent indemnes. Ces références s'inscrivent dans le sillage de la doctrine de l'assistance hostile et du recours aux navicerts⁹⁷⁷. Des dispositions similaires concernant le procédé des prises maritimes existent dans le rapport de la conférence de l'Association de droit international, tenue à Buenos Aires en 1994⁹⁷⁸. À la lumière de ces éléments, la thèse d'interdiction du recours à la pratique de prises maritimes s'affaiblit⁹⁷⁹. Le même constat se dégage de l'analyse du recours aux prises maritimes après 1945.

c. Le recours aux prises maritimes : une pratique rare mais persistante depuis 1945

Un acte de confiscation d'un navire de commerce ne peut que difficilement être conforme à la règle de proportionnalité régissant tout comportement étatique soit en vertu des règles du *jus ad bellum*, soit en vertu des règles du *jus in bello*. Toutefois, les pratiques de la deuxième guerre mondiale semblent avoir été suivies par des États belligérants dans le cadre des conflits armés internationaux survenus après 1945⁹⁸⁰. L'attention est attirée par les guerres arabo-israéliennes depuis 1948 (i), les guerres survenues en péninsule indienne au lendemain de la Seconde Guerre

⁹⁷⁷ Règle 122 : « Afin d'éviter une visite et une perquisition, les États belligérants peuvent prendre des mesures raisonnables afin de procéder à l'inspection du chargement des navires de commerce neutres et de certifier qu'un navire ne transporte pas de contrebande ». Article 123 « Le fait qu'un navire de commerce neutre se serait soumis à des mesures de contrôles telles que l'inspection de son chargement et la présentation de certificats de non-contrebande du chargement par un belligérant ne peut pas être considéré par un État belligérant adverse comme un acte contraire à la neutralité ». Règle 124 : « Afin d'éviter une visite et une perquisition, les États neutres sont encouragés à appliquer des mesures de contrôle raisonnables ainsi que des procédures visant à certifier que leurs navires de commerce ne transportent pas de contrebande ».

⁹⁷⁸ *Report on Neutrality and Naval Warfare*, International law association, Report of the 66th Conference, Buenos Aires 1994, par. 5.2.2 : « Cargo constituting contraband and a ship carrying such cargo may be seized by a belligerent, brought before a prize court and condemned. Condemnation without a prize court decision is inadmissible. La doctrine du voyage continu ne s'applique d'après les dispositions de cette résolution qu'aux marchandises qui constituent de la contrebande absolue tandis que le navicert facultatif est reconnu et aucune présomption de non neutralité n'est peut être dégagee. "This navicert constitutes proof that the ship in question is not carrying contraband if controlled by the party having issued the document. The navicert is not binding on the other party, but the fact that a ship carries a navicert issued by another party may not be used to the ship's advantage" ».

⁹⁷⁹ V. aussi les règles 135 et s. du Manuel qui portent sur les tribunaux de prises maritimes, et leurs prérogatives à la fois sur les navires et marchandises ennemis et les navires et marchandises neutres. Il faut rappeler que l'acte de capture diffère de l'acte de transfert de titre de propriété qui présuppose une décision par la juridiction spéciale de prises maritimes.

⁹⁸⁰ W. Heintschel von Heinegg (éd.), *Visit, search, diversion and capture: the effect of the United Nations on the law of naval warfare*, op. cit., p. 49 : « Between 1949 and the end of the 1950s the Egyptian prize court in its jurisdiction very often referred to the decisions of prize courts of the two World Wars. Whereas in a number of cases neutral cargo was released the principle that a neutral flag covers enemy cargo was acknowledged only if the neutral did not cooperate with the enemy. Enemy destination was assumed in conformity with, e.g., British prize jurisdiction of the two World Wars, black lists playing an important role. All goods labeled "Produce of Israel" were considered to be of enemy character. The notion of contraband was interpreted extensively comprising, e.g. tea, coffee, onions, spices. The judgments of the Egyptian prize court bore a strong resemblance to the prize jurisdiction of the two World wars ». v. aussi, les arrêts relatifs aux navires. V.p. ex. Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *The Zemalek*, *Revue égyptienne du droit international*, 1950, p.212-213 ; sur la perte du caractère ennemi en raison du service accordé aux adersaires, Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *The Arsia*, *Revue égyptienne du droit international*, 1950, p. 224.

mondiale (ii), la guerre du Golfe des années 1980 (iii), et le blocus de Gaza (iv). Les États impliqués dans ces conflits réclamaient des droits des belligérants en rapport avec le droit des prises maritimes.

i. La pratique liée à la guerre arabo-israélienne de 1948-1949 : l’invocation systématique des droits des belligérants exercés sur des navires de commerce ennemis par les parties.

378. Le conflit arabo-israélien a éclaté au lendemain de la création de l’État d’Israël. Le problème pour les États arabes était relatif à l’incompatibilité de l’exercice du droit de prise avec la non-reconnaissance de l’État d’Israël. La non-reconnaissance représentait un obstacle à la possibilité d’attribuer à l’État d’Israël la qualité de belligérant, autorisant ainsi le recours aux prérogatives qui sont normalement octroyées à ces derniers⁹⁸¹. Malgré le problème relatif à la qualification de l’adversaire, les forces égyptiennes ont saisi à plusieurs reprises des navires israéliens ainsi que des biens trouvés à bord des navires neutres⁹⁸². En vertu de la proclamation n. 38 du 8 juillet 1948, le Conseil des prises a été établi. L’étude de sa jurisprudence offre des éléments d’appréciation de la licéité du recours à des méthodes portant préjudice à la propriété privée. Par ailleurs, cette juridiction s’est prononcée sur la qualification juridique des hostilités avec Israël, leur attribuant le caractère de guerre⁹⁸³. La politique d’expansion des listes de contrebande aboutissant à la suppression de toute distinction entre la contrebande absolue et

⁹⁸¹ À ce sujet v. Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *The Fjeld*, *Revue égyptienne du droit international*, 1951, p. 121 : « Attendu que la prétention de la requérante — d’après laquelle la non-reconnaissance de l’État d’Israël par l’Égypte ne lui donne point à celle-ci le droit de procéder à des mesures de perquisition en ce qui concerne les Sionistes — est contredite par la réalité. Qu’en effet, outre l’admission d’Israël comme membre de l’ONU en tant qu’État, il ne faut pas oublier que le 15 mai même les États-Unis d’Amérique et la Russie reconnaissent le nouvel État ; cette reconnaissance était complète et lui donna pleine capacité de procéder en vertu des lois de la guerre, à la saisie et à la prise vis-à-vis de ses ennemis ; que l’exercice de ces droits par Israël contre l’Égypte et l’ensemble des États arabes, correspond sans aucun doute à la possibilité absolue pour l’Égypte d’exercer ces mêmes droits contre Israël ; que la non reconnaissance d’Israël par l’Égypte en tant qu’État ne saurait empêcher Israël d’être considéré comme belligérant ; que rien dans le droit international n’oblige que l’État de belligérance soit proclamé expressément, mais que cet État peut résulter des circonstances ; que le gouvernement égyptien — en créant un Conseil des prises régi par les principes du droit international [...] — a voulu suivre les règles posés par le droit international public en ce qui concerne le conflit avec les Sionistes ».

⁹⁸² Th. Brown, « World War prize law applied in a limited war situation: Egyptian restrictions on neutral shipping with Israel », *Minnesota law review*, 1966, vol. 50, pp. 849-873. L. Gross, « Passage through the Suez Canal of Israel-Bound Cargo and Israel Ships », *AJIL*, 1957, pp.530-568. Pour les décrets du gouvernement égyptien v. Brinton, « Palestine Conflict — Summary of Principal war measures including proclamations, décrets, arrêtés, notices and Memoranda », *Revue égyptienne de droit international*, 1949, pp.73-76.

⁹⁸³ V. l’arrêt *The Fjeld*, *op. cit.*, p. 126 : « Attendu qu’il a été établi que le conflit armé en Palestine constitue du point de vue juridique, une véritable guerre dont les conséquences se répercutent sur le milieu international et imposent aux neutres les devoirs résultant de neutralité et leur fait subir les droits des belligérants, que les neutres aient ou non proclamé officiellement leur neutralité, car la neutralité n’est qu’une des conséquences de l’état des hostilités et elle soumet les neutres par le seul fait de leur connaissance de cet état à l’action des belligérants ». Pour l’organisation du tribunal des prises maritimes v. Safwat Bey, « The egyptian prize court », *Revue égyptienne de droit international*, 1949, pp.28-35. La jurisprudence du Conseil des prises devait s’inscrire dans la tradition des tribunaux des prises de grandes puissances maritimes. « [T]he Prize Court of Egypt, basing its jurisdiction on the laws of nations has faithfully endeavored to carry out the principles of international law. It has never relied in its decisions on military orders and has rigorously applied the principles settled by established practices as interpreted by the Prize Courts of the Great Powers », p. 33.

conditionnelle a été reprise par le président de la Cour des prises⁹⁸⁴. En effet, dans les décisions du tribunal des prises la distinction formelle est repérable mais elle est vidée de tout effet pratique⁹⁸⁵. Dans un second temps, le tribunal des prises a remis en doute la finalité de cette distinction⁹⁸⁶. Il est intéressant de juxtaposer ces arrêts avec la position défendue par l'ambassadeur d'Égypte à l'ONU qui soulignait la politique de non-confiscation des biens à usage de la population civile⁹⁸⁷.

379. Dans le cadre de cette confrontation militaire, des questions ont émergées quant aux limites du recours à ces prérogatives des belligérants *ratione temporis*. En effet, l'Égypte réclamait l'exercice des droits des belligérants malgré la signature de l'armistice le 24 février 1949. La question soulevée était celle de la possibilité de recourir à des mesures de guerre après la signature de l'armistice mais avant un traité de paix⁹⁸⁸. Après l'interception des navires au golfe d'Aqaba, Israël, en se dirigeant vers les Nations Unies, s'est référé à l'armistice de Rhodes du 24 février 1949 et aux résolutions du Conseil de sécurité interdisant les hostilités pour s'opposer à la politique de saisie et de confiscation menée par l'Égypte. L'Égypte a invoqué

⁹⁸⁴ V. Dans Safwat Bey, *idem*, p. 30 : « It has been ironically remarked that every state fixes the list of contraband for her enemy by fixing the list of imports allowed in her territory. All imports allowed by a belligerent are thereby likely to be considered as contraband by her enemies ».

⁹⁸⁵ V. p. ex. l'arrêt *Klipfontein*, qui portait sur une cargaison des vêtements d'occasion dont la confiscation a été prononcée par le tribunal. Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *Klipfontein*, *Revue égyptienne du droit international*, 1949, p. 147 : « Si ces vêtements sont destinés aux combattants, ils sont articles de contrebande absolue et s'ils sont destinés aux civils, ils sont articles de contrebande conditionnelle comme contribuant à l'effort de guerre. Il n'est pas douteux que des vêtements expédiés à des civils d'un État belligérant peuvent être utilisés par les combattants et, s'ils sont réellement remis aux civils — par le fait de la mobilisation de toutes les forces du pays et l'emploi des civils à des opérations de défense ou pour servir les combattants — ces vêtements aident à renforcer l'effort de guerre et doivent être considérés comme contrebande conditionnelle [...] Les Cours de prises ne prennent en considération que l'effet de l'utilisation des articles expédiés dans l'état belligérant et les articles faisant l'objet du présent procès sont précisément susceptibles de renforcer l'effort de guerre ». v. aussi la position du gouvernement égyptien, dans « Conclusions du gouvernement égyptien au sujet des plaintes des Gouvernements étrangers quant à la visite des navires neutres et la saisie des objets de contrebande dans les ports égyptiens », *Revue égyptienne du droit international*, 1951, pp. 235-260, p. 236 : « L'ancienne distinction entre contrebande absolue et contrebande relative n'est plus en vigueur, depuis déjà longtemps. Presque toutes les marchandises expédiées à l'ennemi, ou au territoire occupé par lui, sont jugées de nos jours susceptibles de renforcer son effort de guerre et sont considérées partant comme étant articles de contrebande, exposées comme tels à la saisie et à la confiscation, après jugement par la Juridiction des prises, par application de la règle internationale : Toute prise doit être jugée ».

⁹⁸⁶ Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *Triport*, *Revue égyptienne du droit international*, 1949, p. 216. En s'appuyant sur des affaires de la Haute Cour de justice britannique (Division d'amirauté), du Conseil des prises français et de la Cour des prises de Hambourg, le Conseil de prises égyptien a précisé que : « [D]ans les guerres modernes, étant donné que toutes les forces civiles sont dirigées vers l'effort de guerre et que les autorités supérieures se chargent du ravitaillement aussi bien des combattants que des civils, les articles de contrebande relative sont devenus articles de contrebande absolue, devant être saisi qu'ils soient ou non destinés à l'usage des civils ».

⁹⁸⁷ « In making out the list of commodities regarded as contraband, my Government has confined the seizure and confiscation procedure to those foodstuffs which are intended for the use of the Israel armed forces, excluding foodstuffs which are intended for the use of the civil population ». *UN Security Council official records*, 9^{ème} année, 658^{ème} réunion, 30, 31, S/PV. 658, 1954, cité par Brown, *op. cit.*, p. 859.

⁹⁸⁸ V. les Conclusions du gouvernement égyptien au sujet des plaintes des Gouvernements étrangers quant à la visite des navires neutres et la saisie des objets de contrebande dans les ports égyptiens, *Revue égyptienne du droit international*, 1951, pp. 235-260, Après s'être appuyé sur la doctrine pour défendre la thèse d'après laquelle, les droits de visite et de saisie continuent à subsister malgré l'armistice, le gouvernement égyptien a insisté sur le fait que le droit à la saisie des objets de contrebande n'est pas mis en doute par la violation de l'accord général d'armistice.

des intérêts sécuritaires soulignant qu'un armistice ne mettait pas fin à l'état de guerre⁹⁸⁹. Ses considérations sont aussi mentionnées des décisions de la Cour des prises égyptienne⁹⁹⁰.

380. Dans sa jurisprudence, la Cour des prises égyptienne s'est référée à plusieurs reprises à la jurisprudence de la guerre mondiale. Elle a ainsi attribué à plusieurs pratiques suivies alors le caractère de droit coutumier. À ce titre, la doctrine de la destination ultime a été appliquée à plusieurs reprises⁹⁹¹. Le privilège à l'égard des neutres en vertu duquel le drapeau neutre couvre la cargaison ennemie était reconnu sous condition que le neutre ne coopère pas avec l'ennemi. Si les neutres étaient impliqués à des « *unneutral services* », la confiscation du navire et de la cargaison était justifiable⁹⁹². Les listes noires, comprenant des navires neutres censés ayant corroboré l'ennemi, jouaient aussi un rôle considérable. L'établissement des listes noires, perçu comme ingérence dans les intérêts des neutres, était aussi une pratique courante. Le 6 février

⁹⁸⁹ *Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 558^{ème} rencontre, 1 septembre 1951*, UN Doc. S/2322 et S/1367. Pour les allégations égyptiennes v. *Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 661^{ère} rencontre, 12 mars 1954*, par. 4 et pendant la *682^{ème} rencontre* du 14 octobre 1954 par. 113. En revanche, pour l'État d'Israël, en vertu de la Charte de l'ONU, « there can be no room within the régime of the Charter [...] for any generic doctrine of belligerency ». La Charte « created a new world of international relations within which the traditional rights of war cannot be enthroned ». SC 26 Juillet 1951, UN Doc. S/ PV. 549 (1951), 11-12.

⁹⁹⁰ V. Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *The Lea Lott*, *Revue égyptienne du droit international*, 1960, p. 109-110 : « In view of the fact that the state of war between the United Arab Republic and the Zionists who occupy Palestine exists is a matter of law; that the armistice signed between the parties on February 24, 1949 did not put an end to this situation, and that it imposes on the parties merely the obligation not to resort to new acts of aggression; that, consequently, the United Arab Republic has a right to exercise during the Armistice all other belligerent rights, among which is the right of seizure and capture of ships and enemy goods at sea, this within the limits authorized by the rules of public international law ». Des interrogations concernaient aussi la compatibilité du recours à de telles mesures avec la Convention de Constantinople de 1888. L'article 1 de ce traité stipulait que la navigation dans le canal de Suez serait libre et ouverte aux navires de guerre et aux navires marchands à la fois en temps de paix et en temps de guerre. L'Égypte s'appuyait sur les articles 9 et 10 de la Convention pour conférer d'éléments de justification de son comportement. L'al. 1^{er} de l'article 9 de la Convention de 1888 édicte que « le Gouvernement égyptien prendra, dans la limite de ses pouvoirs, tels qu'ils résultent des firmans et dans les conditions prévues par le présent traité, les mesures nécessaires pour faire respecter l'exécution dudit traité ». L'article 10 de la Convention reconnaît à l'Égypte le droit de recourir aux mesures nécessaires pour assurer sa défense en cas de guerre et pour le maintien de l'ordre public en cas de paix. La convention avait été ratifiée par douze puissances : la Grande-Bretagne, la France, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, l'Italie, la Russie, l'Espagne, la Turquie et les Pays-Bas. Il faut noter que le régime de 1888 a été réaffirmé par l'article 6 de la déclaration franco-britannique du 8 avril 1904 et les traités de Versailles du 28 juin 1919 et de Lausanne le 24 juillet 1923.

⁹⁹¹ L'arrêt du *Good Hope Castle* du 22 octobre 1949 présente un intérêt particulier puisque on y trouve une série de présomptions en faveur de la saisie et de la confiscation des marchandises. En l'espèce, l'arrêt concernait un navire dont les marchandises appartenaient à une société qui figurait sur la liste noire. Il a été précisé que les marchandises d'une telle société expédiées à une de ses branches même en pays neutre peuvent être saisies, si la suspicion de destination ennemie n'est pas écartée par la preuve du contraire, *Good Hope Castle*, *Revue égyptienne du droit international*, 1950, p.214.

⁹⁹² Dans l'arrêt du navire *Inge Toft*, jugé par le Conseil des prises le 10 septembre 1960, l'importance était accordée à la charte partie. En l'occurrence, le navire appartenait à une société danoise et par conséquent il battait un pavillon neutre. Toutefois, il a été affecté en vertu de la charte-partie au service de la navigation israélienne et a, en fait, été placé sous le pouvoir et le contrôle de compagnies de navigation israéliennes. *Inge Toft*, *Revue égyptienne du droit international*, 1960, p.122, p. 128 : « Les principes constants du Droit international-tels que les ont appliqués les Cours des prises au Royaume Uni, en France, en Italie, au Japon, en URSS au cours des deux guerres mondiales — tout en édictant que le pavillon neutre couvre la marchandise, admettent cependant que cette protection disparaît s'il est établi que le navire est possédé effectivement par l'ennemi ou que celui-ci le contrôle totalement, soit par la voie de l'affrètement en vertu de chartes parties, ou de sous-chartes-parties. Lesdits principes estiment qu'en ce cas il s'agit de services non neutres "unneutral services" justifiant la confiscation du navire et de la cargaison ».

1950, le Roi Farouk a publié un décret qui codifiait les présomptions de destination ennemie⁹⁹³. Le principe de respect du commerce effectué par des navires neutres a été souligné par le Conseil des prises qui toutefois l'a fait dépendre de l'absence de preuve de coopération avec l'ennemi soumise au tribunal⁹⁹⁴. Tous les produits marqués comme produits d'Israël étaient considérés comme ayant le caractère ennemi⁹⁹⁵. Une importance particulière était ainsi attribuée à la charte-partie des navires qui pouvait s'avérer déterminante pour l'attribution du caractère ennemi d'un navire neutre⁹⁹⁶. Le Conseil des prises s'est prononcé sur les critères octroyant le caractère ennemi à des navires et des marchandises. Les juges se sont même prononcés sur la distinction entre le système anglo-saxon, retenant le critère du domicile du propriétaire de la marchandise pour déterminer le caractère ennemi et le système adopté par les autres pays européens retenant le critère de la nationalité du propriétaire de la marchandise pour la même qualification⁹⁹⁷. Il faut souligner que les ressemblances avec la jurisprudence de la guerre mondiale sont manifestes. Les juges du Conseil des prises en s'appuyant sur la jurisprudence

⁹⁹³ Décret réglementant la procédure relative à l'inspection des navires et des avions et la capture des prises de la guerre palestinienne. V. la présentation du décret par le représentant de l'Égypte et d'Israël, dans *UN Doc.S/ 3179*, 15 février 1954, Procès-verbaux officiels. L'article 10 énumère les biens qui sont susceptibles d'être saisis en tant que contrebande de guerre. L'article 11 définit les conditions dans lesquelles la destination du navire indique que les marchandises devront être capturées comme prises. En général, le fait qu'un navire a touché dans le passé ou touchera dans l'avenir un port israélien est considéré comme établissant que les marchandises qu'il transporte sont destinées à l'ennemi et comme justifiant l'application à ce navire des dispositions des articles rigoureux du décret. En 1953 ont été ajoutés à la liste « [L]es denrées alimentaires et tous autres produits de nature à renforcer, de quelque manière que ce soit, le potentiel de guerre des sionistes de Palestine », p.17-19. V. en détail, J. Trappe, « On the jurisdiction of the Egyptian prize court », 1948-1960, *Revue égyptienne de droit international*, 1960, pp.60-74.

⁹⁹⁴ V. p. ex. l'arrêt du navire *The Captain Manoli*, *Revue égyptienne de droit international*, 1959, p.186.

⁹⁹⁵ V. p. ex. l'arrêt de l'empire *Pickwick*, *Revue égyptienne de droit international*, 1949, p.148. En l'espèce, des marchandises ennemies débarquées de navires neutres pour transbordement et déposées dans un entrepôt d'un port égyptien étaient sujettes à saisie et confiscation. Le Conseil des prises s'appuie sur la jurisprudence anglaise et françaises de deux guerres mondiales.

⁹⁹⁶ V. p. ex. l'arrêt du navire *Astypalia*, *Revue égyptienne de droit international*, 1960, p. 130, p. 132 « Le navire *Astypalia* malgré qu'il soit la propriété de grecs et qu'il soit immatriculé au Pirée et qu'il porte en conséquence le pavillon de la Grèce, a cependant été affecté en vertu de la charte-partie à la "New Trading Mediterranean Seaway Ltd. Haifa" qui est une société ennemie selon son domicile. La qualité neutre du pavillon arboré par le navire s'éclipse en présence de la prédominance de l'ennemi et de son contrôle : le navire, en d'autres termes, est alors considéré comme un navire ennemi et subit le même traitement ».

⁹⁹⁷ V. p. ex. l'arrêt du navire *The Hoegh De Vries*, *Revue égyptienne de droit international*, 1950, p.225. Le tribunal s'est montré favorable à la théorie anglo-saxonne. « Le système anglo-saxon repose sur l'idée que le but recherché est la capture de toute marchandise destinée à un pays hostile ; si donc son propriétaire est neutre résidant en pays ennemi cette marchandise augmente les ressources de l'État ennemi. Le Conseil des prises a d'une façon générale adopté les règles britanniques en matière de prises maritimes et plus spécialement celle qui détermine le caractère de la marchandise d'après le domicile de son propriétaire étant donné que c'est la règle la plus répandue à travers le monde et qu'elle s'applique aux biens qui pénètrent en pays ennemi et augmentent ses ressources ». Le requérant en l'espèce était domicilié à Haifa et pour cette raison, ses biens ont été considérés comme propriété ennemie et ont été confisqués. Dans l'arrêt du navire *Marine Cap*, du 21 septembre 1949 aux produits du sol ennemi a été conféré le caractère d'ennemi. « En ce qui concerne la cargaison de citron ; en supposant qu'elle soit la propriété du destinataire neutre, elle conserve néanmoins sa qualification de marchandise ennemie, étant donné qu'elle est le produit du sol de l'ennemi. Or, tous les produits de pays ennemis gardent le caractère de biens ennemis, quel qu'en soit leur propriétaire le jour de sa saisie et quel que soit le propriétaire du sol d'où ils proviennent, que ces propriétaires soient neutres ou non ». Pour justifier sa position le Conseil a cité les affaires des Cours de prises britanniques ayant retenu ce critère. *Revue égyptienne de droit international*, 1949, p.155, p.157.

des pays belligérants des deux guerres mondiales ont voulu établir une continuité des droits des belligérants malgré l'interdiction du recours à la force en vertu de la Charte de l'ONU.

381. Néanmoins, la jurisprudence du Conseil des prises n'est pas sans équivoque quant à la qualification des mesures de saisie ou de confiscation, en tant que droits des belligérants. En effet, dans l'arrêt relatif au navire *Inge Toft*, les mesures contre les navires neutres n'ont pas été justifiées en tant que droits des belligérants, mais plutôt en tant que mesures conformes à l'article 10 du traité de Constantinople de 1888, octroyant à l'Égypte la prérogative de prendre toutes les mesures nécessaires pour sa défense et le maintien de l'ordre public⁹⁹⁸. Selon le Conseil des prises, la politique du boycott économique d'Israël, relevant de l'entière appréciation de l'État égyptien et se concrétisant entre autres à des mesures de saisie et de confiscation des navires neutres, a été qualifiée de « politique d'ordre public » depuis 1948⁹⁹⁹.

382. La prolifération des mesures égyptiennes contre les navires a provoqué des débats intenses au sein du Conseil de sécurité parmi les États dont les intérêts se trouvaient violés. Le représentant d'Israël reprochait à l'Égypte des pratiques non conformes avec l'armistice signé en 1949, qui prévoyait la cessation de tous les actes d'hostilité. Il s'opposait à la thèse des autorités égyptiennes en vertu de laquelle, « l'armistice ne met pas fin à l'état de guerre et n'empêche pas qu'un État exerce certains droits de belligérance »¹⁰⁰⁰. Dans son argumentation, le représentant d'Israël s'est lancé dans une appréciation de la non-conformité avec le droit international de la revendication des droits de belligérance. Qualifiant la Charte de l'ONU de « système entièrement nouveau des relations internationales, dans lequel il n'y a pas de place pour les “droits de guerre” », il a rejeté toute référence à la doctrine de belligérance¹⁰⁰¹. Il considérait comme inadmissible toute tentative d'intervention de l'Égypte pour s'opposer au passage d'un navire neutre et lui imposer la décharge de sa cargaison. L'Égypte n'était pas en mesure de réclamer de droit de cessation du libre commerce entre l'expéditeur et le destinataire des marchandises. L'affirmation de la licéité du comportement égyptien aurait eu comme résultat la reconnaissance d'un « prétendu “droit” d'un État membre d'accomplir des actes d'hostilité en vertu de l'existence d'un état de guerre dans lequel il prétend se trouver à l'égard

⁹⁹⁸ « In the first Arab–Israeli War of 1948, Egypt exercised the belligerent right of visit and search on third-State neutral shipping passing through the Suez Canal. Moreover, it established a prize court in Alexandria. Both the exercise of visit and search and proceedings before the prize court while active hostilities were in progress were not challenged by virtue of the law of neutrality but rather the Treaty of Constantinople (1888) ensuring freedom of passage through the canal both in times of peace and of war. It is noteworthy that Egypt asserted these rights on the basis that a state of war existed between it and the State of Israel », Antonopoulos C., *Non-participation in armed conflict, op.cit.*, p.29.

⁹⁹⁹ Conseil des prises 10 septembre 1960, Navire *Inge Toft*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁰⁰ Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 549^{ème} rencontre, 26 juillet 1951, par. 29.

¹⁰⁰¹ « There can therefore be no room within the regime of the Charter for any generic doctrine of belligerency, since belligerency is nothing but a political and legal formula for regulating the threat or use of force ». *Idem*, Par. 40.

d'un autre État Membre de l'Organisation des Nations Unies »¹⁰⁰². Le représentant de l'Égypte n'interprétait l'armistice qu'en tant que simple accord de cessation des hostilités laissant intact le droit de visite et de fouille des navires marchands neutres. À la lumière de cette interprétation, le décret égyptien qui ne qualifiait de contrebande que des articles militaires à destination d'Israël, a été présenté comme concrétisation du droit du pays de « préserver son existence »¹⁰⁰³. Cet argument a été critiqué par le représentant du Royaume Uni qui a qualifié le « prétendu droit des États de préserver leur existence » de « notion très vague » qui ne pourrait pas être invocable par l'Égypte, étant donné que, selon son appréciation, « aucune menace immédiate d'une attaque d'Israël » ne pouvait être constatée¹⁰⁰⁴. Sous ces conditions, l'invocation et l'exercice par l'Égypte des droits de belligérance pour assurer sa défense, avait eu un caractère abusif¹⁰⁰⁵. Pour rejeter la thèse égyptienne selon laquelle le recours à des droits des belligérants est envisageable même après la conclusion d'un traité d'armistice, un renvoi explicite a été fait à la pratique des États au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Malgré la non-conclusion de traités de paix formels, et par conséquent le maintien de la possibilité d'un usage des droits de belligérance à l'encontre des États techniquement qualifiés d'ennemis, la décision a été prise d'adoucir les restrictions et de favoriser le rétablissement, aussi rapide que possible, des « conditions normales du temps de paix »¹⁰⁰⁶. Le délégué français a souligné que les droits des belligérants constituent l'exception, le principe étant « la liberté des mers et des voies navigables internationales ». En l'espèce, portant un jugement sur les rapports entre les deux pays, il a considéré que les « droits des belligérants — droit que les belligérants possèdent seuls — en matière de visite, de perquisition et de saisie, n'(ont) pas de fondement juridique »¹⁰⁰⁷. La thèse égyptienne a été défendue par le délégué irakien qui a insisté sur le fait que les deux pays n'avaient pas cessés d'être belligérants. Mettant l'accent sur l'importance militaire du pétrole, il n'a pas hésité à exprimer son point de vue en comparant l'interdiction de navigation des

¹⁰⁰² *Idem*, par. 45

¹⁰⁰³ *Idem*, par. 78

¹⁰⁰⁴ L'usage du qualificatif vague a été reproché par le délégué égyptien Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 553^{ème} rencontre, 16 août 1951, par. 56 : « Je suis porté à croire que, si le représentant du Royaume Uni ou l'un quelconque des autres représentants avait parlé de son propre pays, il aurait hésité à appeler le droit des États de préserver leur existence, le "prétendu droit des États de préserver leur existence", comme il l'a fait, et n'aurait pas dit que ce droit emblait être "une notion très vague". Ce droit n'a pas le moins du monde semblé être "une notion très vague" à M. Herbert Morrison, Ministre des affaires étrangères du Royaume Uni, lorsque, le 30 juillet 1951, il a dit à la Chambre des communes, à propos du maintien des troupes britanniques en Égypte, "Nous sauvegarderons nos intérêts vitaux dans cette région". Il a dit : intérêts vitaux ».

¹⁰⁰⁵ Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 550^{ème} rencontre, 1 août 1951, par. 94.

¹⁰⁰⁶ Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 553^{ème} rencontre, 16 août 1951, par. 6.

¹⁰⁰⁷ *Idem*, par. 21-22.

navires transportant du pétrole avec l'interdiction du transit de matériel de guerre à destination de l'Allemagne occupée¹⁰⁰⁸.

383. En septembre 1951, le Conseil de sécurité a souligné la non-conformité de la pratique égyptienne de visite, de recherche et de capture contre des navires neutres avec les Résolutions précédentes¹⁰⁰⁹ et l'armistice de Rhodes. Il a exprimé sa désapprobation à l'égard des mesures égyptiennes et semble avoir adopté l'opinion selon laquelle la fin des hostilités actives en vertu des conventions d'armistice ne justifierait pas la poursuite de l'exercice des droits des belligérants à l'encontre des neutres¹⁰¹⁰. En l'occurrence, il a été reproché aux belligérants de recourir à des mesures de saisie des navires même après la signature de l'armistice en 1949¹⁰¹¹. Il a été soutenu que même si la guerre peut subsister au sens formel du terme, de tels droits des belligérants ne doivent pas être exercés. Néanmoins, le Conseil laisse entendre que les droits de visite, de fouille et de saisie peuvent être exercés soit lors d'un état de belligérance active soit à la suite de l'invocation de la légitime défense¹⁰¹².

ii. La pratique liée aux conflits de la péninsule indienne : l'invocation des droits des belligérants exercés sur les navires de commerce.

384. Lors du conflit survenu entre le Pakistan et l'Inde en 1965, nommée deuxième guerre du Cachemire, des actes affectant le commerce entre les pays adversaires et les États neutres ont été multipliés¹⁰¹³. L'objectif des belligérants était l'interdiction des importations et des

¹⁰⁰⁸ *Idem*, par. 37 : « N'est-ce pas un acte de légitime défense que d'arrêter, si on le peut, le transit du matériel de guerre à destination d'un pays avec lequel, en droit strict, on est toujours en guerre ? Les trois puissances qui occupent actuellement l'Allemagne occidentale envisageraient-elles de permettre le transit du matériel de guerre à destination de ce pays ? Qui serait prêt à donner à son adversaire des armes pour le combattre ? Or, dans le cas du pétrole, tout le monde est certainement d'accord pour reconnaître qu'il s'agit d'un produit d'importance militaire. Tant que nous sommes capables de nous y opposer, le pétrole ne coulera pas de nouveau vers Israël ».

¹⁰⁰⁹ V. not. S/RES/1907 (1950), 17 novembre 1950.

¹⁰¹⁰ Dans la Résolution S/RES/2322 (1951) du 1^{er} septembre 1951, le Conseil de sécurité a précisé que l'exercice continu des prérogatives contre les navires neutres serait « incompatible avec un règlement pacifique entre les parties et l'établissement d'une paix durable en Palestine, qui sont les objectifs énoncés dans la Convention d'armistice entre l'Égypte et Israël ». Aux termes du par. 2 de l'article II de l'armistice conclu par Israël et Égypte, chacune des parties s'est engagée à s'abstenir de tous « actes de guerre ou d'hostilité » contre l'autre partie.

¹⁰¹¹ Le Conseil de sécurité a rejeté en 1951 la demande d'Égypte d'exercer ses droits belligérants concernant la navigation depuis ou vers Israël. La thèse égyptienne soutenait la continuité de l'état de guerre malgré la cessation des hostilités en vertu de l'armistice de 1949. Le CS a rejeté l'argumentation égyptienne et s'est interrogé sur la compatibilité de ses droits belligérants avec l'argument de la légitime défense : « [...] puisque le régime d'armistice qui est en vigueur depuis près de deux ans et demi a un caractère permanent, aucune des deux parties ne peut raisonnablement affirmer qu'elle se trouve en état de belligérance active ni qu'elle a besoin d'exercer le droit de visite, de fouille et de saisie à des fins de légitime défense », S/RES/2322 (1951).

¹⁰¹² *Idem*.

¹⁰¹³ Detention of Enemy ships, aircraft and goods ordinance, Gazette of Pakistan Extraordinaire of September 9, 1965, *The All-Pakistan Legal decisions*, 1965, p. 575 : « no enemy ships or aircraft, and no enemy goods on board any ship or aircraft or any railway [were] allowed to depart from, or to be taken out of Pakistan, and all such goods [were to] be detained and [...] be taken prize ». Le Pakistan qualifiait le conflit en tant que guerre, et considérait nécessaire de préciser que « the articles which it is the intention of the Government of Pakistan to treat as contraband of war ». Le Pakistan a publié deux *Schedules* sur la contrebande absolue et relative, joints à la proclamation concernant la contrebande de guerre du 9 septembre 1965. Le 11 septembre 1965, le Pakistan a remplacé les deux *Schedules* et sans aucune distinction entre

exportations des biens qui pouvaient être bénéfiques à l'adversaire. Les deux pays ont respectivement publié des listes de contrebande de guerre¹⁰¹⁴.

385. Des interrogations ont vu le jour quant à la qualification juridique du conflit. La doctrine a hésité à qualifier le conflit de guerre au sens juridique du terme¹⁰¹⁵. En l'occurrence, le Pakistan a interprété les hostilités comme s'il s'agissait d'une guerre formelle tandis que l'Inde a procédé à des mesures qui relèvent du registre des mesures de sûreté. Pendant le conflit entre l'Inde et le Pakistan, les rapports commerciaux ont été beaucoup affectés. Le gouvernement indien s'est opposé à la capture de la cargaison indienne et a apporté l'affaire devant le Conseil de sécurité déclarant que les prérogatives de prises maritimes ne pouvaient être exercées qu'en période de guerre formelle¹⁰¹⁶. En effet, réagissant à l'établissement de tribunaux de prises de première instance par le Pakistan en 1965, l'Inde a fait valoir que ces juridictions ne pouvaient être établies que dans le contexte d'une guerre déclarée¹⁰¹⁷. Puisque la guerre en tant qu'institution est interdite par la Charte des Nations Unies, l'Inde soulignait la non-conformité avec le droit international de la pratique de prises maritimes. Le Pakistan s'est justifié en alléguant son droit à la légitime défense.

386. L'interrogation concernant la proclamation de l'état de guerre au sens formel du terme dans le contexte des hostilités de 1965 se trouve au cœur d'une sentence arbitrale rendue à

la contrebande absolue et relative donna une liste nouvelle d'objets de contrebandes de guerre. « In supersession of the Proclamation as to Contraband of war, 9 September 1965, *The All-Pakistan legal decisions* 1965, p.472.

¹⁰¹⁴ Pour la liste des contrebandes de guerre de l'état de Pakistan, du 11 septembre 1965, v. « In supersession of the proclamation as to Contraband of war », *The All-Pakistan legal decisions*, 1965, p. 472.

¹⁰¹⁵ Ch. Rousseau, *RGDIP*, Chronique des faits internationaux, 1965, p. 78 et s. « Il n'est pas facile de qualifier la situation qui a découlé de l'ouverture des hostilités entre les États. [...] [C] haque gouvernement a d'autre part confisqué les cargaisons à son adversaire, même chargées sur des navires battant pavillon d'États tiers ». Schindler affirme que le conflit doit être interprété comme guerre. D. Schindler, *Aspects contemporains de la neutralité*, RCADI, t. 121, 1967, pp. 221-321, p.297. Lauterpacht, considère que le conflit de Kashmir peut, tout comme le conflit de Palestine, être qualifié de guerre. E. Lauterpacht, « The legal irrelevance of the "state of war" », p. 60 : « Here have, however, been two exceptions to this pattern of restraint in the designation of hostilities as "war" in a technical sense. These exceptions have been respectively the "state of war" which the Arab States have claimed to exist between themselves and Israel since 1948 and the "war" which Pakistan considered to have arisen as a result of the Indian crossing of the Pakistan boundary on September 6, 1965 [...]The significant feature about the assertion of the existence of a "state of war" in the Arab-Israel and India-Pakistan cases is that in each instance a claim has been made by one of the parties to invoke against third states the rights of a belligerent under the "traditional" law of war ». Ottmüller n'hésite pas à qualifier ce conflit de guerre en s'appuyant sur cette série d'actes des États R. Ottmüller, *Die Anwendung von Seekriegsrecht in militärischen Konflikten seit 1945*, Hamburg, Institut für internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg, 1978, xiii-375 p., p.188 : 'La déclaration de contrebande des avions et des wagons de l'ennemi se trouvant sur le territoire pakistanais, ainsi que des cargaisons en transit depuis le territoire ennemi, y compris les navires de l'ennemi les transportant, et l'internement des équipages des navires marchands de l'ennemi sont des signes clairs en droit international : en l'occurrence, il s'agissait d'une guerre'.

¹⁰¹⁶ S. Sharma, *The Indo-Pakistan maritime conflict, 1965, a legal appraisal*, New Delhi, Institute of constitutional studies, 1970, 130 p., p.87. Sur l'incertitude quant à la qualification juridique du conflit v. Ch. Rousseau *RGDIP* 1965, p. 89 : « il n'est pas facile de qualifier la situation qui a découlée de l'ouverture des hostilités entre les États ».

¹⁰¹⁷ « Prize court action is contrary to the international law as at present established under the regime of the United Nations Charter. It is well known that the United Nations Charter has banned war and no country can, therefore, legally declare a war. Without such declaration of war, prize court action is illegal. If any country declares a war, it establishes its naked aggression. In the circumstances, contraband control and prize court action stand illegal ». Déclaration du 26 mars 1966 dans A. McNair, *The legal effects of war*, Cambridge, Cambridge University Press, 1966, ii-469 p., p. 457.

l'occasion du différend opposant, d'une part la compagnie, *Dalmia Cement*, dont le siège se trouvait en Inde et, d'autre part, la Banque nationale du Pakistan à Karachi¹⁰¹⁸. La clause arbitrale figurait dans un contrat de garantie bancaire signé par les parties. La Banque nationale du Pakistan considérait que la clause n'était plus valide suite à l'instauration de l'« état de guerre » entre les deux États, le 6 septembre 1965. A cet effet, la Banque nationale s'est appuyée sur plusieurs mesures internes établissant l'état d'urgence, qui néanmoins n'ont pas été perçues par l'arbitre comme des éléments de preuve suffisants pour fonder la thèse de l'état de guerre. Des proclamations issues de différents ministères, faisant allusion à l'état de guerre entre les pays, n'ont pas été interprétées en tant qu'indices de déclaration d'une guerre à laquelle pouvait procéder le chef de l'État de manière exclusive. Pour cette raison, même la proclamation d'une liste de contrebande n'a pas été jugée comme élément suffisant pour l'instauration d'un état de guerre¹⁰¹⁹. Quant à la position indienne, il faut préciser que le fondement normatif pour la saisie des biens et des navires ainsi que le fonctionnement du *Custodian of Enemy property* se trouvait dans la *Defence of India Act* de 1962. Cette loi concrétisait le régime d'urgence de l'article 352 de la Constitution de l'Inde. L'arbitre s'est aussi interrogé sur la possibilité d'éclatement d'une guerre au sens formel du terme entre des États membres de l'ONU. Ne pouvant pas trancher sur la compatibilité de l'état de guerre avec la Charte, il s'est contenté de préciser que la charte devait avoir « un certain effet » sur la question de l'état de guerre formel. L'interdiction du recours à la force pourrait être interprétée, selon l'arbitre Pierre Lalive, comme présomption simple de non-existence de guerre entre des États membres de l'organisation¹⁰²⁰. Par ailleurs, le Président pakistanais Ayub Khan avait explicitement invoqué le droit de légitime défense du chapitre VII de la Charte, voulant ainsi démontrer son respect à l'égard de ce texte. En l'occurrence, l'arbitre a interprété les mesures contre les biens privés et les navires de commerce en tant que composantes de la législation d'urgence et non pas comme des éléments démontrant l'exercice des droits des belligérants fondés sur une déclaration de guerre formelle.

¹⁰¹⁸ Chambre de commerce internationale, sentence n. 1512, décembre 1967, *Damia Cement Limited, New Delhi et Banque nationale de Pakistan*. Sentence reproduite dans S. Sharma, *op. cit.*, pp. 107 et s.

¹⁰¹⁹ V. Sharma, *op. cit.*, p.110. Par.13 : « With regard to « contraband of war », the Defendant relies upon three proclamations issued by the Ministry of Commerce [...] It might be added that the word just cited are contained in a mere recital and not in the operative part of the proclamations, and do not thus purport to have any particular legal force.[...] » Par. 14 « Analogous observations may be made in respect of other facts mentioned by the National Bank of Pakistan, like the contraband list issued by India, the seizure of ships and the appointment, by both sides, of Custodian of enemy property. Such facts, at least taken independently cannot be considered as sufficient and conclusive evidence of a state of war, but they should be kept in mind for consideration in the further stage of “global evaluation” of the situation prevailing in September 1965 ».

¹⁰²⁰ *Idem*, par. 27 : « The obligations of both India and Pakistan under the Charter- a text which purports to prohibit or at least regulate the use of force- are bound to have some effect and some relevance upon the question whether a “state of war” came into existence on September 6. 1965.[...] In case of doubt as to the answer to be given to that question, the answer should be negative rather than affirmative, for the existence of a state of war can certainly not be presumed between members of the U.N.O ».

387. La solution inverse a été retenue par les juridictions de prises maritimes du Pakistan. Il faut rappeler que le recours au droit de prise peut dériver exclusivement d'un état de guerre au sens formel du terme. Par conséquent, les tribunaux de prises peuvent fonctionner seulement en cas de guerre au sens formel du terme¹⁰²¹. En cas d'exercice des prérogatives relevant du droit de prises à l'occasion d'un conflit armé, aucun transfert de propriété ne peut avoir lieu et par conséquent aucun titre sur le navire ou les marchandises saisis ne peut être établi¹⁰²². À la lumière de ces affirmations, la décision des autorités pakistanaises de faire fonctionner des juridictions de prise, malgré l'absence d'un état de guerre formel, n'était pas conforme au droit international. Les décisions des tribunaux de prises maritimes soulèvent ainsi des questions concernant leur fondement normatif. Il semble que les décisions soient prises en vertu des textes relevant du droit interne. Dans une de ses décisions, la juridiction maritime de la Cour suprême de Dacca, s'est prononcée sur la saisie des quantités de thé sises à des navires appartenant à des sociétés britanniques. Les juges ont dû procéder à une étude minutieuse des critères qui leur permettaient d'affirmer le lien de ce commerce avec les intérêts de l'Inde. À la suite de l'identification des liens des personnes impliquées dans le commerce du thé avec le pays ennemi, le caractère ennemi a été attribué aux marchandises, ayant comme conséquence leur saisie¹⁰²³.

388. À la différence du conflit de 1965, dont la qualification juridique n'a pas fait l'unanimité parmi les représentants de la doctrine, les hostilités de 1971 entre les deux pays ont été qualifiées

¹⁰²¹ E. Castrén, *The present law of war and neutrality*, Helsinki, Suomalainen Tiedakkemi, 1954, 630 p., p.322 : « [A]s the exercise of the right of capture, when aimed at enemy property, comprises an act of war, while it is a repressive measure founded on military necessity when aimed at neutral merchant ships, it is evident that capture can be carried out only during war ».

¹⁰²² S. W. D. Rowson, « Prize law during the Second World War », *British Yearbook of international law*, 1947, vol. 24, pp. 160-215, p.172 : « A decision of a prize court affecting the nationals of third state rendered in respect of a capture affected during such a period of armed conflict may be of no international effect; and either would not pass a good title or would give rise to a valid claim for damages before an international tribunal or through diplomatic channels ».

¹⁰²³ V. p. ex. arrêt du 28 octobre 1965, prononcé par le *High Cour of judicature at Dacca, in East Pakistan, admiralty jurisdiction* Government of Pakistan v. R.S. N. Co. LTD, Calcutta, reproduit dans Sharma, *op.cit.*, p. 91 et s. En l'espèce, les cargaisons de thé appartenant à des personnes morales britanniques étaient en cause. Selon les sociétés britanniques « [i]t has been asserted that these Companies are British Companies within the meaning of the Company Law inasmuch as they were incorporated in the United Kingdom and the share-holders are all British subjects. Their further case is that the quantities of tea claimed by them were no doubt grown in certain tea estates in India but as these estates are owned by these Companies and as some of these quantities of tea were consigned for direct shipment and export from Calcutta to the United Kingdom, they are not prize ». Ces allégations n'ont pas été retenues par la juridiction de prises. Les juges ont procédé à l'identification de tout lien des marchandises avec le pays adversaire qui était en mesure de justifier le caractère ennemi. Selon la Cour « it is true that in ascertaining the enemy character of the property seized in prize, ownership is generally the determining factor. This general rule, however, as will be shown presently, has two clear exceptions, namely, if the property in question is the produce of enemy land or if it is owned by someone who carries on business in any enemy territory, it is enemy property. It has already been noticed that the tea claimed by the claimants is a produce of Indian soil and it is the producers who are claiming he same. In this view of the matter they cannot urge that this is not enemy property ». Des liens pouvaient ainsi être constatés entre les requérants et l'Inde, pregnant en considération leurs intérêts multiples sur ce territoire : « It cannot be contended with any amount of seriousness that the claimants having regard to the nature of interests that they have in India, could « discontinue » or « dissociate » themselves from the business in that country ».

de guerre au sens formel¹⁰²⁴. Les droits de saisie et de prises maritimes ont ainsi été exercés par les États qui se sont alignés sur la jurisprudence des guerres mondiales¹⁰²⁵. Le commerce neutre a été, à de nombreuses reprises, affecté par ces mesures. Le 5 décembre 1971, une note verbale qui contenait une liste très étendue des matières de contrebande de guerre a été adressée aux diplomates se trouvant à New Delhi¹⁰²⁶. Par ailleurs, l'Inde se réservait le droit d'élargir cette liste unilatéralement¹⁰²⁷. Le droit de recourir à des prises de guerre a été explicitement affirmé par le *Naval and Aircraft Act*, adopté par le parlement indien le 16 décembre 1971¹⁰²⁸.

iii. La pratique liée à la guerre du Golfe des années 1980 : l'invocation des droits des belligérants exercés sur les navires de commerce ennemis et neutres.

389. Un recours systématique au droit de prises maritimes a eu lieu dans le cadre des hostilités éclatées à la suite de l'invasion de l'Iran par l'Irak en 1980. À partir de 1985, la flotte iranienne procédait, de manière systématique, à la visite et à l'inspection des navires neutres suspectés de transporter de la contrebande¹⁰²⁹. L'Iran qualifiait de contrebande de guerre tous les biens qui pouvaient soutenir de manière directe ou indirecte l'effort de guerre de l'adversaire. En vertu de l'avertissement du 8 septembre 1985, tout navire suspecté de transporter des marchandises à destination de l'Irak devait être arraisonné et sa cargaison confisquée¹⁰³⁰. Le 7 novembre 1987, l'Iran a adopté une loi concernant la résolution des

¹⁰²⁴ V. L'analyse de Rousseau à ce sujet, *RGDIP* 1972, Chronique des faits internationaux, p. 547.

¹⁰²⁵ V. la déclaration du *US Naval Oceanographic office* du 9 décembre qui a été adressé aux navires américains, *AJIL*, 1972, p. 386-387 : « Shipowners and shipmasters are notified that India and Pakistan have instituted contraband procedures in accordance with official announcements reported below. Neutral ships may be subject to visit and search on the high seas or in port of either belligerent country. Resistance by neutral ships could result in use of force to effect visit and search and could risk seizure and forfeiture of cargo and vessel. Masters of vessels subjected to visit and search should immediately report circumstances to nearest American Consul ».

¹⁰²⁶ A la suite de l'établissement des listes de contrebande par les belligérants, le gouvernement américain a transmis à tous les navires immatriculés aux États-Unis une notification formulée en référence au droit traditionnel de la neutralité « Ship-owners and shipmasters are notified that India and Pakistan have instituted contraband procedures.[...] Neutral ships may be subject to visit and search on the high seas or in port of either belligerent country. Resistance by neutral ships could result in the use of force to effect visit and search and could risk seizure and forfeiture of cargo and vessel ». « Contemporary Practice of the United States in International Law », *AJIL*, 1972, pp. 886-887.

¹⁰²⁷ Le 5 décembre 1971 la liste d'objets de contrebande fut distribuée aux représentants diplomatiques. R. Ottmüller, *Die Anwendung von Seekriegsrecht*, *op.cit.*, p.275. Dans l'introduction : « 1. Whereas the security of India is threatened by aggression of Pakistan and by the armed conflict initiated by it [...] whereas it is necessary to specify the articles, which are intended to be treated as contraband of war. [...] 3. The Government of India reserves the right to add, to delete, to modify the schedule as and when it finds necessary ».

¹⁰²⁸ *Gazette of India of December 16, 1971, part II, section 1*, p.671. La prise correspond à « anything which [...] may be subjected to adjudication [...] including a ship or an aircraft and goods carried therein irrespective of whether the ship is captured at sea or seized in port or whether the aircraft is on or over land or sea at the time of capture or seizure ». L'acte était applicable « during war or as a measure of reprisal during an armed conflict or in the exercise of the right of self-defense », et d'après la section 4 (3) la Cour « shall adjudge and condemn all such ships, vessels, aircrafts and goods belonging to any country or state or the nationals, citizens or subjects thereof ». W. Heintschel von Heinegg, « Visit, search, diversion and capture in naval warfare, part 2, developments since 1945 », *op.cit.*, p.98.

¹⁰²⁹ V. *Keesing's Contemporary archives* 1986, vol. 32 Longman, London, p. 34514 ; *Keesing's Contemporary archives*, 1987, vol.33, p.35160.

¹⁰³⁰ V. Ch. Rousseau, « Irak-Iran, évolution du différend armé entre les deux États du 1^{er} août au 31 décembre 1985 », *Chronique des faits internationaux*, *RGDIP*, 1986, pp.232-234.

disputes relatives aux prises de guerre maritimes. La loi précisait les catégories des biens qui étaient sujets au risque de confiscation en adoptant une approche restrictive pour le commerce entrepris par les neutres. Les navires et les marchandises, dont la destination ultime était un pays belligérant, ou dont la contribution à l'augmentation du pouvoir de guerre de l'adversaire était effective, étaient susceptibles de faire l'objet de confiscation ordonnée par le tribunal des prises iranien¹⁰³¹. L'usage de ces deux critères semble s'inscrire dans le sillage des pratiques belligérantes de la Seconde Guerre mondiale et apporte une preuve à la thèse de la désuétude de la distinction entre la contrebande absolue et conditionnelle.

390. Lors du conflit entre l'Iran et l'Irak, des interrogations ont émergé aussi concernant le droit d'interception, de visite, et de recherche, exercé sur des navires neutres. Les États tiers ont dû se prononcer sur la conformité de ces prérogatives à la lumière du droit international. Cette interrogation était en rapport avec la discussion portant sur l'institution de la neutralité. En l'occurrence, si les prérogatives de belligérance étaient reconnues aux États impliqués dans les hostilités, les droits et les devoirs correspondant aux neutres étaient attribués aux navires relevant d'États tiers au conflit. À l'occasion de l'interception d'un navire britannique par la flotte iranienne, le Ministre des affaires étrangères britanniques a reconnu au profit de l'État iranien son droit à procéder à cet acte. Toutefois, il a été souligné que le recours à cette mesure était exceptionnel et sa mise en œuvre devait être conforme aux limites inhérentes au droit à la légitime défense¹⁰³². Toute mesure, portant préjudice au commerce neutre, devait dorénavant être conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité à la lumière de l'objectif poursuivi, à savoir le non-renforcement de la position militaire de l'adversaire¹⁰³³.

¹⁰³¹ *Law regarding the settlement of disputes over war prize*, 17 novembre 1987, Article 3 : « According to this law, the following goods, merchandise and means of transport shall be considered as war prizes: (a) all goods, merchandise, means of transport and equipment belonging to a State or to States at war with the Islamic Republic of Iran. (b) Merchandise and means of transport in paragraph (a) belonging to neutral States or their nationals, or to nationals of the belligerent State if they could effectively contribute to increasing the combat power of the enemy or their final destination, either directly or via intermediaries, is a State at war with the Islamic Republic of Iran. (c) Vessels flying the flag of a neutral country as well as vehicles belonging to a neutral State transporting the items set out in this article. (d) Merchandise, means of transport and equipment which the Islamic Republic of Iran forbids from being transported to enemy territory ». Dans A. de Guttry, N. Ronzitti (éd.), *The Iran-Iraq war (1980-1988) and the law of naval warfare*, *op. cit.*, p.39.

¹⁰³² Le navire s'appelait *Barber Perseus*. V. la déclaration du *Minister of State, foreign and commonwealth office* « The United Kingdom upholds the general principle of freedom of navigation on the high seas. However, under Article 51 of the United Nations Charter a State such as Iran, engaged in an armed conflict, is entitled in exercise of its inherent right of self-defense, to stop and search a foreign merchant ship on the high seas if there is reasonable ground for suspecting that the ship is taking arms to the other side for use in the conflict. This is an exceptional right: if the suspicions prove to be unfounded and if the ship has not committed acts calculated to give rise to suspicion, then the ship's owners have a good claim for compensation for loss caused by the delay ». UK materials of international law, *British yearbook of international law*, 1986, vol. 47, p. 583. Pour une présentation générale de la pratique des prises maritimes et les inspections entreprises par la flotte iranienne v. T.S. Schiller, « The Gulf war and shipping : recent developments », pp.109-127, dans B.A. Parritt (éd.), *Violence at sea*, Paris, ICC Publishing, 1986, p.261, p.114.

¹⁰³³ *British yearbook of international law*, 1986 p. 635, *British yearbook of international law*, 1988 p. 580-1.

391. Le Royaume Uni, en se référant aux prérogatives des belligérants qui devaient être encadrées par le droit à la légitime défense, a précisé qu'elles ne comportaient pas le droit d'imposition d'un blocus maritime¹⁰³⁴. Pour cette raison, l'opposition britannique au blocus iranien imposé le 22 septembre 1980 était manifeste¹⁰³⁵.

392. Les risques de heurts entre la marine iranienne et les navires de guerre d'États tiers qui protégeaient leurs propres navires marchands n'étaient pas négligeables, surtout après l'annonce iranienne du 12 mai, selon laquelle les bâtiments iraniens allaient attaquer les navires de guerre américains et français qui escortaient les bateaux soupçonnés de transporter des cargaisons vers l'Irak et de perturber ainsi les opérations d'interception du transport de contrebande de guerre¹⁰³⁶. La licéité de ces mesures affectant le commerce ennemi et le commerce neutre a été souvent mise en doute par la doctrine¹⁰³⁷. La même position se dégage de la pratique des États. En effet, des bâtiments de guerre français ont empêché l'arraisonnement des navires français par la flotte iranienne, signe de l'opposition française à cette tactique de guerre¹⁰³⁸. En outre, les États-Unis, en déclarant que leurs navires ne transportaient pas de contrebande de guerre, ont défendu le droit d'escorte militaire des navires de commerce. Les États-Unis ont ainsi insisté sur la possibilité d'utiliser la force en cas de légitime défense afin de défendre leurs droits de neutralité. Au cours du conflit Iran-Irak, les États-Unis ont ainsi affirmé le droit de recourir à la force en cas de légitime défense pour contrecarrer les attaques des belligérants contre leurs navires de guerre, leurs navires marchands et éventuellement les navires marchands d'États tiers. Dans le cadre de cet affrontement militaire, l'Iran a posé des mines dans les eaux internationales du golfe Persique sans notifier leur position aux navires neutres, conformément à la convention VIII de La Haye de 1907. Ses

¹⁰³⁴ *British yearbook of international law*, 1988 p. 581.

¹⁰³⁵ V. *Keesing's Contemporary archives* 1981, p. 31006.

¹⁰³⁶ Ch. Rousseau, « Irak et Iran », *Chronique des faits internationaux, RGDIP* 1986, p.677-680. À la suite de cela, le secrétaire d'État français à la mer a indiqué que les pétroliers français naviguant dans le Golfe ne seraient pas escortés par des bâtiments de la marine nationale. V. Rousseau, Irak et Iran, *Chronique des faits, RGDIP*, 1987, p.138-139.

¹⁰³⁷ N. Gioia, N. Ronzitti, « The law of neutrality: third states' commercial rights and duties », pp. 221-242, dans I. Dekker, H. Post (éd.), *The Gulf War of 1980-1988 : the Iran-Iraq War in international legal perspective, op. cit.*, p. 234 : « Apart from visit and search and possibly, blockade, it is very doubtful that other belligerent measures interfering with neutrals' trading rights could be justified by having recourse either to the traditional law of war or to the law of self-defense. The main examples of such additional measures are the so-called "war zones" and/or "total exclusion zones" : merchant vessels entering such zones are usually declared to be liable to be attacked on sight, without any attempt to determine, by a procedure of visit and search, whether they are carrying contraband of war. As a result of the setting up of such a zone, the right of neutrals to trade with belligerents is almost completely suppressed in the maritime area concerned. The lawfulness of such zones, however, has not been validated by state practice, at least as far as neutral merchant vessels are concerned ».

¹⁰³⁸ La présence des navires militaires dissuadait les navires iraniens à procéder à toute intervention dans la circulation et l'arrêt de navires. V. « Escorte ou accompagnement ? », *Le monde*, 23 juillet 1987 p. 3. Le Royaume Uni a envoyé un détachement naval dans le Golfe pour encourager les navires commerciaux britanniques à traverser le détroit d'Hormuz. Le Royaume Uni a reconnu le droit de visite dans le conflit du Golfe, seulement dans les cas où l'Iran pouvait invoquer l'article 51 de la Charte. *House of Commons, parliamentary debates, Weekly Hansard*, Issue no. 1369, 27 Janvier à 31 Janvier 1986, p. 428.

navires ont attaqué les navires marchands d'États tiers soupçonnés de faire du commerce avec l'Irak via des ports neutres (principalement le port du Koweït). À la suite de ces attaques, les États-Unis ont invoqué l'argument de la légitime défense contre l'Iran. Les États-Unis ont laissé entendre qu'ils respectaient leurs devoirs en tant qu'État neutre et que leur droit d'agir en légitime défense constituait le seul moyen de protection contre une action de l'Iran qui dépassait ses droits en tant qu'État belligérant. Les États-Unis ont progressivement adopté une politique de « neutralité qualifiée » en faveur de l'Irak et ont discriminé l'Iran procédant au changement de pavillon de onze pétroliers koweïtiens. Les pétroliers koweïtiens, qui désormais battaient le pavillon américain, étaient censés apporter de l'aide à l'Irak¹⁰³⁹. Ce comportement a été vivement critiqué par l'Iran qui reprochait aux États-Unis d'avoir ainsi violé leur devoir de neutralité. Diverses techniques ont, par la suite, été employées pour protéger les navires battant pavillon américaine, la pratique du convoi ayant été emblématique¹⁰⁴⁰. Même la présence des navires de guerre américains dans la région a été perçue, de la part des autorités iraniennes, comme violation des devoirs qui incombent aux neutres¹⁰⁴¹. C'est dans ce contexte qu'à la suite de deux incidents au cours desquels un pétrolier koweïtien, le *Sea Isle City*, qui avait déjà changé de pavillon, et un navire de guerre américain, l'USS Samuel Roberts, avaient heurté des

¹⁰³⁹ M. Wachenfeld, « Reflagging kuwaiti tankers: a US response in the Persian Gulf », *Duke Law Journal*, 1988, p.174-202.

¹⁰⁴⁰ La protection des tankers koweïtiens repavillonnés est assurée par la technique du convoi. Dans le rapport présenté par le Secrétaire à la défense au Congrès : « The United States will be in full compliance with international law in providing escort to the reflagged tankers. International law clearly recognizes the right of a neutral State to escort and protect its flag vessels in transit to neutral ports. The tankers will carry Kuwaiti oil to neutral ports and will return in ballast; they will not carry contraband for either belligerent. If a belligerent seeks to exercise the right of visit and search for contraband, the US escort will certify its absence ». Cité par N. Ronzitti, « La guerre du Golfe, le déminage et la circulation des navires », *AFDI*, 1987, vol. 33, pp. 647-662, p. 652.

¹⁰⁴¹ V. la déclaration du ministère des affaires étrangères de la République Islamique de l'Iran auprès du Conseil de sécurité le 14 juillet 1988. Cité dans De Guttry, Ronzitti, *The Iran Iraq war 1980-1988, op.cit.*, p. 50 : « The United States policy in the Persian Gulf has in fact been an attempt to allow one side of the conflict to carry out attacks against merchant shipping under the protection of American warships, while at the same time trying to prevent the other party from taking legitimate action to defend its vital interests thereby repeatedly violating the sovereign rights of the Islamic Republic of Iran.[...] The presence of the United States forces in the region of the Persian Gulf and Sea of Osman is contrary to the neutrality claimed by the United States Administration in the imposed war. Universally accepted principles of customary international law recognize the rights of the belligerent states and prescribe specific rights and obligations for neutral states. For example, the belligerent State has the right to search and visit the ships belonging to neutral States in the high seas. Moreover, the neutral State should not act in a manner that is considered siding with one of the belligerent parties. The presence of the United States warships in the region and their continuous harassments of Iranian naval vessels have imposed certain restrictions in the exercise of the universally recognized right of the Islamic republic of Iran in searching and visiting the suspected ships carrying goods that boost military strength of the enemy ». Le changement de pavillon des pétroliers koweïtiens a été critiqué comme un abandon de l'impartialité requise par le droit de la neutralité de la part des États-Unis et l'affirmation d'un droit à la légitime défense très étendu invoqué contre l'Iran. « In accordance with our inherent legal right to employ proportional military force as necessary in self-defense, the United States will act only in the face of attack, or hostile intent indicating imminent attack, against warships or commercial vessels of its flag. Therefore, the United States will be in full compliance with international law concerning neutrality and the use of force. Neither the tankers nor their US escorts will be legitimate objects of attack, and the United States will exercise the right to use reasonable force only to protect them from attack ». C. Weinberger, « A report to the Congress on Security Arrangements in the Persian-Gulf », *International legal materials*, September 1987, vol. 26, n. 5, p.1422-1487.

mines, la marine américaine a bombardé et détruit ou endommagé un certain nombre de plateformes pétrolières iraniennes. Cela a donné lieu au litige relatif aux plates-formes pétrolières porté, par la suite, devant la CIJ. Il convient de noter que, bien que la Cour ait reconnu que les faits du litige relevaient du conflit entre l'Iran et l'Irak et impliquaient des attaques contre des navires neutres, elle s'est abstenue de traiter des questions de guerre navale et de neutralité, considérant qu'elle n'était pas compétente pour traiter de ces questions¹⁰⁴².

393. La guerre du Golfe constituait le cadre à l'intérieur duquel plusieurs États ont fait usage de la notion des droits des belligérants ayant comme objet des navires de commerce. L'Iran et l'Irak en tant que pays belligérants ont adopté des mesures préjudiciables au commerce maritime neutre. Ils se considéraient en droit de déployer un arsenal visant les navires de commerce et aboutissant soit à leur destruction soit à leur saisie. Les puissances occidentales ont mis l'accent sur la liberté reconnue en faveur des neutres, reconnaissant ainsi implicitement

¹⁰⁴² CIJ, *Affaire Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, 12 décembre 1996, Recueil 1996, p. 803. L'Iran a invoqué comme fondement de la compétence de la Cour l'article XXI du traité bilatéral d'amitié, de commerce et de navigation (1955) entre l'Iran et les États-Unis. L'Iran affirmait que la destruction des plates-formes violait l'article X (1) du traité qui stipulait le commerce ininterrompu entre les territoires des deux parties. Les États-Unis, pour leur part, ont défendu leur recours à la force en invoquant l'article XX du traité, qui permet aux parties de recourir à des actions afin de protéger leurs intérêts de sécurité. CIJ, *Affaire Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 6 novembre 2003, Recueil 2003, p. 161, par. 44, p.183 : « La Cour observe à cet égard qu'il n'est pas contesté par les Parties que, durant la guerre entre l'Iran et l'Irak, la navigation neutre dans le golfe Persique avait été considérablement entravée et avait subi des pertes et de graves dommages. Elle relève également que cette situation était dans une large mesure le résultat de la présence de mines et de champs de mines posés par les deux parties au conflit. La Cour n'a pas compétence pour s'interroger sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'Iran et l'Irak se sont conformés aux règles de droit international applicables aux conflits armés sur mer. Elle peut toutefois prendre note de ces circonstances, qui selon les États-Unis étaient pertinentes aux fins de leur décision de mener contre l'Iran les actions considérées par eux comme nécessaires pour protéger leurs intérêts vitaux sur le plan de la sécurité. La licéité des mesures prises par les États-Unis n'en doit pas moins être évaluée au regard de l'alinéa d du par. 1 de l'article XX du traité de 1955, à la lumière du droit international relatif à l'emploi de la force en cas de légitime défense ». L'Iran alléguait que les États-Unis avaient violé la liberté de commerce entre les territoires des Parties, telle que garantie par le traité de 1955, demandant réparation du préjudice ainsi causé. Les États-Unis affirmaient, dans une demande reconventionnelle, que c'était l'Iran qui avait violé le traité de 1955 en attaquant des navires dans le Golfe et en menant d'autres actions militaires dangereuses et nuisibles pour le commerce et la navigation entre les États-Unis et l'Iran. Ils demandaient également réparation. La Cour a tout d'abord examiné si les actions menées par les forces navales américaines contre les installations pétrolières iraniennes étaient justifiées, au regard du traité de 1955, en tant que mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux des États-Unis sur le plan de la sécurité (alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité). Interprétant le traité à la lumière des règles pertinentes du droit international, elle a conclu que les États-Unis ne pouvaient recourir à l'emploi de la force au titre de ladite clause que dans l'exercice de leur droit de légitime défense. Les États-Unis ne pouvaient exercer ce droit que s'ils avaient été victimes d'une agression armée de l'Iran et leurs actions devaient être nécessaires et proportionnées à l'agression armée subie. Ayant procédé à un examen minutieux des éléments de preuve fournis par les Parties, la Cour a estimé que les États-Unis n'avaient pas réussi à démontrer que ces différentes conditions étaient satisfaites et a conclu qu'ils ne pouvaient pas se prévaloir des dispositions de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955. Le juge Simma dans son opinion dissidente a fait valoir que l'Iran était responsable d'un grand nombre d'incidents qui ont entravé le commerce entre lui et les États-Unis. Par. 59, p. 352 : « En posant des mines sans en avertir les navires commerciaux, en ne notifiant pas la présence des mines aux navires neutres et en harcelant de diverses façons les navires commerciaux de toutes les nationalités dans le golfe Persique, l'Iran a créé des conditions dangereuses et plus onéreuses pour la navigation commerciale entre les Parties. Comme je l'ai souligné en commençant, l'état de guerre entre l'Iran et l'Irak ne justifiait pas de manière générale les activités hostiles de l'Iran parce que celles-ci, dans leur grande majorité, constituaient une violation du droit de la guerre et de la neutralité. En conséquence, la Cour aurait dû conclure que l'Iran avait violé ses obligations découlant du traité de 1955 et faire droit à la demande reconventionnelle générale des États-Unis ».

des droits des belligérants susceptibles d'être exercés contre des navires de commerce. La controverse quant à la possibilité de se défendre contre des actes de contrôle en vue de détecter la contrebande de guerre met en exergue les intérêts irréconciliables entre les belligérants et les neutres. L'incertitude quant aux fondements juridiques permettant aux belligérants d'agir et aux neutres de se défendre contre une politique d'annihilation du commerce entrepris par eux démontre le caractère vague ou indéterminé du droit régissant la contrainte économique exercée sur des navires de commerce en temps de conflits maritimes.

iv. Des prérogatives exercées sur des navires de commerce à l'occasion d'un blocus naval : le cas de la bande de Gaza.

394. L'interrogation sur la possibilité de confiscation de navires de commerce s'est intensifiée à l'occasion de l'imposition du blocus maritime israélien à la région de Gaza depuis le 3 janvier 2009 et dont la justification était la cessation du ravitaillement militaire de l'organisation du Hamas qui exerçait un contrôle sur la zone¹⁰⁴³. Dans le cadre des actions menées par Israël pour faire respecter le blocus naval de la bande de Gaza, le gouvernement israélien a décidé d'engager des poursuites judiciaires contre des navires qui cherchaient à forcer le blocus. Dans un certain nombre d'affaires différentes, les tribunaux israéliens ont appliqué et interprété les règles, longtemps non appliquées, relevant du droit des prises maritimes. L'attention est ainsi attirée par les décisions édictées par la juridiction des prises (a). Ces décisions fournissent des éléments de reconsidération de la validité des règles régissant les droits des belligérants exercés sur des navires de commerce dans le cadre d'un blocus (b). À la lumière de cette jurisprudence, la thèse réclamant la désuétude du mécanisme des prises maritimes et de tout droit belligérant exercé sur des navires de commerce paraît moins solide.

a. La réactivation de la juridiction des prises.

395. Le Tribunal de Haïfa a dû se prononcer sur le sort des navires visant à briser le blocus. Dans l'arrêt du navire Estelle¹⁰⁴⁴, l'État d'Israël a soumis une demande de confiscation du navire Estelle au tribunal maritime de Haïfa, siégeant en tant que tribunal de première instance. Battant pavillon finlandais, le navire Estelle naviguait en 2012 et avait pour objectif d'atteindre la bande de Gaza. Les tentatives pour dissuader les propriétaires du navire et l'équipage

¹⁰⁴³ V. en détail *The public commission to examine the maritime incident of 31 may 2010, January 2010, (The Turkel Commission)*. Les résultats du rapport de la Commission Turkel se trouvent en désaccord avec ceux du rapport de la Commission turque qui a affirmé que le blocus israélien était illégal car son objectif était d'affamer la population de Gaza et qu'il était disproportionné par rapport à l'avantage militaire attendu. *Report on the Israeli Attack on the Humanitarian Aid Convoy to Gaza on 31 May 2010, Turkish national Commission of Inquiry, Ankara November 2011*, par. 68-74.

¹⁰⁴⁴ Tribunal de district de Haifa, *The State of Israel v. The Ship Estelle Case n 2681-08-13, Claim in rem*, dans J. Lahav, « Summary of recent cases of the courts of Israel relating to prize law and Israel's naval blockade of the Gaza strip », *Israel yearbook on human rights*, 2020, pp.373-447.

d'atteindre Gaza, d'abord par la voie diplomatique, ensuite par des communications directes avec le navire, se sont avérées infructueuses. En l'occurrence, l'Israël a proposé au navire d'accoster au port voisin d'Ashdod et de transférer sa cargaison à Gaza par voie terrestre. Le navire a continué à naviguer à proximité de la zone de blocus, et son capitaine et ses passagers ont explicitement déclaré leur intention de violer le blocus malgré les avertissements répétés de la marine israélienne. Le navire a été capturé par la marine israélienne en haute mer le 20 octobre 2012 et a été amené au port d'Ashdod.

396. C'est la première fois qu'un tribunal israélien s'est prononcé sur la question de sa compétence pour ordonner la confiscation d'un navire étranger de caractère neutre. Pour les navires qui jusqu'alors avaient essayé de briser le blocus, la procédure des prises n'a pas été engagée et les navires pouvaient se diriger vers leurs ports d'origine respectifs¹⁰⁴⁵. Le navire Estelle, dont le voyage avait débuté en Finlande, a été arrêté par la flotte israélienne. Plusieurs mois après la capture du navire, l'État d'Israël a ordonné sa confiscation en vertu du droit des prises maritimes. Bien que la notion de droit belligérant n'ait pas été utilisée, Israël s'appuyait sur des prérogatives qui lui étaient conférées sur des navires de commerce dans le cadre des conflits armés maritimes. Les représentants du navire se sont opposés à cette option en précisant que, d'une part, l'application du droit des prises présuppose la déclaration formelle de guerre et, d'autre part, que la loi qui servait de fondement pour la procédure de prises n'était plus valide. Le tribunal n'a pas approuvé ces allégations, mais il a rejeté la demande de confiscation de la part de l'État en raison du délai excessivement long entre la saisie et la décision de confiscation définitive du navire. Le tribunal s'est appuyé sur le droit interne lorsqu'il a conclu que les propriétaires du navire avaient une attente raisonnable que leur navire soit libéré, puisque les captures précédentes des navires ayant essayé de violer le blocus n'avaient pas abouti à une procédure dont l'issue pourrait être la confiscation du navire.

397. En l'occurrence, le fondement juridique pour la confiscation du navire était une loi britannique, le *Naval Prize Act* de 1864, telle que modifiée en 1939 pour s'appliquer également aux territoires sous mandat britannique. Les propriétaires du navire ont soutenu que la loi de 1864 était devenue « lettre morte » puisqu'elle n'a jamais été appliquée en Israël. Ils ont ainsi défendu la désuétude de l'institution des prises maritimes. Le tribunal a rejeté cet argument précisant que la validité d'une loi ne dépend pas de son application. En l'occurrence,

¹⁰⁴⁵ J. Farrant, « Modern maritime neutrality law », *International law studies*, 2014, vol. 90, pp. 198-307, p.263 : « Even where vessels are captured, there may be no necessity or appetite to confiscate the vessel as prize. After Israel enforced the Gaza blockade against the so-called Freedom Flotilla, the vessels and crew were repatriated to their home States and no prize proceedings were initiated. This is another example of a development which limits the likelihood of future prize court use ».

l'application de la loi des prises maritimes n'était initialement prévue que pour des situations exceptionnelles et spéciales. Malgré la non-application de la loi, le droit international coutumier, dont une partie est censée être codifiée dans le Manuel de San Remo, reconnaît toujours le recours aux prises maritimes. La Cour a précisé, que conformément aux règles du droit international coutumier, y compris les règles élaborées dans le Manuel de San Remo, l'État d'Israël peut saisir des navires étrangers, y compris des navires neutres, pourvu que les conditions déterminées par le droit international soient remplies. En outre, lorsqu'un navire est saisi et amené dans le port israélien, l'autorité publique est obligée d'amener le navire, sans délai, au tribunal des prises maritimes pour obtenir l'approbation de la capture du navire. La violation de l'obligation de s'adresser au tribunal sans délai conformément à ce qui précède peut justifier d'ordonner la mainlevée du navire. En l'occurrence, le tribunal a considéré que l'État n'avait pas respecté les exigences procédurales de la loi sur les prises maritimes. Selon les dispositions de la loi, le navire et ses documents auraient dû être amenés au tribunal des prises navales « immédiatement » et « avec toute la rapidité possible » pour être jugés. En effet, conformément aux articles 16 et 17 de la loi sur les prises maritimes de 1864, le navire et ses documents doivent être présentés au tribunal des prises dans les meilleurs délais. (« *Forthwith* », « *with all practicable speed* »).

398. L'État a interjeté appel de la décision du tribunal de district auprès de la Cour suprême¹⁰⁴⁶. L'État d'Israël a fait valoir que le pouvoir de la Cour Suprême d'agir en tant que tribunal de prises maritimes a été établi par une ordonnance donnée par le *High Lord Admiral* du Royaume-Uni au juge de la Cour suprême de Palestine (Israël) publié le 10 octobre 1939. En vertu de cet ordre, le *High Court* assumait aussi le rôle de la Cour d'amirauté, compétente pour statuer sur toute question relative à des captures ou des prises maritimes¹⁰⁴⁷. Après la fondation de l'État d'Israël et à la suite de la promulgation de la loi portant sur les tribunaux maritimes de 1952, les pouvoirs juridictionnels de la Cour suprême en matière d'affaires maritimes ont été transférés au tribunal de Haïfa lorsque celui-ci siège en tant que tribunal maritime de première instance. Selon l'État, il n'y avait aucune obligation, conformément au droit des conflits armés, d'amener un navire saisi immédiatement devant le tribunal pour qu'il

¹⁰⁴⁶ Cour suprême d'Israël, *The State of Israel v. The Ship Estelle Case No. 7961-07-05*, 8 août 2016, pour l'arrêt v. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2016-08-10/israel-supreme-court-orders-release-of-ship-captured-attempting-to-break-gaza-blockade/> pour une analyse de l'arrêt v. Lavah, *op.cit.*, p.397-417.

¹⁰⁴⁷ « [W]hen an announcement is made in Palestine (Israel) stating a war has commenced between her Majesty's and any foreign country, to pay attention to all kinds of captures and prizes of all kinds of ships, vessels aircrafts and cargos which will be taken and will be brought before the Supreme Court of Palestine (Israel) to rule over them, to judge and to confiscate them according to the Law of Admiralty and Regulations as will be in-force at that time. For this purpose, this order is your writ of authority until cancelled or dismissed ». J. Harris, Y. Harris, « The awakening of the English Naval prize act 1864 by the Haifa Maritime court », www.lawships.com.

en approuve la capture. La simple capture de navires pendant un conflit armé constitue une action militaire établie, régulièrement exercée à travers le monde et ne nécessitant jamais de procédure judiciaire. Il a été allégué, que la légalité de la capture de navires marchands neutres ne dépend pas d'une décision ultérieure par un tribunal des prises. Il suffit que l'État puisse établir qu'au moment de la saisie, les circonstances justifiaient la suspicion légitime quant au caractère ennemi, que ce soit du navire ou de la cargaison, au transport de contrebande, ou à un service d'assistance hostile. La simple capture, en différence par rapport à la confiscation ne présupposait pas la confirmation de la partie d'une instance juridictionnelle.

399. L'État prétendait être titulaire d'une liberté d'appréciation pour se prononcer sur la confiscation ou la libération du navire capturé. Seulement en cas de décision de confiscation, l'obligation lui incombait d'amener le litige devant la juridiction spéciale.

400. La décision de la Cour suprême est intéressante à bien des égards malgré le fait que la référence au droit des prises paraît être lacunaire. Il a été précisé que le transfert d'un navire à l'État qui le capture ne pourrait avoir lieu qu'en vertu d'une autorisation judiciaire. Quant au délai accordé pour le démarrage de la procédure, la Cour suprême a insisté sur son caractère raisonnable, confirmant ainsi la décision du tribunal de première instance. Les justifications présentées par l'État israélien pour le délai n'ont pas été retenues par la Cour suprême¹⁰⁴⁸.

b. La licéité de confiscation d'un navire dépendante de la licéité du blocus maritime

401. Il faut souligner qu'Israël réclamaient son droit de saisir et par la suite confisquer les navires forçant le blocus naval. La licéité de ce dernier constituait une condition préalable de la validité des décisions des prises maritimes. Ces considérations se trouvent au cœur de l'arrêt du navire *Marianne*, jugée par le tribunal de Haïfa. Le tribunal maritime de Haïfa a examiné la demande de l'État d'Israël de confisquer le navire *Marianne* en vertu de la loi de 1864¹⁰⁴⁹. En mai 2015, le navire *Marianne*, battant pavillon suédois, a commencé son voyage vers Gaza avec l'intention déclarée de briser le blocus. Le navire a été capturé par la marine israélienne en haute mer le 29 juin 2015 et amené au port d'Ashdod en Israël. Six jours après sa capture, l'État a déposé un avis d'intention de demander la confiscation du navire comme prise maritime, et quelques jours plus tard, une demande formelle de confiscation a été déposée auprès de la

¹⁰⁴⁸ V. l'argumentation de l'État citée dans Lahav, *op.cit.*, pp. 412-413 : « The opening of the proceedings in the Maritime Court was made following serious consideration, and in light of the unique characteristics of this case, such proceedings not being previously in Israel in general, and against attempts to violate the naval blockade in particular, and the need to weigh the whole of the considerations. The decision whether to release a vessel (seized by the State) or to confiscate it as part of a judicial proceeding is a complex decision and has many aspects, including political considerations of foreign relations and security considerations ».

¹⁰⁴⁹ Cour maritime de Haïfa, *The State of Israel v. The Ship Marianne*, 7961-07-05, 31 août 2014, v. Lahav J., *idem*, p. 418.

juridiction compétente. La demande a été accueillie par le tribunal de Haïfa siégeant en tant que Tribunal des prises maritimes.

402. À la demande de confiscation du navire par l'État d'Israël, les défendeurs ont opposé des allégations relatives au caractère illicite du blocus maritime. Le tribunal maritime s'est lancé dans un examen rigoureux de la légalité du blocus naval imposé par Israël sur la bande de Gaza. Le tribunal s'est également penché sur la question de savoir si la capture — effectuée après le constat de l'intention du navire à forcer le blocus — était légale, étant donné qu'elle avait été effectuée en dehors de la zone de blocus. Le tribunal a examiné si la technique du blocus maritime peut être utilisée dans les conflits armés non-internationaux en s'appuyant sur le rapport de la Commission Turkel, dont l'objectif était d'étudier les divers incidents impliquant des navires neutres en lien avec le blocus israélien. Cette commission a défendu la thèse, reprise en l'occurrence par le Tribunal de Haïfa, selon laquelle le blocus maritime peut être imposé aussi lors des conflits armés non-internationaux¹⁰⁵⁰.

403. Les défendeurs soutenaient que le blocus maritime était illégal et disproportionné. Selon eux, le blocus ne remplissait pas les conditions techniques requises pour imposer un blocus naval conformément aux règles du droit international coutumier. En outre, ils affirmaient que le blocus nuisait à la population locale, constituant une forme de punition collective pour les résidents de Gaza. Cette argumentation renvoie à la discussion quant à la conformité générale

¹⁰⁵⁰ A l'occasion de cette question la Commission s'est prononcée aussi sur le concept de reconnaissance de belligérance. La désuétude du concept est due au fait que les régimes applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux convergent. Par conséquent, la qualité de belligérant n'engendre pas de changement du régime juridique applicable. Rapport, par. 39 : « Naval blockades have, nevertheless, been imposed in non-international armed conflicts (which is not surprising in view of the large number of internal armed conflicts relative to the number of international armed conflicts throughout history). In certain situations, States have imposed a military or economic blockade against an enemy that is not a de jure government. Historically, in order for the rules of international humanitarian law that govern international armed conflicts to apply to non-international ones, recognition of a 'belligerency' was required of other States. Such recognition was limited to circumstances in which the level of the conflict has reached 'a certain threshold of intensity manifesting a situation similar to that of a war between states. However, it should be noted that this has become less important and today is almost irrelevant ». Par. 42 : 'However, even if the conflict in the Gaza Strip were to be classified as a non-international armed conflict, it would appear that the rules of international humanitarian law regarding naval blockades would still be applicable given the decline of the doctrine of 'recognition of belligerency'. Le rapport dans le par. 42 renvoie directement à un passage du commentaire du Manuel de San Remo, L. Doswald-Beck, *San Remo Explanation San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, *op.cit.*, qui précise que '[h]owever, it should be noted that although the provisions of this Manual are primarily meant to apply to international armed conflict at sea, this has intentionally not been expressly indicated in paragraph 1 in order not to dissuade the implementation of these rules in non-international armed conflicts involving naval operations'. v. S. Sivakumaran, *The law of Non-international armed conflict*, Croydon, Oxford Univ. Press, 2012, xxxvii-657 p., p.19 : « As the report of the Turkel Commission notes, recognition of the applicability of the law of naval blockades to non-international armed conflicts should not be interpreted in any way to suggest that the historic doctrine of "belligerency" is applicable or appropriate ». Néanmoins, il faut souligner, que le tribunal ne s'est pas prononcé sur le caractère international ou non-international du conflit. Considérant qu'en 2006, la Cour suprême d'Israël avait déjà qualifié le conflit armé à Gaza de conflit armé international, il semblerait que le Tribunal maritime n'ait pas eu besoin d'examiner cette question, puisque les décisions de la Cour suprême sont contraignantes en tant qu'instance supérieure Cour suprême d'Israël, 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel (Targeted Killings Case)*, *AJIL*, 2007, p. 459, v. les par. 18 et 21. Dans cette décision la Cour suprême avait souligné la nature transfrontalière du conflit.

de l'institution du blocus avec le droit humanitaire. Si le blocus en tant qu'outil relevant de l'arsenal des belligérants n'est plus licite en vertu des règles du droit humanitaire, toute pratique de confiscation des navires essayant de le forcer devient illicite.

404. Il a été souvent affirmé que l'interférence avec les intérêts des neutres, prenant la forme de confiscation des navires neutres ayant forcé un blocus maritime, ne pourrait pas être tolérée en droit international contemporain¹⁰⁵¹. Aucun nouveau titre à la propriété ne pourrait être établi, en cas de violation d'un blocus. L'interrogation quant aux fondements d'action de l'État ayant proclamé un blocus sur un navire le forçant émerge de nouveau. À la lumière du *jus contra bellum*, la condition de nécessité doit régir toutes les prérogatives des États belligérants. La confiscation d'un navire neutre ne pourrait pas remplir les conditions de nécessité ou de proportionnalité. La thèse pourrait ainsi être défendue, en vertu de laquelle, *de lege ferenda*, un devoir de restitution des navires et des marchandises neutres doit être imposé aux belligérants, en cas d'imposition d'un blocus maritime et de détection des navires forçant ce blocus¹⁰⁵².

405. La tension entre les finalités de ce mécanisme et le principe de distinction entre combattants et civils régissant tout conflit armé est manifeste¹⁰⁵³. Malgré le fait que le recours à un blocus est accompagné de l'obligation de laisser passer des marchandises de première nécessité destinées aux civils, cette mesure semble ne pas respecter le principe de distinction entre les combattants et les civils. Pour cette raison, une partie de la doctrine considère que l'article 54 du 1^{er}PA portant sur la prohibition de famine de la population civile interdit cette

¹⁰⁵¹ Chr. Greenwood « Self-defence and the conduct of international armed conflict », *op.cit.*, p. 283. L'auteur précise que la confiscation d'un navire en vertu d'une décision du tribunal des prises serait improbable (*unlikely*). Pour une présentation exhaustive des thèses doctrinales v. W. Heintschel von Heinegg, « The current state of international prize law », dans H. Post(éd.), *International economic law and armed conflict, op. cit.*, pp. 4-34.

¹⁰⁵² V. Wybo Heere, « Comments », H. Post (éd.), *International economic law and armed conflict, op. cit.*, p. 41 : « If the Security Council officially declared belligerent A to be the aggressor, what are the consequences for prize law? Can prize awards no longer confer a valid title on the new owner of ship or cargo, because the *causa justa*, the *bona fides* is lacking? And when the aggressor is indicated only after the conflict, what happens then? Will there be an international court of revision which can declare prize awards null and void because those awards were given by the prize court of the aggressor State? Or do we get the unfortunate lump-sum agreements which always have one thing in common, i.e. that the injured parties do not get their losses correctly compensated? ».

¹⁰⁵³ Des traces de la réflexion autour des limites des blocus maritimes dictées par des considérations humanitaires se trouvent aussi avant la Seconde Guerre mondiale et les codifications du droit humanitaire. V. p. ex. la déclaration du Premier ministre britannique du 26 septembre 1939 auprès de la *House of commons* : « There have been many proposals founded in the highest motives that food should be allowed to pass the blockade for the relief of these populations. I regret that we must refuse these requests. Many of these valuable foods are essential to the manufacture of vital war materials. Fats are used to make explosives. Potatoes make the alcohol for motor spirit. The plastic materials now so largely used in the construction of aircraft are made of milk. If the Germans use these commodities to help them to bomb our women and children rather than to feed the populations who produce them, we may be sure imported foods would go the same way, directly or indirectly, or be employed to relieve the enemy of the responsibilities he has so wantonly assumed ». Cité par W. Heintschel von Heinegg, « Über die Relativität des Schutzes von Privateigentum im internationalen bewaffneten Konflikt am Beispiel der Seeblockade », pp. 145-165, p.161, dans F. J. Peine, A. von Brünneck, H. A. Wolff, *Nachdenken über Eigentum*, Baden-Baden, Nomos, 2011, 532 p.

méthode de guerre¹⁰⁵⁴. Il est évident que cette thèse n'est pas partagée par des États qui, à l'image des États-Unis ou d'Israël, n'ont pas signé le protocole. La tentative d'incorporation des considérations humanitaires dans le droit du blocus naval s'est cristallisée dans le manuel du San Remo. Dans la section consacrée aux méthodes de guerre, les règles relatives au régime du blocus sont suivies par les principes relevant du droit humanitaire qui doivent être pris en considération. L'objectif est la protection de la population civile du danger de la famine et la garantie d'approvisionnement en nourriture et autres biens nécessaires à sa survie¹⁰⁵⁵. Ces dispositions peuvent être interprétées comme une transposition en matière de guerre maritime des articles 54 al. 1 et 70 du 1^{er} PACG, qui, par ailleurs, sont considérées comme ayant valeur coutumière.

406. Dans le cas du navire *Marianne*, le tribunal de Haïfa, après avoir invoqué les conditions de licéité d'imposition d'un blocus maritime, précisées dans le manuel de San Remo, s'est appuyé sur l'article 102 (b) du Manuel qui porte sur la proportionnalité des blocus et prévoit que l'utilisation du blocus naval comme moyen de conflit armé doit être proportionnée. En pratique, les dommages infligés à la population civile doivent être proportionnés par rapport à l'avantage militaire attendu du blocus maritime¹⁰⁵⁶. Néanmoins, la thèse d'application du principe de proportionnalité au blocus maritime fait l'objet de controverses doctrinales¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁴ V. à ce sujet Y. Dinstein, *The conduct of hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2010, v-320 p., p.137-138.

¹⁰⁵⁵ Manuel de San Remo, « Règle 102. La déclaration ou la mise en place d'un blocus est interdite si : a) il a pour unique objectif d'affamer la population civile ou de lui interdire l'accès aux autres biens essentiels à sa survie ; ou b) si les dommages causés à la population civile sont, ou si on peut prévoir qu'ils seront, excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. Règle 103. Si la population civile du territoire soumis au blocus est insuffisamment approvisionnée en nourriture et autres biens nécessaires à sa survie, la partie imposant le blocus doit permettre le libre passage des vivres et autres fournitures essentielles, sous réserve que : a) la partie imposant le blocus ait le droit de prescrire les conditions techniques de l'autorisation de passage, y compris la perquisition ; [...] Règle 104. Le belligérant imposant le blocus doit permettre le passage de fournitures médicales pour la population civile et pour les militaires blessés ou malades, sous réserve de son droit de prescrire les conditions techniques de l'autorisation de passage y compris la perquisition ».

¹⁰⁵⁶ Il a été suggéré que l'exigence de proportionnalité dans l'institution du blocus naval prévue par le Manuel de San Remo trouve son origine dans le débat sur l'inclusion d'une interdiction de la famine dans le contexte du blocus naval, Ph. Drew, *The law of maritime blockade: past, present, and future*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2017, xvii-168 p., p. 108 : « By importing the language from the proportionality test into blockade law, the manual's drafting team attempted to utilize soft law to change the state of the existing customary law. While this effort was commendable, its very effectiveness hinges on the question of whether or not the proportionality test is a viable solution to the problem of starvation in blockade ».

¹⁰⁵⁷ Pour la défense de la thèse de non-application du critère de proportionnalité dans le cas d'imposition du blocus maritime, v. E. Shamir-Borer, « The revival of prize law, an introduction to the summary of recent cases of the prize court in Israel », *Israel yearbook on human rights*, 2020, p.349-371, p. 369 : « [...] Rule 102 b of the San Remo Manual (which was imported from targeting law applicable to attacks) neither reflected customary international law at the time the Manual was drafted, nor reflects customary international law today. While Rule 102b was copied into the military manuals of some States over the years, other States have refrained from doing so, and there is no evidence of State practice that would buttress a position to the contrary. The proportionality requirement should not even be seen as desired law, in as much as it is hardly practicable. For instance, assessing "damage to the civilian population" could be extremely challenging, given the multiple factors that may impact on the humanitarian situation of the civilian population as well as the difficulty in identifying causality. This all the more so when the requirement is to assess such damage in advance, when the duration of the blockade is unknown ». Il faut souligner que les dispositions du manuel de San Remo avaient

407. En l'occurrence, le tribunal a estimé qu'il n'est pas contesté que l'imposition du blocus naval sur la bande de Gaza crée un fardeau pour l'économie de la population et rend difficile le commerce économique de la bande. Toutefois, il a été souligné qu'il ne s'agit, en l'espèce que d'un fardeau relatif, compte tenu des voies supplémentaires ouvertes aux résidents de Gaza pour le commerce international, notamment grâce à l'utilisation des passages terrestres et du port d'Ashdod. Le tribunal a considéré que le blocus maritime est conforme aux exigences techniques du blocus et que l'État remplit toutes ses obligations humanitaires. Les juges ont retenu que le navire *Marianne* avait l'intention de violer le blocus. Les propriétaires savaient donc que s'ils agissaient en violation du blocus, une demande de confiscation du navire serait présentée par l'État procédant à la saisie.

408. Par conséquent, dans le cas du navire *Marianne*, le tribunal s'est montré favorable à la reconnaissance du droit de recourir à des blocus militaires même dans le cadre de conflits armés qui ne sont pas internationaux en s'appuyant sur l'affirmation de la licéité du blocus à la fois par le Comité Turkel et par la commission Palmer, menée à la demande du Secrétaire général des Nations unies et publié en 2011¹⁰⁵⁸.

été commentées dans le rapport *Turkel* concernant l'incident de la flottille visant à briser le blocus imposé sur la zone de Gaza. Les dispositions du manuel ont été pour la première fois appliquées dans le cadre d'un blocus belligérant. V. en détail M. Fink, « Contemporary view on the lawfulness of naval blockades », *Aegean sea law review*, 2011, pp. 191-215. Après un examen des conditions traditionnelles de licéité d'un blocus, à savoir son effectivité, l'obligation de notification et d'impartialité, l'attention est attirée par les règles humanitaires qui doivent être respectées. La Commission a procédé à l'examen attentif des conditions d'imposition de ce blocus et de leurs effets sur la population civile. La circulation des marchandises par la voie terrestre étant assurée, il a été établi que le blocus était conforme aux considérations humanitaires. D'intérêt particulier semblent être les considérations du rapport *Turkel* concernant l'interdiction des punitions collectives, *op.cit.*, Par. 101 et s. : « Claims regarding "collective punishment" ». Ce passage doit être lu à la lumière de la position défendue par le rapport du Comité des droits de l'homme du 27 septembre 2010 (Hudson-Philips report), qui a rejeté la licéité du blocus israélien, l'interprétant en tant que peine collective contraire à l'article 33 de la IV^e Convention de Genève. Conseil des droits de l'homme, A/HRC/15/21, Rapport de la mission internationale d'établissement des faits chargée d'enquêter sur les violations du droit international, notamment du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme, auxquelles ont donné lieu les attaques israéliennes contre la flottille d'aide humanitaire, 27 septembre 2010, Par. 54 : « [L] a Mission souligne qu'en vertu de l'article 33 de la Quatrième Convention de Genève, les peines collectives infligées à des civils sous occupation sont interdites. "Aucune personne protégée ne peut être punie pour une infraction qu'elle n'a pas commise personnellement. Les peines collectives, de même que toute mesure d'intimidation ou de terrorisme, sont interdites". La Mission estime que l'un des principaux buts du blocus était de punir la population de la bande de Gaza pour avoir élu le Hamas. Compte tenu de cet objectif et des effets des restrictions sur la bande de Gaza, il ne fait aucun doute que les actions et les politiques d'Israël constituent une punition collective au sens du droit international ». Le rapport *Turkel* s'est opposé à l'interprétation extensive de la notion de punition collective Par. 103 : « [T]oo broad, an interpretation of the concept of "collective punishment" can result in a conflict with additional and more specific provisions of international humanitarian law, such as the laws that govern the imposition of a naval blockade. A broad interpretation of what constitutes collective punishment has to be reconciled with both the nature of naval blockade as a lawful form of warfare and the specific customary law provisions regulating the conduct of such a blockade. If the customary rules regarding the imposition of a naval blockade are followed, it is difficult to see how this could constitute collective punishment ». Dans le rapport du comité *Turkel*, le blocus a été jugé comme proportionnel par rapport aux avantages militaires procurés à l'État d'Israël V. l'interprétation de l'article 102 b du Manuel de San Remo proposée par le rapport *Turkel*, par. 87. La Commission a précisé qu'aux belligérants incombe le devoir de ne pas causer de dommages excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu du blocus. La Commission a souligné que le terme excessif renvoie à « une disproportion clairement perceptible ». Il est aussi précisé qu'un dommage considérable ne constitue pas *ipso facto* un dommage excessif.

¹⁰⁵⁸ R. Buchan, « The Palmer report and the legality of Israel's naval blockade of Gaza », *International and comparative law quarterly*, 2012, pp.264-273.

409. La reconnaissance de la licéité du blocus a permis au tribunal de se prononcer sur la prérogative de confiscation. La confiscation a été présentée comme moyen assurant l'effectivité du blocus. L'objectif était de décourager les neutres d'envisager des violations du blocus. Israël insistait sur le caractère licite du blocus imposé pour pouvoir légitimer ses actions de captures ou d'attaques de navires¹⁰⁵⁹. La même position a été défendue par le même Tribunal dans l'arrêt impliquant le navire *Zaytouna Oliva*, battant pavillon des Pays-Bas, et saisi par la marine israélienne alors qu'il se dirigeait vers la bande de Gaza, en tentant de violer le blocus maritime¹⁰⁶⁰. La demande de confiscation du navire en tant que prise effectuée par l'État d'Israël, a été accordée par le tribunal maritime siégeant en tant que tribunal de prise, tout en rejetant diverses revendications du navire contre la légalité du blocus.

410. Cette position de la Cour favorable au blocus ne pourrait pas être approuvée par une partie de la doctrine qui met l'accent sur la désuétude du mécanisme du blocus et des droits accordés à l'État l'ayant déclaré de procéder à la saisie et confiscation des navires le forçant. Il est précisé que ces règles ne sont pas conformes « à la dimension humanitaire des règles qui devraient désormais guider le développement des lois de la guerre »¹⁰⁶¹. Toutefois, toute déclaration multilatérale de leur désuétude semble difficile puisque « les États puissants n'admettent pas d'y renoncer »¹⁰⁶².

411. Malgré le fait que la pratique des prises maritimes n'a pas été abondante lors des conflits éclatés après 1945, la pratique des Tribunaux des prises égyptiens, l'établissement d'un Tribunal des prises par l'Iran dans les années 1980, ou même la saisie des navires de commerce ayant forcé le blocus militaire israélien démontrent que les États revendiquent la licéité de cette pratique qui met en doute la protection des biens des civils en mer¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁹ Pour la thèse israélienne, v. *The Gaza flotilla and the maritime blockade of Gaza-Legal background*, Déclaration du ministère des Affaires étrangères (Israeli Missions around the world), 31 mai 2010, par.8 : « A state may take action to enforce a blockade. Any vessel that violates or attempts to violate a maritime blockade may be captured or even attacked under international law ».

¹⁰⁶⁰ Cour maritime de Haïfa, *The State of Israel v. The Ship Zaytouna-Oliva Case No. 19424-10-16*, v. Lahav, *op.cit.*, p. 441-447.

¹⁰⁶¹ Clapham, *War, op.cit.*, p.380.

¹⁰⁶² *Idem*.

¹⁰⁶³ Pour une argumentation favorable aux prérogatives de confiscation des navires ennemis et neutres à la suite des décisions des juridictions de prises maritimes v. R. Katzir, S. Fikhman, « Prize law and the unique nature of the law of naval warfare : comments on recent Israeli Jurisprudence », *Israel yearbook on Human Rights*, 2023, pp. 197-218. Les auteurs soulignent l'importance de clarification des règles relatives aux prises maritimes dans le cadre des négociations en cours, en vue d'amendement du Manuel de San Remo. « Since World War II, the vast majority of armed conflicts have not involved recourse to large scale naval warfare, and thus there was simply little opportunity to apply prize law. In any event, the relative paucity in practice is certainly insufficient to undermine prize law's centuries-old standing, especially as it was not matched with corresponding opinion juris », pp.201-202.

Conclusion du chapitre.

412. Le chapitre a tenté d'apporter des éléments de réponse à une interrogation portant sur les droits conférés aux États belligérants impliqués dans des conflits armés internationaux. L'objectif était ainsi de présenter les droits des belligérants ayant comme objet les biens des civils de l'adversaire. À la lumière de l'interdiction du recours à la force et de l'abolition de la guerre en tant qu'institution juridique, les droits exercés par les belligérants semblent être modifiés par rapport à ceux exercés dans le cadre d'une guerre au sens formel du terme. Le droit humanitaire n'autorise qu'exceptionnellement le ciblage des biens des civils. Néanmoins, des éléments tirés de pratiques nationales démontrent la volonté de s'attacher à une conception en vertu de laquelle l'emploi du qualificatif ennemi aurait comme effet la perte d'une protection liée à la qualité des biens des civils en tant que biens civils. Des opérations de ciblage militaire ou de contrainte économique ayant comme objet cette catégorie des biens civils sont toujours envisageables par des États impliqués dans des conflits armés internationaux. Toutefois, les conflits armés contemporains sont régis par une multitude de règles relevant de plusieurs sources du droit international. Un cadre protecteur en faveur des biens des civils ennemis peut ainsi être esquissé. Le droit humanitaire n'est pas la seule branche à régir les actions des États en matière de gestion des biens des civils, surtout si ces derniers sont sis dans le territoire sur lequel le belligérant exerce sa compétence territoriale. Il semblerait ainsi que la licéité du recours à des mesures jadis applicables en temps de guerre au sens formel du terme ne soit plus admise. La mise en œuvre du droit humanitaire ne met pas d'obstacle à l'application du droit des droits de l'homme, ou du droit international relevant des traités en matière d'investissements. Par conséquent, une pratique discriminatoire attentatoire au droit à la propriété privée ne serait pas licite en vertu du droit international actuel. Le ciblage des biens des civils ou la mise en œuvre d'un régime de gel ou séquestre des biens des civils de l'adversaire ne pourrait pas être acceptable. En effet, les principes de nécessité et de proportionnalité, figurant dans plusieurs branches du droit international, doivent être respectés par les États belligérants. Il semble ainsi qu'à l'aune du droit international des conflits armés, l'usage du qualificatif ennemi dans la phrase « biens des civils ennemis » soit dépourvu de valeur juridique. Les « biens des civils ennemis » ne représentent qu'une partie des biens civils protégés juridiquement.

413. Le chapitre s'est focalisé aussi sur les droits des belligérants exercés sur des biens des civils par les États belligérants impliqués dans des conflits armés maritimes. Comme cela a été démontré, la guerre maritime était traditionnellement moins protectrice pour les biens privés

que la guerre sur terre. Dans le cadre des conflits armés maritimes contemporains, les États réclament les droits belligérants en matière de ciblage et de confiscation des biens privés. Les navires de commerce, à savoir la catégorie principale des biens des civils en mer, ont à de nombreuses reprises fait l'objet d'attaques ou d'actes de saisie par des États belligérants lors de conflits éclatés après 1945. Les États belligérants se considèrent ainsi titulaires des droits des belligérants qui leur sont conférés en vertu du *jus in bello*. Le recours aux droits des belligérants affecte aussi les navires de commerce neutres qui subissent des effets préjudiciables allant jusqu'à l'annihilation complète du commerce opéré par les neutres. Les navires de commerce ennemis ou les navires de commerce neutres impliqués dans des activités contrevenant aux devoirs de neutralité qui leur incombent sont sujets aux droits des belligérants qui peuvent éventuellement prendre la forme de l'attaque militaire ou de la saisie en vue d'une confiscation ultérieure par le biais d'une juridiction de prises maritimes. Des doutes légitimes existent quant à la licéité d'un tel recours de la part des États belligérants. Des actes visant des navires de commerce, à savoir des biens des civils ennemis ou des civils neutres, ne sont pas justifiables à l'aune du droit humanitaire, au nom de la simple invocation des droits des belligérants.

414. Un régime préjudiciable aux biens des civils de l'adversaire mis en œuvre en vertu de l'attribution du caractère ennemi semble donc incompatible avec le droit des conflits armés en vigueur aujourd'hui. L'interrogation porte ainsi sur la possibilité d'émergence d'un régime similaire à celui établi jadis dans le cadre des guerres au sens formel du terme, en temps de paix, à savoir en dehors des rapports de belligérance.

Chapitre 2. Des mesures contre des biens privés prises en dehors des rapports de belligérance. Une attribution latente du caractère ennemi

415. La différence majeure entre les mesures qui relèvent de la guerre et les mesures de contrainte économique prises en temps de paix réside principalement dans leur intensité et leur étendue. Les mesures de contrainte économique doivent respecter l'interdiction d'intervention reconnue par le droit international coutumier et découlant de l'égalité souveraine de tous les États. L'interdiction d'intervention n'est violée que si un certain seuil d'intensité de contrainte économique est atteint. En ce qui concerne les sanctions économiques, il n'existe pas de critère communément admis précisant le moment à partir duquel la limite entre la pression économique autorisée et une intervention contraire au droit international est franchie. La thèse est défendue selon laquelle seules les formes extrêmes de pression économique qui dépassent un seuil de gravité significatif touchant aux intérêts vitaux de l'État sont appréhendées comme formes illicites d'intervention économique¹⁰⁶⁴. Les mesures prises contre l'État ennemi et ses ressortissants se caractérisent d'une globalité, voire d'une « totalité »¹⁰⁶⁵. Comme ceci a été analysé, le constat du seul lien de rattachement d'une personne physique ou morale à l'État adverse est considéré comme suffisant pour la mise en œuvre des restrictions à ces droits patrimoniaux. Il faut se demander si cette politique d'association des personnes privées à un État, qui reflète une logique de responsabilité collective existe en temps de paix. En effet, dans le cadre de différends interétatiques n'atteignant pas le statut de conflits armés, le recours à des mesures de contrainte économique est fréquent. Dans la plupart des cas, la controverse reste limitée affectant le rapport interétatique. La contrainte est ainsi exercée soit sur les responsables politiques de l'État ayant prétendument commis un acte illicite, soit sur les biens publics sis dans le territoire de l'État prenant l'initiative de recourir aux mesures, soit sur l'économie dans son ensemble, sous la forme d'un embargo. Les simples ressortissants de l'État ne sont lésés

¹⁰⁶⁴ Seules les formes extrêmes de pression économique sont considérées comme cas de contrainte interdite. Ainsi, les sanctions économiques qui visent un changement de régime ou une démocratisation sont contraires au principe de non-intervention, prévu dans le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte de l'ONU. V. en détail A.C. Caroni, *Finanzsanktionen der Schweiz im Staats — und Völkerrecht*, Zürich, Schulthess, 2008, lv-266 p., not. p.146-204 et D. Ch. Dicke, *Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln im Völkerrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1978, 255 p.

¹⁰⁶⁵ Le terme « totalité » est emprunté à Lindemeyer qui compare l'arsenal juridique à la disposition des États en temps de conflit armé avec les outils d'exercice de contrainte économique en temps de paix. La différence entre l'interdiction du commerce avec l'ennemi en vertu de la législation de guerre par rapport à un embargo commercial réside dans le caractère total de la première. « L'embargo est, par sa nature, une mesure économique isolée et ciblée. Il s'agit d'une interdiction qui ne s'applique généralement qu'à des groupes de produits, des actes et des secteurs spécifiques du commerce extérieur. L'interdiction du commerce avec l'ennemi se caractérise en revanche par sa globalité ; elle s'applique à l'ensemble des échanges économiques et est en outre renforcée par des moyens de puissance militaires et un système de contrôle dont la rigueur est difficilement envisageable en temps de paix pour des pays dotés d'un régime économique libéral. De cette intégration dans le contexte global de la paix ou de la guerre découlent également différentes conditions pour l'efficacité de ces mesures », B. Lindemeyer, *Schiffsembargo und Handels embargo*, Baden-Baden, Nomos, 1975, 535 p., pp. 194-195.

que de manière indirecte, en raison de répercussions médiates de la pression exercée par ces mesures sur leur état économique général. Les biens privés des personnes physiques ou morales relevant de l'État impliqué dans le différend semblent ne pas subir des effets directs des mesures de contrainte économique.

416. Viser les biens privés des ressortissants de l'État renvoie à une pratique intense et radicale. Cette intensité et cette radicalité sont reflétées dans l'attribution du caractère d'ennemi à des biens privés en temps de guerre. En effet, les ressortissants ennemis et leurs biens sont visés de manière directe par des mesures restrictives de leur liberté personnelle et leur statut patrimonial. Il faut par conséquent se demander si, parmi les moyens de pression de nature économique relevant de l'arsenal étatique en temps de paix, figurent des mesures visant directement les biens privés de simples ressortissants sans aucun lien fonctionnel avec la sphère publique de l'État. Le recours à cette pratique aurait comme conséquence l'émergence d'un régime similaire à celui imposé aux biens privés ennemis, même en l'absence de cette qualification explicite¹⁰⁶⁶. La confiscation des biens privés ou même leur gel constituent une manifestation de la doctrine primitive de la responsabilité collective, rendant légitimes les doutes quant à leur compatibilité avec le droit international¹⁰⁶⁷.

417. Les mesures prises sur des biens étrangers par un État qui se considère lésé par un acte illicite peuvent connaître une « subtile gradation »¹⁰⁶⁸. L'arsenal des mesures à la disposition de l'État s'estimant lésé comprend plusieurs étapes reflétant un large éventail d'actions susceptibles d'être prises contre l'État ayant prétendument commis un acte illicite. La première étape, marquant une première phase d'opposition à l'égard d'un autre État, renvoie au gel des avoirs officiels. Cette pratique implique des questions quant à l'immunité d'exécution sur les avoirs d'un État étranger. En effet, ces mesures visent à empêcher l'État ciblé de disposer

¹⁰⁶⁶ La réflexion autour de limites matérielles entre les actes relevant du droit de la guerre et les actes de contrainte économique en temps de paix est repérable surtout dans les études portant sur la licéité de l'embargo total R. Hasse, *Theorie und Politik des Embargos*, Thèse, Universität zu Köln, 1973, xvii-545 p., p.121 : « D'une part, l'embargo pacifique peut être total, en interdisant les exportations, les importations et les mouvements de capitaux. L'embargo total peut être appliqué de manière d'autant plus rigoureuse que l'économie intérieure et extérieure est organisée de manière planifiée. Il ne doit pas y avoir de différence entre l'embargo d'une économie centralisée et les mesures économiques d'un pays belligérant. Il se peut même que les mesures de guerre économique d'un pays à économie de marché soient plus perméables que le contrôle du monopole du commerce extérieur dans une économie centralisée en temps de paix ».

¹⁰⁶⁷ Pour cette expression v. E. Zoller, *Peacetime unilateral remedies : an analysis of countermeasures*, New York, Dobbs, 1984, xviii-196 p., p.101. Cette position est défendue par le tribunal de New York dans l'affaire du Tribunal de district de New York, *Banco Nacional De Cuba v. Sabbatino*, 193 F. Supp. 375, March 31 : « The justification (des mesures cubaines) is simply reprisals against another government. Doubtless the measures which states may employ in their rivalries are of great variety but they do not include the taking of the property of the nationals of the rival government ».

¹⁰⁶⁸ Le terme et le schéma suivi sont empruntés à D. Carreau, F. Marrella, *Droit international*, 12^{ème} édition, Paris, Pedone, 2018, 767 p., p.642-643.

librement de ses biens¹⁰⁶⁹. Le signe d'escalade et de dégradation des rapports entre les États serait le recours à des mesures portant sur les biens des individus, prenant la forme soit d'actes de gel ou de dépossession définitive.

418. Le recours à des (contre) mesures visant les biens privés des ressortissants de l'État ciblé trouve sa racine historique dans les lois nationales applicables en période de guerre. La licéité des atteintes à la propriété privée des ressortissants d'un État, en dehors d'un État de guerre formellement proclamé ou d'un conflit armé déclenché, soulève de nombreuses difficultés.

L'interrogation porte ainsi sur le caractère licite d'une mesure de blocage temporaire, ou de dépossession définitive de biens privés. Le degré de protection accordée à la propriété privée conduit la doctrine à admettre la licéité des mesures temporaires affectant la propriété individuelle, en dépit de la qualification de ces mesures en tant qu'« archaïques »¹⁰⁷⁰, ou « iniques et immorales »¹⁰⁷¹. En effet, la protection accordée à l'individu et son entrée dans la scène du droit international ont eu comme effet la reconnaissance à son égard d'un statut

¹⁰⁶⁹ D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international : étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, 503 p., p.166.

¹⁰⁷⁰ L. A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite : des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ, 1990, xxix-532 p., p.360 ; E. Zoller, *Peacetime unilateral remedies*, *op.cit.* p. 102. Le caractère archaïque des contre-mesures imposées contre les personnes privées est expliqué par référence aux origines historiques de l'institution des représailles. Si un préjudice était causé par un étranger, ses compatriotes étaient tenus responsables pour la réparation du préjudice. Un lien unissait l'auteur du dommage et l'ensemble des individus rattachés au même État que lui. Ch.Ch. Hyde, *International law chiefly as interpreted and applied by the United States*, vol. II, Boston, Little & Brown, 1947, 2489 p. « The modern law of reprisals finds its origin in the intercourse of alien peoples and cities centuries before the rise of international law. From early times the idea prevailed that for wrongs committed by a foreigner, his fellow-countrymen as well as himself were responsible. All were deemed severally liable for the default of the individual, a fact attributable to the oneness of interest deemed to exist between a sovereign and his subjects. The obtaining of reparation was necessarily left to private individuals. Merchants banded together for the purpose of inflicting punishment upon, or of obtaining redress from, those who had wronged any of their number. By land and sea the work was carried on. Persons and property were seized and even destroyed. From such conduct there grew up in the Middle Ages a distinct practice given a description of its own. When property could not be retaken from him who had wrongfully seized it or when reparation for its loss was not otherwise obtainable the aggrieved merchants proceeded to seize the person of the wrongdoer or other belonging to him or to his fellow country-men and to keep possession thereof until some measure of justice had been obtained », pp.1660-1661. Les représailles étaient ainsi fondées sur la solidarité qui, selon les conceptions anciennes, loin d'avoir cessé d'exister, régnait entre un prince et ses sujets ou entre une ville et ses citoyens. Le dommage subi par l'un d'entre eux à l'égard d'un prince, d'une ville ou d'une personne étrangère était le dommage de tous et tous devaient en répondre. Sur cet aspect v. J. Westlake, *International law*, part II, *war*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1913, xiv-343 p., : « That a person who had a grievance against a foreigner should capture ships and cargoes belonging to him, or to those whom general opinion regarded as being solidary with him, was no more deemed shocking or exceptional in a state of peace, than a man's forcibly retaking his goods from a neighbor who had despoiled him of them was deemed to be inconsistent with the internal peace of a country », p.8-9. V. aussi Th. Walker, *A history of the law of nations*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University press, 1899, xxx-361 p., « Among the special risks of his trading the merchant stranger of the Middle Ages numbered the liability to attachment in person or property in respect of the debts of a defaulting fellow-countryman, and the liability to the exercise of reprisals. [...] [T]he grant of special reprisals, being the formal authorization by his sovereign of a person judging himself wronged by a foreign power to indemnify himself by the seizure of property belonging to any subject of that power, was no uncommon occurrence », p.121.

¹⁰⁷¹ V. p. ex. P. Fauchille, *Traité de droit international*, 1er t., Paris, Rousseau & Cie, 1926, xi-1039 p., p.692.

juridique propre, incompatible avec toute conception l'associant à un autre État et la percevant en tant que « prolongement » de l'État ciblé¹⁰⁷².

419. Les atteintes aux biens privés ayant lieu en « état de paix » posent des problèmes de compatibilité avec la protection accordée à la propriété privée. Le droit de la propriété, même s'il a été reconnu dans l'art. 17 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, ne figure pas dans le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques. Le juge international, dans l'affaire *Barcelona Traction*, mettant en cause précisément des atteintes alléguées à la propriété privée, ne semble pas disposé à admettre que le droit à la propriété relève des obligations *erga omnes*¹⁰⁷³. Par conséquent, la protection de la propriété privée étrangère semble être assurée en vertu des cadres conventionnels spéciaux comme la CEDH ou des principes tels que l'obligation de garantie d'un standard minimum de traitement pour les étrangers¹⁰⁷⁴.

420. Une autre question présente un intérêt majeur. En effet, les mesures affectant le sort des biens privés sont caractérisées par une intensité et une radicalité analogues à celle des mesures prises en temps de guerre ou de conflit armé contre les biens ennemis. Il en va ainsi des mesures de gel provisoire des biens privés visant l'ensemble des ressortissants de l'État ciblé. Dans cette hypothèse, l'intensité et la radicalité ne résident pas dans la qualité de la mesure puisqu'il ne s'agit pas d'actes de dépossession définitive. L'intensité et la radicalité se reflètent dans un élément quantitatif, à savoir le gel provisoire appliqué aux biens de l'ensemble des ressortissants d'un État. La parenté de cette mesure avec les règles régissant les biens privés ennemis en temps de guerre est évidente (Section 1). De même, les mesures de confiscation des biens privés appartenant à des personnes sans lien apparent avec l'État visé se caractérisent également par une intensité et une radicalité importante. La confiscation des biens privés de simples ressortissants d'un État témoigne d'un rapport conflictuel. Confisquer des biens privés pour exercer une pression indirecte sur un État étranger, semble *a priori* incompatible avec la protection accordée à la propriété privée en temps de paix (Section 2).

¹⁰⁷² J.M. Mössner, *Einführung in das Völkerrecht*, Beck, München, 1977, xix-246 p., p.111 : « Il paraît particulièrement problématique que tous les biens juridiques d'un État, y compris ses ressortissants, entrent en ligne de compte comme objets de représailles. [...] Le risque existe ainsi que des personnes innocentes soient affectées. Un droit de représailles compris de manière aussi large est incompatible avec les efforts du droit international actuel visant à reconnaître à l'individu un statut juridique garanti par le droit international et à faire de lui un sujet de droit international et non un simple objet de pouvoir arbitraire de l'État ».

¹⁰⁷³ CIJ, *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, Recueil 1970, p.3., par. 33-35, p. 32-33.

¹⁰⁷⁴ V. Sicilianos, *op. cit.*, p.358.

Section I L'intensité et la radicalité du gel d'avoirs : des contre-mesures ou sanctions affectant les biens privés des ressortissants de l'État visé.

421. L'interrogation porte sur la possibilité de geler des biens privés de ressortissants de l'État ciblé en raison des actes commis par l'État (§1)¹⁰⁷⁵. L'examen portera par la suite sur la possibilité d'atteindre les biens des ressortissants de l'État ciblé dans le cadre de la mise en œuvre de contre-mesures ou de sanctions sur l'espace maritime. Dans ce cas, les navires de commerce pourraient être les objets sur lesquels s'exercent les mesures de contrainte économique (§2).

§1 Des mesures de gel affectant les biens des ressortissants de l'État visé : l'interrogation sur le caractère collectif des mesures de contrainte économique.

422. Si le gel des avoirs publics, ou le gel des avoirs privés des dirigeants de l'État visé témoignent d'un certain mécontentement à l'égard de l'État pour un acte qui lui est reproché, le gel des biens de ses ressortissants sans aucun autre lien de rattachement témoigne d'un haut degré d'« hostilité ». Le gel des biens des particuliers se trouve ainsi à la frontière entre les contre-mesures et les mesures prises dans le cadre de la guerre au sens formel du terme. Ainsi, le gel des avoirs publics peut être suivi par leur confiscation. Les mesures à l'encontre des biens des personnes privées attestent un degré d'hostilité plus élevé entre les États. Cette gradation des mesures, dont l'étape définitive serait la confiscation des biens privés des ressortissants d'un État particulier, pourrait être interprétée comme cristallisation du principe de proportionnalité¹⁰⁷⁶. L'aggravation graduelle des mesures fournit des éléments de preuve de

¹⁰⁷⁵ Pour une définition du gel ou blocage v. G. Burdeau, « Le gel d'avoirs étrangers », *Journal du droit international* 1997, pp. 5-57, p.6 : « Le gel peut être défini comme une mesure prise en temps de paix par un État, tendant à rendre momentanément indisponibles des biens ou avoirs appartenant à des ressortissants étrangers à l'égard desquels il est en mesure d'invoquer un titre de compétence (*jurisdiction*), le plus souvent à raison de la localisation de ces biens ou avoirs sur son territoire ».

¹⁰⁷⁶ Toute réflexion relative à la condition de proportionnalité en matière de représailles de paix ou de contre-mesures renvoie à la sentence concernant l'incident de Naulilaa, intervenu entre l'Allemagne et le Portugal en 1915, à savoir avant l'entrée en guerre du Portugal en 1916. Sentence sur la responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal contre Allemagne, 31 juillet 1928, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, pp. 1011. En l'occurrence, le 19 octobre 1915, un fonctionnaire allemand et deux officiers allemands de la colonie du Sud-ouest africain avaient été tués dans le poste portugais de Naulilaa. En représailles de cet incident et sur ordre du gouverneur de la colonie allemande du Sud-Ouest africain, des forces de la troupe coloniale du Sud-ouest africain allemand ont attaqué et détruit plusieurs forts portugais. Le tribunal arbitral a dû examiner si cet incident était de nature à justifier les mesures subséquentes prises par l'Allemagne. L'Allemagne déclinait toute responsabilité en alléguant qu'elle n'avait qu'user de représailles légitimes à la suite de l'incident de Naulilaa. Les arbitres n'ont pas admis que la mort des trois Allemands était en mesure de justifier les attaques contre six forts faisant cent morts au moins du côté portugais. « Même si l'on admettait que le droit des gens n'exige pas que la représailles se mesure approximativement à l'offense, on devrait certainement considérer, comme excessives et partant illicites, des représailles hors de toute proportion avec l'acte qui les a motivés. Or, en l'espèce, [...] il y a eu disproportion évidente entre l'incident de Naulilaa et les 6 actes de représailles qui l'ont suivi », p.1028. Pour une présentation de l'affaire et de son contexte historico-politique v. J. Zollmann, « Affaire Naulilaa entre le Portugal et

détérioration des relations interétatiques qui pourrait être schématisée par un cercle dont le périmètre s'élargit en fonction de la qualité des rapports interétatiques. Son extension signifierait la dégradation des relations interétatiques voire leur transformation en rapports hostiles.

423. Cette typologie des mesures, censée refléter l'échelle de dégradation des relations interétatiques, se fonde sur une distinction radicale entre les intérêts publics, violés en cas de saisie voire de confiscation des biens publics, et des intérêts privés, bafoués en cas de gel ou de dépossession définitive. Cette séparation radicale méconnaît la manière intrinsèque dont sont liées les sphères publique et privée¹⁰⁷⁷. Certes, les contre-mesures sont adoptées à l'égard d'un État auteur présumé d'un fait internationalement illicite. Ces contre-mesures peuvent prendre la forme de violation d'un traité international. Néanmoins, si en vertu de ce traité violé au nom des contre-mesures, des droits subjectifs sont reconnus au profit des ressortissants des États signataires, ces titulaires de droits — des personnes physiques ou morales — deviennent les cibles directes en dépit de l'absence de tout lien fonctionnel avec l'État visé. Le recours aux contre-mesures semble porter directement préjudice au statut juridique des ressortissants de l'État ayant prétendument commis un acte illicite¹⁰⁷⁸. La structure fondamentalement

l'Allemagne, 1914-1933 : Réflexions sur l'Histoire Politique d'une Sentence Arbitrale Internationale», *Journal d'histoire du droit international*, 2003, vol. 15, pp. 201-234.

¹⁰⁷⁷ Cette association des droits privés à ceux d'un État ayant prétendument commis un acte illicite et constituant, à cet effet, la cible primaire des contre-mesures a été perçue comme signe d'imposition d'un régime de responsabilité collective. O. Schachter, *International law theory and practice: general course in public international law*, RCADI, t. 178, 395 p., pp. 179-180 : « Most reprisals and other counter-measures are taken against the offending State. Although such measures affect individuals and may inflict serious harm (as in the case of embargo), the reprisals are not thereby rendered unlawful, provided of course that they are proportionate to the wrong and imposed in good faith. In some situations, measures may properly be taken against nationals of the offending State especially when that State has illegally acted to deprive nationals of the victim State of their rights under treaty or general international law. Thus, if State A denies to nationals of State B the right to invest or do business in State A, State B may impose similar disabilities on the nationals of State A. One might object to this on the ground that it involves an attribution of collective guilt imposed on innocent individuals. The objection cannot be simply dismissed as theoretical because it does raise questions of principle in respect of human rights and the treatment of aliens », p.179. L'auteur proposait une distinction entre les contre-mesures affectant les droits fondamentaux des individus et ceux affectant les droits accordés aux ressortissants étrangers sur la base d'un traité bilatéral. Les droits relevant de la seconde catégorie pourraient, selon l'auteur, être retirés par un État, si les ressortissants de ce dernier se voyaient refuser les mêmes droits par l'autre État. *Idem*, « Thus rights of foreign nationals to do business, go to schools, purchase land and the like would fall into the second category, and be regarded as rights that could be withdrawn by the State if that State's nationals were denied the same or roughly equivalent rights by the other State. Of course, an isolated violation by State A (say the failure to pay obligatory compensation to one or two firms) would not justify sweeping denials of rights and privileges to all nationals of the offending State. On the other side, it is clear that grave infringements of fundamental human rights against individuals cannot be justified on the ground that similar or especially odious violations of human rights and dignity were perpetrated by the State of the nationality of those individuals. Arbitrary arrest and detention or mass expulsions would therefore be prohibited even if the provocation by the offending State was great ».

¹⁰⁷⁸ La violation d'une règle primaire peut ainsi engendrer l'émergence d'un nouveau rapport juridique qui implique aussi des personnes privées. Pour cette idée v. E. Roucouas, *Facteurs privés et droit international privé*, RCADI, Leiden, Nijhoff, Recueil t. 299, 2003, 419 p. « L'idée que la violation d'une obligation internationale crée un nouveau cercle de rapports juridiques permet de constater plus clairement que les parties aux deux cercles (primaire d'une part, secondaire d'autre part) peuvent ne pas être les mêmes. [...] Le fait que la violation de la norme primaire crée un nouveau rapport juridique comporte aussi changement de partenaires », p.347.

interétatique des contre-mesures semble ainsi être mise en doute dans cette hypothèse. Toutefois, pour reprendre les termes utilisés dans le Commentaire du projet des articles portant sur la responsabilité internationale, et sous réserve que les préjudices subis par les personnes physiques ou morales soient appréhendés en tant qu'« effets indirects ou collatéraux », cette pratique pourrait être reconnue comme relevant de l'institution des contre-mesures¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁹ V. *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, pp.393, *Commentaire de l'art. 49, consacré à l'objet et aux limites des contre-mesures*, p. 356 « [L] » exclusion de l'illicéité des contre-mesures a un effet relatif, et ne concerne que les relations juridiques entre l'État lésé et l'État responsable. [...] Cela ne signifie pas que les contre-mesures ne peuvent pas avoir, incidemment, des effets sur la situation d'États tiers ou même d'autres tierces parties. Par exemple, si l'État lésé suspend les droits de passage en transit à l'égard de l'État responsable conformément au présent chapitre, d'autres parties, y compris des États tiers, peuvent subir les effets de cette suspension. S'ils n'ont aucun droit individuel à cet égard, ils ne peuvent protester. Il en va de même si, par suite de la suspension de l'application d'un accord commercial, le commerce avec l'État responsable est affecté, entraînant un manque à gagner, voire la faillite, pour une ou plusieurs sociétés. De tels effets indirects ou collatéraux ne peuvent être totalement évités ». Selon l'article 50 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, « les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte [...] b) aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme ; c) aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles ; d) aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général ». Pour bien saisir les limites des contre-mesures, il faut, par conséquent, identifier ces différentes catégories et notamment celle comprenant les « obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme », ou celle comprenant « les normes impératives du droit international général ». Plusieurs réserves ont été émises par les membres de la CDI au sujet de l'identification du contenu de ces deux catégories. Ces formules générales ont été privilégiées de toute référence exhaustive à des droits précis. Les différents rapporteurs spéciaux qui se sont penchés sur l'étude de limites des contre-mesures ont souligné la nécessité de ne pas porter préjudice à des règles du *jus cogens* ou de ne pas bafouer des obligations *erga omnes*. Si certains auteurs défendent une interprétation restrictive des contre-mesures, interdisant ainsi toute action qui risquerait d'avoir des conséquences à la population de l'État visé, d'autres insistent sur l'importance de recourir à des contre-mesures affectant le droit de propriété des individus, non figurant parmi les droits de l'homme « essentiels ». V. en détail le quatrième rapport sur la responsabilité des États, par G. Arangio-Ruiz, rapporteur spécial, Doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, *Annuaire de la CDI*, 1992, vol. II, 1, Par. 81 : « Toutefois les projets d'articles eux-mêmes ne doivent pas énumérer les droits de l'homme qui sont considérés comme les plus « essentiels » et, partant, à l'abri des contre-mesures ou de leurs effets. Toute énumération « cristalliserait » une règle qu'il faut laisser accessible à l'évolution du droit relatif aux droits de l'homme. Par. 82 : « La question à présent est de savoir, s'il y a encore d'autres droits de l'homme justifiant une limitation du recours aux contre-mesures, parmi ceux qui ne sont généralement pas rangés dans le « minimum irréductible », et qu'on pourrait par conséquent qualifier — en un sens — de moins « essentiels ». Selon une partie de la doctrine, ce serait le cas non seulement des traités et règles relatifs aux droits de l'homme ou des règles du droit humanitaire des conflits armés, mais encore de toutes les règles censées protéger d'une manière ou d'une autre des êtres humains. Il s'ensuivrait qu'un État lésé ne pourrait suspendre, à titre de contre-mesure, des formes d'assistance destinées à améliorer le sort de la population de l'État fautif [...] Conformément à cette opinion, il ne devrait jamais être pris de contre-mesure en violation d'aucune obligation concernant, notamment, la coopération pour le développement — mais il n'y a pas beaucoup d'auteurs qui partagent une conception aussi large de la restriction humanitaire, qui ne trouve d'ailleurs pas plus de confirmation suffisante dans la pratique. En outre, son acceptation dans le cadre du projet sur la responsabilité des États est à l'opposé de l'équilibre global qui s'impose entre l'adoption des indispensables limitations des contre-mesures, d'une part, et la nécessité de ne pas priver les États de la possibilité de réagir aux violations d'obligations internationales, d'autre part ». Par. 83 : « Pour étendre la portée de la restriction visant les contre-mesures prises en violation de droits de l'homme, il a notamment été proposé d'exclure la licéité des mesures portant atteinte aux droits de propriété des étrangers. Toutefois, les droits de propriété ne sont pas parmi les droits de l'homme qui devraient être considérés comme inviolables par voie de contre-mesures — à savoir les droits de l'homme « essentiels ». La pratique récente des États présente non seulement des cas d'expropriation de biens étrangers à titre de contre-mesures, mais aussi, et assez souvent, des cas de « gel » des avoirs d'étrangers en réaction à un fait prétendument illicite antérieurement commis par l'État dont ils ont la nationalité. Aussi, on ne considère pas que la disposition concernant les restrictions d'ordre humanitaire imposées à l'adoption de contre-mesures doive faire expressément mention des droits de propriété ou être interprétée comme y faisant référence. Cela ne veut évidemment pas dire qu'il ne puisse pas y avoir de restrictions apportées aux contre-mesures dans le domaine des droits de propriété (surtout si elles ont un caractère définitif) par le jeu de règles différentes (comme la règle générale de la proportionnalité) ». Le rapporteur spécial se réfère à l'interprétation restrictive des contre-mesures effectuée par A. Cassese dans son ouvrage *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 1983, 510 p. « Il convient d'ajouter que la limite aux contre-mesures ne s'applique pas seulement aux traités, aux normes générales en matière de droits de l'homme ou au droit humanitaire dans les conflits armés, mais à toutes les normes qui, d'une manière ou d'une autre, protègent les

L'appréciation du caractère indirect ou collatéral d'un préjudice devrait faire l'objet d'appréciation de la part d'un organe qui se prononcerait sur les conditions de recours aux contre-mesures. Cette interrogation est particulièrement féconde en matière d'investissements.

intérêts ou les besoins des êtres humains. Par exemple, si un État viole le droit international (par exemple en maltraitant des diplomates étrangers ou en entravant illégalement le passage inoffensif dans sa mer territoriale), l'État fautif ne peut pas riposter en éteignant (ou en suspendant) un traité prévoyant une assistance économique à l'État fautif afin d'améliorer les conditions de vie d'une partie de sa population. Ce type de représailles nuirait en fin de compte aux besoins et aux intérêts des êtres humains concernés et est donc interdit par la règle en question. De même, si un État exproprie illégalement des biens appartenant à des étrangers, l'État national des entreprises expropriées ne peut pas riposter en expulsant tous les citoyens de l'autre État ni en mettant fin à un traité commercial destiné à bénéficier aux classes les plus pauvres de la population de cet État (dans ce cas, nous sommes face à une violation de la norme internationale qui protège des intérêts et des droits — ceux relatifs à la propriété — qui ne sont pas considérés par les deux pactes de 1966 comme étant sur un pied d'égalité avec les autres intérêts et droits de l'homme). Par conséquent, un intérêt prévaut sur l'autre dans la considération de la communauté internationale, renforçant la norme qui empêche la violation des droits de l'homme en représailles", p. 271. Une opinion similaire, quant à l'imposition des restrictions aux contre-mesures découlant du droit des droits de l'homme, est défendue par L. Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, 246 p. « Si un État octroie une assistance économique à un autre État, l'État donateur ne pourrait pas décider en toute liberté de l'ampleur de sa suspension ou de son interruption afin d'exercer des contre-mesures. En effet, certaines utilisations du retrait ou de la suspension de la fourniture d'une assistance économique restent en dehors du jeu des contre-mesures, cela en raison des conséquences qui en découleraient en matière de respect des droits de l'homme », p.153. Hormis ce cas, l'auteur précise que seules les obligations *erga omnes* sont en mesure d'imposer des limites au recours à des contre-mesures. Pour une opinion similaire, mais subtilement moins favorable à l'imposition de restrictions aux contre-mesures v. B. Conforti, *Diritto internazionale*, 10 édition, Napoli, editoriale scientifica, 2014, 500 p. L'auteur précise que « outre le respect de la dignité humaine, outre l'interdiction des violations flagrantes des droits de l'homme, la thèse de ceux qui étendent l'interdiction des contre-mesures à toutes les normes internationales, tant coutumières que conventionnelles, relatives aux droits de l'homme (songez que celles-ci incluent désormais aussi le droit de propriété) ou à celles relatives aux immunités des agents diplomatiques, n'est pas convaincante », p.422. La réflexion sur les limites des contre-mesures renvoyait à celle concernant les limites de représailles en temps de guerre. Les motifs de restriction du recours à des représailles en temps de guerre valaient *a fortiori* en temps de paix. D. Anzilotti, dans son *Corso di diritto internazionale*, vol. III, Roma, Atheneum, 1915, 378 p, pp.166- 167, note que les Etats ne sont pas absolument libres de choisir les mesures de contrainte et, ayant énuméré un certain nombre d'actes condamnés par les lois de la guerre, il considère que ces derniers doivent, *a fortiori*, être interdits en période de paix. « Les Etats décident de recourir à l'un ou l'autre des moyens de coercition possibles en dehors de la guerre : il appartient à l'État concerné de choisir celui ou ceux qu'il juge les plus aptes à atteindre le but recherché. La liberté des Etats à cet égard n'est cependant pas illimitée. D'un point de vue général, il faut considérer comme exclus tous les actes qui ne sont pas permis par les règles de la guerre, tels que le bombardement de lieux non défendus, l'assassinat de personnes qui ne résistent pas, la confiscation de la propriété privée, la destruction intentionnelle et inutile d'édifices destinés au culte, aux arts, à la science, à la bienfaisance, le pillage, etc. Les moyens de coercition dont nous parlons sont en fait et sont destinés à être, dans la conviction des Etats comme dans la réalité des pays, des a munis par rapport à la guerre, de sorte que la volonté des Etats d'exclure de la guerre certains actes considérés comme incompatibles avec les exigences suprêmes de la civilisation et de l'humanité, qu'ils veulent respecter même pendant la lutte armée, inclut a fortiori la volonté de les exclure dans notre cas ». Cependant, malgré la tentative de mettre des bornes au recours à des représailles, Anzilotti ne reconnaissait qu'une valeur purement morale à la condition de proportionnalité entre l'acte subi et les moyens de réaction à cet acte primaire prétendument illicite. Une des premières tentatives de consolidation d'un cadre juridique pour les représailles en temps de guerre a été entreprise par l'IDI dans une de ses résolutions de 1934. Résolution votée par l'IDI, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1934, vol. 38, p. 708 et s. Régime des représailles en temps de paix. L'article 6 de la Résolution précisait que l'État doit « 2 proportionner la contrainte employée à la gravité de l'acte dénoncé comme illicite et à l'importance du dommage subi ; 3. Limiter les effets des représailles à l'État contre qui elles sont dirigées, en respectant, dans toute la mesure du possible, tant les droits des particuliers que ceux des Etats tiers ; 4. S'abstenir de toute mesure de rigueur qui serait contraire aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique ». Un fil conducteur lie cette première codification avec le Projet d'articles de la CDI. Il faut aussi mentionner l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 portant sur l'extinction d'un traité ou la suspension de son application comme conséquence de sa violation qui exclut la possibilité d'extinction ou de suspension pour toutes les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans les traités de caractère humanitaire et interdit en particulier les représailles à l'encontre des personnes protégées par de tels traités. Pour une réflexion sur la parenté entre les représailles à caractère de belligérance et les contremesures quant à la nécessité des restrictions qui doivent leur être imposées, v. Document A/CN.4/440 et Add.1. — Troisième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial A/CN.4/SER.A/ 1991/Add. 1 (Part 1), *Annuaire de la CDI*, 1991, vol. II, 1ère partie, par.103.

Il faut rappeler qu'en vertu d'un traité bilatéral d'investissement, les droits de l'État signataire du traité et des investisseurs ayant sa nationalité sont liés de manière intrinsèque. Des droits subjectifs émanant du traité interétatique peuvent ainsi être reconnus au profit des ressortissants relevant de ces deux États. L'interrogation porte sur la nature des droits émanant du traité interétatique. Les investisseurs privés peuvent ainsi être titulaires de droits individuels découlant des traités d'investissement. La violation d'un traité bilatéral, à titre de contre-mesures, pourrait engendrer, de manière automatique, la violation des droits des ressortissants des États. Si les droits des investisseurs se caractérisent par leur « nature dérivée », à savoir leur dépendance du rapport interétatique, ils peuvent être affectés par des contre-mesures visant l'État dont l'investisseur est ressortissant. À la lumière de ce constat, « en vertu du caractère interdépendant des droits en cause, la violation de l'un entraîne celle des autres »¹⁰⁸⁰. Selon cette hypothèse, une décision prise contre un État engendre *ipso facto* des conséquences néfastes pour ses ressortissants qui deviennent d'une certaine manière le « prolongement » de l'État¹⁰⁸¹. Il faut ainsi s'interroger, si les contre-mesures, *a priori* affectant les rapports interétatiques, sont susceptibles de porter préjudice aux droits individuels consacrés par ces traités bilatéraux¹⁰⁸². La sphère des intérêts étatiques, susceptibles d'être violés en cas de recours à des contre-mesures, et la sphère des intérêts privés, *a priori* non-concernées de manière directe par une dégradation de rapports interétatiques, ne semblent pas être séparées de manière radicale l'une par rapport à l'autre¹⁰⁸³. En revanche, si des droits individuels sont

¹⁰⁸⁰ Y. Nouvel, « Aspects globaux — Les sanctions internationales au soutien de l'intégrité territoriale de l'Ukraine : leur conformité au droit international — Le cas des investissements », *RFDA*, 2022, pp.606-617, p.616 : « L'effet d'exclusion de l'illicéité qui s'attache à la contre-mesure joue à l'égard de la violation des droits de l'État partie au TBI et s'étend, de manière incidente, à la violation des droits de l'investisseur liés aux droits de l'État ».

¹⁰⁸¹ Cette association de l'individu à l'État renvoie à la question du statut conféré à l'individu par le droit international. Si l'opposition entre l'être humain en tant qu'objet ou sujet du droit « demeure stérile », la thèse de qualification de l'être humain en tant que « participant à l'ordre juridique international » a été privilégiée par certains auteurs. Ces termes ont été utilisés par J. R. Dugard, rapporteur spécial, dans son premier rapport sur la protection diplomatique, par Doc. A/CN.4/506 et Add.1, 7 mars et 20 avril 2000, p.228 Par. 24. Pour la thèse de l'individu en tant que « participant à l'ordre juridique international » v. aussi R. Higgins, *Problems and process, international law and how we use it*, Oxford, Clarendon, 1994, xxvii-274 p., p. 50.

¹⁰⁸² Certains représentants de la doctrine ont mis en exergue la différence qui existe entre une conception du droit international autorisant les mesures de justice privée et une conception du droit international qui se reflète dans les moyens juridiques de résolution de différends relevant des traités d'investissement. La différence principale des deux modèles réside dans l'importance octroyée à la place de l'individu dans l'ordre juridique international. « Bien que les contre-mesures continuent d'être considérées avec une forte (et probablement) saine dose de scepticisme, le concept s'est avéré étonnamment durable : il est peut-être archaïque, mais il conserve sa place dans le droit international général. À première vue, l'arbitrage d'investissement appartient à une ère différente, qui a surmonté les caractéristiques et les limites désuètes du droit international du début du vingtième siècle. Il marque certainement un nouvel ordre, dans lequel les différends concernant les investissements étrangers sont régulièrement réglés, non pas par le recours à des mécanismes de *self-help*, mais devant des tribunaux internationaux. Et dans ce processus, un type particulier d'acteurs non étatiques — les investisseurs — occupe une place prépondérante, bénéficiant de droits procéduraux et peut-être aussi substantiels de grande portée en vertu des traités internationaux ». E. Sthoeger, Chr. Tams, « Swords, shields and other beasts: the role of countermeasures in investment arbitration », *ICSID Review*, 2022, p.121-137, p.122.

¹⁰⁸³ Contrairement au droit des droits de l'homme, les droits des investisseurs en vertu des TBI sont intrinsèquement et inextricablement liés à la réciprocité et au caractère synallagmatique des instruments de protection des investissements.

conférés aux investisseurs en vertu d'un traité bilatéral d'investissement, les investisseurs se présentent comme des tiers au rapport interétatique et leur position juridique ne pourrait pas être altérée sous l'influence des contre-mesures interétatiques¹⁰⁸⁴. L'individu jouit, selon la théorie des « droits directs », de droits procéduraux et substantiels en vertu des traités bilatéraux d'investissement indépendamment de son État d'origine¹⁰⁸⁵. L'investisseur est ainsi érigé en sujet de droit ayant son propre statut juridique. Une mesure affectant les biens et la position juridique d'un investisseur ne serait pas conforme au traité lui conférant des droits subjectifs¹⁰⁸⁶.

En cela diffèrent les TBI des traités des droits de l'homme prévoyant des obligations intégrales, non-susceptibles d'être affectées par des contre-mesures. Sur le rapport entre les contre-mesures et la protection des droits de l'homme v. Doc. A/CN.4/507 et Add. 1 à 4, Troisième rapport sur la responsabilité des États, par M. James Crawford, rapporteur spécial, mars — août 2000 : « Il est [...] évident que les obligations en matière de droits de l'homme (qu'on les qualifie ou non de "fondamentaux" ou "essentiels") ne peuvent elles-mêmes faire l'objet de contre-mesures ou, en d'autres termes, que les obligations relatives aux droits de l'homme ne peuvent être suspendues à titre de contre-mesures et qu'un comportement incompatible avec ces obligations n'est ni justifiable, ni excusable, excepté dans la mesure où le régime des droits de l'homme applicable le prévoit lui-même », par. 349.

¹⁰⁸⁴ Cette considération met en lumière la spécificité du droit des investissements, qui, d'une part, diffère du droit des droits de l'homme, reconnaissant pleinement les individus en tant que sujets de droit, et, d'autre part, du droit du commerce international traditionnel, fondé sur des traités bilatéraux impliquant des rapports interétatiques fondés sur la réciprocité. V. en détail A. Roberts, « Clash of paradigms : actors and analogies shaping the investment treaty system », *AJIL*, 2013, pp.45-94. L'auteur précise que « la principale différence entre les systèmes de commerce et de droits de l'homme réside dans la manière dont ils traitent les acteurs non étatiques. Les traités de commerce ne créent de droits substantiels que pour les parties au traité, même si ces engagements créent des avantages ou des effets négatifs pour les acteurs non étatiques. Les traités de commerce créent également des droits procéduraux pour les seuls États parties, même si les acteurs non étatiques jouent souvent un rôle crucial dans la résolution des conflits en coulisses. En ce sens, l'approche du droit de commerce international (*trade law*) correspond à la logique classique du droit international public. Les traités relatifs aux droits de l'homme, quant à eux, créent des droits substantiels pour les individus et leur accordent parfois également des droits procéduraux pour faire respecter ces droits substantiels. Ces différences peuvent affecter l'analyse de questions controversées, telles que la question de savoir si les traités d'investissement créent des droits procéduraux et surtout des droits substantiels pour les investisseurs. Les comparaisons avec le droit commercial risquent de laisser croire à l'inexistence des droits des investisseurs, alors que le paradigme des droits de l'homme risque de laisser croire au contraire à l'inexistence de ces droits. [...] Même si les traités d'investissement accordent des droits substantiels aux investisseurs, le paradigme des droits de l'homme peut avoir pour effet de surestimer la nature de ces droits. Les droits de l'homme sont généralement considérés comme un bien en soi, alors que les droits des investisseurs peuvent être perçus comme un moyen d'accroître les investissements étrangers, plutôt que comme une fin en soi. Même si les droits des investisseurs sont équivalents aux droits de l'homme, ils pourraient mieux correspondre à des normes de droits de l'homme de rang inférieur, comme les droits de propriété et les protections contre la discrimination, plutôt qu'à des normes fondamentales de jus cogens, comme le droit à ne pas être soumis à la torture », p.71. Sur le même sujet v. J. E. Alvarez, *The public international law regime governing international investment*, RCADI, t. 344, 2009, pp.196-541, pp.486-487. L'auteur se demande si « l'arbitrage investisseur-État est-il une forme de règlement des différends interétatiques où les règles interétatiques devraient être présumées régir, ou un nouveau type de forum pour résoudre les nouveaux droits internationaux accordés directement aux parties non étatiques ? ».

¹⁰⁸⁵ Pour la présentation de la différence entre le modèle ou la théorie des « droits dérivés » et des « droits directs » v. A. Gourgourinis, « Investors' rights qua human rights? Revisiting the 'direct'/ 'derivative' rights debate », pp.147-182, not. p.154 dans M. Fitzmaurice, P. Merkouris, *The interpretation and application of the European convention of human rights: legal and practical implications*, Leiden, Nijhoff, 2013, xii-291 p. Pour une défense de la théorie du caractère dérivé des droits des investisseurs v. E. Stohoger, Chr. Tams, « Swords, shields and other beasts: the role of countermeasures in investment arbitration », *op. cit.* p.135. Les auteurs précisent que « si les droits et obligations de l'État en vertu du traité d'investissement restent soumis au régime des contre-mesures d'un autre État, il en va de même pour tous les droits transférés aux investisseurs qui se fondent sur le traité ». Ils défendent la thèse selon laquelle « une analogie appropriée peut être esquissée entre un traité d'investissement et un contrat de transfert à un tiers bénéficiaire de la propriété d'un bien immobilier grevé d'un gage. Le bien, qui appartient désormais au tiers bénéficiaire, reste soumis au gage, indépendamment du transfert de propriété. De même, même si les droits des investisseurs sont indépendants de ceux de leur État d'origine, leur contenu et leurs limites n'ont pas changé lorsqu'ils ont été accordés, et ils ne sont donc pas à l'abri de contre-mesures ».

¹⁰⁸⁶ La problématique de la nature des droits conférés aux investisseurs n'a pas été souvent soulevé dans les arbitrages d'investissement. Cet aspect se trouve au centre des trois sentences opposant les États-Unis au Mexique, à la suite de

Néanmoins, l'hypothèse d'exclusion de toute possibilité de recourir à des contre-mesures portant préjudice à des droits subjectifs dont les titulaires sont des personnes privées, ne peut pas être exclue de manière catégorique. En effet, la thèse est souvent défendue en vertu de laquelle une atténuation de la protection accordée aux investisseurs paraît être raisonnable. Des contre-mesures touchant aux actifs des investisseurs sont souvent conçues comme le seul moyen de pression susceptible d'être exercé par des États qui se trouvent dans une situation économiquement désavantageuse¹⁰⁸⁷. Selon cette argumentation, certaines personnes privées

l'imposition d'une taxe par les autorités mexicaines sur certains produits américains. Cette taxe avait été justifiée par le Mexique comme contre-mesure au changement de conditions d'exportation de la production mexicaine de sucre de canne. Les investisseurs américains ont contesté la conformité de l'imposition de cette taxe, qui violait de manière indubitable leurs intérêts économiques, à l'accord de libre — échange nord-américain. Le sirop de maïs à haute concentration en fructose était exporté par des producteurs américains, qui ont fait valoir que la taxe leur avait fait perdre la valeur de leur investissement. Le Mexique a répondu que sa taxe était une contre-mesure légale en réponse au blocage illégal par les États-Unis de l'accès des producteurs de sucre mexicains aux marchés américains, en violation de l'ALENA. Le Mexique a tenté en vain d'invoquer les contre-mesures comme circonstance excluant l'illicéité de toute violation présumée de ses obligations envers les investisseurs en vertu de l'ALENA. La question posée au tribunal arbitral était de déterminer si un investisseur au sens de l'article 1101 de l'ALENA possède des droits propres, distincts de ceux de l'État de sa nationalité, ou simplement des intérêts. En l'occurrence, le Mexique, favorable à une lecture interétatique du traité, prétendait que ce dernier n'accorde à un investisseur qu'un droit procédural, et non pas un droit substantiel. Dans la sentence ADM, le tribunal a estimé que les droits substantiels prévus par l'ALENA étaient ceux de l'État d'origine, tandis que ses ressortissants ne jouissaient que de droits procéduraux indépendants qui se matérialisaient lorsqu'un investisseur engageait une procédure d'arbitrage à l'encontre de l'État dans lequel il résidait. *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc v United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/04/05, Sentence, 21 novembre 2007, par. 173 : « As the substantive rights are owed to the home State, and countermeasures do not impair the investor's procedural right to initiate arbitration, the tribunal concluded that a host State can invoke countermeasures as a circumstance precluding wrongfulness of NAFTA breaches », v. aussi par. 161, 179. En l'occurrence, le Tribunal a estimé que les actions du Mexique ne remplissaient pas les conditions requises pour constituer des contre-mesures licites en vertu du droit international coutumier, car elles n'avaient pas pour but d'inciter les États-Unis à respecter leurs obligations au titre de l'ALENA et n'étaient pas proportionnées. Par. 180. En vertu de la théorie retenue par le tribunal dans cette sentence, des droits de l'investisseur dans le cadre des traités d'investissement se caractérisent de leur nature dérivée. Les droits des investisseurs ne sont pas séparables et peuvent donc être affectés par des contre-mesures visant l'État dont l'investisseur est ressortissant. Pour une analyse de cette sentence v. Gourgourinis, « Investors' rights qua human rights? Revisiting the 'direct'/'derivative' rights debate », *op.cit.*, p.135. La position contraire a été retenue par le tribunal dans la sentence *Corn Products International, Inc v United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/04/01, Decision on Responsibility (15 January 2008). En l'occurrence, le tribunal a considéré que le traité confère aux investisseurs de droits subjectifs et pas seulement d'intérêts. Le tribunal a conclu que l'illicéité de la violation par l'État hôte des droits de l'investisseur, un tiers, ne pouvait pas être exclue en invoquant des contre-mesures en réponse à une violation commise par l'État dont les investisseurs sont les ressortissants. Le recours du Mexique à des contre-mesures ne pouvait donc produire des effets qu'à l'égard des États-Unis, mais ne pouvait justifier aucune ingérence dans les droits de l'investisseur. Par. 167 : « In the Tribunal's view, the NAFTA confers upon investors substantive rights separate and distinct from those of the State of which they are nationals ». Pour une analyse v. Gourgourinis, *idem*, p. 157. Dans le sillage de cette deuxième sentence s'inscrit la sentence *Cargil, relevant du même différend. Cargil, Incorporated v United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)05/2, Award (18 September 2009). « The Tribunal acknowledges that the rights of investors under Chapter 11 derive from the agreement of the State Parties and that they may to some extent, at least as far as the reach of Chapter 11, be dependent on the continuation of that agreement. But this situation is no different from rights of individuals within many municipal legal systems. That the origin of individual rights may be found in the act of a sovereign, or in the joint act of sovereigns, does not negate the existence of the rights conferred ». Il faut aussi souligner que, tout en acceptant la théorie des « droits directs », le tribunal a retenu la position selon laquelle, des contre-mesures sont susceptibles d'affecter les droits individuels découlant des BIT. Par. 428 : « To the degree that the existence of claims under Chapter Eleven would limit the effectiveness of the countermeasures, then it need be recalled that there is always a range of possible countermeasures to be adopted. Moreover, customary international law itself prohibits certain countermeasures. There is no reason that the range of countermeasures might be further limited – either by direct exclusion in a treaty of certain measures or by the creation of a claims process placed directly in the hands of individuals – that limits the effectiveness of certain measures in whole or in part ».

¹⁰⁸⁷ Pour cette argumentation v. A. Peters, *Beyond human rights : the legal status of the individual in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, xxxv-602 p. pp. 329-330 : « A dilution of total investor protection is

peuvent ne pas être considérées comme des parties tierces qui doivent *a priori* rester à l'abri des contre-mesures. Des contre-mesures pourraient ainsi être prises et porter préjudice aux droits conférés aux investisseurs. Le rejet de cette position est fondé sur l'appréciation selon laquelle la finalité des traités d'investissement serait de protéger l'investisseur contre les écueils émanant des conflits politiques interétatiques. L'implication des droits des investisseurs dans le mécanisme des contre-mesures serait perçue comme signe de « politisation » du droit des investissements¹⁰⁸⁸. À la lumière de cette dernière interprétation, le droit des investissements ne forme aucun *self-contained regime* mais n'est pas dissociable du droit international général engendrant ainsi l'application des règles secondaires en matière de responsabilité des États codifiées par la Commission du droit international, dont celles relatives aux contre-mesures¹⁰⁸⁹. Toutefois, même les auteurs qui considèrent que des droits propres reconnus au profit des investisseurs en vertu des traités d'investissement peuvent être affectés par des contre-mesures, ne reconnaissent pas la possibilité de mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective,

reasonable: countermeasures must be allowed to affect investors. Otherwise, weak States would never have a chance to build up pressure. They have no other option that to use countermeasures to hit investor assets in particular. Complete protection of such assets would go too far. This is all the more obvious given that (depending on the design of the treaty), governmental investors may also fall within the scope of the treaty. Protecting these State actors from countermeasures would be entirely inappropriate. Additionally, investors are sometimes also at fault for breaches of international law committed by their home State. Also in such cases, investors do not appear worthy of protection. On the basis of these considerations not all individual rights of third parties should be protected against possible interference by countermeasures ». La même position avait été défendue par Frowein, qui considérait que la propriété ne devait pas être à l'abri des contre-mesures (*repressalienfest*), dans W. Fiedler, E. Klein, A. Schnyder, *Gegenmaßnahmen, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 37, 1998, 139 p., p. 110.

¹⁰⁸⁸ N. Klein, *Das Investitionsschutzrecht als völkerrechtliches Individualschutzrecht im Mehrebenensystem*, Baden-Baden, Nomos, 2017, 365 p., pp. 245-246. Pour la contribution du droit des investissements à la dépolitisation des conflits v. I. Shihata, « Towards a greater depoliticization of investment disputes : the roles of ICSID and MIGA », *ICSID Review*, 1986, pp. 1-25.

¹⁰⁸⁹ L'interprétation du droit des investissements en tant que *self restrained regime* a été défendue par Z. Dargatzis. Selon cet auteur, les règles de responsabilité internationale ne concerneraient que les relations interétatiques et non pas des rapports mixtes établis entre une personne privée, l'investisseur, et un État. « The hybrid foundations of investment treaty arbitration », *British yearbook of international law*, 2004, pp. 152-289, not. pp. 190-191 Un régime sui generis, correspondant à la nature hybride de la relation entre l'investisseur et l'État devait s'appliquer. « The contracting states to investment treaties have legislated for a new legal regime or sub-system to define the legal consequences that follow a violation of the minimum standards of treatment towards a qualified investment. In relation to the investor/state sphere, a breach of a treaty standard by the host state certainly creates new obligations upon that state. But these new obligations do not correspond to new rights of the national state of the investor because the injury is caused exclusively to the investor. This is so because the contracting states to investment treaties have opted out of the inter-state secondary rules of international responsibility in relation to a limited group of wrongs causing damage to a particular sphere of private interests. The national state of the investor thus has no immediate secondary rights within the investment treaty regime to challenge the commission of this breach of treaty; instead, the new rights arising upon the breach of treaty vest directly in the investor ». Cette argumentation est critiquée par Ch. Leben, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, 2004, pp. 683-714. P. 695 : « Les règles spécifiques de la responsabilité mises en place par un traité, s'appliquent, en premier lieu, à la place des règles coutumières de la responsabilité internationale telles que décrites par les articles de la CDI. Cependant, en l'absence de règles spécifiques conventionnelles, ce sont les règles générales qui ont vocation à s'appliquer. Et par exemple, si l'État refuse d'appliquer une sentence rendue par un tribunal arbitral dans le litige qui l'oppose à l'investisseur (premier niveau), l'État national de celui-ci pourra mettre en œuvre la clause de règlement des différends et saisir le tribunal arbitral prévu par le traité de protection (deuxième niveau). Si cette deuxième sentence est elle-même refusée, le refus pourra donner lieu à la mise en jeu de sa responsabilité au niveau interétatique (troisième niveau), que ceci soit expressément prévu dans le traité ou non ».

par le biais du recours à des contre-mesures pour des actes prétendument illicites commis par l'État dont sont originaires les investisseurs. Grâce au principe de proportionnalité, condition de licéité des contre-mesures, des préjudices subis par des investisseurs ne peuvent que très exceptionnellement être justifiés en tant que contre-mesures¹⁰⁹⁰.

424. L'étude de la pratique des contre-mesures confirme ainsi une tendance d'individualisation de celles-ci qui n'atteignent plus l'ensemble des ressortissants d'un État, mais soit les membres du gouvernement du pays ciblé, soit des personnes nommées individuellement dans les actes internes instituant les mesures de contrainte économique. La même tendance consistant à privilégier des sanctions dites intelligentes (a) et dont les effets ne doivent pas être dévastateurs pour la population de l'État visé se reflète dans la pratique du Conseil de sécurité. Toutefois, certaines sanctions ciblées atteignent de manière indirecte l'ensemble de la population de l'État dont une certaine catégorie de personnes ou d'activités sont ciblées (b). Il faut s'interroger si des pratiques récentes démontrent une tendance d'abandon des sanctions dites intelligentes (c).

a. La pratique récurrente de sanctions dites « intelligentes »

Ce type de sanctions se justifie par référence aux caractéristiques des personnes affectées (ii). La désignation individuelle est privilégiée pour atteindre les responsables politiques d'un État visé (i), ou des acteurs non étatiques (ii).

i. La pratique courante de gel des biens des personnes publiques : un cercle relativement restreint des personnes directement affectées.

425. Le gel des biens relève de la contrainte économique qui peut être exercée par le CS en vertu de l'article 41 de la Charte. Même si le gel des biens en tant que tel n'y est pas mentionné, il est admis que le CS peut procéder à cette mesure étant donné que ses prérogatives ne sont pas énumérées de manière limitative. Le recours à la mesure de gel des biens a été décidé de manière explicite par le CS dans le cadre des sanctions contre le gouvernement libyen en 1993. La

¹⁰⁹⁰ Cet argument est développé par T. R. Brown, *Ausprägungen der Globalisierung : Der Investor als partielles Subjekt im Internationalen Investitionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2012, 354 p., pp. 155-156 : « Un élément essentiel du droit des contre-mesures est avant tout le principe de proportionnalité. Selon le principe de proportionnalité, l'objectif de la contre-mesure doit être proportionnel à la gravité de la violation du droit international et la contre-mesure ne doit avoir qu'un effet temporaire et donc réversible. Les aspects suivants peuvent également être pris en compte dans ce contrôle de proportionnalité. L'importance de la règle de droit international violée, la co-responsabilité de l'acteur privé affecté par la contre-mesure dans la violation du droit international en question, la nécessité de ne pas toucher l'État lui-même, mais ses ressortissants par la contre-mesure prise ; la question de savoir si l'État ayant eu recours à la contre-mesure n'aurait pas d'autres possibilités à sa disposition qui permettraient de mieux répartir les dommages subis par les personnes privées ». L'auteur considère que si une contre-mesure affectant des biens privés est conforme aux conditions relevant des articles 52, 53 et 54 des articles de la Commission du droit international, un droit à l'indemnisation peut être reconnu au profit de la personne affectée, conformément à l'article 27 qui prévoit que « l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice [...] b) de la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question ».

suppression des actes de terrorisme était présentée comme motif de prise des mesures de gel des ressources financières détenues par les « administrations publiques libyennes » ou toute entreprise libyenne. Une définition du terme entreprise libyenne était incluse dans la résolution renvoyant ainsi à toute entreprise « détenue ou contrôlée par le Gouvernement ou identifiée par les États comme agissant au nom du Gouvernement ou des administrations publiques de Libye »¹⁰⁹¹. Des dispositions similaires se trouvent dans la résolution adressée à la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) en 1993. En vertu de la résolution, des mesures de gel devaient être prises par les États contre les biens appartenant aux autorités publiques et aux entreprises commerciales sises en République fédérative de Yougoslavie ou contrôlées directement ou indirectement par le gouvernement¹⁰⁹². Le CS, en s'opposant au refus des Serbes de Bosnie d'accepter le règlement territorial proposé par la République de Bosnie-Herzégovine, a décidé que les États devaient interdire toutes les activités économiques menées sur leur territoire par des entités appartenant à des personnes relevant des territoires contrôlés par les Serbes de la Bosnie. Cette interdiction d'entretenir des relations commerciales avec l'entité visée était suivie par l'obligation de gel des « fonds ou autres actifs financiers ou ressources financières » à la disposition des personnes ciblées par la résolution¹⁰⁹³.

426. Dans le cas de Haïti, à la suite du coup d'État de 1991, l'imposition d'un embargo sur les produits pétroliers destinés au pays, était renforcée par des mesures de gel. L'obligation de gel concernait les biens appartenant au gouvernement haïtien, aux autorités *de facto* ainsi qu'aux entités « relevant desdits gouvernement ou autorités ou contrôlés par eux »¹⁰⁹⁴. Ces résolutions semblent exiger un lien entre les autorités visées et les biens dont le gel est décidé.

427. Le ciblage des autorités publiques d'un État visé est souvent suivi par une référence explicite aux responsables politiques. Il s'agit d'un processus d'individualisation des sanctions qui vise à enlever des éléments de légitimité aux gouvernants des pays ciblés. La résolution 1483 de 2003 du CS relative à l'Irak adopte ce schéma. En vertu de la résolution, les États membres devaient geler « des fonds ou d'autres avoirs financiers ou ressources économiques » appartenant aux institutions publiques irakiennes. Cette obligation était suivie par la référence explicite au gel des avoirs de la famille des responsables politiques du pays. Cette disposition opérait un élargissement du cercle des personnes concernées. Prenant en considération la structure économique d'un État comme l'Irak dont le régime baathiste laisse

¹⁰⁹¹ S/ RES/881 (1993) par.3.

¹⁰⁹² S/ RES/820, (1993), par.21.

¹⁰⁹³ S/ RES/942 (1994), par.11.

¹⁰⁹⁴ S/ RES/841 (1993), par.8.

peu de place à des facettes économiques non dirigées par l'État, il peut être aisément constaté que l'effet de ce type de sanctions atteint de manière indirecte une grande partie de la population¹⁰⁹⁵. La résolution 1483 obligeait les États à faire immédiatement transférer les biens gelés au Fonds de développement pour l'Irak. Non seulement les entités composant la structure étatique, mais aussi des personnes liées de manière directe ou indirecte avec le régime étaient affectées par la résolution.

428. Selon la pratique récurrente des États, l'imposition de la mesure du gel affecte le gouvernement du pays ciblé. Prenant l'exemple des États-Unis, il est nécessaire au Président américain de proposer une définition du « gouvernement » du pays visé en vertu d'un *executive order*. Cette structure est identique dans tous les décrets présidentiels. Après la qualification de la situation par le Président qui justifie la proclamation d'un état d'urgence nationale, une référence est faite aux entités concernées par les mesures de gel. À la suite de l'identification de l'entité ciblée, sont mentionnées les personnes qui sont concernées par cette mesure. Cette référence contribue à la détermination du champ d'application des mesures. Dans l'*executive order* 12 170, concernant le gel de la propriété du gouvernement iranien, une définition large du gouvernement de l'Iran est proposée pour incorporer les différentes émanations de cet État¹⁰⁹⁶. La même structure se trouve dans l'*executive order* 12 544 portant sur le gel des biens du gouvernement libyen¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁵ S/ RES/1483 (2003), par.23 : « Par la mesure de gel sont ainsi concernés des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques “acquis par Saddam Hussein ou d'autres hauts responsables de l'ancien régime irakien ou des membres de leur famille proche, y compris les entités appartenant à ces personnes ou à d'autres personnes agissant en leur nom ou selon leurs instructions, ou se trouvant sous leur contrôle direct ou indirect”.

¹⁰⁹⁶ *Executive Order* n. 12170, Nov. 14, 1979, 44 F. R. 65729 : « Blocking Iranian government property, I (le président Carter) hereby order blocked all property and interests in property of the Government of Iran, its instrumentalities and controlled entities and the Central Bank of Iran which are or become subject to the jurisdiction of the United States or which are in or come within the possession or control of persons subject to the jurisdiction of the United States ». Cette interprétation large de la notion de personne contrôlée par l'Iran témoigne du caractère d'hostilité latente entre les deux pays. Les rapports ont été si fortement envenimés que même les simples ressortissants Iraniens ont été affectés par des mesures de sûreté prises par les États-Unis. Après l'affaire des otages de l'ambassade américaine à Téhéran, les États-Unis ont pris plusieurs mesures à l'encontre des personnes de nationalité iranienne. Ils ont annulé les visas pour les entrées futures dans le pays et ont également soumis les Iraniens aux États-Unis à des enquêtes spéciales sur les conditions d'obtention des visas qu'ils détenaient. Les détenteurs de visas d'étudiant, par exemple, ont été invités à se présenter aux autorités pour une vérification de leur statut, ce qui n'était pas le cas pour les ressortissants d'autres pays. Le fait que les mesures n'aient été appliquées qu'aux Iraniens, prouve leur caractère discriminatoire et a fait l'objet de plusieurs critiques. V. p. ex. la critique adressée par O. Schachter, *International law in theory and practice, op.cit.*, : « The fact that the actions were applied only against Iranians to an extent and in a manner not followed in regard to other foreign students underscored the discriminatory and retaliatory character of the US conduct. That the US conduct can be attributed to public indignation heightened by the frustration felt in the US in the face of Iranian recalcitrance provides an explanation, but not an adequate justification. It shows that governments which have been gravely wronged need to be especially on guard to avoid vindictive acts against innocent persons that lower the standards of civilized behaviour », p.181. Toutefois, la licéité de cette mesure et son caractère raisonnable et sa conformité avec le *due process* et le principe d'égalité devant la loi a été approuvée par la justice américaine. Les juges américains ont constaté l'existence d'un fondement rationnel pour l'imposition de ces mesures discriminatoires aux étudiants iraniens. US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Narenji v. Civiletti*, 617 F.2d 745 (1979).

¹⁰⁹⁷ *Executive Order* 12 544 Jan. 8, 1986, 51 FR 1235 « Blocking Libyan government property in the United States or held by U.S. persons ».

429. L'*executive order* 12635 de 1988, relatif aux événements du Panama proclamait l'état d'urgence nationale. Ce décret, publié quelques mois avant l'invasion américaine au Panama, prévoyait le gel des biens appartenant au gouvernement et aux établissements publics contrôlés par lui¹⁰⁹⁸. À la formule renvoyant au gouvernement et ses émanations est ajoutée une référence explicite aux personnes qui se retrouvent ainsi nommés dans le texte du décret. Cette désignation des personnes concernées par les mesures de gel peut être expliquée en tant que reconnaissance de l'influence des acteurs non-étatiques ou des groupes infra-étatiques aux gouvernements de certains États.

ii. Le gel des biens privés, outil de prédilection du mécanisme des sanctions imposées à des acteurs non-étatiques

430. L'entrée des nouveaux acteurs sur la scène internationale, surtout à l'occasion de la lutte contre le terrorisme, rompt le lien jadis repérable dans les mesures de contrainte économique, et en vertu duquel des personnes physiques ou morales étaient tenues responsables pour le comportement d'un gouvernement. Le gel des avoirs s'adapte comme un outil à la nouvelle tendance de la contrainte économique, à savoir le ciblage d'acteurs non étatiques. Dorénavant, le ciblage de certaines entités se fait par invocation de leur propre comportement. Les atteintes aux biens des personnes s'inscrivent dans une démarche de reconnaissance de la personnalité juridique des individus et dans le sillage du renforcement de leur statut sur la scène internationale. Cette pratique se reflète dans certains décrets présidentiels qui énumèrent spécifiquement les personnes dont les avoirs sont gelés. Parmi ces personnes figurent à la fois les membres des gouvernements des États ciblés et des acteurs non-étatiques¹⁰⁹⁹.

431. Les sanctions décidées par le Conseil de sécurité contre l'Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola en 1998 comprenaient ainsi le gel des biens appartenant aux membres du groupe ainsi qu'à leurs familles¹¹⁰⁰. Le recours à des mesures de gel des biens appartenant à des personnes individuellement nommées a pris un caractère systématique dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme ». Le comité, institué par la résolution du CS 1267 (1999), était chargé de déterminer les individus associés à Usama bin Laden ou des personnes contrôlées de manière directe ou indirecte par lui. Les États étaient obligés de s'aligner sur les

¹⁰⁹⁸ *Executive Order* 12635, April 8, 1988, 53 FR12134, 3 CFR 1988, p. 563 : « Section 1 : I hereby order blocked all property and interests in property of the Government of Panama that are in the United States, that hereafter come within the United States, or that are or hereafter come within the possession or control of persons located within the United States. For purposes of this Order, the Government of Panama is defined to include its agencies, instrumentalities and controlled entities, including the Banco Nacional de Panama and the Caja de Ahorros ».

¹⁰⁹⁹ V. p. ex. *Executive Order* 12635, April 8, 1988, 53 FR12134, 3 CFR 1988, p. 563 : « Section 2. La mesure du gel affectait les personnes relevant du gouvernement de Syrie, mais aussi des personnes membres des groupes impliqués dans des actions terroristes ».

¹¹⁰⁰ S/ RES/1173 (1998), par.11.

propositions du comité et de prendre des mesures de gel des biens appartenant à ces personnes¹¹⁰¹. La prolifération de ce type de mesures marque une évolution de la pratique du CS qui est ainsi en mesure d'édicter des règles adressées à des individus sans passer par les États. Auparavant, les individus étaient visés pour leur relation avec le gouvernement ou les autorités publiques d'un État. Même si l'objet des mesures de contrainte économique était l'individu, l'objectif restait l'État¹¹⁰². Cette structure change radicalement avec l'émergence d'acteurs non étatiques. À la lumière de cette évolution, les personnes privées constituent à la fois l'objet et l'objectif du ciblage par des sanctions économiques. Sous l'influence de cette pratique, la référence précise à des individus ciblés par le CS se systématisait à l'occasion des mesures prises contre des États.

432. L'*executive order* 13 224 portant sur le gel des personnes présumées avoir participé aux actes terroristes de septembre 2001 constitue la référence incontournable à ce processus d'individualisation des mesures de contrainte économique. Ce texte, suivi d'une annexe comportant les noms des personnes ciblées, conférait la prérogative au Secrétaire d'État de déterminer les personnes soupçonnées d'avoir participé à des actes de terrorisme¹¹⁰³. À de nombreuses reprises les actes postérieurs organisant le gel d'actes ont renvoyé de manière explicite à ce décret du 23 septembre 2001.

433. Une autre manifestation du processus d'individualisation des mesures de gel consiste à cibler des personnes physiques ou morales spécifiques entretenant des liens avec une parcelle spécifique de l'économie du pays. Souvent les personnes ciblées sont accusées de se trouver à l'origine d'une violation des droits de l'homme. Par cette référence explicite, des personnes sont ajoutées au cercle des dirigeants du pays¹¹⁰⁴.

¹¹⁰¹ S/ RES/1333 (2000), par.8.

¹¹⁰² Kelsen rejetait la thèse favorable à la reconnaissance de la possibilité de viser des individus pour des comportements étatiques. H. Kelsen, *The law of the United Nations*, London, Stevens, 1951, xvii-903 p., p.738 : « The sanctions provided for by the Charter are - as a rule - to be directed against States as such, not against individuals ». Les simples individus pouvaient ainsi, par ricochet, subir les effets de mesures mettant en œuvre un régime de responsabilité collective. « Les délits internationaux qui entraînent des sanctions sont commis par des hommes qui remplissent des fonctions de gouvernement d'un État ; les sanctions, elles, ne sont pas dirigées exclusivement contre ces hommes ; elles sont dirigées contre d'autres hommes, contre les citoyens ; on peut donc exprimer le sens de la proposition que les sanctions sont dirigées contre l'État en disant : les sanctions établies par le droit international général — guerre et représailles — fondent une responsabilité collective des membres de l'État pour les délits commis par le gouvernement. ... [I] a responsabilité collective en question est une responsabilité du fait d'autrui, sans faute, une responsabilité de résultat (*Erfolgshaftung*) » H. Kelsen, *Théorie Pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, xv-496 p., p.427-428.

¹¹⁰³ Il faut rappeler que l'ordre proposait une définition du terme « terrorisme » dans la section 3. *Executive order*, 13 224, 23 September 2001, F. R. 49079.

¹¹⁰⁴ V. p. ex. *Executive order* 13566 25 February 2011, F.R. 11315, vol. 76, n. 41, 2 mars 2011, Blocking property and prohibiting certain transactions related to Libya. Les mesures de gel concernent les personnes déterminées par le secrétaire du trésor : « (i) to be a senior official of the Government of Libya; (ii) to be a child of Colonel Muammar Qaddafi; (iii) to be responsible for or complicit in, or responsible for ordering, controlling, or otherwise directing, or to have participated in, the commission of human rights abuses related to political repression in Libya ».

434. Des mesures à l'image du gel des avoirs imposées contre des individus précis auraient une connotation pénale, conçues en tant que sanction pour une faute commise et ne démontrant pas en soi un degré d'hostilité. Toute personne présumée responsable de ce « dommage » serait ainsi concernée par ce type de mesures restrictives. Le terme « personnalisation » a été employé par la doctrine pour décrire ce processus d'affinement du mécanisme des sanctions ou des contre-mesures pour pallier les effets subis par la population des États visés¹¹⁰⁵. Il s'agit d'un mécanisme qui s'inscrit dans le courant d'individualisation de la responsabilité en droit international qui se concrétise dans le ciblage des dirigeants et même l'engagement de leur responsabilité pénale. Il ne s'agirait que d'un mécanisme d'engagement de responsabilité individuelle malgré le fait que l'imputation d'un fait préjudiciable à une personne ne s'appuie que sur une décision unilatérale et souvent insusceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Par ces mesures attentatoires au droit de la propriété pourraient aussi être concernées des personnes qui soutiennent les actions désapprouvées ou en tirent bénéfice. Un lien direct avec l'action répréhensible doit être constaté. Ce lien pourrait être un soutien matériel voire financier actif. Toute personne physique ou morale apportant de l'aide pour la réalisation d'un acte pourrait être perçue en tant que complice et pour cette raison être concernée par les mesures.

b. Des mesures de gel des biens entraînant des conséquences indirectes sur l'ensemble de la population. La résurgence éventuelle d'un mécanisme de responsabilité collective.

435. La tendance de la prolifération des mesures économiques visant des individus nommés de manière explicite, obéissant ainsi à la finalité de diminuer les risques encourus par les simples ressortissants des pays ciblés et les éventuelles conséquences collatérales économiques¹¹⁰⁶, n'a pas rendu tout recours à des mesures de contrainte globales obsolète. L'abandon progressif du caractère ciblé des mesures de gel des avoirs et la persistance du recours à des mesures économiques ciblant l'ensemble des personnes impliquées et actives dans l'économie du pays visé pourraient être interprétés comme signe de dégradation des relations interétatiques. Le passage pourrait ainsi s'effectuer d'un régime des mesures inamicales qui reflètent une tension entre les États vers un régime de mesures atteignant un ensemble considérable, voire la totalité des ressortissants de l'État visé.

¹¹⁰⁵ Burdeau, « Le gel des avoirs », *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁰⁶ V. H. Berman, P. Dobriansky et al., « Maintaining America's Coercive Economic Strength: Five Trends to Watch in American Sanctions », (Washington, D.C. : Center for a New American Security, 2019, www.cnas.org/publications/reports/maintaining-americas-coercive-economic-strength). « The expanding complexity of US sanctions statecraft has allowed to HS government to more precisely target financial measures at criminal actors and security threats, and to narrowly target large global companies and enterprises where more sweeping sanctions could have yielded unacceptable collateral costs ».

436. En effet, si une crise interétatique s'envenime, le périmètre des contre-mesures pourrait s'étendre comprenant même des personnes dont le lien avec les personnes responsables de l'action étatique répréhensible ne serait qu'indirect. L'élargissement du cercle des personnes affectées montrerait une tendance d'abandon du caractère ciblé des sanctions qui deviendraient ainsi des mesures globales (i). Il s'agirait d'un indice d'instauration d'un mécanisme de responsabilité collective similaire à celui opératoire lors de proclamation de l'état de guerre formelle et présupposant l'attribution du caractère ennemi aux personnes relevant de l'État adverse. Les mêmes effets pourraient avoir des mesures *a priori* ciblées, affectant toutefois, de manière indirecte, l'ensemble de la population de l'État visé (ii).

i. Les conséquences sur le statut économique des ressortissants de l'État ciblé par des sanctions globales.

437. Le recours à des sanctions dites globales a engendré des réflexions quant à l'assimilation des mesures de contrainte économique à des mesures de pression économique applicable en temps de guerre. La mise en œuvre des sanctions dites globales touche aux intérêts de l'ensemble de la population civile de l'État visé. Dans le cadre des sanctions imposées par le CS contre l'Irak au lendemain de l'invasion du Koweït le 6 août 1990¹¹⁰⁷, un régime d'embargo total avait été imposé. Cela consistait en l'interdiction de tout rapport commercial impliquant des marchandises en provenance de l'Irak ou du Koweït occupé, ou des transactions opérées par les ressortissants de ces États¹¹⁰⁸. Les États prenaient l'obligation d'interdire à leurs nationaux ou aux personnes qui y résidaient tout transfert de fonds à destination des personnes physiques ou morales se trouvant en Irak ou au Koweït. L'objectif, par conséquent, était la cessation de tout rapport commercial impliquant aussi le gel des biens des ressortissants de ces deux États. L'interdiction générale de mise à disposition des biens irakiens concernait à la fois les avoirs officiels et privés. Il s'agissait d'une mesure globale qui se distingue par rapport à d'autres sanctions prises par le CS visant exclusivement les biens des dirigeants politiques¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁷ S/ RES/661 (1991), par.4, le Conseil de sécurité : « décide que tous les États s'abstiendront de mettre à la disposition du Gouvernement irakien ou de toute entreprise commerciale, industrielle ou de services publics sise en Irak ou au Koweït des fonds ou toute autres ressources financières ou économiques et empêcheront leurs nationaux et toutes personnes présentes sur leur territoire de transférer de leur territoire ou de mettre par quelque moyen que ce soit à la disposition du gouvernement irakien ou des entreprises susvisées de tels fonds ou ressources et de verser tous autres fonds à des personnes physiques ou morales se trouvant en Irak ou au Koweït, à l'exception des paiements destinés exclusivement à des fins strictement médicales ou humanitaires et, dans des cas où des considérations humanitaires le justifient, des produits alimentaires ».

¹¹⁰⁸ S/ RES/661 (1990), par.3.

¹¹⁰⁹ S/ RES/41 (1993) par. 8 le Conseil de sécurité : « décide que les États où se trouvent des fonds, y compris tout fonds provenant de biens a) appartenant au gouvernement ou aux autorités de facto en Haïti ou b) contrôlés directement ou indirectement par les dits gouvernement ou autorités ou contrôlés par eux, devront exiger de toutes personnes et entités se trouvant sur leur territoire qui détiendrait de tels fonds qu'elles gèlent lesdits fonds de sorte qu'ils ne puissent, directement ou indirectement, être mis à la disposition des autorités de facto en Haïti, ou utilisés à leur profit ».

La parenté de ces mesures avec celles prises en période de guerre et d'exercice des droits des belligérants est ainsi manifeste¹¹¹⁰. La radicalité de la mesure d'isolation économique totale semble ne pas s'alléger par la référence « aux considérations humanitaires » qui permettent l'exemption du champ d'application de l'embargo des fournitures à usage strictement médical et les produits alimentaires¹¹¹¹.

ii. Le recours à des sanctions ciblées ayant des effets économiques préjudiciables pour l'ensemble des ressortissants de l'État visé.

438. Des résolutions du CS ou des actes relevant de l'ordre juridique interne peuvent se référer à des catégories spécifiques de personnes et les champs de leurs activités. À la lumière du caractère névralgique de certains secteurs pour l'économie du pays visé, une décision de gel des biens ou de cessation de toute opération économique peut avoir les mêmes effets que des mesures globales visant les biens des ressortissants ennemis, prises en temps de guerre formellement déclarée. Une approche conséquentialiste pourrait confirmer la véracité de cette allégation. En effet, les conséquences globales des mesures de contrainte économique sur l'état des ressortissants d'un État sont prises en considération. La cessation des activités économiques des entreprises relevant d'un certain secteur économique pourrait ainsi entraîner des conséquences néfastes de manière indirecte sur la condition économique de l'ensemble des ressortissants d'un État.

439. Une référence pourrait être faite à l'*executive order* n. 12 722 de 1990 qui à la fois précise les mesures de gel contre les biens du gouvernement irakien et interdit une série de transactions avec le pays. Il est intéressant de relever que l'intensification de la pression

¹¹¹⁰ Cette problématique de mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective contre les ressortissants irakiens se trouve derrière un arrêt du CE du 23 septembre 1992, Réq. N. 120 437, et 120 737 v. *Revue Plein droit* 2002/2-3, n. 53-54 p.19-20. En l'occurrence, un recours avait été fait par GISTI et MPAR contre une circulaire du ministre de l'éducation nationale adressée aux présidents et directeurs des établissements d'enseignement supérieur. La circulaire prévoyait la suspension du versement des bourses d'études aux étudiants irakiens, leur refusant aussi tout droit d'inscription aux établissements universitaires pour l'année académique 1990-1991. Les requérants considéraient que la circulaire introduisait une discrimination arbitraire fondée sur la nationalité, rendant ainsi les ressortissants irakiens responsables du régime de Saddam Hussein. Le CE a jugé qu'un tel acte échappait à tout contrôle juridictionnel entrant dans le camp de l'acte de gouvernement. Cette initiative ne pouvait qu'être qualifiée de contre-mesure — terme toutefois non utilisé par le CE — à la suite de la crise des otages provoquée par la rétention des ressortissants des « nations agressives » par les autorités irakiennes, entamée en août 1991. Une opinion différente à ce sujet a été exprimée par le Commissaire du gouvernement David Kessler qui dans ses conclusions précisait que « quelle que soit la compréhension que l'on peut avoir des enjeux internationaux de l'affaire du golfe, nous pensons qu'une mesure générale d'interdiction d'étudiants étrangers relève bien de la compétence du juge administratif qui doit effectivement exercer son contrôle » *AJDI*, 1992, vol. 11, p. 753-755, p. 755.

¹¹¹¹ Le Comité chargé de coordonner l'application des sanctions s'est penché sur le sens de « circonstances humanitaires ». L'interprétation proposée par chaque État différerait en fonction de sa position à l'égard du pays irakien. V. M. Koskeniemi, « Le comité des sanctions créé par la Résolution 661 (1990) du CS », *AFDI*, 1991, p.119-137. Il faut rappeler qu'un allègement a été apporté à ce régime par la résolution 687 (1991). En vertu du par. 20 les denrées alimentaires pouvaient être exportées vers l'Irak sur simple notification. L'exportation des autres fournitures de première nécessité pour la population civile devaient être approuvées par le Comité. V. aussi la résolution 706 (1991) qui a autorisé l'importation du pétrole irakien destiné à l'achat de denrées alimentaires et d'articles de première nécessité.

économique sur l'Irak se concrétise en un mélange des mesures de gel de biens et d'interdiction de certaines transactions. Concernant les destinataires de l'acte, une définition du terme « *United States person* » est entreprise englobant à la fois les citoyens américains et les étrangers qui y siègent. Il s'agit ainsi d'une invocation simultanée du critère national et territorial pour élargir le cercle des personnes qui doivent se conformer à ces règles¹¹¹². Même si les mesures de gel concernent exclusivement le gouvernement irakien et ses émanations¹¹¹³, la prohibition des transactions et plus précisément la régulation des paiements ou de tout transfert de biens s'applique à toute personne relevant de l'ordre juridique irakien. Par conséquent, la distinction entre le gouvernement et les ressortissants irakiens perd son utilité. Les droits et intérêts des ressortissants de l'État ciblé semblent être atteints de manière indirecte. Par ailleurs, il faut souligner que par cette mesure ne sont pas seulement concernées les personnes morales ayant la nationalité du pays, mais aussi celles qui sont contrôlées de manière directe ou indirecte par l'Irak ou les Irakiens¹¹¹⁴. Cette mesure reflète une radicalité semblable à celle d'une mesure de guerre. En effet, on peut constater une certaine hostilité à l'égard de l'Irak au vu de l'intensité de cette mesure. La même logique est reflétée dans l'*executive order* concernant le gel des biens des gouvernements impliqués dans la situation au Kosovo. Bien que les mesures de gel aient affecté les gouvernements, l'interdiction d'exercer du commerce, adressée aux « *United States persons* », comportait tout nouvel investissement dans le pays. Le décret proposait une définition très large du terme « *new investment* » pour englober l'ensemble des opérations économiques destinées au Kosovo¹¹¹⁵. La radicalité de cette mesure consiste à atteindre les intérêts privés, en les excluant de toute transaction économique.

440. En vertu l'*executive order* 13 722 de 2016 affectant dans un premier temps les biens appartenant au gouvernement de la Corée du Nord ou aux membres du Parti des travailleurs¹¹¹⁶, la compétence est donnée aux organes du pouvoir exécutif (secrétaire du trésor après

¹¹¹² *Executive Order* n. 12 722 Aug. 3, 1990, 55 FR 31803 : « For purposes of this Order, the term “United States person” means any United States citizen, permanent resident alien, juridical person organized under the laws of the United States, or any person in the United States ».

¹¹¹³ *Idem*, Section 1 : « All property and interests in property of the Government of Iraq, its agencies, instrumentalities and controlled entities and the Central Bank of Iraq that are in the United States, that hereafter come within the United States or that are or hereafter come within the possession or control of United States persons, including their overseas branches, are hereby blocked ».

¹¹¹⁴ *Idem*, Section 4 : « Such actions may include prohibiting or regulating payments or transfers of any property or any transactions involving the transfer of anything of economic value by any United States person to the Government of Iraq, its instrumentalities and controlled entities, or to any Iraqi national or entity owned or controlled, directly or indirectly, by Iraq or Iraqi nationals ».

¹¹¹⁵ *Executive order* 13088, June 9, 1998, 32019 F.R., vol. 63, n. 113, June 12, 1998, Section 5c : « The term “new investment” means (i) the acquisition of debt or equity interests in, (ii) a commitment or contribution of funds or other assets to, or (iii) a loan or other extension of credit to, a public or private undertaking, entity, or project, including the Government of the Republic of Serbia, other than donations of funds for purely humanitarian purposes to charitable organizations ».

¹¹¹⁶ *Executive Order* 13722, March 15 2016, F.R. 14943, vol. 81, n. 5, March 18, 2016. Sec. 1.

concertation avec le secrétaire d'État) pour geler la propriété de toute personne active dans l'économie de la Corée du Nord. Plus précisément, dans l'*executive order* figure la référence aux transports, à l'énergie, à l'industrie des mines et aux services financiers. Cette énumération, qui semble ne pas être limitative, couvre ainsi un éventail très varié des facteurs économiques dont la paralysie en raison du gel de leurs biens semble pouvoir engendrer des conséquences néfastes pour la population, à l'image des mesures prises contre la population ennemie en temps de guerre. La mesure de gel concerne aussi les personnes qui par leurs activités commerciales contribuent au développement du programme nucléaire et balistique coréen¹¹¹⁷. Les mesures de gel sont accompagnées de l'interdiction d'entretenir des relations économiques et de mettre en œuvre de nouveaux plans d'investissement adressée à toute « *United States person, wherever located* ». Une des interrogations majeures concerne le champ d'application des mesures de gel étant donné qu'elles concernent les personnes soumises à la juridiction des États-Unis. Cette compétence se fonde sur une interprétation large du terme de « *United States persons* ». Les mesures de gel sont ainsi imposées aussi aux succursales et filiales des entreprises américaines situées en dehors du territoire des États-Unis.

441. La même tendance de désignation précise et individuelle des personnes ciblées peut être constatée dans les mesures restrictives de l'UE. Cette dernière privilégie le recours aux contre-mesures non-globales. Néanmoins, même ce type de mesures de contrainte économique peut entraîner des conséquences importantes sur la population de l'État ciblé de manière indirecte. Certes, les intérêts économiques de la population entière ne sont pas ciblés de manière directe, comme c'est le cas à l'occasion du gel des biens de chaque ressortissant de l'État ennemi. Des conséquences néfastes pour les ressortissants sont ainsi liées non seulement aux mesures de gel des biens privés, mais aussi aux mesures restrictives affectant l'économie de l'État ciblé (a). Le ciblage du secteur bancaire constitue un exemple de mesures affectant une société dans sa globalité (b).

a. Le ciblage de branches spécifiques de l'économie d'un État : des effets directs sur les personnes ciblées et des effets indirects sur l'ensemble de la population.

442. L'importance d'un certain secteur peut être si cruciale pour l'économie d'un pays que les conséquences d'une mesure vis-à-vis des acteurs actifs dans ce secteur peuvent être néfastes pour les biens et la condition économique de la population civile dans son ensemble. Ceci

¹¹¹⁷ *Idem*, Par le gel est concernée toute personne considérée « to operate in any industry in the North Korean economy as may be determined by the Secretary of the Treasury, in consultation with the Secretary of State [...] such as transportation, mining, energy, or financial services ».

s'explique, à titre d'exemple, par la volonté de geler les avoirs financiers d'une branche spécifique de l'économie de l'État visé qui semble être d'une importance cruciale principalement pour son potentiel de guerre. Cette finalité se trouve derrière la décision de gel des « fonds, avoirs financiers et ressources économiques » des personnes qui contribuent ou apportent un appui « aux programmes en rapport avec les armes nucléaires, les missiles balistiques et autres armes de destruction massive de la République populaire démocratique de Corée »¹¹¹⁸, ou « aux activités nucléaires de l'Iran posant un risque de prolifération et à la mise au point de vecteurs d'armes nucléaires »¹¹¹⁹.

443. Ces types de mesures semblent correspondre aux sanctions dites intelligentes qui se déterminent en fonction de la personne visée, de la nature des biens bloqués, ou des services et secteurs de l'économie concernés. Il faut préciser que le Conseil de sécurité opte souvent pour la combinaison de différents types de sanctions intelligentes. Dans le cas iranien, le gel des avoirs des personnes impliquées dans les activités nucléaires se combine avec des mesures prises contre des groupes proches des autorités iraniennes, comme le Corps des gardiens de la révolution islamique. En l'occurrence, le ciblage d'un secteur économique s'ajoute au ciblage d'un groupe de personnes. L'interdiction explicite des rapports avec des entités ou des personnes nommées de manière individuelle ou relevant des secteurs précis est suivi par une « obligation de vigilance » incombant aux nationaux des pays membres de l'ONU. La résolution 1929 (2010) précise que les personnes relevant de la juridiction des États de l'ONU doivent faire « preuve de vigilance » lorsqu'ils font affaire « avec des entités constituées en sociétés en Iran ou relevant de la juridiction iranienne », disposant d'informations relatives à la contribution de cette activité au programme nucléaire iranien. Le Conseil de sécurité nomme à titre indicatif, en employant l'adverbe « notamment », le Corps des gardiens de la révolution islamique et la compagnie *Islamic Republic of Iran Shipping lines*, souhaitant par cela déclarer que toute entité ou toute personne pourrait éventuellement être présumée s'immiscer au programme nucléaire¹¹²⁰. Le caractère « raisonnable » des motifs permettant de lier des activités économiques avec le programme nucléaire laisse une marge de manœuvre assez large à la fois aux personnes qu'aux États ayant l'obligation d'inspecter la vigilance attendue par les premières. Des sanctions imposées contre des secteurs spécifiques de l'économie de l'État visé peuvent ainsi entraîner des conséquences importantes sur l'ensemble de ses ressortissants.

¹¹¹⁸ CS/RES/1718 (2006), par. 8.

¹¹¹⁹ CS/RES/1737 (2006), par.12 et CS/RES/1929/2010, par.21.

¹¹²⁰ CS/RES/1929 (2010), par.22.

b. Le ciblage du secteur bancaire de l'État visé : une mesure affectant nécessairement l'ensemble de la population.

444. Le secteur financier présente des particularités qui méritent d'être soulevées. Après la prise de mesures restrictives contre le secteur bancaire, la valeur des dépôts d'argent dont les titulaires sont les ressortissants sans aucun lien spécial avec la structure étatique de l'État ciblé est affectée. Des répercussions globales sont ainsi liées à des mesures censées ne pas être globales. Le gel des avoirs de la banque centrale d'un pays, au-delà des interrogations quant à la licéité de cet acte¹¹²¹, engendrent des conséquences néfastes pour la valeur de la monnaie étatique conduisant à une perte considérable de la valeur des biens privés. Les effets d'un gel des biens officiels peuvent ainsi être ressentis par la population entière d'un État. L'objectif de laisser intacts les biens des ressortissants de l'État, qui sous-tend le recours à des mesures de contrainte ciblée, pourrait ainsi se trouver compromis en raison de l'effet qu'aurait un gel des avoirs officiels.

445. Parmi les mesures qui de manière indirecte ont aboutissent à la dévalorisation des biens privés, l'exclusion des institutions bancaires des services de messagerie interbancaire, dont le plus répandu est le mécanisme *SWIFT* (*Society for Worldwide Interbank Financial*

¹¹²¹ Le droit international prévoit l'immunité des États souverains étrangers à l'égard de la juridiction des tribunaux et des mesures prises en lien avec le jugement pour le faire appliquer ou exécuter V. Convention des Nations Unies sur les immunités, juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée en 2004, Art. 5 : Immunité des États « Un État jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État, sous réserve des dispositions de la présente Convention ». Il faut s'interroger si la question d'immunité est soulevée dans le cas de toute de toute mesure qui restreint l'utilisation des avoirs publics, comme par exemple les actifs de la banque centrale d'un État. Une partie de la doctrine s'interroge, d'ailleurs, sur la possibilité d'invoquer l'immunité d'exécution alors même qu'une mesure de gel des fonds est une mesure administrative, et non juridictionnelle. Selon certains, puisque les États sont généralement libres d'agir comme ils l'entendent, à moins qu'une règle spécifique ne s'y oppose, et parce que les gels temporaires d'avoirs sur la base d'une action du pouvoir exécutif sont suffisamment distincts de la saisie de biens dans le cadre d'un processus juridique, les immunités souveraines ne sont pas opposables en cas d'imposition de sanctions. I. Wuerth, « Does Foreign Sovereign Immunity Apply to Sanctions on Central Banks? », *Lawfare*, 7 March 2022, <https://www.lawfareblog.com/does-foreign-sovereign-immunity-apply-sanctions-central-banks>. D'autres considèrent que si un État ne peut même pas geler les biens d'un autre État en vertu d'une décision de justice, il ne peut pas être autorisé à le faire en l'absence d'une telle décision, simplement sur la base de la décision de l'exécutif. Si l'immunité d'exécution, consiste au droit pour un État de ne pas être soumis de manière générale à une mesure de contrainte mise en œuvre par un autre État, le gel d'avoirs publics ne pourrait être justifié qu'en tant que contre-mesure. J. M. Thouvenin, « Gel des fonds des banques centrales et immunité d'exécution » pp. 209-219 dans Peters A., Lagrange E., Oeter St., Tomuschat Chr.(éd.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Nijhoff, Leiden, 2015, xii-366 p. « C'est une question qu'il faut poser puisque l'actualité est porteuse d'une série de cas dans lesquels ont été gelés, en Europe et aux États-Unis notamment, les biens de banques centrales d'États tiers » p. 209. [...] « Le gel des fonds d'une banque centrale est une mesure administrative et non juridictionnelle, ce qui explique que l'on s'interroge rarement sur sa compatibilité avec le droit des immunités. Cela tient sans doute au fait que l'immunité d'exécution n'intéresse les juristes qu'en tant qu'elle prolonge l'immunité de juridiction ». p. 211. L'auteur considère que l'idée « d'une immunité d'exécution jouant en dehors de toute procédure juridictionnelle n'est pas considérée comme inepte », p.213. « Ce que l'immunité d'exécution établit, c'est le droit pour un État de ne pas être soumis à une mesure de contrainte mise en œuvre par un autre État. Il semble en effet que les mesures de gel des fonds des banques centrales aient été adoptées à titre de contre-mesures, ce qui aurait pour effet d'exclure l'illicéité du non-respect de l'immunité d'exécution des États cibles » p.215. Dès lors que « c'est le principe d'égalité souveraine qui interdit à un État d'exercer sa juridiction sur un autre, cette interdiction doit jouer non seulement à l'encontre de l'État qui se fait juge, mais également à l'encontre de l'État législateur et de l'État exécutif. En d'autres termes, ce qui vaut pour le judiciaire doit nécessairement valoir aussi pour le législateur et pour l'administration » p. 213.

Telecommunication), occupe une place prépondérante¹¹²². Ce mécanisme, dont le siège se trouve à Bruxelles, permet le transfert des fonds vers et depuis des banques étrangères. L'impossibilité d'effectuer des paiements transfrontaliers est souvent présentée comme l'arme nucléaire du marché financier. En vertu du Règlement no 267/2012 du Conseil européen du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran, « les services spécialisés de messagerie financière, utilisés pour échanger des données financières » ont été interdits aux entités et organismes nommés aux annexes au règlement¹¹²³. Le gel des avoirs de la Banque centrale d'Iran a été prévu ainsi que celui d'autres banques indépendamment de leur statut en tant qu'institutions publiques ou privées sous condition qu'elles soutiennent des activités en rapport avec le secteur militaire ou celui de l'énergie nucléaire¹¹²⁴. L'accord de Vienne sur le nucléaire Iranien du 14 juillet 2015 prévoyait dans son article 19 de mettre un terme à l'exclusion) de l'exclusion de la banque centrale et des banques privées du système *SWIFT*. Toutefois, sous la pression exercée par les États-Unis et la décision du président Trump de se retirer de l'accord de 2015, de nouvelles sanctions contre le régime de Téhéran et les banques iraniennes désignées par les États-Unis ont été exclues du système de communication interbancaire¹¹²⁵.

446. Ce type de mesures restrictives affectent gravement l'économie de l'État ciblé dans son ensemble et n'obéissent pas aux finalités assignées aux sanctions dites intelligentes. Toute opération impliquant des partenaires commerciaux internationaux, à savoir la vente du pétrole, l'utilisation des capitaux pour le secteur énergétique, l'achat des équipements et des technologies liés à l'énergie s'avère impossible. Cette restriction de l'accès de l'Iran aux marchés financiers mondiaux a des répercussions sur les transactions menées par tous les ressortissants du pays.

¹¹²² Pour une analyse de l'arsenal de la guerre financière menée par les États-Unis et l'implication du système de communication interbancaire v. J. C. Zarate, *Treasury's war : the unleashing of a new era of financial warfare*, New York, Public affairs, 2013, xiii-488 p.

¹¹²³ Règlement (UE) no 267/2012 du 23 mars 2012 L88/10 art. 23 par. 2 : « Sont gelés tous les fonds et ressources économiques appartenant aux personnes, entités et organismes énumérés à l'annexe IX (Personnes et entités concourant au programme nucléaire ou de missiles balistiques), de même que tous les fonds et ressources économiques que ces personnes, entités ou organismes possèdent, détiennent ou contrôlent ». U.S. *Department of the Treasury*, Press Release, « Fact Sheet: New Sanctions on Iran », November 21, 2011 <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1367.aspx> « In issuing today's Finding, Treasury has for the first time identified the entire Iranian financial sector; including Iran's Central Bank, private Iranian banks, and branches, and subsidiaries of Iranian banks operating outside of Iran as posing illicit finance risks for the global financial system ».

¹¹²⁴ Dans l'annexe figure p. ex. le nom de la banque privée *Mellat*. L. 88/64 « Au travers de ses activités, la banque *Mellat* soutient et facilite les programmes nucléaires et de missiles balistiques de l'Iran. Elle a fourni des services bancaires à des entités figurant sur les listes des Nations unies et de l'UE, à des entités agissant pour le compte ou sur instruction de celles-ci ou à des entités détenues ou contrôlées par elles ».

¹¹²⁵ Pour l'exclusion du système d'intercommunication des banques relevant de la Corée du Nord v. Décision 2016/2217 du Conseil européen du 8 Décembre 2016. Cette décision s'est appuyée sur la résolution 2321 (2016) du Conseil de sécurité. Toutefois, le faible degré d'intégration des banques de la Corée du Nord au réseau mondial a compromis l'effectivité de cette mesure.

447. L'exclusion de certaines banques russes du système *SWIFT* a été décidée par le Conseil européen après l'invasion russe de l'Ukraine en février 2022¹¹²⁶. Sept banques ont été retirées du système de communication interbancaire par le règlement 2022/345 du Conseil du 1^{er} mars 2022 qui « interdit de fournir des services spécialisés de messagerie financière, utilisés pour échanger des données financières, aux personnes morales, entités ou organismes énumérés à l'annexe XIV ou à toute personne morale, toute entité ou tout organisme établis en Russie et dont plus de 50 % des droits de propriété sont détenus, directement ou indirectement par une entité mentionnée à l'annexe XIV ».

448. L'effectivité de cette mesure est toutefois mise en doute en raison de la tentative russe d'ériger de nouveaux mécanismes alternatifs et concurrents au *SWIFT* grâce à la coopération avec des États comme la Chine ou l'Iran¹¹²⁷. Il faut souligner que ce n'est pas l'ensemble des institutions financières russes qui sont visées par cette mesure. En effet, il semble que des banques liées aux hydrocarbures aient été épargnées. Toutefois, les répercussions sur les dépôts personnels des ressortissants russes risquent d'être importantes en raison d'une faillite éventuelle future des établissements bancaires russes¹¹²⁸. Des effets globaux sont ainsi attachés à des mesures qui *a priori* sont censées ne pas avoir de caractère global et de ne porter préjudice qu'à certains secteurs de l'économie des États ciblés.

c. L'élargissement progressif du cercle des personnes affectées par les mesures du gel d'avoirs. : vers l'abandon des sanctions dites intelligentes ?

449. En fonction de l'élargissement de l'ensemble des personnes affectées par les mesures de gel, la différence entre ces mesures restrictives et les mesures prises contre les ressortissants ennemis en période de guerre formelle se relativise. Les exemples de mesures restrictives contre l'Iran, contre la Corée du Nord et contre la Russie pourraient être invoqués.

i. Vers l'abandon des sanctions dites intelligentes : le cas des mesures restrictives contre l'Iran

450. En effet, le caractère global des mesures économiques caractérise aussi les mesures restrictives imposées par l'UE contre l'Iran. À la différence des mesures en période de guerre formelle, ce n'est pas l'intégralité du commerce qui est interdite mais certains secteurs vitaux

¹¹²⁶ V. la déclaration commune du 26 février 2022 entre la Commission européenne, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Royaume-Uni, le Canada et les États-Unis qui faisait référence explicite à l'exclusion des banques russes du système *SWIFT*. *Joint Statement on Further restrictive economic measures*, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/02/26/joint-statement-on-further-restrictive-economic-measures/>

¹¹²⁷ Pour une analyse v. R. Kilpatrick, « Blocking Swift in Russia », *Opinio juris blog*, 4 mars 2022.

¹¹²⁸ V. p. ex. le cas de la filiale de la Banque *Sperbank* en Autriche. Il faut souligner que le système européen de garantie des dépôts a été mis en œuvre pour la protection des dépôts des clients de la banque qui étaient majoritairement des ressortissants allemands. N. Wischmeyer, Würminghausen, « Pleite der Sberbank Europe: Das müssen Kunden von russischen Banken jetzt wissen », *Süddeutsche Zeitung*, 2 mars 2022.

de l'économie iranienne semblent subir les conséquences des mesures restrictives. En outre, les mesures de contrainte économique et surtout les mesures de gel ciblent des catégories spécifiques de personnes physiques ou morales iraniennes. Par conséquent, le caractère global de ces mesures affectant l'ensemble des ressortissants des pays de manière directe ne peut pas être affirmé. Toutefois, le règlement 267 de 2012 du Conseil de l'UE comprend les noms des destinataires des mesures de gel qui remplissent les critères retenus par l'article 23 du règlement. Les mesures de gel visent ainsi les « participants ou ceux qui apportent un appui aux activités nucléaires du pays, ceux qui entretiennent des liens avec les membres du Corps des gardiens de la révolution islamique ainsi que les personnes morales détenues ou agissant pour le compte de la compagnie de transport maritime de la République islamique d'Iran ». Le caractère ciblé de la mesure de gel semble être compromis par la référence à « d'autres personnes, entités ou organismes qui fournissent un appui au gouvernement iranien, notamment un soutien matériel, logistique ou financier ou qui lui sont associés ». La formule vague d'« appui au gouvernement iranien » est difficilement conciliable avec la volonté de privilégier uniquement des sanctions dites intelligentes. Ce constat est renforcé par l'étude des dispositions relatives aux restrictions aux transferts de fonds et aux services financiers. Tout transfert de fonds à destination et en provenance d'une personne, d'une entité ou d'un organisme désigné est soumis à un régime restrictif. Le règlement interdit aussi à tous les ressortissants iraniens de réclamer des indemnisations ou des garanties pour des opérations relevant du champ d'application du règlement¹¹²⁹. La similitude entre cette mesure et celles prises dans le cadre des rapports classiques de belligérance portant préjudice à la liberté économique des ressortissants de l'adversaire est apparente¹¹³⁰.

ii. Vers l'abandon des sanctions dites intelligentes : le cas des sanctions contre la Corée du Nord.

451. En fonction de l'aggravation de la situation avec le pays ciblé, une prolifération de secteurs concernés par les sanctions peut être constatée. L'exemple de prolifération de la gravité des sanctions économiques contre la Corée du Nord en fonction des essais nucléaires illustre bien ce constat. En vertu de la résolution 1874 (2009), les États membres ont été « invités » à geler tous les « fonds, autres actifs ou ressources économiques » en rapport avec les armes nucléaires, les missiles balistiques et les autres armes de destruction massive. Le nombre des

¹¹²⁹ Règlement (UE) no 267/2012 du 23 mars 2012, article 38 al. B., *op. cit.* : « Il n'est fait droit à aucune demande à l'occasion de tout contrat ou toute opération dont l'exécution a été affectée, directement ou indirectement, en tout ou en partie, par les mesures instituées en vertu du présent règlement [...] présentée par : a) des personnes, entités ou organismes désignés énumérés aux années VIII et IX ; b) toute autre personne ou entité ou tout autre organisme iraniens, y compris le gouvernement iranien ; c) toute personne, toute entité ou tout organisme agissant par l'intermédiaire u pour le compte de l'une des personnes ou entités ou de l'un des organismes visés aux points a) et b) ».

¹¹³⁰ *Idem*, art. 30.

personnes dont les biens devaient faire l'objet d'un gel s'est accru considérablement en vertu de la résolution 2094 (2013). La résolution prévoit aussi l'obligation d'expulsion des ressortissants de la Corée du Nord, si ces derniers contribuent au contournement des sanctions imposées contre le pays. L'expulsion, opérée en conformité avec le droit interne et international, visait à rapatrier ces personnes en République populaire démocratique de Corée¹¹³¹. Il faut souligner qu'aucune référence explicite ne se fait à des personnes nommées individuellement dans l'annexe de la résolution. La généralité de la mesure semble toutefois être contrebalancée par l'exigence d'un lien fonctionnel entre les ressortissants et les activités liées au programme nucléaire du pays. C'est précisément ce lien qui semble ne pas être exigé dans la résolution 2371 (2017). Un degré de généralité est ainsi atteint par la résolution qui semble viser l'ensemble des nationaux de la Corée du Nord habitant à l'étranger. Le Conseil de sécurité dresse le constat selon lequel « des nationaux de la République populaire démocratique de Corée travaillent fréquemment dans d'autres États pour produire des recettes à l'exploitation dont la République populaire démocratique de Corée se sert à l'appui de ses programmes nucléaires ou de missiles balistiques interdits »¹¹³². En s'appuyant sur ce constat, le Conseil de sécurité oblige les États à compliquer les conditions de travail des ressortissants de cet État en précisant que le nombre total de permis de travail accordés à eux ne pourrait pas dépasser le nombre des permis déjà octroyés le jour d'adoption de la résolution. Il semble qu'un statut spécial soit ainsi octroyé aux ressortissants coréens simplement en raison de leur lien formel de nationalité avec l'État visé¹¹³³. Ces mesures ont été durcies par la résolution 2397 (2017). En répétant la même préoccupation relative à l'implication active des ressortissants de la Corée du Nord travaillant à l'étranger dans le programme nucléaire, le Conseil de sécurité a imposé aux États membres un devoir de rapatriement de tous les ressortissants de ce pays, en conformité avec les règles du droit international, ainsi que de tous « les attachés préposés à la sûreté et relevant du Gouvernement de la République populaire démocratique de Corée qui travaillent à l'étranger »¹¹³⁴. À cet effet, les États devaient présenter des rapports sur les ressortissants nord-coréens percevant des revenus sur un territoire relevant de leur juridiction. Cette tactique consistant à viser des personnes physiques ou morales en prenant en considération leur seule nationalité se reflète aussi dans la résolution 2375 (2017). En vertu de cette résolution, les États membres étaient obligés d'interdire tout rapport commercial avec des entités ou des personnes

¹¹³¹ S/ RES/2094 (2013), par.11.

¹¹³² S/ RE/S2371 (2017), par.11.

¹¹³³ V. aussi S/RES/2375 (2017), par.17.

¹¹³⁴ S/ RES/2397 (2017), par.8.

de la Corée du Nord, « agissant ou non pour le compte ou au nom » du gouvernement¹¹³⁵. À l'exception d'entités préalablement approuvés par le Comité chargé de la mise en œuvre des sanctions, toute personne physique ou morale, indépendamment de son rapport éventuel direct ou indirect avec les autorités publiques du régime de la Corée du Nord, rattachable à la Corée du Nord relevait du champ d'application de cette interdiction. Il ne serait pas probablement exagéré de préciser que ce type de mesures affectant le sort des ressortissants d'un État présente des similitudes avec des mesures restrictives imposées contre les ressortissants des États ennemis en temps de guerre au sens formel du terme. Le même constat s'impose après l'étude des mesures restrictives prises par l'Union européenne dans le cas du conflit ukrainien.

iii. Vers l'imposition progressive des mesures globales. Le gel des biens des Russes.

452. Au lendemain de l'annexion de la péninsule de Crimée, des mesures restrictives ont été prises par l'Union européenne « eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine ». La décision du Conseil du 17 mars 2014 prévoyait le gel des fonds et des ressources économiques appartenant à des personnes directement impliquées dans l'opération d'annexion de cette région par la Russie. Les personnes physiques responsables de ces politiques, les personnes morales apportant leur soutien matériel ou financier à la mise en œuvre des politiques d'annexion étaient concernées par les mesures de gel¹¹³⁶. L'inscription des personnes ciblées, accompagnée d'éléments contribuant à leur identification, est décidée par le Conseil de l'UE sur proposition d'un État membre ou du Haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. L'annexe à cette première décision de ciblage indiquait aussi les motifs qui ont conduit à l'inscription des personnes physiques et morales. La référence aux motifs se présente comme une justification de l'acte de gel des biens. Les mesures de gel visent ainsi des personnes nommées de manière individuelle pour des raisons qui sont publiquement annoncées. Dans cette première version de l'annexe, qui comprenait 21 personnes physiques, figuraient principalement les noms des personnages politiques des institutions russes de la région de Crimée ou les noms des commandants de l'armée russe ayant dirigé des opérations en vue « de l'occupation du territoire souverain de l'Ukraine ». Des personnes ayant les mêmes qualités ont été ajoutées dans la liste lors de la deuxième inscription qui a eu lieu le 21 mars 2014. Les noms des députés à « l'assemblée législative de la ville de Sébastopol » ainsi que celui du directeur

¹¹³⁵ S/ RES/2375 (2017), par.18.

¹¹³⁶ Décision 2014/145/PESC du Conseil du 17 mars 2014. Il faut souligner que le débloqué était prévu notamment « pour couvrir les dépenses liées au paiement de denrées alimentaires, de loyers ou de remboursement de prêts hypothécaires, de médicaments et de traitements médicaux, d'impôts, de primes d'assurance et de redevances de services publics [...] » art. 3.

de l'agence de presse nationale de la Fédération de Russie pour avoir soutenu « la propagande gouvernementale de déploiement de forces russes en Ukraine » ont été ajoutés. Quant aux personnes formant la structure étatique, les noms des juges des régions annexées ont été ajoutés en 2021. Le motif était la prise de nombreuses décisions partiales dans des affaires menées à des fins politiques visant les opposants à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol.

453. Les premières inscriptions des noms des personnes sans aucun lien formel avec la structure étatique russe ont eu lieu dès juillet 2014. Au moment de cette inscription, la distinction entre les personnes publiques et les personnes privées semblait avoir perdu de l'importance. Parmi les personnes privées dont les noms avaient été ajoutés à l'annexe, se trouvaient ceux des propriétaires des sociétés qui avaient préalablement conclu des marchés publics en vue de la construction d'infrastructure dans la péninsule. La construction du pont du détroit de Kertch entre la Russie et la « République autonome de Crimée » annexée, ainsi que de la ligne ferroviaire parcourant le pont consolidaient l'intégration dans la Fédération de Russie, compromettant ainsi l'intégrité territoriale de l'Ukraine. Le responsable de la mise en œuvre du projet d'approvisionnement en électricité indépendante pour la Crimée et Sébastopol était aussi concerné par les mesures de gel des avoirs. Cette mesure était ainsi adoptée après le constat de l'existence d'un lien fonctionnel entre les personnes visées et des activités cruciales menées dans les espaces disputés.

454. Jusqu'à la fin de l'année 2021, il semble que les biens gelés en vertu des mesures restrictives n'appartiennent qu'à des personnes détentrices de pouvoir publics en Russie et dans la région annexée ou à des personnes responsables de travaux publics de grande envergure sur la péninsule. Il faut toutefois se demander si les mesures prises par l'Union européenne après l'invasion russe entamée en février 2022 marquent une nouvelle tournure reflétant une aggravation supplémentaire des relations entre les États de l'Union et la Russie. Par la décision 2022/267 du Conseil du 23 février 2022 ont été ajoutés les noms des membres de la Douma ayant voté en faveur de la résolution portant sur la reconnaissance par la Russie de la République populaire de Donetsk et la République populaire de Louhansk. Leur vote favorable a été perçu en tant qu'acte « compromettant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine et déstabilis[ant] davantage l'Ukraine ».

455. Le périmètre du cercle des personnes physiques et morales dont les biens sont saisis s'est particulièrement élargi par la décision 2022/337 du Conseil du 28 février 2022. En effet, le lien des personnes, dont les biens ont été gelés par cette décision, avec l'État russe semble

être moins évident¹¹³⁷. Le choix de leur ciblage réside dans leur capacité à exercer une influence « sur le milieu du Président ». La nécessité d'un lien formel est remplacée par le constat d'un rapport personnel. Même l'amitié personnelle avec le Président russe est dorénavant invoquée comme motif du ciblage d'une personne. Certes, ces personnes ciblées occupent souvent des sièges au sein du Conseil d'administration de grandes entreprises publiques russes. Il est ainsi évident que la proximité de leur lien avec l'État russe ne peut pas être aisément réfutée. En effet, ces personnes sont présentées comme faisant partie de l'« élite politique russe »¹¹³⁸.

456. L'attention doit être attirée par l'usage des termes « subordination » et « loyauté » envers le Président russe comme motif du ciblage¹¹³⁹. L'étude de la justification pour l'inclusion dans la liste des personnes ciblées des membres de l'« élite russe » amène à une réflexion concernant la portée normative du terme d'« oligarque » comme maillon indispensable d'une chaîne menant des autorités politiques vers la société civile¹¹⁴⁰. L'imposition de mesures contre ces personnes s'appuie sur l'affirmation de leur rapport étroit avec le régime de Kremlin¹¹⁴¹. Cette

¹¹³⁷ V. p. ex. la justification du gel d'avoirs de l'entrepreneur Pumpyansky, en vertu de la décision PESC n. 2022/397 du Conseil de l'UE. « Le 24 février 2022, à la suite des premières phases de l'agression russe contre l'Ukraine, Dmitry Alexandrovitch Pumpyansky, ainsi que 36 autres hommes d'affaires, ont rencontré le président Vladimir Poutine et d'autres membres du gouvernement russe pour discuter de l'incidence des choix à opérer à la suite des sanctions occidentales. Le fait qu'il a été invité à participer à cette réunion montre qu'il appartient au cercle le plus proche de Vladimir Poutine et qu'il soutient ou met en œuvre des actions ou des politiques qui compromettent ou menacent l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, ainsi que la stabilité et la sécurité en Ukraine. Cela montre également qu'il fait partie des hommes d'affaires influents ayant une activité dans des secteurs économiques qui constituent une source substantielle de revenus pour le gouvernement de la Fédération de Russie, qui est responsable de l'annexion de la Crimée et de la déstabilisation de l'Ukraine ».

¹¹³⁸ P. ex. la décision du gel des avoirs du président du Conseil d'administration de *Rosneft*, la compagnie pétrolière publique russe. « Igor Sechin est le PDG de *Rosneft*, une compagnie pétrolière publique russe et l'un des plus grands producteurs de pétrole brut au monde. Il est l'un des conseillers les plus écoutés et les plus proches de Vladimir Poutine ainsi que son ami personnel. Il est quotidiennement en contact avec le président russe. Il est considéré comme l'un des membres les plus puissants de l'élite politique russe. Ses liens avec Vladimir Poutine sont anciens et profonds. Il a travaillé avec le président à la mairie de Saint Pétersbourg dans les années 1990 et n'a cessé de prouver sa loyauté depuis. En 1999, M. Sechin est devenu le chef adjoint de l'administration de Vladimir Poutine, en 2008, il a été nommé Vice-Premier ministre et, en 2012, PDG de *Rosneft*. Il est l'un des oligarques russes opérant en partenariat avec l'État russe ». La même logique sous-tend les Règlements concernant l'imposition des mesures restrictives. V. Règlement (UE) 2022/588 du 8 avril 2022, Règlement (UE) 2022/876 du 3 juin 2022, Règlement (UE) 2022/1269 du 21 juillet 2022.

¹¹³⁹ Comme motif supplémentaire d'inscription de l'oligarque M. Sechin sont présentées les activités d'une filiale de *Rosneft*, dont directeur fut Sechin. « Par ailleurs, *Rosneft Aero*, une filiale de *Rosneft* dont M. Sechin est le PDG, livre du kérosène à l'aéroport de Simferopol, qui assure la liaison aérienne entre le territoire de Crimée, annexé illégalement, Sébastopol et la Russie. Par conséquent, il contribue à consolider l'annexion illégale de la péninsule de Crimée à la Fédération de Russie, ce qui compromet davantage l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine. »

¹¹⁴⁰ A. Kinyakin, « Les oligarques dans la Russie contemporaine : de la "capture" de l'État à leur mise sous tutelle ». *Revue internationale de politique comparée*, 2013, pp.115-131, p.115 : « La libéralisation de l'économie intervenue sous la forme de privatisations massives sous Boris Eltsine a eu pour conséquence l'émergence et l'établissement d'une élite économique russe : "l'oligarchie". Celle-ci a acquis dès le début un rôle particulier dans le système de représentation des intérêts, propre à influencer la sphère économique, mais encore la vie politique, à travers la "capture" de l'État, processus d'appropriation privée de l'État par différents groupes d'acteurs ».

¹¹⁴¹ *Idem*, p. 118 : « Dans la Russie post-soviétique, ce système de clientèle s'est réincarné avec des variantes à travers un "capitalisme oligarchique". Les oligarques, devenus alors les nouveaux clients, ont non seulement acquis des biens issus d'enchères douteuses, mais ont aussi gagné une voix sur les décisions de privatisation grâce à leur accès au "corps" du gouvernement. [...] p. 130 : "Par la suite, sous Vladimir Poutine, le système des relations de clientèles a retrouvé son mode de fonctionnement antérieur, avec la réaffirmation du rôle de l'État en tant qu'acteur majeur, et l'amoindrissement de l'influence des clients dans la sphère politique, mais aussi dans la sphère économique. C'est d'ailleurs là qu'ont pu

approche du concept d'oligarchie diffère par rapport à l'usage ordinaire du terme renvoyant à « un ensemble des hommes et des femmes acteurs des “marchés”, constituant une nouvelle classe sociale globale rentière, politiquement irresponsable et “délocalisée”, sans plus d'attaches avec les peuples »¹¹⁴².

457. La même étroitesse du rapport avec les responsables politiques est constatée, d'après le Conseil européen, à des personnages ayant publiquement défendu la politique agressive de la Russie contre l'Ukraine. Même des déclarations publiques en faveur du président sont présentées comme motif de gel des avoirs. Dans les motifs présentés dans l'annexe, une référence explicite est faite à des prises de paroles publiques par des journalistes en faveur de la propagande anti-ukrainienne. Ces personnages sont accusés d'avoir un « rôle cynique dans la machine de propagande russe »¹¹⁴³. Leur loyauté envers le Président est ainsi invoquée comme motif de leur ciblage. La licéité du choix de ces critères retenus doit être appréciée. À cet effet, ces mesures font l'objet de contrôle juridictionnel.

a. L'appréciation de la licéité des mesures restrictives à connotation collective.

458. Il est permis de s'interroger sur la licéité d'un tel motif, comme celui de la loyauté. La Cour de Luxembourg a souligné l'importance de la motivation des décisions imposant des mesures restrictives contre certaines personnes¹¹⁴⁴. Le lien de dépendance de certaines

être observées les prémices du nouveau modèle d'interaction entre l'État et le marché — d'où la notion d'État 'prédateur', fondée sur le rôle actif de l'État dans la sphère économique. À travers l'acquisition et la nationalisation de différents actifs, l'État a réussi à élargir le secteur public, faisant des entreprises d'État des acteurs dominants de plusieurs secteurs ou industries. L'État a, en outre, introduit une nouvelle formule d'interactions, fondée sur le primat de la loyauté personnelle et la défense des intérêts étatiques. Cela a concerné les 'serviteurs de l'État', hommes d'affaires connus pour leur proximité avec l'État, mais aussi l'ensemble du secteur privé, qui tend maintenant à jouer le rôle 'd'agent du Trésor'.¹¹⁴² « Cette classe de *no land's men* met en place un système violent, répressif et expéditionnaire, non par pillage matériel, mais par prédation purement financière sur l'univers, considéré comme un *no man's land* ». Définition proposée par A. Joxé, *Les guerres de l'empire global. Spéculations financières, guerres robotiques, résistance démocratique*, La Découverte, 2012, p. 18, passage cité par R. Maison, « Oligarchies et prédation internationale à partir des affaires dites des “biens mal acquis” », *Droits*, 2019, n. 69, pp.113-128, p. 115. V. aussi sur le phénomène oligarchique R. Charvin, « L'oligarchie, pourquoi ? », *Droits*, 2018, n. 68, pp.103-126, p.112 : « Les oligarchies traditionnelles, composées de plusieurs cercles de pouvoirs, s'autoproclamaient “aristocraties” et leurs membres se considéraient comme constituant l'élite de l'espace politique qu'ils contrôlaient. À la différence des régimes du passé strictement nationaux, les oligarchies contemporaines sont placées sous l'hégémonie de l'oligarchie mondiale, animée de la même logique marchande, assistée par l'unilatéralisme américain ».

¹¹⁴³ V. p. ex. la justification pour la saisie des biens de M. Tigran Keosayan, réalisateur et journaliste. « Il a systématiquement représenté l'Ukraine comme un pays fiable et corrompu, qui a uniquement pu se maintenir grâce à l'aide occidentale. Il a suggéré que les autorités ukrainiennes n'étaient pas légitimes. Il a déclaré à maintes reprises que la Crimée appartient à la Russie et que le Donbass ne fait pas partie de l'Ukraine. M. Keosayan a participé au forum Donbass russe qui a été organisé par les autorités de la soi-disant République populaire de Donetsk dans le but de diffuser la doctrine du Donbass russe, il a publiquement accusé l'Ukraine d'aggraver le conflit. Il est donc responsable de soutenir activement ou de mettre en œuvre des actions ou des politiques compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, ainsi que la stabilité et la sécurité en Ukraine ». Pour une analyse de la politique de ciblage des personnes privées pour viser indirectement l'État v. A. Sanger, « Piercing the State's corporate veil : using private actors to enforce international norms », *EJIL : talk*, 17 mars 2022, <https://www.ejiltalk.org/piercing-the-states-corporate-veil-using-private-actors-to-enforce-international-norms/>

¹¹⁴⁴ Pour la Cour de Luxembourg, la motivation « doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés

entreprises et leurs dirigeants avec les autorités politiques du pays représentant la cible ultime des mesures restrictives doit se prouver « sur la base d'éléments précis et concrets »¹¹⁴⁵. La démonstration des motifs ayant dicté le ciblage des personnes figurant dans les annexes des décisions du Conseil de l'UE a été caractérisée, par la doctrine, de « sommaire »¹¹⁴⁶. En effet, cette qualification est due au fait que la décision de ciblage peut s'appuyer sur le lien entre une personne acquittant des redevances et impôts auprès de l'État russe et son association étroite à la politique extérieure du pays. Un des motifs invoqués peut aussi être l'invitation à une réunion rassemblant des hommes d'affaires au Kremlin autour du Président russe¹¹⁴⁷.

b. Le contrôle juridictionnel de la licéité d'une décision de gel d'avoirs : la recherche d'une justification nécessaire et suffisante des critères employés pour l'identification des personnes ciblées.

459. L'inscription des personnes physiques ou morales dans les listes d'annexes mettant en œuvre un régime de gel d'avoirs peut faire l'objet de contrôle de la part de la Cour de justice dont la jurisprudence a posé certaines conditions quant au respect des droits fondamentaux lésés par le gel. Il doit, par ailleurs, être rappelé que l'origine du régime de gel d'avoirs remonte à la lutte contre le terrorisme et la position commune et le Règlement du Conseil adoptés le 27 décembre 2001 pour transposer les exigences de la résolution 1373 2001 du Conseil de sécurité¹¹⁴⁸. La Cour de Luxembourg s'est prononcée sur la licéité des restrictions au droit de propriété par des mesures de gel imposées à Yassin Abdullah Kadi et à la fondation *Al Barakaat*. Il a été précisé que la mesure de gel comporte une restriction considérable à l'usage du droit de propriété¹¹⁴⁹. Toutefois, au regard de l'objectif poursuivi, à savoir la lutte contre le terrorisme,

de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle» CJUE, 15 novembre 2012, aff. C—539/ 10 P et C-550/10, *Al-Aqsa c/Conseil et Pays-Bas c/Al-Aqsa*.

¹¹⁴⁵ V. pt. 70 : « Par conséquent, une mesure de gel des fonds et des ressources économiques appartenant au requérant ne pouvait être adoptée, dans le cadre d'un règlement visant à sanctionner un pays tiers sur le fondement des articles 60 CE et 301 CE, que sur la base d'éléments précis et concrets permettant d'établir que ledit requérant tire profit des politiques économiques des dirigeants de la République de l'Union du Myanmar », CJUE, 13 mars 2012, aff. C—376/ 10 P. *Pyo Phyoo Tay Za c. Conseil*.

¹¹⁴⁶ V. Nouvel, *op. cit.*, p.608. L'auteur fustige la manière lapidaire dont est affirmée l'association d'une personne sanctionnée aux orientations stratégiques de l'État russe et met en avant le problème de la preuve contraire qui pourrait être apportée par l'intéressé. Cette difficulté est aggravée par le fait que les justifications de ciblage sont souvent « classifiées ». P. 609 : « Il est à craindre que, de la même façon, une motivation trop générale et excessivement vague, sans un accès aux éléments qui la justifient, prive l'investisseur de la protection judiciaire à laquelle il peut prétendre en vertu du traitement juste et équitable. La motivation des sanctions peut ainsi être révélatrice d'un déni de justice à l'égard des personnes inscrites sur la liste et dépourvues du moyen de contester efficacement les raisons de cette inscription ».

¹¹⁴⁷ V. Décision (PESC) 2022/582 du 8 avr. 2022 portant inscription sur la liste des personnes sanctionnées de M. German Oskarovich Gref. la décision PESC pose que cette « invitation spéciale démontre qu'il [le dirigeant sanctionné] soutient ou met en œuvre des actions ou des politiques qui compromettent ou menacent l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, ou la stabilité ou la sécurité en Ukraine ». Cité par Nouvel, *idem*.

¹¹⁴⁸ Pour les conditions de contrôle du respect des droits fondamentaux lésés par le gel d'avoirs v. CJUE, 3 septembre 2008, aff. C—402/ 05 P — *Kadi et Al Barakaat International Foundation*.

¹¹⁴⁹ CJUE, 3 septembre 2008, aff. C—402/ 05 P — *Kadi et Al Barakaat International Foundation*, Pt. 358 : « Cette mesure de gel constitue une mesure conservatoire qui n'est pas censée priver lesdites personnes de leur propriété. Toutefois, elle comporte incontestablement une restriction à l'usage du droit de propriété de M. Kadi, restriction qui, au

le gel d'avoirs financiers et d'autres ressources économiques des personnes identifiées par le CS, n'avait pas de caractère inadéquat ou disproportionné¹¹⁵⁰. Par ailleurs, la possibilité de remettre à la disposition des personnes ciblées des biens pour les dépenses de première nécessité, semble être en mesure de jouer un rôle considérable pour l'approbation du caractère proportionnée de la mesure restrictive¹¹⁵¹. Même si, en l'occurrence, selon la Cour, la procédure suivie pour l'adoption de mesures restrictives semblait avoir violé le droit fondamental au respect de la propriété, l'imposition de ces mesures s'avérait « tout de même » justifiée¹¹⁵².

460. Au-delà du cadre de la lutte contre le terrorisme, les exigences inhérentes au respect des droits fondamentaux sont applicables aux mesures restrictives visant aussi des objectifs de politique étrangère. Si la décision *Kadi et al Barakaat contre Conseil* constitue le point de référence de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg pour la protection du droit à la propriété privée en cas d'imposition de mesures de gel dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, la décision de la Cour du 30 Juillet 1996, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AS contre Minister for Transport, Energy and Communications* et autres s'avère être d'une importance fondamentale pour l'examen de répercussions de mesures d'embargo sur la

surplus, doit être qualifiée de considérable eu égard à la portée générale de la mesure de gel et compte tenu du fait que celle-ci lui a été applicable depuis le 20 octobre 2001 ». Par ailleurs, il doit être souligné que le gel d'avoirs peut prendre la forme d'une expropriation indirecte. Il faut ainsi préciser le moment précis, à partir duquel, un gel temporaire d'avoirs peut équivaloir à une expropriation indirecte. Dans ce cas, le blocage des avoirs aurait les mêmes effets qu'un acte de dépossession définitive. Cette dépossession pourrait survenir en raison de répercussions néfastes sur la situation économique de la personne ciblée la conduisant même à des opérations juridiques forcées, comme la vente forcée de ses biens. V. en détail R. Higgins, *The taking of property by the state : recent developments in international law*, RCADI, 1982, Recueil t. 176, pp. 259-392, p. 326 : « An individual may be deprived of his property not only by the transfer of the title thereto to the State, but by the requirements of forced sale. Sometimes, this occurs as a result of sheer physical power-property is seized, threats are made, and what amounts to a forced sale is insisted upon ». La CJUE a estimé qu'un gel d'avoirs en place depuis près de dix ans était temporaire et préventif, mais a reconnu qu'il pouvait à un moment donné perdre cette qualité temporaire. Tribunal de justice de l'Union européenne, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi contre Commission européenne.*, jugement du 30 septembre 2010, pt 150 : « Il est même permis de se demander si l'appréciation portée par le Tribunal au point 248 de son arrêt Kadi, et reprise en substance par la Cour au point 358 de son arrêt Kadi, selon laquelle le gel des fonds est une mesure conservatoire qui, à la différence d'une confiscation, ne porte pas atteinte à la substance même du droit de propriété des intéressés sur leurs actifs financiers, mais seulement à leur utilisation, ne devrait pas être remise en cause, maintenant que près de dix ans se sont écoulés depuis le gel initial des fonds du requérant. Il en va de même de l'affirmation du Conseil de sécurité, rappelée à diverses reprises, notamment dans sa résolution 1822 (2008), selon laquelle les mesures en question « ont un caractère préventif et sont indépendantes des règles pénales de droit interne ». À l'échelle d'une vie humaine, dix ans représentent en effet une durée considérable, et la qualification des mesures en question comme étant de nature préventive ou répressive, conservatoire ou confiscatoire, civile ou pénale, paraît désormais ouverte (voir également, à cet égard, le neuvième rapport de l'équipe de surveillance, paragraphe 34). Tel est également l'avis du haut-commissaire des Nations unies aux droits de l'homme qui, dans un rapport à l'Assemblée générale des Nations unies du 2 septembre 2009, intitulé « Report [...] on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism » (document A/HRC/12/22, point 42), indique ce qui suit : « Les décisions individuelles d'inscription sur la liste étant actuellement illimitées dans le temps, elles peuvent aboutir à ce qu'un gel des avoirs temporaire devienne permanent, ce qui peut à son tour équivaloir à une peine criminelle en raison de la sévérité de la sanction. Cela risque d'aller bien au-delà de l'objectif des Nations unies de combattre la menace terroriste posée par un cas individuel. En outre, il n'existe pas d'uniformité concernant les standards de preuve et les procédures. Cela pose de sérieux problèmes en matière de droits de l'homme, puisque toutes les décisions pénales devraient être soit judiciaires, soit susceptibles de contrôle judiciaire. »

¹¹⁵⁰ *Idem*, pt. 363.

¹¹⁵¹ *Idem*, pt. 364

¹¹⁵² *Idem*, pt. 374.

propriété privée. En l'occurrence, le différend, relatif à la saisie d'un aéronef, portait sur l'interprétation de l'art. 8 du Règlement 990/93 qui disposait « [T]ous les navires, véhicules de transport, matériels roulants et aéronefs dans lesquels une participation majoritaire ou une minorité de contrôle est détenue par une personne physique ou morale ayant son siège dans la république fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ou opérant depuis cette république sont saisis par les autorités compétentes des États membres ». Les juges ont dû apprécier si les mesures de saisie devaient être appliquées sur un aéronef, dont l'exploitation et la gestion quotidiennes avaient été confiées à une personne sans aucun lien avec la République fédérative de Yougoslavie. *Bosphorus airways*, titulaire du contrat de bail, soulignait que la saisie « porterait atteinte à ses droits fondamentaux, notamment à son droit au respect de ses biens et à son libre exercice d'une activité commerciale, dans la mesure où elle aurait pour conséquence de détruire et d'anéantir son entreprise d'affrètement aérien et d'organisateur de voyages »¹¹⁵³. La Cour a reconnu que l'imposition de mesures restrictives a créé des préjudices « à des parties qui n'ont aucune responsabilité quant à la situation ayant conduit à l'adoption des sanctions »¹¹⁵⁴, mais qu'à la lumière de l'objectif poursuivi, à savoir dissuader la république fédérative de Yougoslavie de « continuer à violer l'intégrité et la sécurité de la république de Bosnie-Herzégovine et (d') inciter le parti serbe de Bosnie à coopérer au rétablissement de la paix dans cette république », des conséquences négatives pour certains opérateurs étaient justifiables.

461. La Cour doit ainsi procéder au contrôle de légalité des actes de l'Union au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union¹¹⁵⁵. En effet, selon le traité de Lisbonne de 2007, malgré l'incompétence de la Cour de justice en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC), les mesures restrictives visant des personnes physiques ou morales peuvent faire l'objet de contrôle juridictionnel¹¹⁵⁶. Le juge de

¹¹⁵³ CJUE, 30 juillet 1996, aff. C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications et autres*. - Demande de décision préjudicielle : Supreme Court —Irlande. - Embargo à l'encontre de la république fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), pt. 19.

¹¹⁵⁴ *Idem*, pt. 22.

¹¹⁵⁵ V. CJUE, 28 novembre 2013, aff. C—280/ 12 P, *Conseil contre Fulmen et Mahmoudian*

En l'occurrence, il s'agissait du contrôle de licéité de mesures restrictives prises à l'encontre de la République islamique d'Iran dans le but d'empêcher la prolifération nucléaire. Le même contrôle effectué aux mesures prises à l'encontre de personnes physiques dans le cadre de la lutte contre le terrorisme a été opéré pour des mesures visant des entités contrôlées ou relevant du gouvernement iranien. V. pt. 59 : « Au rang de ces droits fondamentaux figurent, notamment, le respect des droits de la défense et le droit à une protection juridictionnelle effective (arrêt Kadi II, point 98) ».

¹¹⁵⁶ Article 275 TFUE : « La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base. Toutefois, la Cour est compétente pour contrôler le respect de l'article 40 du traité sur l'Union européenne et se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à l'article 263, quatrième alinéa, du présent traité concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité sur l'Union européenne ».

l'Union est compétent pour connaître de recours en annulation dirigés contre des décisions et des règlements par lesquels le Conseil adopte des mesures restrictives individuelles. En revanche, le juge n'est pas compétent pour se prononcer sur un recours en annulation de dispositions prévoyant de mesures restrictives générales¹¹⁵⁷. Ce contrôle de légalité concernant les mesures restrictives individuelles s'exerce aussi sur les motifs ayant dicté l'inscription sur la liste du requérant contestant cet acte. Le recours en annulation fondé sur la contestation des mesures restrictives s'avère être une tactique privilégiée par les personnes ciblées¹¹⁵⁸.

462. L'inscription doit reposer sur « une base factuelle suffisamment solide »¹¹⁵⁹. Il s'agit, par conséquent, d'une limite au large pouvoir d'appréciation dont dispose le Conseil concernant les éléments à prendre en considération en vue de l'adoption de mesures de sanctions économiques et financières sur la base de l'art. 215 TFUE¹¹⁶⁰. En principe, l'article 215, paragraphe 1 du TFUE couvre les sanctions économiques de toute nature à l'encontre des États. Selon la doctrine, cela inclut notamment des sanctions financières prises pour riposter à la violation des droits des États-membres de l'Union. L'hypothèse de recours juridictionnels en réaction aux mesures de contrainte économique à la suite de la violation d'obligations *erga omnes* ou à une demande d'aide par un État invoquant la légitime défense collective est aussi envisageable¹¹⁶¹. Par ailleurs, des mesures restrictives peuvent être prises en vertu de l'art. 215

¹¹⁵⁷ Pour la distinction entre de mesures générales et de mesures restrictives individuelles v. CJUE, 28 mars 2017, aff. C—72/ 15, *PJSC Rosneft Oil Company contre Her Majesty's Treasury e. a.*, points 96 à 99.

¹¹⁵⁸ V. Valancius, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des mesures restrictives : les apports du “contentieux ukrainien” », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2021, pp.207-226, p.208 : « Il n'en demeure pas moins que le contentieux des mesures restrictives s'avère tout autant de plus en plus abondant, tous régimes confondus : selon le dernier rapport annuel de la Cour, pour l'année 2019, les mesures restrictives ont donné lieu à l'introduction de 69 affaires en 2014, 55 en 2015, 28 en 2016, 27 en 2017, 40 en 2018 et 42 en 2019, 68 affaires ayant été tranchées en 2014, 60 en 2015, 70 en 2016, 26 en 2017, 42 en 2018 et 30 en 2019, 72 affaires étant pendantes au 31 décembre 2019 et une quarantaine au 1er avril 2021 — dont un quart concernant l'Ukraine : l'Ukraine occupe l'une des premières places dans ce contentieux, en l'occurrence la première au cours de ces trois dernières années ».

¹¹⁵⁹ CJUE, 28 nov. 2013, aff. C—280/ 12 P, *Conseil c/Fulmen et Mahmoudian*, pt. 64 : « L'effectivité du contrôle juridictionnel garanti par l'Art. 47 de la Charte exige notamment que le juge de l'Union s'assure que la décision, qui revêt une portée individuelle pour la personne ou l'entité concernée, repose sur une base factuelle suffisamment solide. Cela implique une vérification des faits allégués dans l'exposé des motifs qui sous-tend ladite décision, de sorte que le contrôle juridictionnel ne soit pas limité à l'appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués, mais porte sur le point de savoir si ces motifs, ou, à tout le moins, l'un d'eux considéré comme suffisant en soi pour soutenir cette même décision, sont étayés (v. arrêt Kadi II, point 119) ». La même argumentation dans l'arrêt Tribunal de justice de l'Union européenne, 13 septembre 2018, aff. T-739/14, *PSC Prominvestbank, Joint-Stock Commercial Industrial & Investment Bank contre Conseil de l'Union européenne*, pt. 95.

¹¹⁶⁰ V. Trib. UE, 30 nov. 2016, aff. T-720/14, *Arkady Romanovich Rotenberg c/ Conseil*, pt. 70 : « Le juge de l'Union ne pouvant substituer son appréciation des preuves, faits et circonstances justifiant l'adoption de telles mesures à celle du Conseil, le contrôle qu'il exerce doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits ainsi que de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits et de détournement de pouvoir. Ce contrôle restreint s'applique, en particulier, à l'appréciation des considérations d'opportunité sur lesquelles de telles mesures sont fondées (voir arrêt du 5 novembre 2014, *Mayaleh/Conseil*, T — 307/12 et T — 408/13, EU:T:2014:926, point 127 et jurisprudence citée) ».

¹¹⁶¹ Le droit de légitime défense (cf. article 51 de la Charte des Nations unies) permet d'intervenir militairement en faveur d'un État attaqué par les armes. A fortiori, il est alors possible d'exercer de simples représailles contre l'agresseur. V. C. Calliess, M. Ruffert, *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, München, Beck, 2022, lxvii-3044 p., TFUE, Art. 215, pp. 2050-2062, par.8.

à la suite de résolutions prises par le Conseil de sécurité dans le cadre du Ch. VII de la Charte de l'ONU.

463. Jusqu'à présent, l'Union n'a pas pris de sanctions financières prévoyant l'expropriation d'actifs. Dans le passé, les sanctions financières ont consisté à « geler » des fonds ou des ressources économiques appartenant ou détenus par les personnes visées par les règlements concernés. Dans ce contexte, « geler » des fonds signifie en empêcher l'utilisation. Des mesures restrictives n'impliquent aucune privation définitive de propriété. Pour cette raison, les comptes gelés peuvent toujours être crédités de versement en exécution de contrats antérieurs à l'entrée en vigueur de mesures de gel.

464. La Cour de justice exerce un contrôle contraignant sur la légalité externe de l'acte ayant ainsi comme objet le respect de garanties procédurales¹¹⁶² favorables aux personnes physiques ou morales visés, et sur la légalité interne de l'acte, en particulier au regard du respect du droit de propriété¹¹⁶³, de la proportionnalité de la mesure avec l'objectif recherché et de l'absence de tout autre moyen envisageable moins contraignant. Les critères employés pour l'imposition de mesures restrictives doivent ainsi être clairs et distincts¹¹⁶⁴. En s'appuyant sur ce raisonnement, la Cour considère soit que la violation d'un droit fondamental est fondée soit que les restrictions aux droits des personnes ou des entités visées ne sauraient être qualifiées d'« interventions

¹¹⁶² Il n'existe pas de garanties liées à la procédure administrative, par exemple sous la forme d'une obligation de consultation, notamment parce que les informations préalables aux personnes concernées ont pour effet d'entraver la réalisation de l'objectif, si, ou parce que, des valeurs patrimoniales sont soustraites à la saisie par les autorités. Afin d'améliorer la protection des personnes concernées, il est toutefois nécessaire de prévoir des droits de consultation a posteriori et une motivation suffisamment valable de l'acte juridique (v. p. ex. l'article 41 de la CEDH). En outre, sa raison d'être doit être régulièrement vérifiée (ce que l'on appelle le monitoring). *Idem*, Art.75, pp.1075-1080 : « Les étapes du processus décisionnel doivent aussi avoir été bien respectées. La première étape comprend une décision PESC en vertu de l'article 29 TUE. Les décisions au titre de l'article 29 TUE sont prises par le Conseil à l'unanimité, selon la procédure visée à l'article 31, paragraphe 1, TUE. L'article 31, paragraphe 2, du TUE prévoit des exceptions à ce principe, dans lesquelles les décisions peuvent également être prises à la majorité qualifiée. En principe, la compétence de l'Union en matière de PESC s'étend, conformément à l'article 24, paragraphe 1, premier alinéa, du TUE, à tous les domaines de la politique étrangère ainsi qu'à l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune pouvant conduire à une défense commune. Pour définir le contenu de la PESC, l'article 23 du TUE renvoie au chapitre 1, titre V, et donc notamment à l'article 21 du TUE (principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union). Par la suite, le Conseil décide de mesures restrictives sur la base de la décision PESC susmentionnée, conformément à l'article 215 du TFUE ».

¹¹⁶³ Selon la jurisprudence de la CJCE, le droit de propriété peut être invoqué aussi bien par des personnes physiques que par des personnes morales de droit privé. L'article 17 de la CEDH utilise le terme de « personne ». La question de la protection de la propriété des personnes morales de droit public sur le territoire de l'Union, par cette disposition, n'a pas encore été abordée dans la jurisprudence de la CJCE. *Idem*, art.17, par.5, p.2765-2775.

¹¹⁶⁴ *Journal officiel de l'UE*, 7.6.2016, C 202/346, « Déclaration ad articles 75 et 215 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». « La Conférence rappelle que le respect des droits et des libertés fondamentaux implique notamment qu'une attention suffisante soit accordée à la protection et au respect du droit des personnes physiques ou des entités concernées de bénéficier des garanties prévues par la loi. À cette fin, et afin de garantir un contrôle juridictionnel rigoureux des décisions soumettant une personne physique ou une entité à des mesures restrictives, les décisions en question doivent s'appuyer sur ces critères clairs et distincts. Ces critères devraient être adaptés aux caractéristiques propres à chaque mesure restrictive ».

disproportionnées »¹¹⁶⁵. Les caractéristiques de la personne physique ou morale ciblée et la qualité de ses opérations jouent un rôle déterminant dans le contrôle de proportionnalité¹¹⁶⁶. Un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les objectifs poursuivis doit être démontré. Le contrôle de proportionnalité porte également sur les liens entre les personnes visées et le régime russe¹¹⁶⁷. Si la décision de ciblage se fonde sur une décision prise par un État tiers, le Conseil de l'UE avant de dicter de nouvelles mesures contre cette personne doit s'assurer que les droits de la défense et le droit à une protection juridictionnelle effective ont été respectés par l'État ayant en amont procédé à la prise de mesures contre cette personne¹¹⁶⁸. Dans ce cas, pour que la décision soit motivée, le Conseil doit faire allusion aux raisons « pour lesquelles il considère que la décision de l'État tiers sur laquelle il entend se

¹¹⁶⁵ V. p. ex. l'arrêt du Tribunal de justice de l'Union européenne, 27 février 2014, aff. T-256/11, *Ahmed Abdelaziz Ezz e. a. contre Conseil de l'Union européenne*. En l'occurrence, il s'agissait d'une demande d'annulation des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes, entités et organismes au regard de la situation en Égypte (décision 2011/172/PESC). Les requérants alléguaient que le gel total de leurs avoirs constituait une mesure disproportionnée à la lumière de l'objectif poursuivi. En l'occurrence, le Tribunal, reprenant les termes de l'art. 52 de la Charte des droits fondamentaux, répète que la limitation doit être « nécessaire et proportionnelle au but recherché » et que « "le contenu essentiel", c'est-à-dire la substance du droit ou de la liberté en cause ne doit pas être atteint », a précisé que « la restriction à l'exercice du droit, par les requérants, du droit de propriété n'apparaît pas disproportionnée » pt. 200, 204. L'argument du caractère disproportionné de la mesure restrictive a été mis en avant par *Rosneft* dans la demande de décision préjudicielle portant sur la validité de mesures restrictives. CJUE, 28 mars 2017, aff. C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company contre Her Majesty's Treasury e.a.* En l'espèce, la Cour a rappelé « qu'il convient de reconnaître un large pouvoir d'appréciation au législateur de l'Union dans des domaines qui impliquent de la part de ce dernier des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lesquels celui-ci est appelé à effectuer des appréciations complexes ». La Cour a précisé que « que seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure adoptée dans ces domaines, au regard de l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure », pt. 146.

¹¹⁶⁶ V. p. ex. « Contrairement à ce que soutient *Rosneft*, il existe un rapport raisonnable entre le contenu des actes litigieux et l'objectif poursuivi par ces derniers. En effet, dans la mesure où cet objectif est, notamment, d'accroître le coût des actions de la Fédération de Russie visant à compromettre l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, l'approche consistant à cibler un opérateur majeur du secteur pétrolier, par ailleurs détenu majoritairement par l'État russe, répond de manière cohérente audit objectif et ne saurait, en tout état de cause, être considéré comme étant manifestement inapproprié au regard de l'objectif poursuivi ». pt. 147, arrêt *Rosneft*, *op. cit.* C — 72/15, EU:C:2017. Exactement la même argumentation est repérable dans l'arrêt Tribunal de justice de l'Union européenne, 13 septembre 2018, aff. T-732/14, *Sberbank of Russia OAO contre Conseil de l'Union européenne*, pt. 152.

¹¹⁶⁷ Pour des considérations relatives au lien suffisant entre la personne visée par des mesures restrictives et les dirigeants d'un pays v. CJUE, 13 mars 2012, aff. C—376/ 10 P. *Pye Phyto Tay Za c. Conseil*, par.63 : « Il en découle que, afin de pouvoir être adoptées sur le fondement des articles 60 CE et 301 CE, en tant que mesures restrictives frappant des pays tiers, les mesures à l'encontre de personnes physiques doivent viser uniquement les dirigeants desdits pays et les personnes qui sont associées à ces dirigeants » Par. 64 « Cette exigence assure l'existence d'un lien suffisant entre les personnes concernées et le pays tiers qui est la cible des mesures restrictives adoptées par l'Union, en empêchant les articles 60 CE et 301 CE de faire l'objet d'une interprétation trop large et, partant, contraire à la jurisprudence de la Cour ». V. aussi arrêt de la Tribunal de justice de l'Union européenne, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi contre Commission européenne*, *op. cit.*, par.166 : « Le Tribunal a en effet jugé à bon droit que, au vu du libellé des articles 60 CE et 301 CE, en particulier des termes "à l'égard des pays tiers concernés" et "avec un ou plusieurs pays tiers" y figurant, ces dispositions visent l'adoption de mesures à l'encontre de pays tiers, cette dernière notion pouvant inclure les dirigeants d'un tel pays ainsi que des individus et entités qui sont associés à ces dirigeants ou contrôlés directement ou indirectement par ceux-ci ».

¹¹⁶⁸ Ce contrôle effectué par le Conseil est obligatoire même dans le cas où l'État ayant pris les mesures est membre du Conseil de l'Europe.

fonder a été adoptée dans le respect des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective »¹¹⁶⁹.

465. Dans les cas des mesures restrictives imposées à l'occasion de la situation en Ukraine depuis 2014, la Cour se prononce sur l'existence des liens, directs ou indirects, entre cette situation et les activités de la personne dont les biens sont gelés. À défaut du constat d'un tel lien, le bien-fondé de la motivation retenue pour l'inscription d'une personne dans les listes comprenant les noms des personnes visées, peut être contesté. Cette argumentation a été adoptée par le Tribunal de l'UE dans son arrêt du 30 novembre 2016 opposant Arkady Romanovich Rotenberg, au Conseil de l'UE. En l'occurrence, le motif de ciblage de cet entrepreneur russe résidait dans « sa relation personnelle étroite avec des décideurs russes dans la mesure où il s'est vu attribuer d'importants contrats par l'État russe ou par des entreprises publiques » et dans le fait qu'il s'agissait du « propriétaire effectif de la société *Volgomost*, qui, à son tour, par le biais de la société *MIK* contrôle la société *Giprotransmost* ». A cette dernière était attribué « un marché public portant sur la réalisation de l'étude de faisabilité relative à la construction d'un pont entre la Russie et la République autonome de Crimée annexée illégalement »¹¹⁷⁰. À l'appui de son recours, le requérant invoquait la violation de l'obligation de motivation, d'erreurs manifestes d'appréciation, la violation du principe de protection des données personnelles, la violation des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective, et la violation de ses droits fondamentaux, y compris du droit de propriété, du droit à la vie privée et de la liberté d'entreprise¹¹⁷¹. Quant à l'obligation de motivation de l'acte, la Cour a précisé qu'elle doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et au contexte dans lequel il a été adopté. En outre, le caractère suffisant de cette motivation doit

¹¹⁶⁹ Tribunal de justice de l'Union européenne, 19 décembre 2018, aff. T-247/17, *Mykola Yanovych Azarov contre Conseil de l'Union européenne*, Pt. 30. En l'occurrence, la décision du Conseil s'était fondée sur le fait que le requérant faisait l'objet d'une procédure pénale de la part des autorités ukrainiennes pour détournement de fonds ou d'avoirs publics. Par conséquent, le Conseil était tenu de vérifier le respect de ces conditions pour se fonder sur une décision relevant d'un État-tiers. V. aussi p. ex. CJUE, 19 octobre 2017, aff. C—598/16, *Viktor Fedorovych Yanukovych contre Conseil de l'Union européenne*. En l'occurrence, l'ancien Président ukrainien alléguait que le Tribunal qui avait rejeté son recours contre la décision du Conseil de l'UE lui imposant des mesures restrictives « aurait omis de tenir compte des doutes quant au respect des droits de l'homme et de l'État de droit en Ukraine et, plus particulièrement, du manque d'indépendance du ministère public et des tribunaux, alors que ces éléments auraient conduit à des violations de sa présomption d'innocence et de son droit à un procès équitable » pt. 71. Ce recours a été rejeté par la Cour qui a précisé que les enquêtes ukrainiennes menées contre le requérant ont « pu fournir au Conseil une base adéquate pour décider de maintenir le nom du requérant sur la liste », pt. 77. La solution contraire a été retenue par le Tribunal dans son arrêt du 25 juin 2020, aff. T-295/19, *Oleksandr Viktorovych Klymenko contre Conseil de l'Union européenne*. En l'occurrence, les autorités ukrainiennes avaient décidé de mener une procédure pénale pour détournement de fonds ou d'avoirs publics contre l'ancien ministre des revenus et des taxes de l'Ukraine. Le Tribunal a constaté une erreur d'appréciation commise par le Conseil de l'UE puisqu'« il n'est pas établi que le Conseil, avant l'adoption des actes attaqués, se soit assuré du respect, par l'administration judiciaire ukrainienne, des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective du requérant dans le cadre des procédures pénales sur lesquelles il s'est fondé », Pt. 103.

¹¹⁷⁰ V. Lettre du Conseil du 19 décembre 2014. Tribunal de justice de l'Union Européenne, 30 novembre 2016, aff. T-720/14, *Arkady Romanovich Rotenberg contre Conseil de l'Union européenne*.

¹¹⁷¹ *Idem*, pt. 43.

être apprécié « au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée »¹¹⁷². Après l'examen minutieux des motifs ayant dicté le ciblage du requérant, le Tribunal a rejeté ce moyen. Répétant l'importance d'identification d'une « base factuelle suffisamment solide » qui serait en mesure de servir de fondement pour la décision du ciblage, le Tribunal s'est prononcé sur le deuxième moyen du requérant, à savoir les erreurs manifestes d'appréciation imputées au Conseil. Après avoir examiné le rôle du requérant dans la société *Volgomost*, et apprécié la preuve de son association aux « décideurs russes responsables », le Tribunal a considéré que « le Conseil n'a pas prouvé que le requérant avait été favorisé par le Président Poutine au moment où celui-ci a entamé les actions concernant l'Ukraine auxquelles les mesures restrictives en cause visent à répondre »¹¹⁷³. Cette décision, qui est la seule jusqu'à présent à avoir prononcé une annulation des mesures restrictives contre un requérant visé par les mesures prises à l'occasion du différend en Ukraine, met en lumière le degré de contrôle exigé par les juridictions européennes. Ce contrôle concerne, entre autres, la motivation suffisante et l'absence d'erreur manifeste d'appréciation de toute décision d'inscription de personnes physiques ou morales aux listes des entités ou personnes ciblées. Des doutes légitimes pourraient émerger quant à la possibilité de justifier l'inscription massive de personnes et d'entités depuis février 2022¹¹⁷⁴.

466. Les juridictions européennes se sont prononcées, à plusieurs reprises, sur d'autres motifs d'annulation de mesures de ciblage, dans le cadre de recours par des personnes visées. Les juridictions doivent, d'une part, respecter la marge d'appréciation reconnue au profit du Conseil de l'UE, et, d'autre part, examiner le respect du principe de proportionnalité de l'ingérence aux droits à la lumière de l'impératif poursuivi et, d'autre part, la violation des droits fondamentaux. L'exercice du droit à la propriété privée et de la liberté d'entreprendre peut faire l'objet de restrictions justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union. Des mesures restrictives, qui constituent de manière automatique des ingérences dans le droit à la propriété privée, sont ainsi justifiables¹¹⁷⁵. Dans l'ensemble des affaires jugées soit par le Tribunal soit

¹¹⁷² La même formule est employée dans l'arrêt Tribunal de justice de l'Union européenne, 13 septembre 2018, aff. T-739/14, *PSC Prominvestbank, Joint-Stock Commercial Industrial & Investment Bank contre Conseil de l'Union européenne*, pt. 68.

¹¹⁷³ *Idem*, pt.74-95, not. p. 94.

¹¹⁷⁴ E. Muller, « Les avoirs », *RFDA*, 2022, pp.629-637, p. 635 : « On peut également se demander si les termes larges dans lesquelles sont définies les nouvelles catégories de personnes ciblées ajoutées en février 2022 — notamment “les femmes et hommes d'affaires influents” ayant une activité dans des secteurs dont le gouvernement russe tire “une source substantielle de revenus” — ne sont pas quelque peu vulnérables au test de leur adéquation au regard des objectifs de la PESC ».

¹¹⁷⁵ V. p. ex. Tribunal de justice de l'Union européenne, 14 octobre 2009, aff. T-390/08, *Bank Melli Iran contre Conseil de l'Union européenne*, pt. 68 et 70. Dans cette affaire, qui portait sur le gel des avoirs d'une banque iranienne impliquée dans de nombreux achats de matériels sensibles pour le programme nucléaire, le Tribunal, afin de se prononcer sur le caractère licite de l'ingérence dans le droit à la propriété et dans la liberté d'entreprendre, a précisé que les restrictions

par la Cour, l'argumentation employée est identique. Le juge identifie la base légale de la limitation de l'exercice du droit fondamental, se prononce sur l'objectif d'intérêt général visé par la limitation et examine son caractère nécessaire et proportionnel au but recherché¹¹⁷⁶. Dans les décisions concernant des mesures restrictives prises à l'occasion de la crise en Ukraine, la Cour de Luxembourg, pour justifier l'ingérence au droit de propriété, dont la protection n'est pas absolue, fait allusion à l'importance des objectifs poursuivis, à savoir « la protection de l'intégrité territoriale, de la souveraineté et de l'indépendance de l'Ukraine ainsi que la promotion d'un règlement pacifique de la crise dans ce pays, qui s'inscrivent dans l'objectif plus large du maintien de la paix et de la sécurité internationale »¹¹⁷⁷. À la lumière de ces finalités, des conséquences négatives, même considérables, pour certains opérateurs, sont présentées comme justifiées. Par ailleurs, l'ingérence dans le droit de propriété est justifiée en fonction des caractéristiques de la personne ciblée, d'où l'importance fondamentale d'une référence minutieuse des motifs ayant dicté cette opération.

467. L'examen des mesures restrictives impose une interrogation quant à leur nature. La multiplication des inscriptions des personnes ciblées pourrait montrer une tendance au remplacement des sanctions intelligentes visant les biens de certaines personnes vers des sanctions globales ayant comme cible toute personne dont la loyauté envers un régime peut être prouvée. En effet, l'élargissement du cercle des personnes visées implique l'affaiblissement du lien nécessaire entre eux et les responsables politiques de l'État ciblé pour que le ciblage soit justifiable. Certes, la différence par rapport à l'usage d'un simple critère formel comme celui de la nationalité pour justifier des mesures contre l'ensemble des personnes en rapport avec un État est manifeste. Toutefois, si aucun lien avec le gouvernement de l'État ciblé n'est requis, les mesures restrictives risquent de prendre une ampleur collective. Dans ce cas, leur contribution effective à la désescalade de la tension, fait naître des doutes légitimes.

ne concernent qu'une partie des actifs de la requérante, et que certaines exceptions aux mesures de gel sont prévues aux art. 9 et 10 du Règlement n. 423/2007.

¹¹⁷⁶ Pour une présentation de ce chemin argumentatif v. Tribunal de justice de l'Union européenne, 13 septembre 2018, aff. T-732/14, *Sberbank of Russia OAO contre Conseil de l'Union européenne* pt. 142 ; Tribunal de justice de l'Union européenne, 13 septembre 2018, aff. T-734/14, *VTB Bank PAO, anciennement VTB Bank OAO contre Conseil de l'Union européenne*, pt. 140 ; Tribunal de justice de l'Union européenne, 13 septembre 2018, aff. T-739/14, *PSC Prominvestbank, Joint-Stock Commercial Industrial & Investment Bank contre Conseil de l'Union européenne*, pt. 123 ; Tribunal de justice de l'Union européenne, 14 septembre 2018, aff. T-515/15, *Joint-Stock Company « Almaz-Antey » Air and Space Defence Corp., anciennement OAO Concern PVO Almaz-Antey contre Conseil de l'Union européenne*, pt. 136 ; Tribunal de justice de l'Union européenne, 13 septembre 2018, aff. T-737/14, *Bank for Development and Foreign Economic Affairs (Vnesheconombank) contre Conseil de l'Union européenne*, pt. 145.

¹¹⁷⁷ CJUE, 25 juin 2020, aff. C-731/18P, *Bank for Development and Foreign Economic Affairs (Vnesheconombank) contre Conseil de l'Union européenne*, pt. 87.

§2 Des mesures de contrainte économique ayant comme objet les navires de commerce : le constat de leur caractère global.

Les mesures de contrainte économique applicables dans l'espace maritime s'appliquent souvent sur les navires marchands de l'État ciblé. Il est important de distinguer clairement entre, d'une part, l'exercice des pouvoirs des belligérants conformes au droit des conflits armés exercés sur des navires de commerce et leurs cargaisons, et, d'autre part, les actes entrepris conformément à des sanctions (b) ou à titre des contre-mesures (a) contre les navires appartenant à des ressortissants de l'État ayant prétendument commis préalablement un acte illicite. L'interrogation porte sur l'identification du fondement normatif permettant à l'État de procéder à de telles mesures au-delà du cadre normatif de guerre ou de conflit armé.

a. La mise en œuvre des mesures de contrainte économique en mer : des actions identiques à celles entreprises en vertu des droits des belligérants.

468. Un navire de commerce peut faire l'objet de plusieurs actes de contrôle, comprenant la vérification de l'identité du navire, l'arrêt du navire, l'envoi d'une équipe d'arraisonnement sur le navire, l'inspection ou la fouille du navire et de sa cargaison, et éventuellement l'appréhension des personnes à bord et la saisie du navire ou de la cargaison¹¹⁷⁸. Il est évident que la mise en œuvre des mesures de contrainte économique s'effectue par le recours à des actes matériels visant des biens privés, à savoir des navires de commerce et leurs cargaisons. Les similitudes avec les prérogatives exercées sur les navires de commerce ennemis en temps de guerre conférées en vertu du *jus in bello* sont apparentes. Si les actes en tant que tels sont similaires, les fondements normatifs qui confèrent aux États les prérogatives pour procéder à ces actes diffèrent. Si le *jus in bello* esquisse les contours des prérogatives des belligérants sur les navires ennemis en temps de conflits armés, les mesures de contrainte économique sont régies soit par les règles relevant du droit interne soit par les règles relatives aux contre-mesures relevant du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État de 2001.

L'accaparement des biens privés en mer démontre la continuité qui existe entre des mesures de guerre et des mesures de contrainte économique prises en temps de paix, à une différence près : les mesures de contrainte économique ne sont pas fondées sur une qualification d'ennemi, censée être la condition légale de leur mise en œuvre (i). Dans le cas de mesures de contrainte, l'identification s'opère à partir de certains critères qui permettent le rattachement d'un navire de commerce à l'État visé (ii). Les navires de commerce sont exposés au risque de saisie et en

¹¹⁷⁸ J. Kraska, « Broken taillight at sea: the peacetime international law of visit, board, search, and seizure », *Ocean and coastal law journal*, 2010, vol. 16, pp. 1-46, p. 3.

cas de violation d'une mesure, la peine de confiscation est encourue (iii). Il paraît ainsi que la structure de ces prérogatives s'apparente à celles des prérogatives reconnues aux belligérants.

i. Les opérations d'interception, de visite, de saisie des navires de commerce : des droits exercés en temps de paix.

469. Le recours aux mesures de contrainte économique en mer présuppose le contrôle des navires étrangers qui ne sont soumis qu'à la juridiction exclusive de l'État du pavillon. Si le navire de commerce à arraisonner est un navire battant pavillon étranger, un fondement supplémentaire doit être présenté, pour qu'un navire de guerre ou tout autre navire public puisse procéder au contrôle. Comme expliqué précédemment, des exceptions à la compétence exclusive de l'État du pavillon sont reconnues en temps de guerre ou de conflit armé, tels que le droit du belligérant de visiter et d'inspecter un navire afin de déterminer le caractère ennemi de ce dernier ou de sa cargaison. Le droit de visite et de perquisition des belligérants, qui relève du droit de la guerre navale, n'est pas identique au droit des opérations d'interception maritime, de visite, d'abordage, de perquisition et de saisie en temps de paix. En temps de paix, les opérations de visite, d'abordage, de perquisition et de saisie ne peuvent avoir lieu qu'à l'encontre d'un navire battant pavillon étranger, sous réserve d'une justification juridique servant d'exception à la juridiction exclusive de l'État du pavillon. À l'intérieur de la zone économique exclusive (ZEE), les mesures d'exécution ne peuvent être prises que dans la zone de sécurité autour des îles artificielles, des installations et des structures, ou dans le cadre d'exercice des droits souverains de l'État côtier¹¹⁷⁹. Aussi bien le droit international conventionnel et coutumier interdisent l'ingérence des États dans les navires battant pavillon étranger, en dehors de circonstances exceptionnelles (principalement le commerce d'esclaves, la radiodiffusion illégale et la piraterie)¹¹⁸⁰. En haute mer, des mesures à l'encontre de navires étrangers ne peuvent être prises que sur la base des articles 105, 110 ou 111 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹¹⁸¹. Le constat se dresse selon lequel, les traités et le

¹¹⁷⁹ Les pouvoirs en vertu du droit de la mer comprennent les pouvoirs d'entreprendre des actions telles que la signalisation, l'arrêt et l'abordage de navires suspects ; la fouille de navires suspects, ainsi que des personnes et de la cargaison à bord de ces navires ; la détention ou l'arrestation de personnes à bord de navires suspects, et/ou du navire suspect lui-même ; la saisie d'articles à bord de navires suspects ; la direction ou la conduite de navires suspects, ainsi que des personnes et de la cargaison à bord de ces navires, vers un port de l'État côtier ou un lieu similaire pour enquête ; la conduite de cette enquête ; et les poursuites ultérieures ou l'imposition d'autres formes d'action ou de sanction administrative. R. McLaughlin, « Authorizations for maritime law enforcement operations », *International Review of the Red Cross*, 2016, pp.465-490, p.467.

¹¹⁸⁰ Dans tous les autres cas l'art. 6 de la Convention sur la haute mer de 1958, interdit l'interception en haute mer de navires étrangers sans autorisation préalable de l'État du navire. Art. 6 : « 1. Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul État et se trouvent soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par les traités internationaux ou par les présents articles, à sa juridiction exclusive en haute mer. [...] » V. aussi l'article 94 la Convention de Montego Bay qui précise les obligations incombant à l'État du pavillon.

¹¹⁸¹ Art. 105 : « Saisie d'un navire ou d'un aéronef pirate. Tout État peut, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État, saisir un navire ou un aéronef pirate, ou un navire ou un aéronef capturé à la suite d'un

droit coutumier limitent les saisies de navires marchands étrangers aux navires transitant dans les eaux territoriales d'un État, avec une interdiction quasi-générale des saisies en haute mer.

470. Les règles qui sont bafouées, par le recours aux mesures de contrainte économique par des États contre des navires, sont celles relatives au droit à une navigation libre surtout en haute mer, censé être un des principes fondamentaux du droit de la mer. Il est évident que les mesures de contrainte économique, qu'elles soient ordonnées par un seul État ou par un groupe d'États, entrent en conflit avec la liberté de la haute mer et la juridiction exclusive de l'État du pavillon, consacrées par le droit de la mer. La pratique récente atteste que le nombre de cas dans lesquels des opérations de contrôle sont menées contre des navires de commerce a considérablement augmenté, de sorte que le concept de liberté de la haute mer semble être remis en question. En effet, les États sont de plus en plus impliqués dans des interférences avec des navires en haute mer pour contrer des menaces telles que le trafic de migrants, le trafic de drogue et la prolifération d'armes de destruction massive en mer. Depuis la seconde moitié du XXe siècle, le contrôle des navires qui polluent intentionnellement et gravement l'environnement marin,

acte de piraterie et aux mains de pirates, et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord. Les tribunaux de l'État qui a opéré la saisie peuvent se prononcer sur les peines à infliger ainsi que sur les mesures à prendre en ce qui concerne le navire, l'aéronef ou les biens, réserve faite des tiers de bonne foi ». Art. 110 « Droit de visite. 1. Sauf dans les cas où l'intervention procède de pouvoirs conférés par traité, un navire de guerre qui croise en haute mer un navire étranger, autre qu'un navire jouissant de l'immunité prévue aux articles 95 et 96, ne peut l'arraisonner que s'il a de sérieuses raisons de soupçonner que ce navire : a) se livre à la piraterie ; b) se livre au transport d'esclaves ; c) sert à des émissions non autorisées, l'État du pavillon du navire de guerre ayant juridiction en vertu de l'article 109 ; d) est sans nationalité ; ou e) a en réalité la même nationalité que le navire de guerre, bien qu'il batte pavillon étranger ou refuse d'arborer son pavillon. 2. Dans les cas visés au paragraphe 1, le navire de guerre peut procéder à la vérification des titres autorisant le port du pavillon. A cette fin, il peut dépêcher une embarcation, sous le commandant d'un officier, auprès du navire suspect. Si, après vérification des documents, les soupçons subsistent, il peut poursuivre l'examen à bord du navire, en agissant avec tous les égards possibles. [...] ». Art. 111 « Droit de poursuite. 1. La poursuite d'un navire étranger peut être engagée si les autorités compétentes de l'État côtier ont de sérieuses raisons de penser que ce navire a contrevenu aux lois et règlements de cet État. Cette poursuite doit commencer lorsque le navire étranger ou une de ses embarcations se trouve dans les eaux intérieures, dans les eaux archipélagiques, dans la mer territoriale ou dans la zone contiguë de l'État poursuivant, et ne peut être continuée au-delà des limites de la mer territoriale ou de la zone contiguë qu'à la condition de ne pas avoir été interrompue ». Etant donné que les navires en haute mer sont soumis à la juridiction exclusive de l'État du pavillon, la responsabilité du maintien de la sécurité et de l'application de la loi à bord des navires dans les eaux internationales incombe à l'État du pavillon. Les États peuvent, toutefois, donner leur permission ou leur consentement à une telle opération en vertu d'accords bilatéraux ou multilatéraux. Les commandants opérant en mer peuvent également demander à l'État du pavillon l'autorisation d'arraisonner un navire *ad hoc*, soit en demandant l'approbation des autorités nationales de l'État du pavillon, soit en demandant le consentement du capitaine du navire. L'autorisation d'arraisonnement peut toutefois être étroitement circonscrite et n'implique pas nécessairement le consentement à inspecter ou même saisir le navire. La collaboration entre les États est particulièrement courante dans les opérations de lutte contre le commerce de drogue en mer. La communauté internationale s'est engagée — conformément à l'article 108 de la CNUDM, et comme précisé à l'article 17 de la Convention des Nations unies de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Convention des Nations unies sur les drogues) — à « coopérer à la répression du trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes auquel se livrent les navires en haute mer », cette autorisation ne dispense pas de l'obligation de demander le consentement de l'État du pavillon avant de procéder à un arraisonnement de lutte contre les stupéfiants dans les eaux internationales, à moins que des dispositions distinctes n'aient été prises entre les États concernés. Un État du pavillon peut autoriser au préalable les agents d'un autre État à monter à bord d'un navire ayant la nationalité de l'État du pavillon sans avoir à recevoir d'autorisation préalable. Cependant, cette autorisation est souvent limitée à un ensemble spécifique de situations. Il ne s'agit pas d'une autorisation générale et applicable à toutes les situations.

non seulement dans les zones de juridiction des États côtiers, mais aussi en haute mer, s'est intensifié¹¹⁸².

471. Ces règles restrictives esquissent les contours du cadre à l'intérieur duquel un État peut procéder à des actes contre des navires de commerce étrangers. Le dépassement de ce cadre et la transgression des règles relatives à la liberté de circulation des navires constitue un acte illicite à la lumière du droit international qui éventuellement donne lieu à des contre-mesures décidées par l'État lésé. Par ailleurs, la violation de la liberté de circulation des navires par le biais des mesures de contrôle opéré sur des navires de commerce étrangers pourrait être interprétée comme acte belligérant. En outre, si le contrôle et éventuellement la saisie des navires de commerce s'inscrivent dans le cadre général d'un conflit armé, ces actes pourraient être perçus en tant qu'actes non-neutres par l'État dont les navires de commerce subissent ces mesures. Recourir à des mesures contre les navires de commerce d'un belligérant pourrait être interprété comme acte belligérant engendrant l'immixtion dans un conflit armé déjà en cours¹¹⁸³. Il est évident qu'un acte pourrait faire l'objet de plusieurs interprétations. Cela prouve que la démarcation entre des actes de belligérance et des actes de contrainte économique exercés sur des navires de commerce est délicate. Considérés comme des cas typiques de mise en œuvre des mesures de contrainte économique, le contrôle, l'arraisonnement et la saisie d'un navire de commerce pourraient être ainsi appréhendés comme des actes entrepris par des belligérants.

472. Dans les litiges relatifs au droit de la mer et à la compétence d'exercice du droit d'inspection, de recherche et de saisie, le raisonnement défendu par les tribunaux américains mérite d'être soulevée¹¹⁸⁴. La question du fondement légal d'une opération d'arraisonnement ou de saisie d'un navire se trouvant dans une zone ne relevant pas de la compétence des États-Unis s'est posée avec ardeur à plusieurs reprises. Il faut rappeler que le droit américain ne s'aligne sur la CNUDM, que les États-Unis n'ont toujours pas signé, que dans la mesure où cette dernière reflète le droit international coutumier. La Convention de 1958, signée et ratifiée en 1961 et 1962 respectivement, reste donc la source normative de référence pour les tribunaux américains. Cependant, malgré la ratification de la Convention de 1958 par les États-Unis, pour

¹¹⁸² V. N. Klein, *Maritime security and the law of the sea*, Oxford, Oxford University Press, 2011, xxvi-350 p., p.302 et s.

¹¹⁸³ Cette interrogation a vu le jour à la suite de l'arraisonnement des navires russes conformément à des mesures restrictives de l'UE. V. M. Petta, « The Seizure of A Russian Merchant Vessel Raises Questions About Neutrality », 8 mars 2022, <https://www.lawfareblog.com/seizure-russian-merchant-vessel-raises-questions-about-neutrality> ; M. Petta, « The Seizure of a Russian Merchant Vessel Raises Questions About High Seas Freedoms », 16 mars 2022, <https://www.lawfareblog.com/seizure-russian-merchant-vessel-raises-questions-about-high-seas-freedoms>.

¹¹⁸⁴ Br. Zupruk, « On the Legality and Policy Ramifications of High Seas Seizures of Foreign Merchant Vessels for Violating U.S. Sanctions », 23 juin, <https://www.lawfareblog.com/legality-and-policy-ramifications-high-seas-seizures-foreign-merchant-vessels-violating-us-sanctions>.

que des dispositions relevant de cette dernière s'appliquent, les tribunaux doivent toujours se demander si les dispositions en question sont « auto-exécutoires » (*self-executing*). Les dispositions n'ayant pas cette qualité peuvent créer des engagements internationaux, mais ne constituent pas de fondements normatifs contraignants, en l'absence d'une loi précise d'application. L'art. 6 de la Convention de 1958, portant sur les compétences exclusives de l'État du pavillon en haute mer semble relever de cette catégorie¹¹⁸⁵. Cette interprétation favorable à la politique d'interception menée par les États-Unis au-delà des zones sur lesquelles la souveraineté ou des droits souverains sont exercés, met en cause l'application de la Convention par le juge américain¹¹⁸⁶.

473. A cette interprétation extensive des pouvoirs d'opération exercés sur des navires étrangers, s'ajoutent les demandes de saisie adressées par les États-Unis à d'autres États en vertu d'accords bilatéraux d'entraide et de coopération judiciaire. Ces demandes sont fondées sur des dispositions relevant du droit interne américain. Ces opérations de saisie, ordonnées par les instances américaines, présentent un degré de complexité particulier puisque le propriétaire du navire diffère souvent de celui de la cargaison transportée¹¹⁸⁷. Des sanctions étatiques ou des mesures restrictives peuvent ainsi s'appliquer soit à des personnes en lien avec le navire, soit à des personnes entretenant des liens avec les marchandises transportées. Il est ainsi évident que les hypothèses d'interférence avec le commerce maritime sont multipliées. Un nombre très significatif des navires paraît ainsi être affecté par les mesures relevant du droit interne des États-Unis, mais mises en œuvre par les autorités d'États tiers. La mise en œuvre des mesures de contrainte économique se caractérisent ainsi d'une radicalité certaine en raison de la prolifération des acteurs qui peuvent en être affectés.

474. Les États ayant subi des préjudices en raison de ces actes de saisie, ordonnées par les États-Unis, agissent en recourant à des contre-mesures visant des personnes juridiques relevant

¹¹⁸⁵ v. US Court of appeals, Fifth circuit, *United States v. Postal*, 589 F.2d 862 (1979) : « [W]e do not believe that the United States intended to limit its traditionally asserted jurisdiction over foreign vessels on the high seas by adopting article 6 of the High Seas Convention. The determination of this intent must be the touchstone of our interpretation. Moreover, we think the liquor treaty held to be self-executing in *Cook* wholly distinguishable. We hold, therefore, that article 6 is not self-executing and that, by virtue of the *Ker-Frisbie* doctrine, the defendants cannot rely upon a mere violation of international law as a defense to the court's jurisdiction ».

¹¹⁸⁶ V. 14 U.S.C. § 522 : « (a) The Coast Guard may make inquiries, examinations, inspections, searches, seizures, and arrests upon the high seas and waters over which the United States has jurisdiction, for the prevention, detection, and suppression of violations of laws of the United States ».

¹¹⁸⁷ Le 4 juillet 2019, la *Royal Navy britannique*, opérant aux côtés des autorités de Gibraltar et sur ordre des États-Unis, a saisi le superpétrolier M/T *Grace 1*, battant pavillon panaméen, alors qu'il transitait dans les eaux territoriales de Gibraltar. Le *Grace 1* transportait du pétrole brut iranien à destination de la Syrie, en violation des sanctions américaines. Le Panama avait révoqué l'immatriculation du *Grace 1* quelques semaines avant la saisie, laissant le navire sans aucun rattachement à un État, mais l'Iran a rapidement réclamé le navire afin de le protéger de la confiscation par les États-Unis. Les autorités de Gibraltar ont d'abord invoqué les sanctions de l'UE contre le régime syrien pour maintenir la saisie du navire. P. Karasz, R. Minder, « Gibraltar Seizes Syria-Bound Tanker Thought to Be Carrying Iranian Oil », 4 juillet 2019, *The New York Times*.

de l'État qui a procédé à la saisie. En l'occurrence, il est évident que l'État ayant procédé à la saisie diffère par rapport à l'État ayant initialement ordonné la saisie. La particularité du recours à cette mesure réside dans le fait que ce sont les personnes privées, en l'occurrence, les propriétaires des navires ou de leurs cargaisons, en lien avec l'État ayant procédé à l'acte de saisie, qui sont endommagés par ces contre-mesures. Dans ce cas, les contre-mesures dépassent le cadre strictement interétatique pour atteindre les droits et les intérêts des ressortissants de l'État ayant agi conformément à une demande émanant d'un autre ordre juridique¹¹⁸⁸. Le

¹¹⁸⁸ L'Iran a riposté en s'emparant du pétrolier britannique *Stena Imperio* dans le détroit d'Ormuz, faisant monter la pression pour libérer le *Grace 1*. Comme l'Iran a violé le droit de passage en transit du *Stena Impero*, ses actions devraient être considérées comme une contre-mesure. J. El-Fakir, « Retaliatory or lawful ? How Iran's seizure of the *Stena Impero* in the strait of Hormuz violated international law », *Columbia Journal of transnational law*, 2021, vol. 59, pp. 425-468, p. 461. « Il est peu probable qu'un tribunal international juge licites les prétendues contre-mesures de l'Iran. Le tribunal jugerait probablement que le Royaume-Uni n'est pas responsable d'un fait internationalement illicite. Et même en supposant qu'un tel tribunal conclut que le Royaume-Uni a commis un fait internationalement illicite, le tribunal conclurait probablement que les actions de l'Iran étaient illégales non seulement parce qu'une action était en cours devant les tribunaux de Gibraltar, mais aussi parce que l'Iran n'a pas respecté les exigences de notification procédurale. IL devient clair que la saisie par l'Iran du *Stena Impero* était un acte illégal de représailles ». Gibraltar a libéré le superpétrolier sur la promesse iranienne qu'il n'était plus destiné à la Syrie. L'Iran a ensuite libéré le *Stena Imperio*. Au milieu de tout cela, le *Grace 1* a disparu, bien que le Royaume-Uni ait signalé que le pétrole était finalement arrivé en Syrie après un transfert de navire à navire. Un incident similaire a eu lieu entre la Grèce et l'Iran en 2022. « Le point culminant du différend, qui a éclaté en printemps 2022, semble être l'arrêt et la saisie par l'Iran de deux pétroliers battant pavillon grec qui naviguaient près de ses eaux territoriales, après avoir embarqué du carburant dans le terminal pétrolier irakien de Bassora. Ces actes, prétendument entrepris à la suite de la violation de règles iraniennes portant sur la navigation maritime, ont été appréhendés comme des contre-mesures à l'acte de saisie d'un navire et de sa cargaison par les autorités grecques. En effet, le 15 avril les autorités grecques ont procédé à l'arrêt du navire *Pegas*, battant pavillon russe, mettant ainsi en œuvre les mesures restrictives imposées par l'UE à l'encontre de la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine. Au moment de la saisie, comme propriétaire du navire et de sa cargaison était considéré être la banque russe *Promsvyazbank*, ciblée par le Conseil de l'UE, en vertu du Règlement 2022/345 du 1er mars 2022. Contestant son titre de propriétaire du navire, et par conséquent la licéité de la saisie, la banque russe alléguait qu'un transfert avait été déjà opéré au profit d'une autre société russe, non concernée par les mesures restrictives. En s'appuyant sur cette considération, les autorités grecques ont libéré le pétrolier saisi. Il semble, toutefois, qu'un nouveau changement de pavillon ait eu lieu à la suite de la première saisie. En effet, selon le site de référence pour la navigation maritime *Equasis*, le navire a changé de pavillon le 1 mai 2022, battant depuis le pavillon de l'Iran et nommé dorénavant *Lana*. Sur ce changement de pavillon s'est appuyée la justice américaine pour demander la nouvelle saisie, en vertu, cette fois-ci, des sanctions américaines contre l'Iran. Il semble ainsi qu'à l'origine de l'acte de saisie soit la demande de la part des États-Unis fondée sur le traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Grèce et les États-Unis, entré en vigueur en 2001. Le traité prévoit que les parties se prêtent mutuellement assistance, dans le cadre des enquêtes, des poursuites et de la prévention des infractions, ainsi que dans le cadre des procédures liées aux affaires pénales. Sur ce traité s'est appuyé le juge d'instruction grec dans son ordonnance relative à la saisie du navire et de sa cargaison. Le ministère iranien des Affaires étrangères avait demandé via l'Organisation maritime internationale au gouvernement grec de relâcher le tanker tout en accusant les États-Unis d'avoir, à la suite de l'ordonnance du juge d'instruction, déchargé la cargaison du navire. Des doutes légitimes ont vu le jour quant à la licéité de cette ordonnance. Il faut rappeler qu'en vertu de l'art. 15 du traité bilatéral entre la Grèce et les États-Unis, l'État requis est en mesure d'opérer un contrôle de légalité de la demande de saisie et transfert de tout objet, effectués par l'État requérant. En absence de justification suffisante, aucune suite ne peut être donnée à la demande fondée sur le traité et adressée par un des deux États. Cette argumentation est reflétée dans la décision du juge d'appel qui a annulé l'ordonnance du juge d'instruction. En se conformant à cette décision, les autorités grecques ont, par la suite, procédé à la restitution du pétrole au navire iranien. Il faut souligner qu'entretemps les quantités de pétrole avait été transfusées dans un autre navire, affrété par le gouvernement américain. Contre cette décision, un recours a été exercé de la part de l'entreprise de transfert du pétrole transfusé, affrété par le gouvernement américain, auprès de la Cour de cassation grecque. Dans sa décision 1057/2022 du 12 août 2022, la Cour a rejeté le recours comme irrecevable. L'issue favorable de l'affaire pour l'Iran, a exercé une pression sur ce dernier qui, par la suite, a procédé graduellement à la libération des pétroliers grecs saisis. Téhéran a donné son feu vert à la libération des équipages après que les 100 000 tonnes de pétrole saisies par les autorités grecques eurent été restituées fin août au pétrolier iranien *Lana* ». v. Chronique des faits internationaux, « République Islamique d'Iran-République Hellénique », *RGDIP* 2022-4, V. D. Panousos, « Iran's Seizure of the Two Greek-flagged Vessels: An

propriétaire du navire ou de sa cargaison est perçu comme étant le substitut de l'État ayant procédé à l'acte de saisie. Cet exemple démontre l'articulation complexe entre la sphère privée et la sphère publique en mer, à la fois en temps de guerre et en temps de paix. Les navires de commerce rattachés en vertu d'un lien souvent incertain voire fictif avec un État sont susceptibles d'être traités comme émanation de cet État. Par conséquent, à l'image des pratiques courantes en période de guerre, les contre-mesures applicables en mer franchissent très souvent la limite qui sépare les intérêts publics de l'État visé des intérêts dont les titulaires sont ses propres ressortissants.

ii. Les critères d'identification des navires de commerce affectés par les mesures de contrainte économique.

475. L'exercice des mesures de contrainte sur les navires présuppose une qualification préalable de la part des autorités étatiques. Les navires de commerce doivent être rattachés à l'État subissant les effets de contre-mesures. Cette opération rappelle la manière dont les belligérants attribuent le caractère ennemi à des navires de commerce. Cette problématique se trouve au centre de l'interrogation actuelle sur les prérogatives exercées contre des navires de commerce russe. Le recours à des mesures de saisie des navires privés est devenu systématique à la suite de l'invasion russe en Ukraine en 2022. Le Royaume-Uni, l'Union européenne (UE), les États-Unis et le Canada ont réagi à l'agression russe en interdisant, entre autres, aux navires russes d'accéder à leurs ports et/ou à leurs eaux territoriales. L'interrogation porte sur les critères retenus pour l'identification des navires russes, préalable nécessaire à leur interdiction ou leur saisie. Toutefois, cette qualification ne s'opère pas de manière exclusive par référence au pavillon ou à l'immatriculation du navire. Des tentatives sont déployées pour que le lien réel avec l'État russe puisse être détecté au-delà du lien formel du pavillon ou de l'immatriculation. Par cette position, l'identification du navire semble avoir lieu en vertu des règles régissant les conflits armés maritimes et non les règles générales applicables selon la Convention du droit de la mer. La technique d'identification de la nationalité du navire retenue par la législation britannique, canadienne et américaine présente une ressemblance frappante avec les critères d'identification des navires en vertu du droit de la guerre navale. Une approche large des manifestations du transport maritime russe est ainsi retenue. Une pluralité de critères permet aux États de mettre des bornes à la navigation des navires présentant de liens même indirects avec l'économie russe. Il faut rappeler que le droit de la guerre navale reconnaît le droit d'un

International Law Perspective », *EJIL Talk*, 15 juin 2022, M. Zerrouky, « L'Iran s'empare de deux pétroliers grecs dans les eaux du Golfe », *Le Monde*, 31 mai 2022, p. 5.

État en guerre de percer le voile de l'immatriculation d'un navire afin de déterminer sa nationalité et son éventuel caractère ennemi. Le droit international permet aux belligérants de cibler la navigation ennemie et porter préjudice à la liberté de navigation des navires de commerce au moyen de mesures d'interférence, de saisie, dans le cadre de la guerre économique. Ce caractère ennemi peut être déterminé non seulement par l'immatriculation d'un navire, mais aussi par la propriété ou l'affrètement du navire.

476. La même possibilité de percer « le voile corporatif » n'est pas reconnue aux États en vertu du droit international de la mer en période de paix. L'interrogation porte sur le caractère obligatoire ou pas de l'existence d'un lien effectif entre un navire et l'État dont il bat le pavillon. Percer le voile corporatif n'est envisageable que si le lien effectif entre un navire et l'État dont il bat le pavillon, terme figurant dans la Convention de Montego Bay, est interprété comme une condition *sine qua non* pour l'octroi de nationalité à un navire. L'art. 91 de la Convention de Montego Bay, consacré à la nationalité des navires, précise qu'un lien substantiel entre l'État et le navire doit exister. Toutefois, cette obligation ne relève pas de l'article 93 relatif aux obligations de l'État du pavillon. Par conséquent, et malgré la proposition de la Commission du droit international lors de l'élaboration de la Convention sur la haute mer de 1958 selon laquelle l'existence d'un lien substantiel devait constituer le fondement de reconnaissance de la nationalité par les autres États, le lien effectif n'a pas été retenu comme condition d'opposabilité du pavillon¹¹⁸⁹. L'obligation de lien effectif a été reconnue de manière explicite par la Convention des Nations-Unies sur les conditions d'immatriculation des navires, adoptée en 1986 qui toutefois, n'est jamais entrée en vigueur¹¹⁹⁰. Cette interprétation a été retenue aussi par le Tribunal international de la mer qui a ainsi dissocié le lien effectif de la reconnaissance de la nationalité d'un navire¹¹⁹¹. L'opération de détermination de la nationalité d'un navire en

¹¹⁸⁹ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa huitième session*, du 23 avril au 4 juillet 1956, A/CN.4/SER.A/1956/Add., *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II p. 279 : « [L]a Commission a cru bon de se borner à énoncer le principe directeur suivant lequel, pour que l'octroi de la nationalité soit généralement reconnu, il faut qu'un lien réel existe entre le navire et l'État qui octroie le pavillon. La Commission n'estime pas possible d'indiquer d'une façon plus détaillée comment ce lien doit se manifester. Ce manque de précision a amené certains de ses membres à douter de l'opportunité de cette stipulation. La majorité de la Commission a toutefois préféré un critère vague à l'absence de tout critère. Tout en laissant aux États une grande latitude à cet égard, la Commission a tenu à préciser que l'octroi de son pavillon à un navire ne peut être une simple formalité administrative, sans garantie annexe que le navire possède un lien réel avec son nouvel État. La juridiction de l'État sur les navires et le contrôle qu'il doit exercer ne peuvent être effectifs que lorsqu'il existe en fait une relation entre l'État et le navire autre que la simple immatriculation ou le simple octroi d'un certificat d'immatriculation ».

¹¹⁹⁰ Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires Genève, 7 février 1986. Cette Convention visait à réduire le rôle des pavillons de complaisance reconnaissant une série d'obligations incombant à l'État du pavillon et précisant les critères qui devaient être remplis que pour le lien avec l'État du pavillon soit établi. V. part. 10 Rôle des États du pavillon dans la gestion des sociétés propriétaires de navires et des navires.

¹¹⁹¹ Tribunal international du droit de la mer, *Navire SAIGA, (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, Arrêt, *TIDM Recueil* 1999, pp. 10 — 76, par. 79, 80, et 83. La conclusion qu'en tire le Tribunal est que le but des dispositions de la convention relatives à l'exigence d'un lien substantiel entre un navire et l'État dont il bat le pavillon est d'assurer un respect plus efficace par les États du pavillon de leurs obligations, et non d'établir des critères susceptibles d'être

temps de paix diffère ainsi de la même opération en temps de conflits armés ayant comme effet l’attribution du caractère ennemi ou neutre.

477. Par sa décision d’interdire l’accès aux ports aux navires russes, l’UE a choisi d’interdire l’accès aux ports uniquement à tout navire enregistré sous le pavillon russe, y compris les navires qui ont changé leur pavillon ou leur enregistrement russe pour tout autre pavillon ou enregistrement après le 24 février 2022¹¹⁹². L’UE accorde ainsi une importance centrale au pavillon et à l’immatriculation d’un navire afin de déterminer la nationalité d’un navire. Le caractère global de mesures d’interdiction d’accès aux ports des États de l’UE est significatif puisque sont concernés tous les navires battant le pavillon russe ou possédant un numéro d’immatriculation russe. La décision du Conseil contient toutefois des références à la dérogation possible à ces mesures pour des raisons humanitaires ou en cas de navires impliqués dans certaines catégories spéciales de commerce. Des mesures d’interdiction d’accès aux ports se sont ajoutées aux mesures de saisie qui ont été exercées sur des navires privés appartenant à des ressortissants russes, dont les noms figuraient dans les annexes aux mesures restrictives.

478. Les navires russes avaient déjà été interdits d’accès aux ports du Royaume-Uni, à la suite d’une nouvelle série de sanctions britanniques contre la Russie imposées le 1er mars 2022. Le ministre des Transports britannique avait déclaré dans une lettre adressée à tous les ports britanniques que les navires russes ne seraient pas autorisés à entrer dans les ports britanniques et que l’accès à tout navire soupçonné d’être détenu, contrôlé, affrété ou exploité par une personne liée à la Russie devrait être interdit¹¹⁹³. La même position est adoptée par le

invoqués par d’autres États pour contester la validité de l’immatriculation de navires dans un État du pavillon. V. aussi Tribunal international du droit de la mer, *Navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt, *TIDM Recueil* 2014, pp. 4-129, par.110 : « Le Tribunal est d’avis que la troisième phrase du premier paragraphe de l’article 91 de la Convention, qui exige un lien substantiel entre l’État du pavillon et le navire, ne devrait pas être interprétée comme établissant des conditions préalables ou des conditions auxquelles serait subordonné l’exercice par l’État du pavillon du droit d’attribuer sa nationalité aux navires ».

¹¹⁹² Règlement UE 2022/576 du Conseil du 8 avril 2022, Journal officiel L 111/1 : « Article 3 sexies bis 1. Il est interdit de donner accès après le 16 avril 2022 aux ports situés sur le territoire de l’Union à tout navire immatriculé sous pavillon russe.2. Le paragraphe 1 s’applique aux navires qui ont changé leur pavillon russe ou leur numéro d’immatriculation russe pour le pavillon ou le numéro d’immatriculation de tout autre État après le 24 février 2022. 3. Aux fins du présent article, on entend par “navire” : a) un navire relevant du champ d’application des conventions internationales pertinentes ; b) un yacht d’une longueur égale ou supérieure à 15 mètres, ne transportant pas de marchandises et ne transportant pas plus de douze passagers ; ou c) un bateau de plaisance ou un véhicule nautique à moteur au sens de la directive 2013/53/UE du Parlement européen et du Conseil ».

¹¹⁹³ Lettre du 28 février 2022, département de transport : « In these circumstances the Department for Transport does not consider it appropriate for Russian vessels to continue to enter UK ports. From this point onwards, UK ports are asked not to provide access to any ship which they have reason to believe is owned, controlled, chartered, or operated by any person connected with Russia; owned, controlled, chartered or operated by Designated Persons; flying the Russian flag; registered in Russia ». Pour les mesures britanniques v. aussi *UK The Russia (Sanctions) (EU Exit) (Amendment) (No. 4) Regulations 2022*, entrées en vigueur le 16 décembre 2022 : « Prohibition on port entry 57 A. — (1) A person must not provide a ship to which this paragraph applies with access to a port in the United Kingdom, if the person knows, or has reasonable cause to suspect, that the ship is a ship to which this paragraph applies. (2) The master or pilot of a ship to which this paragraph applies must not cause or permit the ship to enter a port in the United Kingdom if the master or pilot knows, or has reasonable cause to suspect, that the ship is a ship to which this paragraph applies. (3) Paragraphs

Canada¹¹⁹⁴. Dans le sillage de ces mesures s'inscrit la proclamation du 21 avril 2022 du Président américain interdisant aux navires affiliés à la Russie d'entrer dans les ports américains. La qualification de « navire affilié à la Russie », figurant dans la proclamation est très large comportant tout navire entretenant des liens éventuels soit avec l'État soit avec des personnes physiques ou morales russes¹¹⁹⁵. Cette qualification semble dépasser la distinction entre l'État et les personnes privées rattachées à cet État qui normalement est respectée lorsque des contre-mesures sont prises. Ce caractère global de la qualification renvoie de manière directe à la législation de guerre dont la mise en œuvre engendre l'interruption de tout commerce avec l'État adversaire et confère à l'État belligérant la prérogative de procéder à une série d'opérations visant les navires et leurs cargaisons qualifiés d'ennemis¹¹⁹⁶.

iii. La mise en œuvre des mesures de gel des navires de commerce par les autorités nationales : la confiscation, une peine encourue en cas de violation des mesures de gel.

479. Les mesures de gel appellent des mesures d'application matérielle sur le plan national, selon les circonstances et la conception que s'en font les gouvernements nationaux. La référence à la pratique de gel des navires, à la suite de l'imposition des mesures restrictives par le Conseil de l'UE s'avère particulièrement féconde pour saisir la particularité de ces mesures de

(1) and (2) are subject to Part 7 (Exceptions) (see, in particular, regulation 61A (ships: exceptions from prohibitions on port entry)). (4) A person who contravenes a prohibition in paragraph (1) or (2) commits an offence. (5) Paragraphs (1) and (2) apply to— (a) a ship owned, controlled, chartered or operated by a designated person, (b) a ship owned, controlled, chartered or operated by persons connected with Russia, (c) a ship flying the flag of Russia, (d) a ship registered in Russia, or (e) a specified ship ».

¹¹⁹⁴ Pour le cas du *Canada v. Règlement canadien sur les mesures économiques spéciales visant la Russie DORS/2014-58 Loi sur les mesures économiques spéciales*, 17 mars 2014 : « Il est interdit d'amarrer au Canada tout navire immatriculé en Russie ou utilisé, affrété ou loué, en totalité ou en partie, par la Russie, une personne qui s'y trouve, une personne désignée, en leur nom ou pour leur compte, ou de faire passer au Canada un tel navire, sauf si cela est nécessaire à la sauvegarde de vies humaines ou à la sûreté de la navigation ».

¹¹⁹⁵ *Proclamation 10371 of April 21, 2022, Declaration of National Emergency and Invocation of Emergency Authority Relating to the Regulation of the Anchorage and Movement of Russian-Affiliated Vessels to United States Ports*. <https://www.federalregister.gov/documents/2022/04/22/2022-08872/declaration-of-national-emergency-and-invocation-of-emergency-authority-relating-to-the-regulation>. Section 1 : « I hereby prohibit Russian-affiliated vessels from entering into United States ports ». Aux termes de la proclamation, on entend par « navire affilié à la Russie » : « 1. Les navires sous registre russe, c'est-à-dire les navires sous pavillon russe ; 2. Les navires appartenant à des Russes, c'est-à-dire que le gouvernement russe ou une société, un citoyen ou un résident permanent russe apparaît comme le propriétaire légal en titre sur les documents d'enregistrement du navire ; ou 3. Les navires exploités par la Russie, c'est-à-dire qu'une société, un citoyen ou un résident permanent russe prend "les décisions commerciales" concernant l'emploi d'un navire, y compris la manière et le lieu d'emploi du navire. Il existe deux exceptions à cette interdiction. 1. L'interdiction ne s'applique pas aux navires affiliés à la Russie "utilisés pour le transport de matières premières, de matières nucléaires spéciales et de sous-produits nucléaires" pour lesquels et aussi longtemps qu'il est déterminé "qu'aucune source d'approvisionnement viable n'est disponible" sans l'utilisation de ces navires affiliés à la Russie. 2. En outre, l'interdiction ne s'applique pas aux navires affiliés à la Russie qui cherchent à entrer dans un port américain "en raison d'un cas de force majeure, uniquement pour permettre aux marins de toute nationalité de débarquer ou d'embarquer à des fins de changement d'équipage, de soins médicaux d'urgence ou pour tout autre besoin humanitaire" ».

¹¹⁹⁶ V. l'analyse R. De Himanil, « A unified understanding of ship nationality in peace and war », *AJIL*, 2022, p.731-739, p.731 : « States have declared that they may ascertain a ship's nationality during peacetime in the same manner as a ship's nationality is ascertained when the relevant states are at war ».

contrainte économique exercée sur les navires de commerce¹¹⁹⁷. Les mesures de gel mises en place par l'article 2 du règlement (UE) 269/2014 du Conseil du 17 mai 2014 et par le règlement (UE) 2022/260 du Conseil du 23 février 2022, relatives aux mesures restrictives, eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, appliquées aux navires de commerce russes, ont été examinées par les juridictions internes. Les autorités administratives doivent se conformer aux règlements européens et en faire une interprétation restrictive lorsque des limites sont posées à la liberté de navigation. L'exemple d'application des mesures restrictives par la France pourrait être évoqué. Les autorités françaises estiment ainsi qu'un « navire » entre dans la notion de « ressources économiques », définie dans le Règlement n 269/2014¹¹⁹⁸. Si un navire appartient à une personne suspecte de faire l'objet des sanctions et approche un port français, ce navire peut être immobilisé par les autorités françaises. La contestation de la licéité des actes de gel porterait principalement sur la non-inscription des noms des personnes en lien avec les navires immobilisés dans les listes figurants sur les règlements¹¹⁹⁹. En effet, c'est l'identité du propriétaire qui conditionne la légalité des mesures douanières prises à l'encontre du navire.

¹¹⁹⁷ V. aussi le différend relatif à l'immobilisation du navire *Pola Ariake* et les deux ordonnances rendues le 18 et le 28 mars 2022 par le juge des référés du Tribunal Judiciaire de Lorient. Le navire vraquier *Pola Ariake* avait fait l'objet, le 2 mars 2022, d'une mesure de gel prononcée par la Direction Nationale du Renseignement et des Enquêtes Douanières (DNRED) sur le fondement du règlement de l'Union européenne no 269/2014 du Conseil en date du 17 mars 2014 et du règlement d'exécution no 2022/336 en date du 28 février 2022. Ce navire était la propriété de la société *JSC JTLK M7*, domiciliée à Hong Kong. Cette société est elle-même une filiale de la société russe *JSC JTLK* spécialisée dans les opérations de crédit-bail et dont le capital est détenu par la Fédération de Russie. La mesure de gel prise par la DNRED a été contestée devant le juge de Lorient qui en a ordonné la mainlevée. L'administration ayant refusé d'exécuter cette décision, le juge l'a confirmée par une seconde ordonnance. Le navire a pu, par la suite, quitter le port de Lorient, l'administration faisant toutefois appel de la décision qui lui avait été opposée. Selon le tribunal : « S'il est constant en l'espèce que le navire *Pola Ariake* est une "ressource économique" au sens de ces deux textes, il est également établi que M. Vitaly Gennadyevich Savelyev, personne figurant dans l'annexe précitée, n'en est pas propriétaire, la DNRED soutenant que, via la compagnie *JTLK Asia M7* et sa société mère, ledit navire appartiendrait au ministère des transports de la Fédération de Russie. [...] La défenderesse ne peut d'autre part utilement faire valoir que M. Savelyev, en sa qualité de ministre des transports de ladite fédération, exercerait une forme de contrôle sur le navire, alors qu'en toute hypothèse, seules les personnes physiques et la compagnie d'assurance figurant sur les annexes étant visées par les mesures restrictives dont il s'agit, ni la Fédération de Russie, ni l'un ou l'autre de ses organes, ne peuvent être atteints par lesdites mesures », TJ Lorient, 18 mars 2022, no 22/00073. V. l'analyse de ce arrêt E. Ginter, « Observations, Sanctions envers la Russie : l'immobilisation du *Pola Ariake* », *Le droit maritime français*, 2022, pp.417-422, p.422 : « Celui-ci ne pouvait donc aller au-delà de son objectif et s'appliquer à tous les biens qui, d'une façon plus ou moins directe, relevaient de la Fédération de Russie et plus précisément de son ministère des transports. Le juge des référés a donc fait en l'espèce une application mesurée d'un texte d'exception qui, précisément en raison de sa nature même, et des atteintes qu'il est susceptible de causer à des droits essentiels, doit être interprété strictement ».

¹¹⁹⁸ Les « ressources économiques » sont définies comme « les avoirs de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, qui ne sont pas des fonds, mais qui peuvent être utilisés pour obtenir des fonds, des biens ou des services ». Art. 1, al. d.

¹¹⁹⁹ v. Tribunal judiciaire de Boulogne-sur-Mer, 6 juill. 2022, no 22/00157. Par son ordonnance de référé du 6 juillet 2022, le Tribunal judiciaire de Boulogne sur mer a rejeté les demandes de la société *Transmorflot LLC* tendant à voir ordonner la mainlevée de la saisie du *Baltic Leader*, et a ordonné toutes mesures propres à faire cesser l'immobilisation de ce navire. Le navire, parti du port indien de Cochin, est arrivé à Rouen, le 16 février 2022, pour y décharger une cargaison d'éoliennes. Le navire, vide, a quitté le port le 25 février, sans faire l'objet de quelque restriction que ce soit et notamment pas de mesure de gel. Le 26 février, alors qu'il était en route vers le port de Saint Pétersbourg, il a été intercepté, en mer contiguë, par un navire patrouilleur de la Douane, un patrouilleur de la Marine Nationale et une vedette de gendarmerie, pour être dérouté vers le port de Boulogne sur Mer, où il a été « saisi » par les agents de la Douane. Le

480. Dans l'ordre juridique français, la saisie des navires peut être ordonnée en vertu de l'article 459 du code des douanes applicable à toute personne qui contreviendrait ou tenterait de contrevenir aux mesures de restriction des relations économiques et financières prévues par la réglementation communautaire prise en application de la politique extérieure et de sécurité commune¹²⁰⁰. La violation d'une mesure de gel constitue ainsi une infraction pénale, prévue à l'article 459 1bis du code des douanes, passible notamment de la confiscation du corps du délit et l'article 323 du même code, autorisant la saisie de tout objet passible de confiscation en cas d'infraction douanière. La sanction de saisie, touchant aux navires ayant transgressé les règles de droit fiscal, doit, cependant, être distinguée des mesures de gel qui n'ont, quant à eux, qu'un effet provisoire n'engendrant pas la dépossession définitive. La sanction pour violation d'une mesure restrictive, conçue comme infraction pénale, semble ainsi dépasser en radicalité et intensité la simple mesure de gel¹²⁰¹.

Le juge des référés a été saisi et il lui a été demandé de faire cesser la saisie du navire *Baltic Leader*, qualifié par le demandeur de manifestement illicite. Il a rappelé, à juste titre, que la mesure de gel ne pouvait frapper que l'une des personnes physiques ou morales visées à l'annexe I de l'article 2 du règlement (UE) 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 et à l'annexe du règlement d'exécution (UE) 2022/260 du Conseil du 23 février 2022. Il était invité à constater que la société *PSB LEASING LLC*, qui figurait dans la liste des personnes susceptibles d'être atteintes par une mesure de gel, n'était plus le propriétaire du navire. S'appuyant sur deux constats établis par la douane les 3 et 4 mars 2022, le navire aurait encore été la propriété de la société *PSB Leasing LLC*, le juge des référés a estimé « qu'en égard aux éléments produits par les parties défenderesses — la douane — il existe un doute sur la réalité de la vente du bateau au profit de la société *Transmorflot LLC*, et partant sur sa qualité de propriétaire à la date des opérations douanières contestées ». La société a interjeté appel de cette décision. La Cour d'appel de Douai a dû ordonner la mainlevée de la saisie estimant qu'il existe un doute sur la propriété du *Baltic Leader*. Il a estimé que « la licéité d'une mesure telle que la saisie litigieuse ou, tout au moins, de son maintien suppose acquise la certitude de ce que la personne à qui elle est infligée est l'auteur de l'infraction qui la fonde ». Cour d'appel de Douai — Chambre 1, section 1, 15 décembre 2022, n° 22/03457. Pour une analyse v. B. Marguet, « Doute sur l'identité du propriétaire d'un navire saisi sur le fondement des sanctions européennes/Guerre en Ukraine », *Le droit maritime français*, 2022, p.675-681 ; B. Marguet, « Le déroutement du navire *Baltic Leader*, Au titre du gel des avoirs des personnes liées au régime russe, était-il conforme au droit international ? », 1^{er} juillet 2022, <https://jeunemarine.fr/2022/06/le-deroutement-du-navire-baltic-leader-au-titre-du-gel-des-avoirs-des-personnes-liees-au-regime-russe-etait-il-conforme-au-droit-international/>

¹²⁰⁰ Code des douanes Article 459.1.

¹²⁰¹ Si la nature provisoire de la mesure de gel, ordonnée conformément aux mesures restrictives émises par l'UE, est prise en considération, la compétence du juge administratif ne pourrait pas être contestée au profit de celle du juge judiciaire, en vertu de l'invocation éventuelle de la théorie de voie de fait. Les décisions prises par les autorités douanières engendrant le gel provisoire des navires dont les propriétaires sont visés par le Conseil, ne constituent que de cristallisations des prérogatives de police administrative spéciale. Pour la non-compétence du juge judiciaire de se prononcer sur les décisions administratives de gel prises par Direction Nationale du Renseignement et des Enquêtes Douanières v. aussi CA d'Aix-en-Provence — Chambre 1-2 - 12 juillet 2022 — n° 22/07066, *Société Alpha LLC c. établissement public service Garde-côtes des douanes de Méditerranée*. En l'occurrence, après une fouille du navire et interrogation du capitaine de bord, il a été établi que ce navire est exploité par la société *Alpha LLC*, société de droit étranger dont le siège social est en Russie, dans le cadre d'un contrat de leasing, et qu'il est la propriété de la société *JSC GTLK*, société russe dirigée par monsieur [F] [V] [B]. Par procès-verbal du 1er mars 2022, l'administration des douanes a informé le capitaine du navire de l'application des mesures de gel avec immobilisation immédiate du navire par application du règlement 269/2014 modifié par le règlement 336/2022, le bateau étant considéré comme étant contrôlé par monsieur [F] [V] [B]. La société *Alpha LLC* ne conteste pas la légalité des règlements européens concernés, ni au titre de la mesure d'immobilisation elle-même, ni au titre de l'inscription de monsieur [F] [V] [B] au sein de l'annexe I dudit règlement, mais soutient que ces derniers ne sauraient s'appliquer au navire « [F] [V] », l'action des douanes constituant un trouble manifestement illicite, voire une voie de fait. La Cour d'appel a considéré que « L'appréciation, en revanche, de l'applicabilité en droit interne français de la sanction européenne de gel des avoirs et ressources économiques dépend de la compétence du juge national administratif, en ce qu'elle revient à apprécier la régularité d'une décision administrative du service Garde-Côtes de douanes de Méditerranée consistant en la mise en œuvre d'une décision européenne qui s'impose à l'État français dans son principe, l'administration de chaque État membre étant,

b. Des prérogatives exercées sur les navires de commerce conformément aux sanctions internationales. La démarcation difficile entre des droits des belligérants et des droits conférés au nom de la préservation de la paix et de la sécurité internationales.

481. Des mesures ordonnées contre des navires de commerce figurent souvent dans les Résolutions du CS. À titre d'organe assurant la sécurité collective, le CS peut ordonner la visite, l'arraisonnement, la saisie des navires de commerce. Des prérogatives, dont les racines remontent au *jus in bello* et dont les États impliqués dans des conflits armés disposent, sont ainsi conférées aux États-membres de l'ONU au nom de la préservation de la sécurité internationale. De la catégorie des mesures de gel des biens relèvent aussi les opérations d'arrêt, d'interception, de saisie des navires de commerce, prises dans le cadre d'opérations de police internationale, sous les auspices de l'ONU. Le Conseil de sécurité a ainsi procédé au recours à de telles mesures en dehors du cadre des conflits armés. L'intensité des mesures prises contre des navires de commerce est variable. Si le simple arrêt des navires est la règle, il n'est pas exclu que les États soient autorisés à procéder à la saisie définitive d'un navire de commerce. L'arrêt ou la saisie d'un navire de commerce sont ainsi appréhendés comme des opérations de police maritime internationale. Ces opérations de police, menées contre des navires de commerce, présentent des similitudes apparentes avec des actes entrepris par les belligérants lors d'un conflit armé. Aucune ligne de démarcation ne peut être facilement tracée entre des actions menées sous les auspices du CS et des actions menées par des États impliqués dans un conflit armé. La parenté entre ces mesures s'explique par référence à leur intensité. À la fois le blocus militaire et le blocus ordonné en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité s'appliquent à des navires de commerce relevant d'un État sans aucun lien supplémentaire nécessaire. L'attention est aussi attirée par le mécanisme d'embargo et ses liens multiples avec le blocus dit pacifique.

ainsi que l'a rappelé la commission européenne, en charge de sa mise en œuvre. [...] Par ailleurs, la compétence du juge judiciaire des référés ne peut davantage être retenue en raison d'une voie de fait reprochée au service Garde-Côtes de douanes de Méditerranée. D'une part, la société Alpha LLC ne contestant pas même la légalité des règlements européens en cause, elle ne démontre pas en quoi l'action de l'administration des douanes serait entachée d'une irrégularité grossière. D'autre part, la société Alpha LLC n'établit pas que la mesure de gel conduite à une atteinte totale et définitive du droit de propriété et des droits de l'armateur, alors que cette mesure européenne est conçue à visée temporaire, étant susceptible d'être abrogée à l'échéance ou annulée avant celle-ci par les instances européennes. Par ailleurs, elle tient en une immobilisation, mais aucunement en une saisie, ni en une confiscation. Aucune irrégularité dans l'action de l'administration, dont l'appréciation relève des juridictions administratives compétentes, n'étant par définition constatée à ce stade, aucune voie de fait n'est acquise ».

482. La notion de police internationale fait allusion aux moyens mis en œuvre en vue d'établir un système de sécurité collective¹²⁰². Un des outils de garantie de la sécurité collective, ayant comme objet des navires de commerce est le blocus, énoncé à l'article 42 de la Charte. Le blocus confère un fondement juridique à l'usage de la force contre les navires qui essayent de le forcer. La référence de la Charte aux blocus renvoie à l'institution des blocus pacifiques autorisant la prise de mesures contre des navires de commerce en temps de paix. Les blocus ont traditionnellement été présentés comme les outils par excellence de la diplomatie de la canonnière, souvent interprétée par la doctrine comme moyen d'imposition de l'hégémonie des puissances maritimes¹²⁰³. Il s'agissait d'un exemple typique de mesure en-deçà de la guerre, légitimant le recours aux prérogatives reconnues aux belligérants, en temps d'absence de guerre au sens formel. Le recours au blocus maritime était conçu comme moyen d'exercice de la protection diplomatique jusqu'au début du XX siècle et la limitation de cette prérogative par la Deuxième convention de la Haye de 1907, dite Convention Drago-Porter¹²⁰⁴. En tant que moyen d'interruption de tout rapport commercial avec l'État bloqué, l'institution de blocus concerne principalement les navires de commerce, relevant de la catégorie des biens privés. Les prérogatives conférées à l'État en cas d'imposition de blocus pacifique attiraient l'attention des internationalistes depuis le 19^e siècle. Cet intérêt s'explique par la transposition d'une institution de guerre dans l'arsenal des prérogatives revendiquées par les États en temps de paix. Le blocus pacifique se comprenait ainsi comme outil de contrainte économique exercé sur les

¹²⁰² Pour une définition du système de sécurité collective v. p. ex. H. Lauterpacht « [t]he legal system [...] conceived as a sum of legal obligations in which the right of war is limited or renounced and in which such limitation or renunciation is, as a matter of legal duty, subject to enforcement by the parties ». H. Lauterpacht, *Collected papers*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2004, 758 p., « Neutrality and Collective Security », pp.611-634, p.611. Pour une autre définition v. N. Tsagourias et N. White : « the security of each member of a collectivity and that of the collectivity as a whole is guaranteed by common action, on the basis of prescribed rules and methods », N. Tsagourias, N. D. White, *Collective Security. Theory, Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, xxxvi-481 p., p.3.

¹²⁰³ V. la définition de Cable « gunboat diplomacy is the use or threat of limited naval force, otherwise than as an act of war, in order to secure advantage, or to avert loss, either in the furtherance of an international dispute or else against foreign nationals within the territory or the jurisdiction of their won state ». J. Cable, *Gunboat diplomacy, political application of limited naval force*, London, Chato & Windus, 1971, 251 p., p.21. H. Geffcken, dans sa note sur le blocus en temps de paix dans le cadre de la session de l'institut de droit international de Heidelberg en 1887-1888, précisait que « [i]l est incontestable que si l'on passe en revue les cas où un blocus soi-disant pacifique a été institué, nous trouvons partout qu'il a été exercé par un État puissant contre un État faible. La raison en est bien claire ; s'il est certain que jamais on n'oserait, vis-à-vis d'un grand pays, défendre l'entrée et la sortie de ses propres bâtiments seuls, parce qu'on sait qu'il ne s'y soumettrait pas, encore moins oserait-on recourir à un véritable blocus en fermant les ports d'un grand pays aux bâtiments de tous les autres États. On sait qu'il y répondrait par la force ou par une déclaration de guerre. Sans doute, un tel blocus est pour un grand État un moyen fort commode d'imposer sa volonté aux faibles [...] » p. 293, Institut de droit international, « Droit de blocus en temps de paix », Sixième commission d'étude, *Annuaire de l'institut de droit international*, t. 9, 1887-1888, p.275 et s.

¹²⁰⁴ Son intitulé officiel était « Convention concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles ». Art 1. « Les puissances contractantes sont convenues de ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au gouvernement d'un pays par le gouvernement d'un autre pas comme dues à ses nationaux ».

navires de commerce relevant de l'État contre qui cette décision avait été prise ou contre les navires neutres essayant de le forcer.

483. Dans le cadre de la session de Heidelberg, tenue de septembre 1886 à septembre 1887, l'Institut de droit international s'est penché sur la question de la reconnaissance de la possibilité de « décréter un blocus, sans déclaration de guerre, et en l'absence d'un état de guerre effectif, soit comme représailles, soit comme intervention, et si une telle mesure s'accordera [it] avec le caractère (paisible) des rapports internationaux ? »¹²⁰⁵. Il fallait ainsi s'interroger sur les limites de la force inhérente au mécanisme du blocus maritime pacifique envers les États tiers dont les intérêts se trouvaient atteints. Les adversaires du blocus pacifique insistaient sur son incompatibilité avec la liberté du commerce et de navigation en temps de paix et classaient le droit au blocus maritime parmi les droits dont sont investis les belligérants¹²⁰⁶. La partie de la doctrine qui admettait la licéité de cette tactique et sa compatibilité avec l'état de paix la rangeait parmi les mesures de représailles pacifiques¹²⁰⁷.

484. Le blocus pourrait ainsi être entendu comme mesure reconnue par le droit international, n'impliquant pas l'emploi de la force et par conséquent non nécessairement liée à l'état de guerre, mais témoignant « d'un état de tension, d'antagonisme dans lequel on retrouve les caractéristiques d'une crise internationale »¹²⁰⁸. Qualifiée de « mesure d'une grande richesse sémantique » le blocus pourrait être présenté en tant que « moyen de mise en œuvre de l'embargo ayant la tendance à s'élargir à des mesures plus générales et plus contraignantes que ce dernier et visant à interrompre toutes les relations économiques et financières »¹²⁰⁹. Il a été

¹²⁰⁵ Institut de droit international, « Droit de blocus en temps de paix », *op. cit.*, p. 277. Question formulée par Perels.

¹²⁰⁶ Pour la thèse soulignant le rapport entre le blocus et l'institution de guerre v. parmi d'autres A. de Pistoyé, Ch. Duverdy, *Traité des prises maritimes*, Paris, Durand, 1859, vol. I, 512 p., vol. II, 534 p., p.376. Des particularités présentent la thèse de Hautefeuille qui rejette l'institution du blocus pacifique, considérant que le blocus est la conséquence de la conquête du territoire ennemi, admise uniquement en guerre. L'auteur néglige le fait que les navires assurant le blocus stationnent souvent en haute mer, à savoir dans une zone qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'occupation. L. B. Hautefeuille, *Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime*, Paris, Guillaumin et c., 1868, IIIème tome, 466 p., p. 170. Pour une présentation des adversaires et des partisans de cette institution v. Bulmerincq, « Le blocus pacifique et ses effets sur la propriété privée », *Journal du droit international privé*, 1884, p.569-583, p.574.

¹²⁰⁷ Dans son contre-rapport déposé à la session de Heidelberg de l'institut de droit international, Geffcken renvoie à la réponse fournie par la Sublime-Porte aux représentants des trois puissances européennes ayant combattu contre la flotte ottomane après la bataille de Navarin à la suite de l'éclatement de la guerre d'indépendance grecque. Le prétexte d'imposition par l'Angleterre, la France et la Russie du blocus maritime des côtes de la région revendiquée par la Grèce avait comme prétexte le refus de médiation de la part de la sublime Porte que les grandes puissances voulaient assumer. Dans sa réponse, le représentant ottoman critique la radicalité des contre-mesures prises par des États qui entretenaient des relations amicales. « C'est absolument comme si, cassant la tête d'un homme, je l'assurais en même temps de mon amitié ». Contre rapport de Geffcken, *Annuaire, op. cit.*, p.288.

¹²⁰⁸ M. Voelckel, « Le navire et les situations internationales de crise », p. 183-211, p. 193, *Le navire et le droit international colloque de Toulon*, SFDI, *op. cit.* La référence au concept de situation de crise amène l'auteur à se demander si ces mesures « ne doivent pas être appréciées en fonction d'une recombinaison d'ensemble qui pourrait susciter l'émergence d'une sorte de "droit de crise", si tant est qu'il soit possible d'associer à une situation de fait aussi "polymorphe" un "corpus" de règles précises ». p. 195.

¹²⁰⁹ *Idem.*

précisé que l'incertitude autour de la signification de ces notions est expliquée par la volonté des acteurs de la scène internationale de se référer « plus volontiers à des termes génériques et englobants : représailles, rétorsion, contre-mesure, concepts qu'il n'est pas facile de cerner et dans lesquels se rangent le blocus et l'embargo ; et le Conseil de Sécurité, circonspect, semble avoir banni ces mots de son vocabulaire préférant recourir à des périphrases descriptives »¹²¹⁰. Le terme « quasi-blocus » a été proposé par la doctrine pour mettre l'accent sur les particularités du mécanisme du blocus pacifique non assimilable à un blocus militaire¹²¹¹.

i. Les prérogatives exercées sur les navires de commerce à la suite de la proclamation du blocus dit pacifique.

485. Le blocus pacifique, assimilé à des « représailles » contre la puissance bloquée, doit être dirigé contre l'État qui a prétendument commis un acte illicite. La difficile dissociation de la sphère publique par rapport à la sphère privée dans l'espace maritime oblige à s'interroger sur les effets du blocage aux biens des sujets de l'État visé, à savoir, en l'occurrence, les navires de commerce appartenant à ses ressortissants. À la différence d'un blocus maritime en temps de guerre mettant en avant le sort des navires ennemis et leurs cargaisons prévoyant la confiscation même pour les navires neutres le brisant, le blocus pacifique n'engendrerait qu'une simple détention provisoire des navires qui le forcent. Cette position a été retenue aussi par l'Institut de droit international qui a précisé qu'après la cessation du blocus, les navires séquestrés devaient être restitués avec leurs cargaisons à leurs propriétaires initiaux sans aucun dédommagement.

486. L'attention des auteurs du droit international a longuement été retenue par la question de l'acceptation de la possibilité d'arrêt et de mise en séquestre des navires relevant d'États tiers par la puissance responsable pour le blocus¹²¹². Les navires des tiers semblent ne pas être concernés et pouvaient, d'après la déclaration votée par l'institut concernant le blocus en dehors de l'État de guerre, y entrer librement malgré le blocus¹²¹³. Tout recours à des mesures contre les tiers pourrait être interprété comme signe de passage du blocus pacifique vers le blocus belligérant, impliquant ainsi l'établissement de l'état de guerre. Dans ce dernier cas, les tiers auraient la qualité des neutres.

¹²¹⁰ *Idem*, p. 194.

¹²¹¹ Ch. Rousseau, *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 1991, p. 152.

¹²¹² V. p. ex. Bulmerincq, *Le blocus pacifique et ses effets sur la propriété privée, op. cit.*, p.577.

¹²¹³ Cette solution diffère à la fois de la politique anglaise qui admettait la confiscation des navires neutres forçant le blocus et de la politique française admettant le simple séquestre. Elle coïncide avec la politique américaine qui était toujours la plus libérale et par conséquent la plus favorable aux intérêts des neutres. V. L. Weber, « Blockade Pacific », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1982, pp. 51-53, p.52.

487. Ce type des considérations relatives aux prérogatives d'établissement d'un blocus pacifique contre les États tiers amène à une réflexion sur la compatibilité de la qualité de tiers ou de neutre, selon le langage propre aux rapports de belligérance, avec le système de sécurité collective instauré depuis 1945. Comme précédemment analysé, le droit de neutralité est présenté comme le complément du droit de la guerre¹²¹⁴. L'abolition de la guerre et le fonctionnement des organes compétents pour la préservation de la paix internationale auraient exercé une influence sur les règles de la neutralité la rendant même obsolète comme institution juridique. Les mesures prises dans le cadre du chapitre VII de la Charte présupposent la qualification de l'État comme agresseur ou facteur de menace contre la paix et la sécurité internationale. En vertu de l'art. 42, un « blocus pacifique » peut être imposé contre un État qualifié de cette manière. À la lumière de cette interprétation, aucun État ne pourrait réclamer sa « neutralité ». À la suite de l'établissement d'un blocus par le CS, aucun État ne serait autorisé à permettre à ses navires d'effectuer des trajets favorables à la cause de l'État visé par le blocus maritime. La perte d'importance des règles de neutralité est analogue au degré d'universalité acquis par l'organisation internationale ayant comme objectif le maintien de la paix et de la sécurité collective¹²¹⁵. Il est, par conséquent, indéniable que l'avènement de la sécurité collective « n'a pas déplacé ou aboli le droit le droit de neutralité, mais il a eu un effet substantiel sur celui-ci »¹²¹⁶. Si, toutefois, un mécanisme de sécurité collective n'est pas activé, en raison du blocage du Conseil de sécurité par exemple, alors tout État ne participant pas à un conflit armé pourrait assumer le statut de neutralité envers les belligérants¹²¹⁷. En cas d'inactivité des institutions visant à assurer la sécurité collective, l'institution de neutralité renvoie à un ensemble normatif ayant même atteint la valeur de droit coutumier¹²¹⁸.

¹²¹⁴ Castrén dans son article intitulé Neutralität, caractérise la neutralité comme la manifestation réflexe de la guerre (*Reflexerscheinung des Krieges*). E. Castrén, « Neutralität », *Archiv des Völkerrechts*, 1955, pp. 21-40, p.22.

¹²¹⁵ Les règles de neutralité semblent toutefois être toujours en vigueur pour les États non-membres des Nations Unies. Selon Huber « [L]es États restés en dehors des Nations Unies ne sont évidemment pas liés par les dispositions de la Charte ; mais il serait possible que les Nations Unies n'acceptent pas d'être traitées par les États neutres non membres sur un pied d'égalité avec l'État contre lequel elles entreprendraient une action collective ». M. Huber, « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de la Haye relatives à la guerre », *Revue internationale de la Croix rouge*, 1955, pp. 417-433, p.427.

¹²¹⁶ V. Antonopoulos, *Non-participation in armed conflict, op.cit.*, p.72 : « Le mécanisme de sécurité collective qui a été introduit dans la Charte des Nations Unies n'a jamais été censé constituer une institution supranationale échappant au contrôle de ses États membres. Au contraire, la souveraineté des États a eu un impact substantiel sur la fonction du mécanisme de sécurité collective de l'ONU. Ainsi, si un mécanisme de sécurité collective n'est pas activé, tout État qui ne participe pas à un conflit armé peut assumer le statut de neutralité vis-à-vis des belligérants ».

¹²¹⁷ Selon Antonopoulos, *Idem*, p.224 : « Mais même en cas d'autorisation d'une action collective par le biais d'une décision ou d'une recommandation contraignante, la position des États qui ne participent pas peut être celle d'un neutre légitime, à condition que l'exercice de leurs droits et devoirs en vertu du droit de la neutralité ne nuise pas à l'action collective ou qu'il n'améliore pas la capacité de combat du belligérant qui est la cible des mesures d'exécution ».

¹²¹⁸ Pour une référence au caractère coutumier du droit de neutralité v. un jugement de la Cour administrative fédérale allemande en relation avec le conflit irakien de 2003. BVerwG, décision du 21 juin 2005 2WS 12.04, Unverbindlichkeit eines Befehls wegen einer Gewissensentscheidung - Irak-Krieg, *Neue juristische Wochenschrift*, 2006, p.77, et pour une analyse v. N. Schultz, « Was the War on Iraq Illegal? – The German Federal Administrative Court's Judgment of 21st

488. Si la possibilité de recours à un blocus est reconnue aux belligérants lors d'un conflit armé international, l'article 42 de la Charte de l'ONU autorise le recours à cet outil de guerre dans un contexte de paix. Le blocus ne se concrétise pas par des mesures contre des navires « ennemis » ou des navires neutres forçant le blocus, mais contre des navires supposés soutenir matériellement l'État auquel est imputé « l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression ».

489. La distinction entre la « méthode de blocus », employée par le Conseil de sécurité, et le « droit relatif au blocus » renvoyant à l'institution relevant du *jus in bello*, est ainsi proposée pour souligner la spécificité des mesures prises dans le cadre de l'article 42¹²¹⁹. Le blocus prévu à l'art. 42 de la Charte se concrétise par des mesures prises contre des navires, sans aucune référence au caractère ennemi ou neutre de ces derniers, comme ceci est le cas lors d'imposition des blocus en cas de conflits armés internationaux. La référence à l'institution du blocus par l'article 42 n'est pas dépourvue d'ambiguïtés, étant donné qu'il n'est pas associé à l'éclatement antérieur d'un conflit armé. Le blocus prévu par la Charte se présente ainsi comme institution médiane, entre l'embargo en temps de paix et l'institution de blocus selon les règles du *jus in bello*. Ces trois institutions se matérialisent par des mesures prises contre des navires de commerce. Des prérogatives dont les racines remontent au *jus in bello* sont exercées contre des navires de commerce au nom de la préservation de la paix et de la sécurité internationale. Comme déjà indiqué, ces prérogatives ne s'exercent pas sur des navires qualifiés d'ennemis. La mesure du blocus comme outil relevant de l'arsenal du CS selon l'art. 42 de la Charte se caractérise par une intensité équivalente à celle caractérisant le blocus naval en période de

June 2005 », *German Law Journal*, 2005, Band 7, p.25-34. La BVerwG a qualifié l'Allemagne d'« État neutre » en ce qui concerne la guerre contre l'Irak et a identifié certaines obligations vis-à-vis des parties en conflit découlant de ce statut conformément à la Ve Convention de La Haye. Le territoire de l'Allemagne était inviolable et tout acte de guerre mené sur ce territoire était inadmissible. Il était spécifiquement « interdit de faire passer des troupes ou des convois de munitions de guerre ou de fournitures à travers » le territoire de l'Allemagne. Il était interdit aux avions militaires des parties en conflit de pénétrer dans la juridiction de l'Allemagne en tant que puissance neutre. L'Allemagne n'était pas autorisée de prendre des mesures positives à l'encontre de l'un des États belligérants de la guerre contre l'Irak, car une puissance neutre. V. par. 84 : « En vertu du droit international, l'« État neutre » est tenu de « rejeter toute violation de sa neutralité, au besoin par la force », cette obligation étant toutefois limitée par l'interdiction du recours à la force en droit international. Les forces armées d'une partie au conflit qui se trouvent sur le territoire de l'« État neutre » doivent être empêchées de prendre part aux combats ». Par ailleurs, d'après la Cour, aucune obligation de participation n'était imposée à l'Allemagne du fait de sa participation à l'OTAN. V. en détail par. 85.

¹²¹⁹ Fink reconnaît au Conseil de sécurité la possibilité « of using the method of blockade, without using the law of blockade ». Il s'agit d'une interprétation favorable à l'accroissement des pouvoirs du Conseil de sécurité. « The scope, purpose and content of such a blockade would then depend on the text of the resolution, in which the UNSC can tailor the law of blockade in such a way to fit the specific circumstances. The advantages of a blockade based on Article 42, is in the first place that a blockade would not become unlawfully established when it does not fulfill all the conditions in order to legally establish a blockade. Secondly, an Article 42 blockade could also be established in circumstances that can be characterized as a NIAC in which the UNSC could decide that the relevant legal features of the law of blockade apply in the given situation ». M. Fink, *Maritime interception and the law of naval operations*, La Haye, Asser press, 2018, xvi-317 p., pp.185-186.

conflit armé et dont la mise en œuvre s'appuie sur l'attribution explicite du caractère ennemi aux navires relevant de l'adversaire.

490. En revanche, les opérations d'interception des navires pour la mise en œuvre de sanctions économiques sectorielles ne sont pas caractérisées par la même intensité. Cette différence de tension renvoie à la distinction entre le blocus, conçu comme institution radicale visant l'ensemble des opérateurs privés, et l'embargo, visant certaines facettes de l'économie de l'État visé.

ii. L'embargo en tant qu'institution rendant licites des opérations contre des navires de commerce.

491. L'embargo, classifié parmi les mesures de rétorsion ou les contre-mesures, ne présuppose aucune hostilité à l'égard de l'État contre lequel il est imposé. Malgré l'usage du terme embargo pour décrire une pléthore de mesures de contrainte économique, le lien entre celui-ci et le blocus reste indéfectible. Cela se prouve par le fait qu'à l'origine l'embargo signifiait l'arrêt d'un navire dans un port étranger pour exercer une pression sur l'État dont il relevait, ou pour l'utiliser à titre de compensation pour des dommages déjà subis. L'origine historique de la pratique de l'embargo témoignait de la particularité de la gestion de la propriété privée en guerre maritime. Jadis, avant même l'ouverture des hostilités, l'embargo était mis sur les navires de l'adversaire futur pour en empêcher le départ¹²²⁰. L'embargo ne concernait que les navires des ressortissants de l'État, auteur présumé du premier acte illicite, présents dans les ports de l'État censé en être victime. Durant cette première phase de consolidation historique de l'institution de l'embargo, la radicalité et l'intensité de l'ingérence dans les droits de propriété sur les navires privés peuvent être aisément constatées. Cette action de caractère pacifique, à l'image du blocus pacifique, ne s'appuyait sur aucune qualification explicite d'ennemi attribuée à l'État ou à ses ressortissants¹²²¹. Une référence doit aussi être faite à l'« arrêt de prince ou de puissance » qui consiste en des mesures de police empêchant tout navire de commerce de quitter les ports ou les eaux territoriales d'un État¹²²². Les similitudes sont

¹²²⁰ Sur la parenté entre l'embargo visant des navires et l'embargo commercial v. Lindemeyer, *Schiffsembargo und Handelsembargo*, *op. cit.*, p.50. Embargo, « Interdiction de départ — pouvant éventuellement s'accompagner d'une détention — faite par un État aux navires d'un État étranger qui se trouvent dans ses ports ou dans ses eaux territoriales dans le but de faire pression sur cet État. [...] Mesure de pression consistant à interdire ou restreindre les échanges commerciaux à destination ou en provenance d'un ou plusieurs États. Ce type d'embargo, qui vise les échanges de biens et/ou services, est souvent appelé embargo commercial [...] ». Salmon (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p.420.

¹²²¹ J. Noulens, « A propos de l'Irak, blocus ou embargo ? », *La revue maritime*, 1991, pp. 107-110, p.108 : « Sur le plan technique, l'embargo consistait à l'origine en une simple immobilisation au port du navire étranger en vue de faire pression sur l'État dont il portait le pavillon. Cette mesure "inamicale" ne conduisait pas à la capture du navire retenu dont le caractère "ennemi" n'était pas juridiquement établi ».

¹²²² Une distinction est souvent proposée entre l'arrêt de prince au sens large et au sens stricte du terme. Au sens large, le terme signifie l'interdiction faite par le gouvernement d'un État aux navires étrangers de quitter les eaux de cet État. V.

apparentes avec l'angarie qui permet à l'État de réquisitionner dans les espaces soumis à sa souveraineté des moyens de transport (navires de commerce ou aéronefs civils) étrangers (ou, en temps de guerre, neutres) pour autant qu'une nécessité impérieuse le justifie, « tels l'acheminement d'aide à des populations affamées ou l'évacuation de personnes pour des raisons de sécurité »¹²²³.

492. La mise en œuvre de l'embargo donne la possibilité aux États d'effectuer des contrôles sur des navires pour vérifier si ces derniers transportent des biens interdits. La violation de l'embargo engendrerait une saisie temporaire et non pas la dépossession définitive du navire et des cargaisons transportées, comme c'est le cas en vertu du *jus in bello*, à la suite d'une violation d'un blocus naval. L'embargo constituerait ainsi une mesure de paix témoignant, en même temps, de la présence d'une relation inamicale entre États¹²²⁴. Néanmoins, des prérogatives étendues relèvent de l'embargo total. La démarcation entre l'embargo total et le blocus s'avère particulièrement difficile.

493. Relevant de l'article 41 de la Charte, l'embargo peut comprendre une suspension complète ou partielle des relations économiques. La mise en œuvre d'un embargo total — comme celui imposé à l'Irak en vertu de la résolution 661 en 1990 — présente de similitudes apparentes avec le mécanisme du blocus. Les mesures prises contre les navires de commerce constituent ainsi des mesures d'implémentation de l'embargo total. L'interception des navires par les forces navales est ainsi autorisée, malgré l'inexistence de l'état de guerre.

Embargo, « Sens strict. Mesure de police consistant à interdire le départ des navires étrangers des eaux d'un État en vue d'empêcher la divulgation de certaines nouvelles, la propagation d'une maladie, de faciliter des recherches judiciaires etc. Le terme : embargo a été parfois employé pour désigner cette mesure, par exemple dans le décret français du 15 août 1851, art. 117. De même Fauchille, qui, à propos de cette mesure, dit : "l'embargo ou arrêt de prince". Certains auteurs tels que Pradier-Fodéré, n° 2477, Despagnet-de Boeck, n° 494 tenant pour synonymes les termes : embargo civil ou pacifique et arrêt de prince ou de puissance, le premier de ces auteurs énonce que cette mesure, qualifiée par lui de "mesure de sûreté et de police", "n'a par elle-même rien d'hostile, ni même d'offensant, à la différence de l'embargo par représailles, et c'est pour marquer cette différence qu'on a imaginé de désigner par la dénomination d'arrêt de prince ou de Puissance cette variété de l'embargo" ». Basdevant (éd.), *Dictionnaire 1960, op. cit.*, p. 62-63.

¹²²³ Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p.64. En tant que pouvoir reconnu à l'État en temps de guerre « l'angarie ne peut être exercée qu'envers des engins neutres ; dans la mesure où il s'agit d'engins ennemis, on parle de prise de guerre ». L'angarie est souvent associée à l'incident de réquisition par le Portugal des navires de commerce allemands réfugiés dans ses ports depuis le début de la Première Guerre mondiale. La partie allemande qualifiait la réquisition d'acte hostile, de rupture de la neutralité, considérant que c'était un acte de complaisance envers l'Angleterre. À la suite de cela, le gouvernement allemand a déclaré la guerre au Portugal le 9 mars 1916. La réquisition des navires allemands par le Portugal a été aussi qualifiée en tant qu'exercice du droit d'angarie prévu dans le traité de commerce de navigation bilatéral du 30 novembre 1908. Le Portugal, considérant que le traité ne s'appliquait que sur les navires *in transitu*, a précisé que les navires allemands, immobilisés dans ses eaux, étaient soumis au « domaine éminent » de l'État et par conséquent, le droit de réquisition pouvait être exercé sur ceux-ci. Le versement éventuel d'indemnités aurait été, selon le Portugal, l'équivalent d'un acte de rupture de neutralité. Cet incident s'est présenté comme preuve de la validité de l'angarie comme droit régalién dont l'exercice ne comportait aucune obligation d'indemnité et dont seul fondement juridique était la compétence territoriale de l'État. V. en détail J. Basdevant, « La réquisition des navires allemands en Portugal », *RGDIP* 1916, vol.23, pp. 268-279.

¹²²⁴ V. p. ex. les instructions sur l'application du droit international en cas de guerre, 2380 E. M.M./2, extrait cité par Lindemeyer, *op. cit.*, p. 56 : « L'embargo consiste dans l'immobilisation de navires de commerce étrangers en vue d'exercer une pression sur l'État dont ils portent le pavillon. L'embargo est considéré comme un acte inamicale ».

494. Au regard des prérogatives pouvant être exercées sur des navires de commerce, aucune différence n'est repérable entre l'embargo total relevant de l'art. 41 et le blocus relevant de l'art. 42 de la Charte. Cette appréciation met en doute la thèse selon laquelle la Charte envisage le recours à des mesures coercitives en cas d'insuffisance des sanctions économiques, privilégiant, par conséquent, ces dernières¹²²⁵. Le recours à des mesures militaires pour la mise en œuvre des sanctions économiques renvoie, par conséquent, à la problématique du rapport entre l'article 41 et l'article 42 de la Charte. Il a été précisé que, « dans la mesure où les mesures de blocus sont imposées en vertu de l'article 41, elles ressembleraient beaucoup à ce que l'on appelle habituellement le blocus pacifique » et qu'au contraire, « si les opérations de blocus s'inscrivaient dans le cadre d'une action guerrière plus vaste et étaient décidées en vertu de l'article 42, elles évoqueraient alors le blocus belligérant traditionnel ». À la lumière de ces considérations, il a été affirmé que l'ancienne distinction claire entre l'état de guerre et l'état de paix, à laquelle correspondait la distinction entre blocus pacifique et blocus belligérant, a été remplacée par une ligne mince, souvent imperceptible, entre les articles 41 et 42 de la Charte¹²²⁶.

495. Après l'imposition des mesures relevant de l'art. 41 de la Charte, les États assument la responsabilité de leur mise en œuvre. Les moyens employés doivent être en rapport avec le contenu des mesures économiques et ne pas dépasser le cadre esquissé par le droit applicable en temps de paix. L'interception d'un navire pour vérifier l'application d'une mesure de contrainte économique ne doit pas être identique à l'interception d'un navire de commerce « ennemi » entrepris par un belligérant. Les prérogatives de contrôle sont octroyées par le Conseil de sécurité et ne découlent pas du *jus in bello*. Toutefois, cette ligne de démarcation n'est pas toujours aisément identifiable et les États, tout en s'appuyant sur une résolution du Conseil de sécurité, procèdent souvent à une interprétation extensive de leurs prérogatives. La thèse selon laquelle les États déploient des actions dont le fondement se trouve dans une résolution, mais dont le contenu et les modalités précises de mise en œuvre renvoient aux prérogatives conférées aux États belligérants pourrait ainsi être défendue. Par leur

¹²²⁵ « [L] » art. 42 envisage formellement la mise en œuvre de la contrainte. Encore celle-ci peut-elle se manifester sous des formes d'inégale intensité. Elles vont des démonstrations de force aux opérations militaires, navales, aériennes proprement dites en passant par les mesures de blocus. Le texte ne comporte aucune énumération limitative ». L. Cavaré, *Les sanctions dans le cadre de l'ONU*, RCADI, 1952, Recueil t. 80, pp.195-291, p.258. Néanmoins, il peut aussi être affirmé que l'article 42 ne s'applique qu'à des forces qui ont été mises à la disposition des Nations Unies en vertu des accords de l'article 43. Ces accords constituent de conditions d'application de l'article 42.

¹²²⁶ G. Politakis, « UN-mandatory naval operations and the notion of pacific blockade: comments on some recent developments », *African journal of international and comparative law*, 1994, vol. 6, pp. 173-208, p.174.

comportement, les États modifient l'intensité de la mesure, comme s'il s'agissait d'actions entreprises contre des navires qualifiés d'ennemis lors d'un conflit armé.

496. La pratique confirme cette tendance de la part des États à adopter un comportement vis-à-vis des navires impliqués dans un type de commerce interdit, similaire aux comportements adoptés par des belligérants vis-à-vis des navires ennemis ou neutres.

En effet, après l'adoption de l'embargo pétrolier contre la Rhodésie en vertu de la résolution 217 (1965) du Conseil de sécurité, le Royaume-Uni a procédé à l'établissement d'une zone de surveillance, visant à repérer les navires qui transportaient du pétrole à destination de la Rhodésie¹²²⁷. Le Royaume-Uni ne possédait le droit d'arraisonnement que pour les navires battant son propre pavillon. Le 4 avril 1966, l'arraisonnement d'un navire grec est survenu malgré le fait que la résolution ne confiait pas un tel droit au Royaume-Uni¹²²⁸. Le Conseil de sécurité a voulu conforter les pouvoirs du Royaume-Uni, en lui octroyant de manière explicite les pouvoirs d'interception et d'arraisonnement des navires ne battant pas son pavillon en haute mer. En vertu de cette résolution, l'autorisation pour prendre des mesures de police internationale a été explicitement octroyée à un État. Cette prérogative semble être identique à celle revendiquée par les États belligérants contre les navires de commerce ennemis ou neutres à la suite de l'établissement d'un blocus naval. Par ailleurs, l'appréciation de la situation en Rhodésie en tant que situation présentant une menace pour la paix, a permis au Royaume-Uni de réclamer le pouvoir de recourir même à la force pour assurer le respect de l'embargo pétrolier¹²²⁹. Cette nouvelle prérogative met en lumière la parenté qui existe entre l'institution du blocus relevant du *jus in bello* et l'institution de l'embargo conçue comme outil relevant de l'arsenal de préservation de la paix et de la sécurité internationale. La résolution du Conseil de sécurité avait ainsi comme effet de conférer un fondement juridique à une opération *a priori* non conforme au droit international en temps de paix¹²³⁰.

¹²²⁷ Ch. Rousseau, Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 1966 p.469. Pour une présentation générale des sanctions économiques contre la Rhodésie v. P.M. Eisenmann, *Les sanctions contre la Rhodésie*, Pédone, 1972, 154 p.

¹²²⁸ Il s'agissait du navire *Joanna-V* dont la destination était le Djibouti.

¹²²⁹ S/ RES/221 (1966) Le Conseil de sécurité : « 5. Prie le gouvernement du Royaume Unie de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord d'empêcher, au besoin par la force, l'arrivée à Beira des navires dont on a lieu de croire qu'ils transportent du pétrole destiné à la Rhodésie du Sud, et habilite le Royaume-Uni à saisir et à détenir le pétrolier connu sous le nom de *Joanna-V* lors de son départ de Beira, dans le cas où sa cargaison de pétrole aurait été déchargée dans ce port. ».

¹²³⁰ Ronzitti considère qu'en vertu de cette théorie « l'illicéité d'un comportement contraire au droit conventionnel ou au droit coutumier est exclue dans le cas où le comportement en question est conforme à la recommandation internationale », N. Ronzitti, *Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*, *op. cit.*, p.168. Il doit être rappelé que la résolution 221 ne fait aucune allusion au chapitre VII de la Charte, d'où son caractère de recommandation. Ronzitti s'appuie sur l'analyse de Conforti qui dans son cours de l'académie de la Haye précisait que : « Les recommandations appartiennent à la catégorie du soft law et donc à la partie du droit international à laquelle il faut attribuer, comme nous l'avons vu, une valeur essentiellement "politico-diplomatique", c'est-à-dire de point de référence et de soutien d'une diplomatie saine. Du point de vue plus strictement juridique, on peut rattacher aux recommandations, à certaines conditions bien déterminées, un "effet de licéité", c'est-à-dire la capacité de rendre licite des comportements

497. Des interceptions systématiques des navires ont eu lieu lors du conflit en 1990-91 entre l'Irak et le Koweït. Ces interceptions, entreprises par les membres de l'alliance occidentale, ont été justifiées par l'interprétation extensive du terme « matériel de guerre » et contrebande, tactique récurrente en conflits armés¹²³¹. Néanmoins, en l'occurrence, ce n'était pas le *jus in bello* qui conférait des fondements juridiques à ces opérations, mais des résolutions du CS. En effet, les mesures d'interception ont été prises en vertu de la résolution 661 du 6 août 1990 qui, après avoir établi des sanctions contre l'Irak, contenait une interdiction générale d'importation et d'exportation de tout produit vers ce pays, à l'exception des produits alimentaires et médicaux. Toutes les opérations impliquant des personnes physiques ou morales ayant leur siège soit en Irak soit au Koweït ont été interdites¹²³². Le fondement normatif de ces prérogatives était « le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, face à l'attaque armée dirigée par l'Irak contre le Koweït, consacré par l'article 51 de la Charte ». La Résolution du 6 août a même instauré un comité responsable pour la surveillance de la mise en œuvre des sanctions¹²³³. Un régime similaire à celui imposé contre le commerce avec l'État ennemi impliquant l'immobilisation voire la saisie des navires de commerce est ainsi repérable. La résolution 665 du 25 août 1990, perçue comme moyen de renforcement de l'embargo s'inscrit dans le même sillage. Elle prescrivait aux États qui déployaient des « forces navales dans la région, de prendre des mesures qui soient en rapport avec les circonstances du moment selon qu'il sera nécessaire, sous l'autorité du Conseil de sécurité, pour arrêter tous les navires marchands qui arrivent ou qui partent afin d'inspecter leur cargaison et de s'assurer de leur destination et de faire appliquer strictement les dispositions de la résolution 661 (1990) relatives aux transports maritimes ». En vertu de cette disposition, il a été soutenu que les opérations de reconnaissance, de visite et de déroutement, conduites pour faire appliquer l'embargo,

des États qui autrement seraient illicites. » p. 120, B. Conforti, *Cours général de droit international public*, RCADI, 1988, recueil t. 212, pp.9-210.

¹²³¹ La différence entre les deux phases distinctes des deux crises du Golfe doit être soulignée. G. Guillaume, juge à la CIJ expliquait que « (l) a première crise du Golfe était un conflit armé entre l'Irak et l'Iran, accompagné d'une situation de crise dans le Golfe dans laquelle l'on pouvait se demander quels étaient les droits et les devoirs des États qui n'étaient pas belligérants. La seconde crise du Golfe était une crise dans laquelle le Conseil de sécurité avait décidé une opération de police et par conséquent le cadre juridique était totalement différent du point de vue de la définition des droits et des obligations des États ». Dans SFDI, *Le navire en droit international* : colloque de Toulon, op. cit., p. 231.

¹²³² S/ RES/661 (1990), 6 août 1990 : « Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte, [...] Décide que tous les États empêcheront [...] c) La vente ou la fourniture par leurs nationaux ou depuis leur territoire ou par l'intermédiaire de navires battant leur pavillon de tous produits de base ou de toutes marchandises, y compris des armes ou tout autre matériel militaire, que ceux-ci proviennent ou non de leur territoire, mais non compris les fournitures à usage strictement médical et, dans les cas où des considérations d'ordre humanitaire le justifient, les denrées alimentaires, à toute personne physique ou morale se trouvant en Irak ou au Koweït ou à toute personne physique ou morale aux fins de toute activité commerciale menée sur ou depuis le territoire de l'Irak ou du Koweït ainsi que toutes activités menées par leurs nationaux ou sur leur territoire qui auraient pour effet de favoriser ou sont conçues pour favoriser la vente ou la fourniture dans les conditions susindiquées de tels produits de base ou de telles marchandises ».

¹²³³ *Idem*, par. 6.

prérogatives traditionnellement accordées aux belligérants en vertu du *jus in bello*, étaient imputables aux Nations-Unies. Par conséquent, la responsabilité en cas de dommages subis par les navires (dommages matériels éventuels, immobilisations) lors de ces opérations¹²³⁴ incombait aux Nations-Unies.

498. Même si l'arraisonnement des navires semble être compatible avec la résolution 665 (1990), aucune référence n'était faite à l'éventualité d'usage de la force armée lors de la mise en œuvre des mesures de contrôle de la navigation maritime. La résolution restait muette sur l'étendue des prérogatives confiées aux États pour la mise en œuvre des sanctions imposées par le Conseil de sécurité malgré le fait que lors des négociations des propositions employant le terme recours « à la force minimale » avaient été effectuées de la part des États-Unis. Il faut, néanmoins, préciser que la résolution demande aux États membres déployant des forces navales de prendre « les mesures nécessaires, eu égard aux circonstances », ce qui pouvait être interprété comme une justification du recours à la force.

499. L'interception des navires irakiens, entreprise par les États-Unis ou le Royaume-Uni a été fondée sur la résolution 665 (1990). La Résolution semble leur avoir confié une telle prérogative. Les États pouvaient ainsi inspecter et dérouter en haute mer des navires qui ne battaient pas leur pavillon, mais qui étaient soupçonnés d'avoir transgressé les sanctions. L'habilitation procurée par la résolution 665 a été caractérisée de « superflue »¹²³⁵. Les États-Unis soutenaient la thèse en vertu de laquelle « un minimum de force » pouvait être déployé pour la mise en œuvre des sanctions imposées par la résolution¹²³⁶. La prérogative qui leur était donnée par cette résolution semblait non-conforme avec la Convention du Droit de la mer de 1982 et la compétence exclusive de l'État du pavillon sur les navires en haute mer. Il doit être rappelé que la convention n'autorise l'interception d'un navire que pour un nombre limité de cas au sein desquels ne figurent pas les opérations d'embargo. Le conflit de règles est ainsi apparent, entre des règles qui, toutefois, n'ont pas la même signification juridique. En effet, en

¹²³⁴ M. Voelckel, « Le navire et les situations internationales de crise », *op. cit.*, p. 203.

¹²³⁵ Pour cette qualification v. J. Verhoeven, « États alliés ou Nations Unies ? L'ONU face au conflit entre l'Irak et le Koweït », *AFDI*, 1990, vol. 36, pp. 145-194, p.167. Pour l'auteur, les mesures de contrôle maritime, à savoir l'arraisonnement de navires suspectés de violer l'embargo, ne représentaient que de « mesure(s) particulière(s) de police maritime dérogeant aux règles ordinaires du droit de la mer ».

¹²³⁶ UN Doc. S/ PV. 2938, 25 August 1990, p.26 et s. Déclaration du représentant des États-Unis : « Notre Charte a été fondée sur le principe fondamental que le Conseil de sécurité devait s'acquitter d'une vaste responsabilité envers les peuples du monde pour la paix et la sécurité internationales. La Charte donne au Conseil le pouvoir d'agir à cet égard, ce qui comprend l'autorité de décider d'utiliser la force armée. L'autorité accordée dans cette résolution est suffisamment large pour permettre le recours à la force armée — à dire vrai une force minimale — en rapport avec les circonstances qui pourraient l'exiger. Il s'agit d'une mesure importante. Cette autorité n'a été exercée qu'à très peu d'occasions par le passé. [...] Les États-Unis ont énergiquement recherché et appuient pleinement les efforts collectifs pour répondre à cette crise. Ils appuient les efforts collectifs pour faire respecter les sanctions commerciales à la lettre. Les forces navales des États-Unis, en coordination avec d'autres forces navales dans la région, recourraient à cette force minimale uniquement selon qu'il sera nécessaire pour atteindre cet objectif ».

vertu de l'article 103 de la Charte, les obligations découlant des résolutions du Conseil de sécurité priment sur les obligations découlant d'autres sources du droit international. Pour cette raison, les *executive orders* américains relatifs à la mise en œuvre des opérations d'interception se sont expressément appuyés sur les résolutions du Conseil de sécurité, autorisant de manière indirecte les États à faire usage de la force¹²³⁷. Il a été soutenu que la résolution 665 (1990), habilitant les États membres à adopter des mesures exigeant un emploi limité de la force proposait une combinaison novatrice des possibilités offertes par le Chapitre VII « aboutissant ainsi à une mesure qui se situe entre les Articles 41 et 42 »¹²³⁸. Ce constat rend particulièrement délicate la distinction entre les mesures militaires relevant d'un blocus selon l'art. 42 et les mesures de contrôle ordinaire, relevant des sanctions économiques ordonnées d'après l'art. 41. Les navires de l'État ciblé peuvent, par conséquent, subir des effets d'actions qui impliquent le recours à la force. La même possibilité de recourir à la force armée est reconnue, sous certaines conditions, contre des navires de commerce ennemis, selon les dispositions du *jus in bello*. En s'appuyant sur les Résolutions du Conseil de sécurité, les États adoptent des pratiques de la même intensité que celles développées en temps de guerre contre les navires de commerce ennemis.

500. Toutefois, d'autres États se sont montrés plus hésitants quant à la possibilité de recourir à la force armée, d'après la Résolution du Conseil de sécurité. La France, ne partageant pas la conception américaine, insistait sur la différence manifeste entre la notion d'embargo, qui n'implique pas le recours à la force armée tel que décidé par le Conseil le 6 août, et le blocus qui constitue un acte de guerre nécessitant une autorisation explicite de la part du Conseil de sécurité. Elle considérait qu'en l'absence de blocus — qui présuppose une déclaration de guerre selon l'article 2 de la Convention de la Haye de 1907 — seule une procédure de reconnaissance de pavillon était possible excluant tout contrôle impliquant le recours à la force. Cette approche était adoptée par les militaires français impliqués dans les opérations dictées par la Résolution. Considérant qu'en vertu de la résolution 661, seule l'inspection des navires battant pavillon national était envisageable, les frégates étaient condamnées à une situation de « chômage technique », puisqu'aucune violation n'était commise par les nombreux bâtiments français peu

¹²³⁷ P. ex. V. le préambule de l'*Executive Order* 12724, August 9 1990, FR33089 : « By the authority vested in me as President by the Constitution and laws of the United States of America, including the International Emergency Economic Powers Act et seq.), the National Emergencies Act et seq.), section 301 of title 3 of the United States Code, and the United Nations Participation Act in view of United Nations Security Council Resolution No. 661 of August 6, 1990, and in order to take additional steps with respect to Iraq's invasion of Kuwait and the national emergency declared in Executive Order No. 12722... ».

¹²³⁸ R. Zacklin, « Les Nations Unies et la crise du Golfe », pp. 57-89, dans Br. Stern (éd.), *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe : aspects de droit international public et de droit international privé*, Colloque CEDIN, Paris, Montchrestien, 1991, 502 p.

présents dans la région, essentiellement des pétroliers, dont la loyauté ne pouvait pas être mise en doute¹²³⁹.

501. L'interrogation porte aussi sur les effets de la violation des dispositions d'une résolution émise par le Conseil de sécurité. Il doit être rappelé que la violation d'un blocus naval engendre la confiscation des navires. Le transfert de titre est ainsi l'issue d'un processus comportant plusieurs étapes et présupposant la décision d'un organe juridictionnel spécial. Toutefois, aucun tribunal de prises maritimes n'a jamais été institué en vertu des résolutions du Conseil de sécurité, auquel aurait été confiée la tâche de se prononcer sur la confiscation des navires ayant violé les résolutions du Conseil de sécurité. On pourrait soutenir la thèse selon laquelle la différence entre l'arrêt provisoire et la confiscation définitive des navires met en avant l'écart qui sépare les règles issues des résolutions du Conseil de sécurité, dont l'objectif est la préservation de la sécurité internationale et celles relevant du *jus in bello* dont l'objectif est d'affaiblir l'adversaire. Les résolutions du Conseil de sécurité ne s'appuient pas sur une qualification d'ennemi et les prérogatives conférées aux États agissant conformément à ces résolutions n'autorisent pas la saisie définitive d'un navire.

502. Cette interrogation s'est développée aussi à l'occasion de la crise entre l'Irak et le Koweït. Dans le cadre de cette crise, les mesures de contrainte économique ont été multipliées après l'adoption de la résolution 670 du 25 septembre 1990 qui a, par ailleurs, étendu l'embargo au trafic aérien de marchandises à destination ou en provenance de l'Irak¹²⁴⁰. La même résolution demandait à tous les États « de procéder à l'immobilisation de tous les navires immatriculés en Irak qui pénètrent dans leurs ports et qui sont ou ont été utilisés en violation de la résolution 661 (1990) ». L'usage du terme immobilisation n'est pas anodin puisque sa généralité ne laissait pas entendre s'il s'agissait d'une saisie, d'un séquestre ou d'une mesure « sui generis ». En outre, le sort des navires immobilisés n'était pas déterminé. Il doit être souligné que la résolution faisait allusion à l'immatriculation du navire comme lien de rattachement à un État et non pas à son pavillon¹²⁴¹. L'identification de l'identité d'un navire

¹²³⁹ Le capitaine de vaisseau Pezard, commandant de la frégate *Dupleix* qui avait franchi le détroit d'Ormuz la nuit du 16 au 17 août, est resté attaché à la lettre de la résolution 665 et aux prérogatives conférées aux navires contrôlant la navigation dans le détroit. V. Intervention Pezard, *Le navire en droit international, SFDI, op.cit.*, pp. 229-231.

¹²⁴⁰ S/ RES/670 (1990), 25 septembre 1990. Le Conseil de sécurité : « [...] 3. Décide que tous les États, nonobstant l'existence de droits ou obligations conférés ou imposés par tout accord international ou contrat conclu ou licence ou permis délivré avant la date de la présente résolution, refuseront la permission de décoller de leur territoire à tout aéronef qui transporterait, à destination ou en provenance de l'Irak ou du Koweït, toute cargaison autre que des denrées alimentaires acheminées en raison de circonstances d'ordre humanitaire, avec l'autorisation du Conseil de sécurité ou du Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 661 (1990) concernant la situation entre l'Irak et le Koweït et en conformité avec la résolution 666 [1990], ou des fournitures soit à usage strictement médical, soit destinées à l'usage exclusif du Groupe d'observateurs militaires des Nations Unies pour l'Iran et l'Irak ».

¹²⁴¹ M. Voelckel, « Le navire et les situations interantionales de crise », *op. cit.*, p. 193.

s'avérait particulièrement difficile, même pour effectuer des contrôles donnant suite à l'imposition des mesures de contrainte économique¹²⁴². Toutefois, même dans l'hypothèse de l'exercice de la force contre les navires, la capture ou la destruction du navire refusant d'obéir aux ordres donnés par les navires de guerre chargés de l'implémentation des résolutions du Conseil de sécurité devaient être exclues. Ne relevant pas du droit des prises, présupposant l'état de guerre et l'application du droit des conflits armés, les navires ayant commis des infractions pouvaient être déroutés et éventuellement immobilisés dans un port, sans aucun changement du titre de leurs propriétaires¹²⁴³. En l'occurrence, le transfert de titre des navires n'était pas autorisé par le Conseil de sécurité. La confiscation des navires ennemis, conformément à une décision prise par une juridiction spéciale, à savoir les tribunaux des prises maritimes, ne trouverait pas son équivalent dans les prérogatives confiées aux États en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité.

503. La discussion autour des prérogatives étatiques sur des navires de commerce s'est intensifiée lors de la crise yougoslave et les résolutions 713 (1991) et 757 (1992). En l'occurrence, un embargo sur la fourniture d'armes destinées à la Yougoslavie a été imposé en vertu de l'article 41 de la Charte¹²⁴⁴. Il ne s'agissait ni d'un blocus, ni d'un embargo total. Aucune référence détaillée n'était faite à des mesures précises, ayant comme objet des navires de commerce. Il faut préciser qu'après l'adoption de cette résolution aucune mesure d'arraisonnement de navires n'a été prise. Le recours à de telles mesures n'a eu lieu qu'après

¹²⁴² Le commandant Pézard a présenté en détail toutes les difficultés liées au problème d'identification d'un navire. p. 230-231 : « L'identification elle-même, est la première étape ; mais pour éviter les effets pervers que j'ai souligné, je crois qu'il y a un deuxième aspect encore plus fondamental, c'est la vérification de cette identité. C'est un peu ce que font les services de police : ils demandent les papiers puis vérifient les identités. Cette étape est fondamentale, car c'est elle qui permet éventuellement de poursuivre. Le fait d'avoir une identité convenable et avérée le permet éventuellement, mais le fait d'avoir une identité fausse ou truquée implique obligatoirement qu'on poursuive l'action, car on entre alors dans le domaine de l'infraction. Et le problème tout à fait concret de l'identification des bâtiments, était pour nous de savoir au-delà de la simple enquête du pavillon, à qui nous avions à faire. Il fallait bien sûr identifier l'État du pavillon, le port d'attache et le type de navire, car en matière d'embargo cette donnée est importante, mais il s'agissait également de savoir quels étaient les intérêts commerciaux qui étaient liés à ces bâtiments. Or pour le savoir avec précision, il fallait avoir la possibilité de monter à bord, pour vérifier les papiers de bord et les documents commerciaux. Et là réside la principale difficulté, car entre l'enquête de pavillon qui consiste à demander l'état civil du bateau, mais qui se fait de loin, par radio, avec en face quelqu'un qui peut vous raconter n'importe quoi, et une véritable enquête sur la cargaison, il y avait un pas qu'il fallait franchir : effectuer une visite complète du navire. Ceci a constitué une difficulté, d'abord sur le plan juridique, ensuite sur le plan pratique, car pour faire une visite, il faut obliger le navire à stopper, il faut monter à bord, tout en respectant un certain nombre de règles de sécurité ».

¹²⁴³ La solution de détention est retenue et non pas celle de confiscation de navires dans la S/RES/670 (1990), Par. 8. « Le Conseil de sécurité "demande également à tous les États de procéder à l'immobilisation de tous navires immatriculés en Irak qui pénètrent dans leurs ports et qui sont ou ont été utilisés en violation de la résolution 661 (1990)" ».

¹²⁴⁴ S/ RES/713 (1991, 25 septembre 1991, par. 6. Le Conseil de sécurité « décide, en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, que tous les États mettront immédiatement en œuvre, aux fins de l'établissement de la paix et de la stabilité en Yougoslavie, un embargo général et complet sur toutes les livraisons d'armements et d'équipements militaires à la Yougoslavie, et ce jusqu'à ce que le Conseil de sécurité décide autrement, après que le Secrétaire général aura eu des consultations avec le Gouvernement Yougoslave ».

l'adoption de la résolution 787 du 16 novembre 1992¹²⁴⁵. Selon cette Résolution, la responsabilité de prendre des mesures d'inspection, de saisie et de déroutement des navires et la responsabilité de précision du caractère concret de ces mesures incombaient aux États ou aux organismes régionaux. Les actions menées sous les auspices de l'OTAN et de l'Union de l'Europe occidentale ont abouti à l'inspection des navires et au déroutement des navires dans des ports italiens¹²⁴⁶. L'intensification des mesures de contrôle des navires s'est produite après l'adoption de la résolution 820 du 17 avril 1993. Selon la résolution, les prérogatives de contrôle exercées par les États membres pouvaient aller jusqu'à la confiscation des navires¹²⁴⁷. La prérogative de confiscation semblait concerner l'intégralité des navires de commerce et pas seulement les navires transportant du matériel de guerre contrairement aux résolutions antérieures. En effet, selon le par. 22 de la Résolution, était interdit « le transport de tous produits et de toutes marchandises à travers les frontières terrestres ou en provenance ou à destination des ports de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ». Les seules exceptions concernaient l'importation de fournitures médicales et de produits alimentaires ou d'autres fournitures humanitaires essentielles autorisées par le Comité spécial créé par la Résolution 724 (1991).

504. La différence entre les résolutions 670 (1990) et 820 (1993) est aisément perceptible. Dans la résolution relative à la crise du Golfe, la détention de navires relevant du registre irakien était simplement recommandée. En revanche, la résolution relative à la crise en Yougoslavie prévoyait la capture de navires même sans considération de leur pavillon. La seule condition pour la capture était le constat de la transgression des dispositions des résolutions

¹²⁴⁵ S/ RES/787 (1992), 16 novembre 1992, par. 12. Le Conseil de sécurité « agissant en vertu des chapitres VII et VIII de la Charte des Nations Unies, demande aux États, agissant à titre national ou dans le cadre d'organisations ou d'arrangements régionaux, de prendre des mesures qui soient en rapport avec les circonstances du moment selon qu'il sera nécessaire, sous l'autorité du Conseil de sécurité, pour arrêter tous les navires marchands qui arrivent ou qui partent afin d'inspecter leur cargaison et de s'assurer de leur destination et de faire appliquer strictement les dispositions des résolutions 713 (1991) et 757 (1992) ».

¹²⁴⁶ Ronzitti dans son cours à l'académie de la Haye fait allusion à l'affaire du *Dolphins 1*, jugée, le 11 février 1993, par la section criminelle du tribunal de Tarent. En l'espèce, il n'a pas été admis que le navire avait violé le blocus, ce qui aurait eu comme conséquence la confiscation du navire. La saisie des objets de nature militaire a été retenue par le tribunal. Ronzitti N., *Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*, op. cit., p.173.

¹²⁴⁷ S/ RES/820 (1993), 17 avril 1993, par. 25. Le Conseil de sécurité « décide que tous les États saisiront tous les navires, véhicules de transport de marchandises, matériels roulants et aéronefs se trouvant sur leur territoire dans lesquels une personne ou une entreprise de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ou opérant à partir de celle-ci détient un intérêt majoritaire ou prépondérant, et que ces navires, véhiculent de marchandises, matériels roulants et aéronefs pourront être confisqués par l'État ayant effectué la saisie s'il est établi qu'ils ont agi en violation des résolutions 713 (1991), 757 (1992) ou 787 (1992), ou de la présente résolution. 25 Décide que tous les États immobiliseront, en attendant qu'une enquête soit effectuée, tous les navires, véhicules de transport de marchandises, matériels roulants, aéronefs et cargaisons qui auront été trouvés sur leur territoire et que l'on soupçonne d'avoir été ou d'être utilisés en violation des résolutions 713 (1991), 757 (1992) ou 787 (1992), ou de la présente résolution, et s'il est établi qu'ils sont en infraction, que ces navires, véhicules de transport de marchandises, matériels roulants et aéronefs seront saisis et, selon le cas, pourront eux-mêmes ainsi que leurs cargaisons être confisqués par l'État qui les immobilise ».

précédentes¹²⁴⁸. Une « différence qualitative » entre ces dispositions a été constatée par la doctrine¹²⁴⁹. À la lumière du renforcement des prérogatives étatiques, comprenant dans le cas du conflit en Yougoslavie même la confiscation des navires de commerce, la thèse a été défendue en vertu de laquelle ces mesures étaient assimilables à un blocus naval militaire¹²⁵⁰. Une mesure applicable en temps de conflit armé et s'appuyant sur la qualification précise de navires en tant que navires ennemis voire neutres forçant le blocus imposé semble ainsi trouver un nouveau fondement juridique dans les résolutions du Conseil de sécurité. La radicalité de cette mesure relevant de l'arsenal des États belligérants semble pouvoir caractériser désormais aussi les mesures de contrainte économique ordonnées par le Conseil de sécurité. À la lumière de la pratique, il est difficile de distinguer entre l'exercice des droits des belligérants sur les navires ennemis et les cargaisons ennemies d'une part, et l'exercice des prérogatives conférées aux États en vertu des résolutions du CS d'autre part. Les mesures respectives — visite, perquisition, capture, voire saisie définitive — sont identiques¹²⁵¹. Par conséquent, en recourant aux mêmes mesures, un État peut exercer des prérogatives sur des navires de commerce étrangers soit à titre de partie belligérante, soit à titre de membre de l'ONU, autorisé à cela par des résolutions prises dans le cadre du Chapitre VII de la Charte.

¹²⁴⁸ S/ RES/820 (1993), par. 25. Le Conseil de sécurité « décide que tous les États immobiliseront, en attendant qu'une enquête soit effectuée, tous les navires, véhicules de transport de marchandises, matériels roulants, aéronefs et cargaisons qui auront été trouvés sur leur territoire et que l'on soupçonne d'avoir été ou d'être utilisés en violation des résolutions 713 (1991), 757 (1992) ou 787 (1992), ou de la présente résolution, et s'il est établi qu'ils sont en infraction, que ces navires, véhicules de transport de marchandises, matériels roulants et aéronefs seront saisis et, selon le cas, pourront eux-mêmes ainsi que leurs cargaisons être confisqués par l'État qui les immobilise ».

¹²⁴⁹ Pour cette comparaison v. G. Politakis, « Un-Mandatory naval operations and the notion of pacific blockade », *op.cit.*, p. 185-186 : « There has been a qualitative difference, in the level of escalation, between the Gulf experience and that of former Yugoslavia as far as the enforcement of the embargo is concerned.[...] Furthermore, action was to be taken against vessels found anywhere within the territorial waters and not only against those berthed in port, which could imply that any ship could be escorted into port while navigating within the territorial sea of the State concerned. Both seized and detained vessels could eventually become the property of the seizing/detaining State, if it was determined that they have violated the sanctions regime imposed by the SC. With regard to the investigation and the determination as to whether or not the detained vessel has in fact violated the UN trade embargo, one can only presume that what is meant is an administrative inquiry involving agencies such as customs officials, port authorities or eventually the Foreign trade and the Foreign Affairs Ministries. For all intents and purposes, however, such administrative fact-finding exercise would appear as the modern equivalent of the traditional judicial decision declaring the blockade-runner as prize ».

¹²⁵⁰ La différence entre ce mécanisme autorisant même la confiscation des navires et des cargaisons et l'institution du blocus pacifique est manifeste. Ce dernier n'avait comme conséquence que l'immobilisation des navires qui devaient être rendus à leurs propriétaires après la fin du blocus. Politakis, *idem*, p.185 : « It is true that the SC in its Res 820(1993) went further than ever before in filling the loopholes of its enforcement action. By providing for the seizure, detention and eventual confiscation of sanctions-breaking vessels, the Security council appears to have set up a maritime interdiction arrangement which comes closer, as far as the legal consequences for attempted breach are concerned, to the classical wartime blockade model than to that of the pacific blockade ».

¹²⁵¹ W. Heintschel von Heinegg, « The difficulties of conflict classification at sea: Distinguishing incidents at sea from hostilities », *International Review of the Red Cross*, 2016, pp.449-464. Pour l'adaptation des règles des prises maritimes aux mécanismes d'implémentation des sanctions décidées par le CS v. l'analyse proposée par D. Mathonnet, *Contribution à l'étude du conseil des prises en France de l'avènement de Louis XVI jusqu'à nos jours*, Thèse Paris II, 2010, 1410 p., pp.1043 et s.

505. Cette affirmation doit, toutefois, être nuancée par référence à la résolution 873 adoptée par le Conseil de sécurité le 14 octobre 1993, à l’occasion de l’éclatement de la crise en Haïti. En s’appuyant sur les chapitres VII et VIII, le Conseil demandait aux États d’« interrompre la navigation maritime en direction d’Haïti lorsqu’il le faudra pour inspecter et vérifier les cargaisons et destinations »¹²⁵². Il faut rappeler que à la suite de l’intransigeance du régime d’Haïti, un embargo global a été imposé au pays en vertu de la résolution 917 du 6 mai 1994. Les États devaient ainsi empêcher toute importation sur leur territoire des produits de base et marchandises d’origine haïtienne exportés par Haïti¹²⁵³. En outre, toutes les transactions impliquant de tels produits étaient interdites. Pour la stricte application de ces dispositions, les États ont été autorisés à procéder à des mesures d’inspection des marchandises¹²⁵⁴. Malgré les similitudes apparentes de cette série des mesures économiques avec un blocus, aucune référence n’a été faite à des prérogatives de confiscation des navires interceptés. Dans le cadre de cette crise, les navires interceptés ayant violé les mesures d’embargo ne faisaient pas face au même sort que les navires de commerce forçant un blocus maritime.

506. La mise en œuvre du blocus maritime et de l’embargo global se fonde sur l’interception de l’ensemble des navires entretenant des rapports commerciaux avec l’État ciblé. La parenté d’une institution de guerre avec un outil de préservation de la paix et de la sécurité internationale est ainsi évidente. Deux différences majeures doivent, toutefois, être relevées. La première concerne la non-attribution explicite, dans le cas de mesures générales de contrainte économique, du caractère ennemi ou neutre à des navires ou des cargaisons. À la différence du blocus, une telle qualification ne s’opère pas lors de l’imposition d’un embargo. La deuxième concerne l’effet d’un acte de transgression du blocus ou de l’embargo. Il semble que le navire

¹²⁵² S/ RES/875 (1993), 16 octobre 1993.

¹²⁵³ S/ RES/917 (1994), 6 mai 1994, par. 6 : « Décide que tous les États empêcheront la vente ou la fourniture par leurs nationaux ou à partir de leur territoire ou au moyen de navires ou d’aéronefs battant leur pavillon de tous produits de base ou marchandises originaires ou non de leur territoire, à toute personne physique ou morale en Haïti ou à toute personne physique ou morale dans le cadre de toute transaction effectuée en Haïti ou à partir de ce pays, ainsi que toutes activités conduites par leurs nationaux ou sur leur territoire ayant pour effet de favoriser la vente ou la fourniture de ces produits de base ou marchandises, étant entendu que les interdictions énoncées dans le présent paragraphe ne s’appliquent pas : a) Aux fournitures destinées à un usage strictement médical ni aux denrées alimentaires ; b) Sous réserve de l’approbation du Comité créé par la résolution 841 (1993) selon la procédure d’approbation tacite, aux autres produits de base et marchandises de caractère essentiellement humanitaire ; c) Au pétrole et aux produits pétroliers, y compris le propane à usage ménager, autorisés conformément au paragraphe 7 de la résolution 841 (1993) ; d) Aux autres produits de base et marchandises autorisés conformément au paragraphe 3 de la résolution 873 (1993) ».

¹²⁵⁴ S/ RES/917 (1994), 6 mai 1994. Le Conseil de sécurité : « 10. Agissant également en vertu du Chapitre VIII de la Charte des Nations Unies, demande aux États membres, agissant à titre national ou dans le cadre d’organismes ou d’arrangements régionaux, et coopérant avec le Gouvernement légitime d’Haïti, d’user des mesures qu’appelle la situation actuelle, sous l’autorité du Conseil de sécurité, pour assurer la stricte application des dispositions de la présente résolution et des résolutions antérieures pertinentes, en en particulier d’interrompre la navigation maritime en provenance et en direction d’Haïti lorsqu’il le faudra pour inspecter et vérifier les cargaisons et destinations [...] ».

intercepté dans le cadre d'une opération de mise en œuvre d'un embargo, ne soit soumis qu'à des mesures d'immobilisation provisoire sans aucun changement du titre de propriété du navire.

507. Ce dernier élément semble ne pas concerner les opérations de mise en œuvre d'un embargo sectoriel. L'intensité de ce dernier réside dans la radicalité des mesures de confiscation, en cas de violation de l'embargo sectoriel. Si un certain domaine de l'économie d'un État est visé, les navires exerçant dans ce domaine sont exposés au risque de saisie. Le risque de confiscation est ainsi encouru par des navires transgressant l'embargo des armes imposé au Yémen¹²⁵⁵, ou par des navires impliqués dans le commerce des marchandises liés au programme nucléaire de la Corée du Nord¹²⁵⁶. La radicalité de la mesure ne réside pas dans sa globalité, puisqu'une seule partie du commerce de l'État ciblé est affecté, mais dans l'effet de dépossession définitive atteignant les navires et les cargaisons transportés en violation des mesures de contrainte économique. En effet, la dépossession définitive consécutive à l'imposition des mesures de contrainte économique, *a priori* incompatible avec la protection du droit à la propriété privée, semble refléter un rapport conflictuel d'intensité particulière. L'intérêt doit ainsi être porté sur les mesures dont la radicalité et l'intensité ne se fondent pas sur un critère quantitatif, à savoir le ciblage de l'ensemble des ressortissants d'un État ou de l'ensemble des navires de commerce présentant des rapports avec cet État, mais sur un critère

¹²⁵⁵ V. S/RES/2216 (2015), 14 avril 2015 relative à l'imposition de l'embargo d'armes contre le Yémen. Tous les chargements à destination du Yémen interdits par la résolution, pouvaient être inspectés par des navires des États membres et en particulier des États voisins du Yémen. Les États avaient ainsi le droit « de les saisir et de les éliminer (en les détruisant, en les mettant hors d'usage, en les entreposant ou en les transférant à un État autre que le pays d'origine ou de destination aux fins de leur élimination) », par. 16.

¹²⁵⁶ La résolution S/RES/1874 (2009) du 12 juin 2009 a autorisé les États à procéder à l'inspection de marchandises à destination de la Corée du Nord se trouvant sur des navires en haute mer, si de motifs raisonnables dictaient que sur les navires se trouvaient des articles liés aux programmes nucléaire et balistique de la Corée du Nord. L'obtention du consentement de l'État du pavillon était requise. Les prérogatives liées à l'inspection sont précisées dans la résolution 2087 (2013) qui renforce ainsi l'arsenal de mesures contre des navires impliqués dans le commerce des marchandises liés au programme nucléaire. La neutralisation des articles visés par les résolutions consiste en la destruction, la mise hors d'usage, l'entrepose ou la remise à un autre État. Dans la résolution 2397 (2017), le CS a précisé de nouveau les compétences octroyées aux États membres sur les navires dont les activités semblent être en violation avec les résolutions antérieures. À la possibilité d'arrêter et d'inspecter les navires s'ajoute la possibilité de confiscation des bateaux soumis à leurs juridictions. Il est ainsi intéressant de relever le renforcement des prérogatives reconnues aux navires en fonction de l'aggravation du risque présenté par les essais nucléaires de la Corée du Nord. S/RES/2397 (2017) Le Conseil de sécurité : « 9. Note avec une grande inquiétude que la République populaire démocratique de Corée exporte illicitement du charbon et d'autres articles interdits au moyen de pratiques maritimes trompeuses et obtient illégalement du pétrole au moyen de transferts de bateau à bateau et décide que les États Membres doivent saisir, inspecter et geler (confisquer) tout bateau dans cette situation se trouvant dans leurs ports, et peuvent saisir, inspecter et geler (confisquer) tout bateau soumis à leur juridiction se trouvant dans leurs eaux territoriales, s'ils ont des motifs raisonnables de penser que le navire en question est utilisé pour des activités interdites par les résolutions 1718 (2006), 1874 (2009), 2087 (2013), 2094 (2013), 2270 (2016), 2321 (2016), 2356 (2017), 2371 (2017) et 2375 (2017) ou par la présente résolution, ou pour transporter des articles interdits par ces mêmes résolutions, encourage les États Membres à tenir des consultations avec les États du pavillon des navires concernés une fois ces derniers saisis, inspectés et gelés (confisqués), et décide en outre qu'au bout de six mois à compter de la date à laquelle ces navires ont été gelés (confisqués), cette disposition ne s'appliquera pas si le Comité décide, au cas par cas et à la demande d'un État du pavillon, que des dispositions satisfaisantes ont été prises pour empêcher le navire de contribuer à de futures violations de ces résolutions ».

qualitatif, c'est-à-dire sur des mesures aboutissant à la confiscation des biens privés des ressortissants de l'État ciblé.

Section II L'intensité et la radicalité de la mesure de confiscation des biens des ressortissants de l'État visé par des mesures de contrainte économique

508. La finalité des mesures de guerre est purement conservatoire. En principe, le gel des avoirs n'est pas une mesure confiscatoire, mais une mesure d'indisponibilité temporaire. Toutefois, les États ont procédé à la confiscation de biens privés des ressortissants ennemis à de nombreuses reprises et surtout pour des raisons de représailles de guerre.

En temps de paix, la confiscation n'est concevable que comme sanction relevant d'une procédure pénale. L'interrogation porte sur la reconnaissance de la possibilité de saisir définitivement des biens en dehors de ce cadre précis. Des mesures confiscatoires seraient *a priori* difficilement compatibles avec les règles régissant les contre-mesures. Le droit international exige que les contre-mesures correspondent à leur objectif, à savoir mettre fin à une violation du droit international. Des mesures irréversibles, comme la confiscation des biens, dépassent cette limite. En se penchant sur cette question, la Commission du droit international a précisé qu'un État ne doit prendre « dans la mesure du possible » que des mesures qui sont réversibles. Une mesure qui prive un État ou ses ressortissants de la propriété de ses biens, contrairement à une interférence temporaire avec le droit d'utiliser ces biens, rend impossible le rétablissement du *statu quo ante*, une fois l'acte initial prétendument illicite terminé. Cela serait contraire à la finalité des contre-mesures conçues comme « moyen d'incitation et non de répression »¹²⁵⁷. Selon la Commission, « si l'État lésé peut choisir entre plusieurs contre-mesures licites et efficaces, il doit retenir celle qui permet la reprise des obligations suspendues par suites des contre-mesures »¹²⁵⁸. Il semble que le caractère réversible d'une contre-mesure constitue une manifestation du principe de proportionnalité. Des mesures punitives impliquant la confiscation de biens ne sont pas proportionnelles à l'objectif poursuivi, à savoir la cessation de l'acte initial prétendument illicite.

¹²⁵⁷ Commentaire du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 2001, vol. II (2), p.357, art.49, par.7 : « si elles sont efficaces en ce qu'elles amènent l'État responsable à s'acquitter des obligations de cessation et de réparation qui lui incombent, il doit y être mis fin pour permettre la reprise de l'exécution de l'obligation ». Dans l'affaire relative au Projet *Gabcikovo Nagymaros*, la CIJ a reconnu l'existence de cette condition, tout en estimant qu'elle n'avait pas à statuer à cet égard. Après avoir conclu que « le détournement du Danube effectué par la Tchécoslovaquie n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée », la Cour a affirmé : « [e]lle n'a dès lors pas à statuer sur une autre condition dont dépend la licéité d'une contre-mesure, à savoir que celle-ci doit avoir pour but d'inciter l'État auteur du fait illicite à exécuter les obligations qui lui incombent en droit international et que la mesure doit partant être réversible ». CIJ Recueil 1997 p.57, par.87 », passage cité dans *idem*, p.358, par. 9.

¹²⁵⁸ *Idem*, p. 358, par. 9.

509. À la lumière de cette analyse, on constate que la confiscation des biens privés des ressortissants d'un État étranger, justifiée par l'intensité d'un différend politique avec ce dernier, constitue une pratique discriminatoire dont la licéité ne peut que difficilement être approuvée. En outre, le recours à cette pratique se fonde sur la thèse d'une association directe des personnes physiques ou morales à l'État dont ils relèvent. La pratique du recours aux mesures de saisie des biens des ressortissants d'un État, entreprises dans le cadre d'un conflit latent avec cet État, doit être examinée (§1). L'attention sera attirée par la suite sur les argumentations employées par les États pour justifier le recours à la saisie des biens privés et le contournement de la protection conférée à la propriété privée (§2).

§1 La confiscation des biens des ressortissants d'un État, signe d'éclatement d'une crise interétatique.

510. L'intérêt porte sur des cas où la saisie des biens privés a été effectuée dans le cadre des conflits surgissant entre l'État acteur de la saisie et l'État dont les ressortissants en avaient subi les effets. Des atteintes aux biens privés s'inscrivent ainsi dans le cadre d'un rapport interétatique envenimé (a). Une pratique discriminatoire est ainsi mise en place qui toutefois ne se fonde pas sur une qualification explicite d'ennemi. Le caractère discriminatoire d'une mesure de confiscation est souvent dissimulé. Cela s'explique par le fait que la règle de non-discrimination constitue un obstacle pour l'adoption de mesures visant une seule catégorie de personnes déterminées en fonction de critères politiques (b).

a. Un régime discriminatoire fondé sur un argument politique

511. Des atteintes aux biens privés s'inscrivent ainsi dans le cadre d'un rapport interétatique envenimé (i). Une pratique discriminatoire est ainsi mise en place qui toutefois ne se fonde pas sur une qualification explicite d'ennemi (ii).

i. Des atteintes aux biens privés liées à un conflit politique.

512. La politique discriminatoire qui vise des personnes privées se trouve au cœur des critiques à l'égard des mesures prises par l'Indonésie vers la fin des années 1950 contre la propriété privée des ressortissants néerlandais¹²⁵⁹. La dimension politique de cette mesure était manifeste. Les similitudes entre ces mesures visant les biens privés et des mesures équivalentes en période de guerre étant évidentes, de sorte que la doctrine n'a pas hésité à employer le terme

¹²⁵⁹ Note du 23 décembre 1957, *Revue des NU 1958*, p. 14-15, cité par L. A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite : des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, *op. cit.*, p.359. Dans le memorandum du gouvernement de l'Indonésie il était indiqué : « Nationalisation of Dutch-owned enterprises is directed at strengthening Indonesia's national potential as well as at liquidating the power of colonial economy », *AJIL*, 1960, p.484.

de neutralité pour qualifier la position des États tiers à l'égard de ce différend opposant l'Indonésie aux Pays-Bas¹²⁶⁰.

513. En l'occurrence, l'Indonésie réclamait un droit de nationalisation des biens appartenant à l'ancienne puissance coloniale. Il semble ainsi que derrière l'affaire de nationalisation, une hostilité latente se dégage entre les deux États. En outre, l'acte de nationalisation était lié au différend territorial qui opposait les deux pays, portant sur la souveraineté de la Nouvelle-Guinée occidentale. Ces mesures, qui pourraient être qualifiées de contre-mesures visant des biens privés, avaient un caractère manifestement discriminatoire à l'égard des ressortissants des Pays-Bas et rendait difficile la reconnaissance des effets de ces décisions de nationalisation prises par l'Indonésie¹²⁶¹. Le gouvernement hollandais s'est explicitement appuyé sur ce constat pour semer le doute quant à la licéité de cet acte. Ces mesures de nationalisation, selon le gouvernement hollandais, ne répondaient pas à la condition nécessaire d'intérêt général, mais elles étaient qualifiées de représailles d'ordre politique. En outre, même si une indemnisation était prévue par la loi indonésienne, aucune somme n'avait été attribuée aux personnes impliquées dans les entreprises nationalisées et lésées par la nationalisation. Cette position a été retenue par les juridictions hollandaises qui n'ont pas reconnu la licéité du recours aux mesures visant les biens privés¹²⁶². Le refus de reconnaissance d'une telle décision par le juge interne de l'État dont les ressortissants ont subi les effets des contre-mesures semble être obligatoire en vertu de l'invocation de l'exception de l'ordre public international¹²⁶³.

514. Une position différente a été défendue par les tribunaux allemands. Le juge allemand a dû se prononcer sur la licéité des actes de nationalisation à la suite d'une action en justice des

¹²⁶⁰ Seidl-Hohenveldern évoque l'état intermédiaire entre la guerre et la paix pour qualifier le rapport entre les deux États. I. Seidl-Hohenveldern, « Reprisals and the taking of private property », *Netherlands International Law Review*, vol. 9, 1962, pp. 470-479, p.476.

¹²⁶¹ A. Verdross, « Die Nationalisierung niederländischer Unternehmungen in Indonesien im Lichte des Völkerrechts », *Netherlands International Law Review*, 1959, vol. 6, pp. 278-290, p.284 : « Par conséquent, même si l'on admettait que la confiscation de la propriété privée étrangère est autorisée dans certaines circonstances, les nationalisations d'entreprises néerlandaises en Indonésie seraient illégales au regard du droit international, car il s'agit de mesures discriminatoires qui ne visent que les propriétaires néerlandais. [...] Mais les mesures en question ont un objectif politique clair, puisqu'elles ont été prises dans le cadre de la lutte pour la Nouvelle-Guinée occidentale, dans le but d'inciter le gouvernement néerlandais à satisfaire certaines demandes territoriales de l'Indonésie. Cela nous prouve que ces mesures sont uniquement dirigées contre les intérêts néerlandais. Or, un tel objectif politique ne constitue pas un titre juridique reconnu par le droit international pour procéder à des confiscations ».

¹²⁶² Leur objectif était « to attain purely political ends unconnected with the measures being taken ». Hof (Cour d'appel) *Bank of Indonesia v. Senembah Maatschappij and Twentsche Bank*, June 4 1959, *Netherlands international law review*, 1960, pp.400-403. Adoptant le même raisonnement « the absence of a bona fide purpose involving the property nationalized is fatal and suffices to render unlawful the nationalization act of 1958 », A. McNair, « The seizure of property and enterprises in Indonesia », *Netherlands international law review*, 1960, pp. 218-256, p.245.

¹²⁶³ I. Seidl-Hohenveldern, « Reprisals and the taking of private property », *op. cit.*, p.476 « If the forum is a court of the State, whose citizens have been the victims of such reprisals, any further discussion may seem superfluous. In effect, it would be extremely difficult to imagine any case where non-recognition by the forum of a title acquired under foreign law would be more imperative than in such cases. If it is not against the public policy of the forum to recognize a title "won" by robbing an innocent citizen of the forum in order to "punish" him for what his State i.e. the very State of the forum, has "done"-what is the public policy clause good for? ».

entreprises hollandaises contre la succursale allemande d'une entreprise sise en Indonésie impliquée dans le commerce du tabac et des produits en lien avec les activités des entreprises nationalisées en Indonésie. La demande concernait la non-reconnaissance des effets de la loi portant sur la nationalisation. La partie défenderesse s'est focalisée principalement sur les circonstances internes en Indonésie qui avaient imposé la prise de mesures radicales pour la survie de l'économie locale¹²⁶⁴. En outre, quant à l'invocation de l'ordre public international devant le juge allemand, il a été soutenu par la partie défenderesse que le lien de rattachement à l'ordre juridique allemand était faible et par conséquent l'exception de l'ordre public international ne pouvait pas déployer son plein effet. Il s'agit de la thèse d'absence d'*Inlandsbeziehung*. En effet, le seul lien avec l'ordre juridique allemand des actes de nationalisation était la présence sur le territoire allemand de certaines marchandises provenant des entreprises nationalisées. Il faut préciser que la décision de première instance a débouté la demande des entreprises hollandaises, appliquant ainsi le droit de l'Indonésie comme *lex rei sitae* pour déterminer le titre juridique sur les entreprises nationalisées, indiquée par la règle de conflit allemande. L'absence de lien avec l'ordre juridique interne allemand avait comme conséquence la non-invocation de l'exception d'ordre public international. Le tribunal de première instance ne s'est pas prononcé sur l'acte de nationalisation en tant que tel, qualifiant le conflit entre les deux États de « politique » et leur recommandant la voie des juridictions internationales. La partie demanderesse reprochait dans son appel contre la décision du tribunal de première instance de ne pas avoir fait bonne application de la réserve de l'ordre public international de l'art. 30 de l'*EGBGB*¹²⁶⁵ et d'avoir violé, par conséquent, l'article 25 de la Loi fondamentale allemande qui prévoit le respect des règles du droit international dans l'ordre juridique interne. En n'hésitant pas à qualifier les mesures de nationalisation de « barbares », les entreprises hollandaises ont mis l'accent sur l'obligation de la Cour de respecter le droit à la propriété privée malgré l'obligation de reconnaissance des décisions politiques (*Hoheitsakte*) des États étrangers. Elles soulignaient la nature politique du différend en employant la formule des « représailles politiques »¹²⁶⁶. La Cour d'appel dans sa décision a émis des doutes quant à l'effectivité d'une décision qui ne reconnaît pas les effets d'une décision prise par un État

¹²⁶⁴ « Les mesures visaient plutôt à consolider la puissance nationale et à faire face aux besoins de l'économie coloniale. L'Indonésie se trouvait alors dans une situation de détresse économique menaçant son existence et avait repris en main le contrôle des richesses naturelles du pays, exercé jusqu'alors de facto par les membres de l'ancienne puissance coloniale. Il en résulte également qu'il n'y a pas eu de discrimination à l'égard des citoyens néerlandais. L'État indonésien n'a fait que mettre fin à la discrimination dont la population indonésienne était victime jusqu'alors ». p.326, *Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Bremen*, 21. August 1959, *Archiv des Völkerrechts*, 1961, pp.318-363.

¹²⁶⁵ Loi d'introduction du Code civil allemand.

¹²⁶⁶ « Il s'agirait simplement de représailles politiques à l'encontre de ressortissants néerlandais en raison du différend entre l'Indonésie et les Pays-Bas concernant la possession de la Nouvelle-Guinée occidentale », *Idem*, p.330.

étranger affectant des biens sis sur le territoire de ce dernier. Une telle décision pourrait, d'après la Cour, être préjudiciable au fonctionnement du commerce international et fournir à l'État dont les décisions n'ont pas été reconnues un motif pour procéder à des contre-mesures. Il est intéressant de relever que le juge interne met en balance la protection des règles internationales et par conséquent le respect de l'article 25 de la Loi fondamentale avec le bon fonctionnement du commerce international qui serait compromis en cas d'imposition de contre-mesures¹²⁶⁷. Le problème relevé est celui de la reconnaissance de l'effet extraterritorial d'une décision violant le droit à la propriété privée. Ce conflit a attiré l'attention de la doctrine qui s'est focalisée sur la compétence territoriale de l'État procédant à la confiscation. Si les biens confisqués se trouvaient sur son territoire, le titre territorial consolidé après la mise en œuvre des nationalisations prévalait sur le droit à la propriété privée. En revanche, si les biens se trouvaient en dehors de l'État, la décision de confiscation n'aurait pas été reconnue par les États tiers et le droit à la propriété privée aurait été préservé. Dans les deux hypothèses, l'élément déterminant était le principe territorial et pour cette raison la distinction entre l'effet positif du principe territorial dictant la reconnaissance de la décision de confiscation et l'effet négatif du principe territorial était proposée¹²⁶⁸.

515. La Cour s'est prononcée en détail sur l'allégation concernant le caractère discriminatoire des confiscations. La particularité de la relation entre les Pays-Bas en tant qu'ex-puissance coloniale et l'Indonésie, son ancienne colonie, a été mise en avant. En effet, selon la Cour la relation à l'égard des ressortissants de la puissance coloniale diffère par rapport à la relation avec les autres étrangers¹²⁶⁹. La Cour a mis en avant la position privilégiée détenue par les entreprises hollandaises confisquées. En effet, ces dernières étaient en mesure de contrôler l'ensemble du commerce de tabac de l'Indonésie¹²⁷⁰. À la lumière de ce constat, une pratique discriminatoire a été justifiée. Cette discrimination ne se fondait pas sur une qualification

¹²⁶⁷ « En effet, à supposer que les tribunaux de tous les États reconnaissent uniformément le droit de restitution à l'ancien propriétaire en raison de la nullité de la loi de nationalisation, on obtiendrait certes que l'État confisicateur soit bloqué et ne puisse pas commercer avec les marchandises expropriées. Mais en même temps, l'ensemble du commerce mondial serait fortement affecté et perturbé par une telle sanction, surtout si l'État bloqué prenait des contre-mesures », *Idem*, p.352.

¹²⁶⁸ Cette distinction qui a été retenue par la Cour avait été proposée par Seidl-Hohenveldern dans son article de 1956 intitulé « Völkerrechtswidrige staatliche Eigentumseingriffe und deren Folgen », *Die Friedens-Warte* 1956, p.1-27 p.10 : « En vertu de ce principe (principe de compétence territoriale), la plupart des États refusent de reconnaître les mesures de confiscation étrangères dans la mesure où elles visent à saisir des valeurs qui se trouvaient en dehors de l'État confisicateur au moment de la confiscation (effet négatif du principe de territorialité) et, d'autre part, reconnaissent les titres de propriété créés par la confiscation si l'objet de la confiscation se trouvait à l'intérieur de l'État confisicateur au moment de la confiscation (effet positif du principe de territorialité) ».

¹²⁶⁹ Pour une critique de cette décision v. M. Domke, « Foreign Nationalizations », *AJIL*, 1961, pp.585-616, p.601. L'auteur s'oppose à la conception d'égalité qui est défendue par la Cour et n'hésite pas à faire un parallèle avec la conception d'égalité chez Orwell et *La ferme des animaux*.

¹²⁷⁰ *Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Bremen, op.cit.*, p.360.

explicite conférant le caractère ennemi à des biens privés, mais s'inscrivait dans un contexte politique particulièrement tendu entre l'ancienne colonie et sa métropole. La confiscation des biens privés était entreprise au nom d'un différend interétatique. Admettant le caractère « politique » et non-juridique du différend, la Cour ne s'est pas prononcée sur la licéité des contre-mesures prises par l'Indonésie. Quant à la question préliminaire de l'appartenance de la Nouvelle-Guinée aux Pays-Bas ou à l'Indonésie, elle relevait, d'après la Cour, de la compétence des Nations Unies¹²⁷¹.

ii. Le caractère discriminatoire des mesures visant les biens des ressortissants d'un État particulier.

516. L'interrogation autour du caractère discriminatoire d'actes de confiscation des biens privés a émergé aussi à l'occasion des confiscations de compagnies américaines entreprises par les autorités cubaines à la suite de la révolution. En vertu de la loi cubaine 851 de 1960, toutes les propriétés appartenant à des Américains ont été nationalisées¹²⁷². Le recours à cette mesure a été justifié par les autorités cubaines comme réponse à la décision américaine d'altérer le quota d'importation du sucre cubain. Le caractère illicite de ces confiscations a été souligné par les juridictions américaines¹²⁷³. L'interdiction d'un régime discriminatoire a été mise en avant par les tribunaux américains¹²⁷⁴. Les États-Unis en interprétant les nationalisations cubaines en tant que « type d'agression économique et politique (...) déguisé sous le prétexte d'accélérer le progrès social et économique du peuple cubain », ont imposé un régime d'embargo qui a été suivi par une multiplication d'ingérences aux droits privés des ressortissants des deux États¹²⁷⁵. Il s'agit d'un cas emblématique d'atteinte aux biens privés, similaire à celle ayant lieu en cas de guerre, à la suite de l'attribution explicite du caractère ennemi à des personnes relevant de

¹²⁷¹ *Idem*, p.361 : « Il ne peut pas trancher dans le cadre d'une question préalable ce que les Nations unies n'ont pas réussi à résoudre au cours de longues négociations. Il ne s'agit pas d'une question de droit international, mais d'une question politique. Les représailles liées à cette question ne sont donc pas soumises à l'examen du Tribunal ».

¹²⁷² Le préambule de la loi n. 851 du 6 juillet 1960 : « Whereas the attitude assumed by the Government and legislative power of the United States of America of constant aggression for political purposes against the fundamental interests of the Cuban economy as an arm of political action against Cuba, obliges the Revolutionary Government to adopt without hesitation, also the measures that it may deem pertinent for the defense of the national sovereignty and the free economic development of our country ». Cité par I. Seidl-Hohenveldern, « Reprisals and the taking of private property », *op. cit.*, p. 471.

¹²⁷³ US Court of Appeals, Second Circuit, *Banco Nacional de Cuba v. Chemical Bank New York Trust Company and others*, 822 F.2d 230 (1987), *International law reports*, 1993, pp.431-441, p.438 « As a general principle of international law, a state is liable to a private person who is a national of another state if it takes the foreign nationals property and the taking is "discriminatory" ».

¹²⁷⁴ La difficulté d'une appréciation juridique de ces mesures par les juridictions nationales a été soulignée à de nombreuses reprises. « The courts' inability to adjudicate the conflicting claims relating to discrimination without resorting to the questionable nonretaliation concept, therefore, suggests that they may have been "apologists for national policies determined by political arms of government », F. Dawson, B. Weston, « *Banco nacional de Cuba v. Sabbatino* : new wine in old bottles », *University of Chicago law review*, 1963, pp.63-102, p. 96.

¹²⁷⁵ Note de l'ambassadeur américain au gouvernement cubain, 16 Juillet 1960, M. Whiteman, *Digest of international law*, vol. 8, 1963, p. 1042.

l'État adverse. Selon le point de vue américain, les mesures de confiscation n'étaient pas justifiées par la sécurité, la défense, ni même le bien-être de l'État cubain. Les confiscations constituaient en fait des mesures de représailles ciblant les ressortissants de l'État qui, selon le point de vue du gouvernement cubain, avait prétendument commis l'acte illicite initial¹²⁷⁶. Les biens privés étaient ainsi visés de manière directe pour cibler de manière indirecte l'État. Le recours à cette pratique témoignerait d'un rapport d'hostilité latente.

517. Les mesures prises contre les biens ennemis présupposent une qualification discriminatoire. Le régime discriminatoire qui en découle est justifiable par référence à la qualité du lien unissant les parties belligérantes. En dehors du cadre de la guerre des conflits armés, la confiscation des biens privés d'une certaine catégorie d'étrangers constitue une pratique discriminatoire qui ne se fonde pas sur une attribution explicite du caractère d'ennemi. Ce caractère discriminatoire manifeste des atteintes aux biens d'une certaine catégorie d'étrangers complique toute tentative de justification de ces mesures.

518. L'argument du caractère discriminatoire et par conséquent illicite des mesures de confiscation a été soulevé par les États-Unis et le Royaume-Uni à l'occasion de la nationalisation des entreprises américaines et anglaises par la Libye dans les années 1970. Il semble que les biens des personnes morales privées aient été confisqués pour démontrer l'hostilité des pays arabes avec la politique menée à l'époque par ces deux pays. La gestion discriminatoire des biens privés reflétait la dégradation des rapports interétatiques. La non-conformité au droit international de ces confiscations d'entreprises privées pour des raisons politiques a été soulignée dans la note du 23 décembre 1971 adressée à l'ambassadeur de Libye à Londres¹²⁷⁷. Il doit néanmoins être souligné que la majorité des actions de l'entreprise pétrolière appartenait à l'État britannique. Le statut privé de la compagnie pétrolière américaine confisquée était toutefois indubitable. Les États-Unis dans la note adressée au gouvernement libyen ont mis l'accent sur le caractère arbitraire de ces mesures, les qualifiant de représailles politiques¹²⁷⁸. Selon le point de vue américain, il n'existait aucun motif d'intérêt ou d'utilité

¹²⁷⁶ « Expropriation of [...] the property was not reasonably related to a public purpose involving the use of such property. The taking of such property was not justified by Cuba on the ground that the State required the property for some legitimate purpose or that transfer of ownership of property was necessary for the security, defense or social good of the state. The taking was avowedly in retaliation for acts by the Government of the United States and was totally unconnected with the subsequent use of the property being nationalized. This fact alone is sufficient to render the taking violative of international law ». O. Covey, « Banco nacional de Cuba v. Sabbatino », *AJIL*, 1961, pp.741-745, p.744.

¹²⁷⁷ V. R. Mehren, N. Kourides, « International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: the Libyan Nationalization Cases », *AJIL*, 1981, pp.476-552, p.486.

¹²⁷⁸ *Idem*, « The reasons for the action for the Government of the Libyan Arab Republic against the rights and property of the Nelson Bunker Hunt Oil Company were political reprisal against the United States Government and coercion against the economic interests of certain other US nationals in Libya. Under established principles of international law, measures taken against the rights and property of foreign nationals which are arbitrary, discriminatory, or based on

publique pour l'État ayant procédé aux confiscations. Ces mesures de confiscation invitent à réfléchir sur la différence entre la motivation politique et l'invocation d'un motif d'utilité publique par l'État procédant à la dépossession. Le caractère politique d'une mesure semble être intrinsèquement lié au caractère discriminatoire de cette mesure. En effet, la mesure devient politique par son caractère discriminatoire et en même temps ce caractère confère une allure politique à la mesure. Il est intéressant de relever que dans la sentence *Liamco c. Libye* du 12 avril 1977, il a été précisé que la motivation politique peut prendre la forme de discrimination comme résultat des contre-mesures politiques¹²⁷⁹. Les mesures ont été appréhendées par la société américaine comme faisant partie « d'un système global de contre-mesures politiques adressées contre les États dont la politique était contraire à la politique du régime libyen ». Toutefois, ce raisonnement n'a pas été retenu par les arbitres qui ont précisé que des mesures de nationalisation ont été prises aussi contre d'autres entreprises indépendamment de leur nationalité et par conséquent l'argument du caractère discriminatoire n'était pas fondé¹²⁸⁰. La sentence est restée célèbre parce que les arbitres ont retenu la position selon laquelle les motifs à l'origine d'une nationalisation sont indifférents pour le droit international et relèvent exclusivement du domaine du droit interne¹²⁸¹. Malgré cette affirmation, il serait douteux de considérer que l'invocation d'une raison d'utilité publique soit indifférente pour les autres États et ne soit susceptible d'aucun contrôle. D'ailleurs, les traités d'investissements bilatéraux contiennent des dispositions qui font allusion au « *public interest* » comme motif invocable pour procéder à l'expropriation ou à d'autres mesures préjudiciables pour les investisseurs. Une distinction doit ainsi être établie entre les raisons d'intérêt public qui peuvent être invocables en tant que motifs d'expropriation et les raisons politiques qui ne

considerations of political reprisal and economic coercion are invalid and not entitled to recognition by other states ». P. 486-487.

¹²⁷⁹ Sentence, *Libyan American Oil Company (Liamco) v. Government of the Libyan Arab Republic*, Arbitration (Mahmassani, Sole Arbitrator), 12 avril 1977, *International law reports*, 1982, p. 140, par. 243 : « However, political motivation may take the shape of discrimination as a result of political retaliation. That is what was sustained by *LIAMCO* in its contention of the discriminatory character of its nationalization measures ».

¹²⁸⁰ *Idem*, par. 247-248 : « Other companies were nationalized before it, other American and Non-American companies were nationalized with it and after it, and other American companies are still operating in Libya. Thus, it may be concluded from the above that the political motive was not the predominant motive for nationalization, and that such motive per se does not constitute a sufficient proof of a purely discriminatory measure ».

¹²⁸¹ *Idem*, par. 241 : « As to the contention that the said measures were politically motivated and not in pursuance of a legitimate public purpose, it is the general opinion in international theory that the public utility principle is not a necessary requisite for the legality of a nationalization. This principle was mentioned by Grotius and other later publicists, but now there is no international authority, from a judicial or any other source, to support its application to nationalization. Motives are indifferent to international law, each State being free "to judge for itself what it considers useful or necessary for the public good [...] The object pursued by it is of no concern to third parties ». Les arbitres ont renvoyé à S. Friedman, *Expropriation in international law*, London, Steven & Sons, 1953, xv-236 p., p.140 et G. White, *Nationalisation of Foreign property*, London, Stevens, 1961, xxvi-283 p., p.145.

le sont pas. L'aspect politique d'une expropriation se dégage aisément de son caractère discriminatoire.

b. Des actes de confiscation incompatibles avec la règle de non-discrimination relevant des traités spéciaux ou du droit coutumier.

519. Dans les traités bilatéraux d'investissement, des clauses explicites interdisent la prise de mesures discriminatoires contre les ressortissants de l'un des États signataires. Même dans les traités qui contiennent la clause de la nation la plus favorisée, des mesures d'expropriation discriminatoire ne peuvent pas être acceptées. L'interrogation porte sur le caractère coutumier de la règle de non-discrimination en cas d'absence de clause explicite dans le traité bilatéral. Le caractère coutumier de cette règle a été reconnu par le Tribunal irano-américain de réclamations en 1987¹²⁸². Sur la règle de non-discrimination se sont prononcés de manière lacunaire aussi les arbitres dans la sentence *AMINOIL (American independent oil company) c. Kuwait* du 24 mars 1982. En l'occurrence, la Libye avait procédé au retrait des concessions accordées à plusieurs compagnies étrangères¹²⁸³. La compagnie américaine, après avoir fait observer qu'une société à capitaux japonais avait échappé à la nationalisation, alléguait qu'elle avait subi les effets de la politique de nationalisation en raison de sa nationalité. Elle interprétait l'acte de nationalisation en tant qu'acte visant des biens privés d'une certaine catégorie d'étrangers relevant d'États contre qui existait un conflit latent. En l'espèce, les arbitres se sont interrogés sur la présence d'une pratique discriminatoire, mais ils n'en ont pas trouvé des traces. Par conséquent, le grief de discrimination n'a pas été retenu par le Tribunal¹²⁸⁴.

520. Le caractère discriminatoire des expropriations se trouve aussi au cœur de l'intérêt de la sentence du 10 octobre 1973 concernant les biens de la *BP Exploration Company* en Libye. L'arbitre a retenu l'argument de l'entreprise soulignant le caractère discriminatoire de l'expropriation¹²⁸⁵. Le recours à des mesures discriminatoires contre les biens d'une certaine

¹²⁸² *Iran-United States claims tribunal, Amoco international finance corporation v. The government of the Islamic Republic of Iran et al.*, Partial Award n. 310-56-3, 14 juillet 1987, 15 IRAN-U.S. C.T.R., p. 189, par. 140 : « Discrimination is widely held as prohibited by customary international law in the field of expropriation ».

¹²⁸³ Pour une analyse de la sentence v. G. Burdeau, « Droit international et contrat d'États-la sentence *AMINOIL* contre Koweït du 24 mars 1982 », *AFDI*, 1982, pp.454-470.

¹²⁸⁴ Il est intéressant de relever que dans le même paragraphe la sentence aborde la question de la finalité de la mesure, son rapport avec le « public interest », et la règle de non-discrimination. *Idem*, par. 87 : « If however, the progressive character of the measures of nationalisation concerned does not justify the assumption that there was no general plan of nationalisation, another question emerges. In 1977 nationalisation was not extended to both of the Companies then operating as concessionaires, viz. Aminoil and the "Arabian Oil Company" (AOC). The latter was spared. The question accordingly arises whether the nationalisation of Aminoil was not thereby tainted with discrimination, and whether this differentiation does not show that the Decree Law had other objects than that of realising a programme of economic development. The Tribunal does not think so. First of all, it has never for a single moment been suggested that it was because of the American nationality of the Company that the Decree Law was applied to Aminoil's Concession ».

¹²⁸⁵ Sentence, *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic*, 10 octobre 1973, *International law reports*, 1979, p. 297, par. 111 : « [T]he taking by the Respondent of the property, rights and interests

catégorie d'étrangers relevant d'un État spécifique fournit des éléments de preuve d'un rapport d'hostilité qui dépasse le simple lien interétatique et constitue la preuve de la dégradation des liens entre l'État dont relève l'initiative des mesures et l'État dont les ressortissants subissent les effets.

521. Le caractère discriminatoire peut aussi être constaté si les atteintes à la propriété privée ont été subies de manière exclusive par des étrangers. Cette question reflète le noyau d'intérêt de l'expropriation de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, entreprise par le gouvernement Iranien en vertu de la loi du 1^{er} mai 1951. Une instance a été introduite devant la CIJ par le Royaume-Uni pour défendre les intérêts de cette personne morale, qui toutefois, ne s'est pas reconnue compétente pour se prononcer sur l'affaire. Dans le mémoire soumis par le Royaume-Uni, la référence à l'illicéité de cette mesure était constante. Cette allégation se fondait sur le constat selon lequel les expropriations ne concernaient que les biens des étrangers. Cette pratique discriminatoire entraine ainsi en conflit avec le caractère général et non-discriminatoire *a priori* d'une loi portant sur la nationalisation de toutes les entreprises actives dans le domaine de l'industrie pétrolière¹²⁸⁶. En l'occurrence, les biens privés confisqués n'appartenaient à des ressortissants d'un État particulier, mais à tous les étrangers actifs dans ce secteur de l'économie iranienne. Cet argument a été rejeté par le gouvernement iranien qui dans ses observations préliminaires a précisé que la nationalisation de ces secteurs de l'économie « porte en fait sur tout le territoire de l'empire indistinctement, sans tenir compte de la nationalité des exploitants actuels ou éventuels, ni des difficultés politiques passées que les différentes parties du pays peuvent avoir eu à supporter »¹²⁸⁷. Le souci iranien de ne pas admettre la dimension politique de cet acte de confiscation s'explique facilement. En employant cette argumentation, l'Iran voulait démontrer que le recours aux confiscations n'émanait pas d'un différend politique opposant l'Iran aux États précis dont relevaient les investisseurs actifs dans l'industrie pétrolière.

of the Claimant clearly violates public international law as it was made for purely extraneous political reasons and was arbitrary and discriminatory in character ».

¹²⁸⁶ CIJ *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, (Royaume-Uni c. Iran), Mémoire, pièces écrites relatives à l'exception préliminaire, Grande-Bretagne, 10 octobre 1951, p. 96 par. 21 « The Iranian Oil Nationalization Act of 1st May 1951 is concerned with and is avowedly directed exclusively against the Anglo-Iranian Company. Its exclusive character is, therefore clearly established both in fact and law ». P. 98, par. 22 : « The treatment to which the officials of the Company have been exposed since the passing of the Oil Nationalization Act throws light on the true motives which underlay the passing of that enactment. It substantiates the contention of the Government of the United Kingdom that this is not a case of genuine nationalization which happens to affect a foreign national, but that it is a case of deliberate attempt at confiscation actuated by anti-foreign prejudice ».

¹²⁸⁷ Observations préliminaires : refus du Gouvernement impérial de reconnaître la compétence de la Cour, 4 février 1952. Par.11 p.290. V. Aussi p.307, conclusions : « On ne peut pas prétendre que la loi de nationalisation soit discriminatoire (section III du mémoire anglais), car elle a tous les caractères de généralité et d'anonymat de la loi, telle que la définit la doctrine objective du droit public ».

522. Il faut préciser qu'une discrimination positive peut concerner les ressortissants d'un certain État dont les biens restent intacts d'une politique de nationalisation concernant l'ensemble des biens privés étrangers. On peut citer à titre d'exemple de politique favorable à une seule catégorie des biens privés des étrangers la loi roumaine du 11 juin 1948 qui prévoyait la nationalisation de grandes entreprises industrielles étrangères, à l'exception de celles appartenant à des entreprises relevant de l'Union soviétique. Cette politique discriminatoire a été critiquée par les États-Unis dans leur note du 7 septembre 1948¹²⁸⁸. Il doit d'ailleurs être rappelé que la règle d'interdiction des discriminations ne se fonde pas exclusivement sur le critère de la nationalité. Certes, l'exclusion d'une catégorie d'étrangers et les préjudices portés sur leurs biens se fonde sur un raisonnement fondé sur la nationalité. Néanmoins, d'autres critères, comme l'appartenance ethnique, la religion ou les convictions politiques pourraient être utilisés comme motifs d'une politique discriminatoire contre les biens privés¹²⁸⁹.

523. Une pratique discriminatoire peut aussi être constatée lorsque des mesures d'expropriation ne visent qu'une personne précise relevant de l'État présumé ou déclaré être la cible indirecte. La décision de cibler une personne pourrait être prise en raison du rattachement de cette personne à un État étranger. La justification officielle de cette décision pourrait être la position dominante d'une personne dans l'économie locale. Dans ce cas, le régime discriminatoire ne peut pas être aisément constaté puisque les raisons ayant dicté cette décision semblent être économiques et non politiques témoignant d'une hostilité latente. Le régime discriminatoire ne s'applique pas aux biens de toutes les personnes relevant de l'État visé de manière indirecte. En cela diffère le recours à ces mesures visant une certaine catégorie par rapport aux mesures prises en temps de guerre. Dans ces cas, l'acte de nationalisation doit faire l'objet d'interprétation. Il faut déterminer si l'acte de confiscation, portant préjudice immédiat à des personnes privées, vise substantiellement l'État dont elles sont ressortissantes et avec lequel un conflit latent émerge¹²⁹⁰.

¹²⁸⁸ Cité par White, *Nationalisation of foreign property*, *op.cit.*, p.120 : « While the United States Government has consistently recognized the right of a sovereign power to expropriate property subject to its jurisdiction and belonging to American nationals, the United States has likewise refused to recognize the validity of such expropriations in cases where they are discriminatory by nature and effect ».

¹²⁸⁹ À titre d'exemple pourrait être cité l'arrêt US Court of Appeals, Ninth Circuit, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (1992), *International law reports*, 1993, pp. 431-441. En l'occurrence, l'interrogation portait sur le caractère illicite d'une expropriation entreprise par l'État d'Argentine prétendument fondée sur l'ethnicité juive de la personne dont les biens avaient été nationalisés. « The complaint also alleges that Argentina seized *Immobiliaria del Nor-Oeste, S.A. (INOSA)*, because the Siderman family is Jewish- a discriminatory motivation based on ethnicity. [...] [W]e have no difficulty concluding that the Sidermans' complaint contains "substantial and non-frivolous" allegations that INOSA was taken in violation of international law ».

¹²⁹⁰ La discrimination peut ainsi soit être évidente soit dissimulée, v. à ce sujet J. Herz, « Expropriation of foreign property », *AJIL*, 1941, vol. 35, pp. 243-262, p.249 : « Non-discrimination has formed the basis of all those claims where measures had been directed against single foreigners. It does not matter whether the discrimination is open or veiled, if only there is evidence that in its effects the measure affects practically aliens alone ».

524. Cette interrogation concernant l'identification d'une confiscation discriminatoire contre une personne relevant d'un État avec qui une hostilité latente pourrait être prouvée a été soulevée au lendemain de la nationalisation de la Compagnie Universelle du canal maritime de Suez, par le décret égyptien du 26 juillet 1956. *Stricto sensu*, une discrimination ne pouvait pas être établie, étant donné qu'il ne s'agissait pas d'une politique préjudiciable de manière exclusive aux intérêts des étrangers ou aux intérêts d'une catégorie spécifique d'étrangers. En l'occurrence, la Compagnie de Suez était unique en son genre et par conséquent la « discrimination » n'était pas fondée sur des critères nationaux ou ethniques¹²⁹¹. Le Gouvernement du Royaume-Uni a insisté, cependant, sur le caractère discriminatoire de cet acte de nationalisation¹²⁹². Pour y répondre, le Royaume-Uni a procédé au blocage des comptes bancaires égyptiens en livres sterling, y compris des comptes privés¹²⁹³. Ainsi, le Royaume-Uni a procédé au gel des personnes caractérisées par un lien de rattachement à l'État égyptien pour répliquer aux atteintes aux droits d'une seule personne. La montée de la tension de cette crise, qui n'a toutefois pas atteint le statut de l'état de guerre, est prouvée par la décision du gouvernement égyptien de procéder à la saisie des biens des personnes physiques et morales françaises et britanniques. Par cette mesure étaient concernées les personnes morales soumises au contrôle britannique ou français ou impliquant des intérêts importants de ces deux pays, indépendamment du lieu du siège de ces entités¹²⁹⁴. Le délai d'un mois a été octroyé aux

¹²⁹¹ Pour cette opinion v. note « Nationalization of the Suez canal company », *Harvard law review*, Jan. 1957, vol. 70, n. 3, pp. 480-490, p. 484. L'auteur renvoie à l'affaire *Chinn* et à la définition proposée de la discrimination interdite. CPIJ, *Affaire Oscar Chinn*, 12 décembre 1934, Série A/B n.63, p. 64, p. 87 « La discrimination interdite est donc celle qui serait basée sur la nationalité et qui entraînerait un traitement différentiel pour les individus appartenant aux différents groupes nationaux à raison de leur nationalité ».

¹²⁹² V. la lettre adressée par le *Foreign secretary*, Selwyn Lloyd au Conseil de sécurité : « Nous n'avons rien contre le droit de nationaliser, en tant que tel. Ce n'est pas ce droit qui est en jeu. La plupart des pays ont nationalisé, à tort ou à raison, des entreprises situées sur leur territoire. Mais en l'occurrence, il ne s'agissait pas d'une entreprise ordinaire. Bien qu'elle fût techniquement immatriculée en Égypte, cette Compagnie était, dans son essence et de par son nom, une société internationale jouissant de concessions incorporées dans un traité international. Le principe général du droit de nationalisation ne se pose pas ici ; il n'a rien à voir avec la question dont le Conseil de sécurité est saisi. [...] Je laisse de côté le fait qu'il s'agit, en l'occurrence, d'un acte discriminatoire dirigé exclusivement contre un organisme étranger. » « La question du canal de Suez, les différentes thèses exposées devant le CS », *Revue de droit international pour le moyen orient*, 1956, pp. 108-160, p.115.

¹²⁹³ *Exchange Control (Payments) Egyptian Monetary area, Order no 1163, Statutory instruments 1956*, : « This order (was made) on the day after the publication of the Egyptian decree nationalizing the Suez Canal Company. The effect of this Order is to prohibit, without the permission of the Treasury, the transfer of (i) the whole or any part of an amount standing to the credit of an account of a person resident in the Egyptian Monetary area or (ii) an amount from any account, being a transfer to an account of a person resident in the Egyptian Monetary Area. "Egyptian Monetary Area" is defined as « the territory comprised in Egypt and that area of the former territory of Palestine administered by Egypt » ». E. Lauterpacht, « The contemporary practice of the United Kingdom in the field of international law: survey and comment », *International & comparative law quarterly*, 1957, pp.126-156, p.147.

¹²⁹⁴ Pour une analyse détaillée de cette pratique v. M. Domke, « American protection against foreign expropriation in the light of the Suez Canal crisis », *American law register*, 1957, vol. 105, pp. 1033-1043, p.1039. L'auteur souligne que « [t]he detailed regulations (of thirty-five articles) are patterned after the trading-with-the-enemy legislation of western European countries during World War II ». Le problème de qualification juridique des hostilités a été posé devant le CE à la suite de la requête d'un ressortissant français qui réclamait la réparation du préjudice causé par le séquestre mis sur ses biens par les autorités égyptiennes. CE 30 mars 1966, *Sieur Guyot*, *Revue de droit public*, 1967, pp.150-151, note

banques britanniques et françaises pour devenir égyptiennes¹²⁹⁵. La tentative de prise de mesures comparables au Royaume-Uni et en France a fait l'objet de plusieurs critiques de la part d'acteurs politiques¹²⁹⁶. Finalement, les biens britanniques et français ont été restitués après la conclusion des accords sur les relations financières et commerciales des États impliqués conclus en 1958 et 1959. Cette série d'actes démontre le lien intrinsèque qui existe entre des contre-mesures ayant comme objet les biens des ressortissants d'un État et les mesures applicables dans le cadre d'une guerre au sens formel du terme.

525. L'émergence d'une règle prohibant les expropriations discriminatoires a été défendue par la doctrine¹²⁹⁷. Il a été aussi affirmé que puisque la règle de non-discrimination constitue une limite à la prérogative de l'État à nationaliser les biens des étrangers sis sur son territoire, le fardeau de la preuve de la nature discriminatoire d'une mesure incombe à l'État dont le

Waline. Le CE visant à refuser l'engagement de la responsabilité de la France, s'est contenté d'attribuer « le caractère d'événements de guerre » aux hostilités éclatées. Néanmoins, cette qualification est difficilement compatible avec l'absence de déclaration de guerre formelle. Le requérant, réclamant l'engagement de la responsabilité pour faute de la France, reprochait à l'État de ne pas avoir pris des mesures efficaces pour la protection de la propriété de ses ressortissants. La France aurait pu imaginer le danger encouru par ses ressortissants établis en Égypte et dont les biens, en cas de guerre allaient « servir en quelque sorte d'otages » (expression utilisée par le commentateur de la décision dans *RDP*, 1967, pp.149-151). Pour fonder sa responsabilité sans faute en raison d'une rupture devant les charges publiques, l'argument relatif au caractère spécial du dommage a été aussi invoqué par le requérant. Toutefois, le CE ne se prononce pas de manière explicite sur cet aspect, précisant qu'en absence de texte législatif applicable en l'espèce, ces conclusions ne pouvaient qu'être rejetées. Le troisième moyen du requérant, rejeté par le CE, concernait la responsabilité de l'État en raison des accords signés le 22 août 1958 après la cessation des hostilités qui prévoyaient la levée du séquestre, mais non pas l'indemnisation complète pour le préjudice subi.

¹²⁹⁵ V. Ordre 335 d'avril 1957 en vertu duquel la Banque d'Alexandrie a été fondée pour succéder à la Barclays Bank, *Revue égyptienne de droit international*, 1958, p.14.

¹²⁹⁶ V. les débats parlementaires en Grande-Bretagne, *Egypt: British subjects' losses HL Deb 27 June 1957* vol 204 cc493-536 : « Even a prolonged and bitter war between the two countries, such as that recently between Britain and Germany does not of necessity justify the permanent expropriation of private property. Obviously, political, economic, and military exigencies may suspend the right of individuals to the exercise of proprietary rights, but they still do not necessarily give the right of expropriation. A custodian of enemy property does not become in the ordinary course the owner of enemy property—even, as I say, in war. Consult whatever legal textbook you will and you will find this principle vindicated. Whatever may have vitiated or may vitiate still relations between Britain and Egypt, neither Government, so far as I know, maintains that a state of war exists at all. Such military operations as there were over in a matter of days and the occupation in a matter of weeks ». Le ministre français des Affaires étrangères, a déclaré « Depuis le 1^{er} octobre 1956, 5 500 ressortissants français ont été mis dans l'obligation de quitter l'Égypte par suite des mesures prises à leur encontre par les autorités égyptiennes ; — 2 Nos compatriotes ont été invité à faire la déclaration de leurs avoirs en Égypte au service des biens et intérêts privés, à Paris. D'autre part, le Gouvernement français, d'un commun accord avec le Gouvernement britannique, après avoir protesté énergiquement contre ces mesures prises par les autorités égyptiennes en violation des Conventions de Genève a fait tenu une note au Gouvernement égyptien par l'entremise de la délégation de Suisse au Caire pour réclamer la restitution des avoirs français à leurs légitimes propriétaires. Des démarches sont effectuées dans le même sens auprès de l'Organisation des Nations unies qui a été saisie du problème par les délégations françaises et britannique ; — 3 par mesure de réciprocité les avoirs égyptiens en France ont été bloqués. Il y a toutefois lieu d'observer qu'il n'y a pas de commune mesure entre le montant peu élevé de ces avoirs et la valeur considérable des biens et intérêts des ressortissants français en Égypte », N° 4687, J.O., Débats A. N/, 20 février 1957, p. 1007, cité par J. Charpentier, « Pratique française du droit international public » *AFDI*, vol.III, 1957, pp. 781-844, p.826.

¹²⁹⁷ V. p. ex. G. Fitzmaurice, *The juridical clauses of the peace treaties*, RCADI, t. 73, 1948, pp. 255-367, p.349 : « It has long been recognized that in certain matters, e.g. the general treatment of foreigners in a country, or compensation for property which may be expropriated or nationalized, non-discrimination as between persons of different nationality, or against foreigners as compared with persons of local nationality, amounts to a rule of international law the reach of which gives rise to a valid ground of claim on the part of the foreign Government whose national is involved ».

ressortissant a subi le préjudice¹²⁹⁸. L'élément de non-discrimination, en tant que condition de conformité avec le droit international d'un acte d'expropriation a été aussi souligné par des juridictions internes. Le juge américain s'est prononcé à de nombreuses reprises sur cette condition de licéité d'une mesure contre les biens privés en la qualifiant de principe général de droit international¹²⁹⁹. Par conséquent, il est douteux qu'en temps de paix, des actes de confiscation puissent être mis en œuvre contre des ressortissants d'un État, témoignant ainsi d'un rapport conflictuel de haute intensité. Une telle pratique discriminatoire ne pourrait pas être licite à la lumière du droit international.

§ 2 Des prérogatives de guerre applicables en temps de paix : l'évolution du champ d'application d'un dispositif de guerre.

526. La discussion autour de la reconnaissance de prérogatives de gel ou même de confiscation des biens privés au profit du pouvoir exécutif s'est avérée particulièrement féconde aux États-Unis en raison de la prolifération des mesures de contrainte économique contre des États tiers. À la suite de l'examen de la pratique américaine (a), la réflexion portera sur les moyens employés par d'autres juridictions pour contourner la règle de protection de la propriété privée et procéder, sous certaines conditions, à la confiscation des biens privés à titre de mesures de contrainte économique (b).

a. la résurgence d'une pratique récurrente en temps de guerre pour répondre à des crises nationales. L'exemple de l'ordre juridique américain

527. L'exemple de l'évolution de la législation américaine de guerre et son adaptation permanente pour répondre à des crises n'atteignant pas le statut de guerre au sens formel du terme est éloquent¹³⁰⁰. L'attention est ainsi attirée par les règles américaines en matière de gel, voire de confiscation des biens des ressortissants d'un État particulier. Le choix de l'exemple américain ne paraît pas arbitraire, puisque son étude nourrit une réflexion sur les critères de démarcation d'un dispositif normatif applicable en temps de guerre et d'un dispositif normatif applicable en temps de crise nationale, insusceptible d'être qualifié en tant que guerre. Il doit

¹²⁹⁸ White, *Nationalisation*, *op. cit.*, p.137-138. L'auteur reconnaît qu'à l'État qui exerce sa protection diplomatique au profit de son ressortissant incombe le fardeau de la preuve de la nature discriminatoire de la mesure *prima facie*. Après l'établissement de cette preuve, l'État à l'origine de l'expropriation doit apporter la preuve concernant l'utilité publique et la nature non discriminatoire de la mesure.

¹²⁹⁹ V. p. ex. US Court of Appeals, Second Circuit, *Banco Nacional de Cuba v. Chemical Bank New York Trust Company and others*, 822 F.2d 230 (1987), *International law reports*, 1993, p.431-441, p.438 : « As a general principle of international law, a state is liable to a private person who is a national of another state if it takes the foreign national's property and the taking is "discriminatory" ». Il faut préciser que dans le par. 712 du *US Third Restatement of the Law of Foreign Relations*, consacré à la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux nationaux d'autres États, il est précisé que sa responsabilité est engagée en cas de « taking by the state of the property of a national of another state that [...] is discriminatory », *American Law Institute*, vol. 2, 1986, p. 196.

¹³⁰⁰ Burdeau, « Le gel d'avoirs étrangers », *op.cit.*, p.8 : « C'est la pratique américaine qui a contribué à étendre les mesures de séquestre, au-delà des circonstances de guerre, à des circonstances de crise ou d'urgence nationale ».

être précisé que le champ d'application des prérogatives du président en vertu de la section 5b du *Trading with the Enemy Act* de 1917, l'autorisant à saisir les biens des États adversaires ou de leurs ressortissants, a été élargi en 1933. À partir de cette date, il lui était permis de recourir à de telles mesures aussi en cas de « crise nationale »¹³⁰¹. À ce titre, le président Roosevelt a proclamé la fameuse *bank holiday* en 1933¹³⁰².

528. La reconnaissance du pouvoir de confiscation des biens privés pose ici question. Le recours à cette mesure témoignerait d'un haut degré d'hostilité latente avec l'État dont relèvent les personnes subissant les effets de ces actes de dépossession. La confiscation serait incompatible avec la finalité protectrice qui sous-tend les mesures de gel et de saisie des biens ennemis en temps de guerre au sens formel du terme. Cette finalité protectrice est aussi repérable dans les *Foreign assets control regulations* affectant les biens chinois, après la déclaration de l'état d'urgence le 16 décembre 1950¹³⁰³. L'objectif de gel des biens chinois était aussi d'organiser un « système de défense économique contre l'agression communiste »¹³⁰⁴. À cet effet, les ressortissants chinois ont été qualifiés de « *designated nationals* » et par ce biais, leurs biens ont été bloqués¹³⁰⁵. Les dispositions relatives à la cessation de tous les rapports commerciaux avec les ressortissants chinois s'appliquaient à toute personne relevant de la juridiction des États-Unis¹³⁰⁶. Le même sort a été réservé aux biens privés des ressortissants

¹³⁰¹ *Emergency Banking Relief act of 1933*, ch.1 par. 2, cité par Gordon E., « The blocking of Iranian assets », *The international lawyer*, 1980, pp. 659-688, p.668. La Section 5 (b) modifiée prévoyait la possibilité de recours aux mesures de gel « [D]uring the time of war or during any other period of national emergency declared by the President ». V. B. Coates, « The secret life of statutes: a century of the Trading with the enemy Act », *Modern American history*, 2018, pp. 151-172, p.161.

¹³⁰² *Executive Proclamation* n° 2039, 48 Stat. 1691, 1933. D'autres cas de mise en œuvre des pouvoirs relevant d'une législation de guerre en temps de paix sont la déclaration de l'état d'urgence en 1950 par le Président Truman ou celle par le président Nixon en 1970, *Executive proclamation*, n° 2914, 3 CFR 99 1950 ; *Executive proclamation*, n° 3972 3 CFR, 473, 1970 ; v. en détail R. Mannheimer, « Amendments to the Trading with the Enemy Act », *Maryland journal of international law*, 1978, pp. 413-420.

¹³⁰³ V. en détail, R.E. Bostrom, « United States-People's Republic of China Blocked assets and claims problem : International and domestic law », *Boston college international & comparative law review*, 1978, pp.81-113, et P. Lee, « The United States and the People's Republic of China: the blocked assets-claims problem », *Cornell international law journal*, 1975, vol. 8, pp. 253-272.

¹³⁰⁴ *Executive proclamation*, n° 2914, 3 CFR 99 1950, December 16, 1950, *Public papers of the Presidents of the United States, Harry S. Truman*, Government print. Office, Washington 1965, pp.886, p.746-747. V. St. Sommerfield, « Treasury Regulations affecting Trade with the Sino-Soviet Bloc and Cuba », *Business lawyer*, 1964, vol. 19, pp. 861-874.

¹³⁰⁵ *31 Code of federal regulations*, par.500.305 (1974), « Designated National : The term "designated "national" shall mean any country designated in par. 500.201 and any national thereof including any person who is a specially designated national ». À l'heure actuelle le par. 515.305 prévoit que « [F]or the purposes of this part, the term designated national shall mean Cuba and any national thereof including any person who is a specially designated national ».

¹³⁰⁶ B. Coates, « The secret life of statutes », *op.cit.*, p.163 : « By 1945 there was little that US presidents could not do, legally speaking, in the realm of economic warfare. By declaring the existence of a national emergency (the definition of which was left up to the presidents themselves), they could regulate, or ban entirely, virtually all financial transactions. They could not only seize and hold foreign-owned property but dispose of it as they saw fit. Wartime offices tasked with implementing sanctions and foreign funds control blossomed into a permanent bureaucratic apparatus, created with *Trading with the Enemy Act* authority, and now located primarily in the Treasury Department's office of foreign assets control (OFAC). During the Cold War the act underwrote an expansive program of economic warfare. In 1950, after the outbreak of hostilities in Korea, President Harry Truman declared a "national emergency" under the *Trading with the*

cubains. En vertu de la législation instaurant l'état d'urgence qui donnait compétence au Président de prendre les mesures décrites dans le par. 5 du *Trading with the Enemy Act*, tout transfert impliquant des biens appartenant à un État étranger désigné (*designated foreign country*) ou à ses ressortissants était interdit. En vertu du décret émis par le Département du Trésor des États-Unis « *Cuban assets control Regulations* », les personnes instituées selon les lois de l'État ciblé et les personnes ayant leur siège sur cet État à partir du 8 juillet 1963¹³⁰⁷ étaient qualifiées par le terme ressortissant (*national*).

529. Des considérations relatives à la saisie définitive des biens de ressortissants cubains se trouvent dans l'affaire opposant Sardino à la *Federal Reserve Bank of New York* de 1966. En l'occurrence, la demande de retrait d'une somme d'argent du compte personnel du demandeur Sardino, ressortissant cubain résidant en Havane a été rejetée par l'établissement bancaire en raison de l'absence d'une licence spéciale qui devait accompagner une telle demande selon les dispositions du *Cuban Asset Control Regulations* du 8 juillet 1963¹³⁰⁸. La demande d'octroi d'une licence spéciale a été déboutée au motif que « *transactions of this type are not consistent with the present policy of this government with respect to Cuba* »¹³⁰⁹. Le requérant a intenté une action en justice devant le tribunal de première instance qui n'a pas abouti en sa faveur. Il a attaqué la décision en appel, en alléguant que les *regulations*, en vertu desquelles le gel de ses avoirs avait été ordonné, n'étaient pas conformes aux dispositions du *Trading with the Enemy Act*. Le requérant considérait que le *Trading with the Enemy* était applicable soit en temps de guerre, selon la version initiale de la loi de 1917, soit en cas d'urgence nationale qui toutefois renvoyait à une crise interne et non pas internationale. En l'absence d'une proclamation de guerre avec Cuba et en l'absence d'une crise interne, aucun fondement législatif des *Cuban assets control regulations* n'était repérable. Toutefois, cet argument n'a pas été retenu par la Cour qui a reconnu au profit du pouvoir exécutif le pouvoir de violer le droit de propriété des ressortissants étrangers, en cas de proclamation d'une crise nationale. Après avoir rejeté les allégations portant sur le caractère inconstitutionnel des pouvoirs présidentiels octroyés en vertu du *Trading with the Enemy Act*, la Cour s'est prononcée sur la conformité des réglementations avec

Enemy Act to enforce sanctions against North Korea and China. That emergency remained in place for Twenty-five years, during which time section B(b) also justified sanctions against Vietnam, Cambodia, and Cuba ».

¹³⁰⁷ 31 *C.F.R.* (*Code of Federal Regulations*), par. 515.201 (b)-(d) (1969) : « For the purposes of this part, the term "foreign country designated under this part" and the term "designated foreign country" mean Cuba and the term "effective date of this section" mean with respect to Cuba, or any national thereof », 8 juillet 1963.

¹³⁰⁸ 31 *C.F.R.* par. 515.201 (1963) : « a) All of the following transactions are prohibited, except as specifically authorized by the Secretary of the treasury [...], if either such transactions are by [...] a foreign country [...] or any national thereof. 1 All transfers of credit and all payment between, by, through, or to any banking institution...wheresoever located, with respect to any property subject to the jurisdiction of United States...2 for the purposes of this part, the term "foreign country" [...] means Cuba, and the term "effective date [...] means [...] July 8 1963 ».

¹³⁰⁹ V. en détail, US Court of Appeals, Second circuit, *Sardino v. Federal Reserve Bank of New York*, 361 F. 2 106 (1966).

le 5^{ème} Amendement qui prévoit l'obligation d'octroyer une compensation juste et équitable en cas d'atteinte à la propriété privée. En l'occurrence, malgré le fait que les actes en question avaient un caractère provisoire, la Cour s'est prononcée aussi sur la possibilité de recourir à des mesures de dépossession définitive. Les mesures en période de paix visant les biens privés peuvent constituer des actes de « *uncompensated takings* »¹³¹⁰. La Cour s'est ainsi prononcée sur la possibilité de saisir définitivement des biens privés. Tout en admettant l'application du 5^e Amendement en cas d'accapement des biens des étrangers, la Cour a reconnu au Gouvernement la possibilité de prendre en considération la manière dont l'État, dont relèvent les propriétaires des biens en cause, gère la propriété privée. Si la Constitution protège l'étranger de toute action arbitraire, des « réponses raisonnables » à une politique étrangère sont envisageables¹³¹¹. Les répercussions d'une politique menée par un État étranger pourraient ainsi affecter la condition juridique de ses propres ressortissants. Ce raisonnement conçoit les ressortissants d'un État comme « prolongement » de cet État¹³¹². Conformément à ce raisonnement, les personnes physiques ou morales se considèrent responsables d'une politique menée par leur propre État. La même argumentation sous-tend les mesures prises contre les biens privés des ressortissants de l'État adverse en période de guerre. Pour justifier la mesure de saisie, la Cour a soutenu la thèse en vertu de laquelle même si les États-Unis ne se trouvaient pas formellement en état de guerre avec Cuba, leurs relations interétatiques « ne reflétaient que

¹³¹⁰ Sawyer les interprète en tant que mécanisme de mise en œuvre du principe de responsabilité collective : « Any such attribution of responsibility can only be described as a primitive principle of collective guilt, at odds with the erstwhile international legal attempt to distinguish between enemy governments' and enemy nationals' property. Nonetheless, the rule is by now seemingly permanently in international law, both as to wartime and peacetime actions of the government whose nationals' property is held subject to the international legal "debt". Note that a mere default in payment of a foreign governmental loan obligation might not, however, entail the same kind of derivative liability of the borrower's nationals. [...] Only by the aforementioned "primitive principle" of collective guilt, only recognized with respect to certain breaches of international law, could an individual Saudi Arabian investor, for example, constitutionally be deprived of the use of his U.S. assets because of an antitrust violation committed by one of his government's trading instrumentalities ». M. Sawyer, « Encouraging foreign investment in the United States by limiting the President's emergency authority under the trading with the enemy act », *Mercer law review*, 1976, vol. 27, pp. 681-715, p. 698-701.

¹³¹¹ « The Government's second answer that "the Constitution of the United States confers no rights on non-resident aliens" is so patently erroneous in a case involving property in the United States that we are surprised it was made. Throughout our history the guarantees of the Constitution have been considered applicable to all actions of the Government within our borders- and even to some without.[...] It does not follow, however, that in dealing with the property of an alien the United States must be blind to the acts of the country of which he is a national; the Constitution protects the alien from arbitrary action by our government but not from reasonable response to such action by his own ». US Court of Appeals, Second circuit, *Sardino v. Federal Reserve Bank of New York*, *op.cit.*, par. 111.

¹³¹² En s'appuyant sur la jurisprudence *Sardino*, Schachter notait que « [a] contemporary justification is that private assets abroad are generally subject to the control of the government of the property owners and therefore could be used by that government for purposes inimical to the host State », O. Schachter, *International law theory and practice : general course in public international law*, *op.cit.* p.181. Par la suite, l'auteur met en avant la différence qui existe entre des mesures de gel, dont le caractère raisonnable peut être aisément constaté, et des mesures de saisie définitive *a priori* jugées non-raisonnables, p.182.

techniquement une condition de paix »¹³¹³. La Cour semble avoir ainsi inventé un état intermédiaire entre la paix et l'état de guerre officiellement proclamé. Lors de cette phase intermédiaire, le recours à des mesures identiques à celles prises en période de guerre paraît justifié. Pour fonder cette position, la Cour s'est référée à l'animosité contre les États-Unis exprimée lors de la Conférence de la solidarité des peuples d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine, lors de la Conférence tricontinentale qui s'est tenue à Havane en janvier 1966¹³¹⁴. Selon la Cour, il était exclu que les pères fondateurs aient eu l'intention de traiter comme un ami un pays et ses ressortissants ayant lancé une « campagne de subversion dans tout l'hémisphère occidental ».

530. Par ailleurs, dans cette décision la Cour se prononce sur le fonctionnement du mécanisme de représailles ou de contre-mesures. En l'occurrence, l'acte internationalement illicite ayant engendré la réponse du gouvernement américain était l'expropriation des biens américains sis à Cuba. L'interrogation consiste en la reconnaissance de la possibilité de saisir les biens privés de ses ressortissants pour répondre à un acte prétendument illicite commis par cet État. La Cour a voulu s'appuyer sur « une longue histoire d'appropriation des biens privés pour des fautes commises par les gouvernements étrangers »¹³¹⁵. Les saisies qui ont eu lieu au lendemain du *Litvinov assignment* étaient présentées comme des exemples d'accaparement définitif de biens privés. Il s'agissait d'une série de notes échangées entre le Président Franklin Roosevelt et le Commissaire des affaires étrangères de l'Union soviétique en 1933, grâce à laquelle la reconnaissance diplomatique de l'Union soviétique par les États-Unis a eu lieu. En vertu de cet accord international, les actes de confiscation des biens privés sis en territoire de l'Union soviétique ont été reconnus comme valables et toute demande d'indemnisation du gouvernement américain ou des ressortissants américains pouvait être satisfaite par l'accaparement des biens appartenant à l'Union soviétique ou à ses ressortissants sis en territoire des États-Unis¹³¹⁶. La saisie des biens d'une compagnie d'assurances a donné lieu au

¹³¹³ US Court of Appeals, *Sardino v. Federal Reserve Bank of New York*, *op.cit.*, par.111 : « The world today is not the classical international law world of black squares and white squares, where everyone is either an enemy or a friend. We are not formally at war with Cuba, but only in a technical sense are we at peace ».

¹³¹⁴ Selon P. Bethel, « Havana was a natural choice as the operational headquarters for world-wide subversion and wars of national liberation, for it is dedicatedly anti-american and pro-Soviet and has a well-developed apparatus of subversion already active in the hemisphere », « The Havana Conference », *The Reporter*, March 24 1966, pp. 25-29, p. 28.

¹³¹⁵ US Court of Appeals, *Sardino v. Federal Reserve Bank of New York*, *op.cit.*, par. 112 : « There is a long history of governmental action compensating our own citizens out of foreign assets in this country for wrongs done to them by foreign governments abroad ».

¹³¹⁶ V. en détail « Exchange of Communications between the President of the United States and Maxim M Litvinov People's Commissar for Foreign Affairs of the Union of Soviet Socialist Republics », *AJIL*, *suppl.*, 1934, pp. 2-11. L'USSR exprimait son accord pour ne pas formuler des demandes concernant : « (a) judgments rendered or that may be rendered by American courts in so far as they relate to property, or rights, or interests therein, in which the Union of Soviet Socialist Republics or its nationals may have had or may claim to have an interest; or, (b) acts done or settlements

célèbre arrêt *U.S. v. Pink* jugé par la Cour suprême en 1942. La Cour s'est prononcée en faveur de la reconnaissance des effets des décrets de nationalisations, entreprises par le gouvernement soviétique et du droit des États-Unis de saisir les biens privés sis sur leur territoire pour satisfaire aux demandes d'indemnisation de l'État ou des ressortissants américains¹³¹⁷. Le problème de la compatibilité de cette dépossession avec les garanties relatives au droit à la propriété dont jouissaient aussi les étrangers en vertu du 5^{ème} amendement était manifeste. La Cour Suprême après avoir reconnu au président sa compétence pour régler les affaires étrangères¹³¹⁸, a approuvé la conformité avec la constitution de la saisie des biens appartenant à la Société d'assurance russe en vertu du *Litvinov Assignment*¹³¹⁹.

531. Toutefois, la présence d'un accord international dans le cas des relations entre l'Union soviétique et les États-Unis constitue une différence non négligeable par rapport aux relations américano-cubaines. Si un accord équivalent avait été signé, des demandes d'indemnisation liées à la saisie par les autorités américaines auraient pu être exercées par les ressortissants cubains contre leur propre pays.

532. L'autre série de cas d'appropriation définitive des biens privés cités par la Cour concernait la saisie des biens privés à titre de réparations de guerre. La différence quant au fondement juridique de ces actes d'appropriation avec la saisie des biens cubains est manifeste étant donné que des traités internationaux spéciaux précisaient le sort des biens de ressortissants des pays ennemis. Le seul cas de saisie des biens privés, en l'absence d'un traité international encadrant cette prérogative, était celui de la saisie des biens sis aux États-Unis et appartenant à des ressortissants tchécoslovaques pour compenser des ressortissants américains pour des pertes subies pendant ou après la Seconde Guerre mondiale. Néanmoins, les biens saisis qui appartenaient initialement à une corporation de droit privé avaient été nationalisés par le gouvernement tchèque en 1948 et par conséquent il s'agissait depuis cette date de biens publics. La constitutionnalité de cet acte de saisie n'a jamais fait l'objet d'un contrôle juridictionnel, étant donné que le 5^{ème} Amendement ne protège pas la propriété publique. Le droit de saisie des

made by or with the Government of the United States, or public officials in the United States, or its nationals, relating to property, credits, or obligations of any Government of Russia or nationals thereof ».

¹³¹⁷ US, Supreme Court, *US v. Pink*, 315 US 203 (1942), United States reports, 1942, p.203-256, p.206 : « The executive Department, in recognizing the Soviet Government and accepting the Litvinov Assignment, has established as the policy of the Nation that, in order to settle all questions outstanding between the two governments, and particularly in order to provide a method for the settlement of American claims against the Soviet Government, no objection should be asserted to the Soviet nationalization of the property of Russian nationals, wherever situated ».

¹³¹⁸ *Idem*, p. 240 : « Juge Frankfurter : The President's power to negotiate such a settlement is the same whether it is an isolated transaction between this country and a friendly nation or is part of a complicated negotiation to restore normal relations, as was the case with Russia ».

¹³¹⁹ *Idem*, p. 234 : « We hold that the right to the funds or property in question became vested in the Soviet Government as the successor to the First Russian Insurance Co.; that this right has passed to the United States under the Litvinov Assignment; and that the United States is entitled to the property as against the corporation and the foreign creditors ».

biens privés a été affirmé de manière explicite par la Cour qui n'a pas détecté de problème de conformité avec le 5^{ème} Amendement¹³²⁰.

533. La conformité avec la Constitution de la prérogative de gel des biens privés, reconnue au profit du Président, a été affirmée dans l'arrêt de la Cour d'appel de Columbia *Nielsen v. Secretary of Treasury*, du 5 février 1970¹³²¹. Une marge d'appréciation politique très large était reconnue au président dont les mesures pouvaient même atteindre les ressortissants des pays « désignés ». Cette prérogative découlait de ses compétences en matière d'affaires étrangères¹³²². En outre, il a été explicitement affirmé que les prérogatives en matière d'état d'urgence ne pouvaient pas être soumises au contrôle juridictionnel¹³²³. La Cour s'est penchée sur la possibilité de saisir définitivement des biens (*vesting*) comme prolongement de la mesure de gel en précisant que l'acte de saisie était lié au statut d'ennemi attribué à des États en temps de guerre. La Cour s'est ainsi montrée favorable à une lecture extensive des prérogatives de l'exécutif comprenant aussi la dépossession définitive des ressortissants des États impliqués dans des différends avec les États-Unis. Alors, en cas de dépossession définitive, les demandes d'indemnisation pourraient faire l'objet de négociation afin d'être réglées par un traité interétatique¹³²⁴. La Cour a employé une formule assez subtile et n'a pas voulu exclure

¹³²⁰ La Cour s'est aussi penchée sur l'affaire de la Cour suprême, *Propper v. Clark*, 337 US 472, 484 (1949) en précisant que dans cette dernière affaire « the Court noted that a pre-war freezing order served the salutary purpose of immobilizing the assets of foreign nationals until our Government could determine whether they were needed « to compensate our citizens our ourselves for the damages done by the governments of the nationals affected ». This would seem a rather clear intimation that if Congress should ultimately choose to apply the blocked assets of Cuban nationals to that purpose, the Fifth Amendment would not stand in its way. The unquestioned right of a state to protect its nationals in their persons and property while in a foreign country [...] must permit initial seizure and ultimate expropriation of assets of nationals of that country in its own territory if other methods of securing compensation for its nationals should fail ».

¹³²¹ US Court of appeals, District of Columbia Circuit, *Nielsen v. Secretary of Treasury*, 424 F. 2d 833 (1970).

¹³²² *Idem*, p.839 : « 1. We see no general constitution inhibition that overrides a statute authorizing the institution, during time of national emergency, of a program that freezes the status within the United States of assets of a national of a foreign country "designated" by the President. No standards are provided as to which country shall be "designated", but if there is any vitality to the doctrine that a statute may not confer undue latitude in the President it has minimal force in the area of foreign relations ».

¹³²³ *Idem*, « There is no sound judicial basis for undercutting either the 1950 Presidential determination that the country is in a state of national emergency due to "the increasing menace of the forces of communist aggression", or the determination of succeeding Presidents, expressly or impliedly, that a state of national emergency continues to exist, or the 1963 determination that it is appropriate in this state of emergency that Cuba be "designated" so as to make applicable the scheme of blocking transfers of assets. The executive officials acted within the zone of their discretion when they concluded in 1963 that the attitude and activities of Cuba were so inimical to the interests of the United States, that the United States was justified in suspending access to assets within the United States on the part of Cuba or its nationals, and prohibiting any transfer of assets in which Cuba or any of its nationals had an interest, except with special permission or license ».

¹³²⁴ *Idem*, p.840 : « As a reasonably authoritative government source has pointed out, the freeze of the assets of a foreign country may not only promote economic isolation in the present, but also constitute meaningful planning for the future, by preserving the assets involved for possible use in some satisfaction of American claims against the country involved — perhaps by unilateral action of the United States, perhaps as part of a settlement with that country, a settlement that might include an agreement of that country to provide compensation to the owners. In short, the "blocking" may be followed by a vesting of assets. The major historical precedents for such action relate to foreign countries having the status of "enemy" in time of war. Accordingly, those war vestings have an element of the "withholding of spoils of war" ».

l'invocation du précédent de saisie des biens privés en temps de guerre pour justifier le recours à de telles mesures lors de la guerre froide¹³²⁵. La Cour paraît ainsi admettre sous certaines conditions une prérogative de saisie définitive des biens privés appartenant à des ressortissants d'un État étranger. Une telle atteinte à la propriété privée pourrait se justifier en prenant en considération la politique de l'État étranger dont relèvent les ressortissants lésés¹³²⁶. Il paraît que le juge américain n'exclut pas la conformité avec la Constitution des mesures qui pourraient même aboutir à une dépossession définitive des ressortissants d'un État adoptant des politiques de confiscation des biens des Américains.

534. Cette ambiguïté quant à la délimitation entre les prérogatives en temps de guerre et en temps de crise nationale se trouve à l'origine de la modification de la loi entreprise en 1976. Le *National Emergencies Act* visait à encadrer la compétence présidentielle de déclaration d'une situation d'urgence¹³²⁷. L'objectif était la délimitation des prérogatives du président en période de crise par opposition à ses compétences en période de guerre formelle et le renforcement du rôle du Congrès¹³²⁸. En vertu de l'*International emergency economic Powers act (IEEPA)*¹³²⁹, promulgué en 1977 et autorisant le Président à réglementer le commerce interne et externe après la proclamation de la situation d'urgence nationale, des prérogatives similaires à celles relevant du *Trading with the Enemy Act* sont attribués au président. Ce dernier pourrait en vertu de cet acte procéder au gel des biens d'un État ciblé ou de ses ressortissants¹³³⁰. Toutefois, il lui est interdit de saisir de manière définitive (*to vest*) la propriété, excluant ainsi tout transfert de

¹³²⁵ *Idem*, p.840 : « We are in no position to say that the precedents sanctioned by international agreement in the case of war may not validly be invoked as a national response to the kind of hostile actions that have erupted in numerous and varied permutations during the course of the cold war ».

¹³²⁶ *Idem*, p.843 : « We agree with the applicants that even blocking involves a deprivation of property. We also are aware that men live in a shorter run than the government, and that what may be considered only a temporary freeze by a government may be a permanent denial to the individual whose life comes to an end while the government ponders its course. Nevertheless, it is also true that it may be reasonable and hence valid for a government to take more drastic measures in time of emergency, especially when they are reasonably limited in time, than it would propose or justify as permanent legislation ».

¹³²⁷ 50 U.S.C. par. 1601 et s. (1976).

¹³²⁸ V. le débat dans *Subcommittee on international trade and commerce, committee on international relations, 94th Cong., 2^d sess. Trading with the enemy, legislative and executive documents concerning regulation of international transactions in time of declared national emergency*, Comm. Print 1976. La nouvelle loi « would separate war and non-war authorities and procedures, preserving existing presidential powers in time of war declared by Congress, and providing somewhat narrower powers subject to Congressional review in times of national emergency ». Cité par R. Mannheimer, « Amendments to the Trading with the Enemy Act », *op. cit.*, p.416.

¹³²⁹ *International Emergency Economic Powers Act*, 50 U.S.C. § 1701 (Supp. I 1977) (*IEEPA*). La référence aux « martial origin and bellicose potentialities of the vesting and freezing provisions » est récurrente. V. Sawyer, « Encouraging foreign investment », *op.cit.*, p.686. D'après l'*IEEPA* l'urgence doit constituer « an unusual and extraordinary threat, which has its source in whole or substantial part outside the United states, to the national security, foreign policy or economy of the United States ».

¹³³⁰ J. Papernik, « Risks of private foreign investments in US », *New York Law Journal*, 6 December 1979, pp.1-6, p. 1 : « The enactment of the International Emergency Economic Powers Act carries over much of the rest of the *Trading with the Enemy Act* to peacetime situations ».

titre¹³³¹. En effet, la saisie des biens privés n'était justifiable que par la finalité de satisfaire aux réclamations de personnes privées au lendemain de la fin des hostilités¹³³².

535. Bien que les pouvoirs en vertu de l'IEEPA soient étendus, cette loi ne permet pas au gouvernement américain de s'appropriier — ou de « s'investir » — les biens des ressortissants de l'État visé qui sont gelés sous son autorité. L'absence de pouvoir d'acquisition de ces biens était l'une des rares distinctions entre l'IEEPA, utilisée pour les sanctions américaines en temps de paix, et le *Trading with the Enemy Act* (TWEA), portant sur les mesures prises en temps de guerre¹³³³. La saisie définitive des biens privés semble, par conséquent, correspondre à un niveau de dégradation des relations interétatiques, conforme, de manière exclusive, avec l'application du *Trading with the Enemy Act*.

536. Le débat autour des prérogatives du Président américain a été animé de nouveau pendant la crise des otages américains en Iran. Dans le cadre de cette crise, la jurisprudence a reconnu au profit du président la possibilité de saisir les biens conformément à l'IEEPA. En

¹³³¹ G. McNulty, « Constitutionality of alien property controls », *Law and contemporary problems*, 1945, pp.135-148, p.140 : « The term "vest" ordinarily connotes a transfer of title. This usual meaning is buttressed here by legislative history which plainly shows that the powers conferred on the President [...] were not granted for conservatory purposes. Mere conservatory powers might not serve the interests of the United States, and the Congressional debates show Congress was intent not upon safeguarding the interests of the persons whose property was to be vested, but the interests of the persons whose property was to be vested, but the interests of the United States in using such property. They show Congress intended that the property might be completely expended if the President or his delegate deemed that would serve the war effort of the country ».

¹³³² Sawyer, « Encouraging foreign investment », *op.cit.*, p.697 : « Precisely because private claims could not be executed directly upon enemy governments' property (much less, enemy nationals' simply in respect of their governments' misdeeds), freezing measures eventually (or then, for military reasons, immediately) followed by vesting were essential to effective redress ».

¹³³³ US Supreme Court, *Regan v. Wald*, 468 U.S. 222 (1984), pp. 248-249 : « It is clear that Congress intended to curtail the discretionary authority over foreign affairs that the President had accumulated because of past "emergencies" that no longer fit Congress' conception of that term. To accomplish this goal, Congress amended the TWEA and enacted the IEEPA. Congress left intact the powers that the TWEA had conferred upon the President during time of war, but removed from the TWEA the authority for Presidential action in a national emergency. As a substitute for those powers, Congress promulgated the IEEPA to confer power upon the President in national emergency situations. The substantive reach of the President's power under the IEEPA is slightly narrower than it had been under the TWEA, and Congress placed several procedural restrictions on the President's exercise of the national emergency powers, including congressional consultation, review, and termination. Four powers conferred upon the President by the TWEA were not included in the powers conferred upon the President for use in time of national emergency under the IEEPA. Those four powers are: (1) the power to take title to foreign property; (2) the power to regulate purely domestic transactions; (3) the power to regulate gold or bullion; and (4) the power to seize records ». V. aussi J. Harmon, « Vesting of Iranian assets, Memorandum opinion for the Attorney general », March 12,1980, *Opinions of the Office of Legal Counsel*, 1980, vol. 4A, pp. 202-206, pp. 202-203 : « Vesting is a process by which the United States would take title to assets of a foreign country or its nationals. Under Executive Order No. 12,170 of November 14, 1979, the President blocked property of the Iranian government, its instrumentalities, and the Central Bank of Iran. 3 C.F.R. 457 (1979). The blocking order prevents property from being transferred or withdrawn but does not permit its use by the United States or change title to it. This action was taken pursuant to the International Emergency Economic Powers Act, 50 U.S.C. § 1701 (Supp. I 1977) (IEEPA). This Act does not, however, provide authority to vest property. No private property of Iranian nationals was blocked although the IEEPA is broad enough to permit this. It would be necessary for the President to issue an additional order to accomplish blocking of private property since the November 14 order only permits the Secretary of the Treasury to block Iranian government property. [...] We do not think that any domestic constitutional issue arises in the taking of Iranian government property. The Fifth Amendment by its terms applies only to the taking of "private property" without just compensation ».

l'occurrence, le président Carter, après avoir décidé le blocage des avoirs officiels iraniens¹³³⁴, a prohibé, le 7 avril 1980, les transactions commerciales avec l'Iran y compris avec des personnes privées¹³³⁵. Le 17 avril, le champ des contre-mesures a été élargi pour couvrir tout paiement, transfert de crédit, ou autre transfert de fonds, d'autre propriété ou d'intérêts relatifs à toute personne en Iran, à l'exception des versements effectués à titre familial¹³³⁶. Les avoirs privés, exclus dans un premier temps de l'emprise des réactions américaines, se trouvaient finalement bloqués eux aussi. Cette politique a donné lieu à des critiques surtout de la part de la doctrine qui y voyait une menace pour les intérêts des investissements étrangers¹³³⁷. Dans des articles rédigés par certains juristes à l'époque, le danger de saisie définitive des biens privés des étrangers était souligné¹³³⁸.

537. Dans l'affaire *Dames and Moore v. Reagan* de 1981, la Cour suprême, à l'occasion de la saisie des biens appartenant au gouvernement iranien, s'est prononcée sur le caractère large de l'éventail des pouvoirs reconnus au Président. L'interrogation portait sur les pouvoirs dont disposait le président pour liquider les avoirs du gouvernement iranien en vertu d'une section de l'*IEEPA*. Le requérant, en l'occurrence, soutenait la thèse en vertu de laquelle cette loi ne conférait pas au Président un pouvoir étendu sur les actifs d'un État étranger en période d'urgence nationale comprenant même la saisie définitive. Selon le requérant, une fois que le Président avait institué l'ordre de blocage du 14 novembre 1979, il n'était autorisé « qu'à poursuivre le gel »¹³³⁹. En répondant à l'argument du requérant, la Cour a noté que « [s] i la loi

¹³³⁴ *Executive Order* 12170, Nov. 14, 1979, 44 F.R. 65729.

¹³³⁵ *Executive Order* 12205, April 7 1980, FR24099 : « any Iranian governmental entity in Iran, any other person or body in Iran or any other person or body for the purposes of any enterprise carried on in Iran ».

¹³³⁶ *Executive Order* 12211, April 17 1980 FR26685, mesures de nationalisation iraniennes à l'encontre de biens de ressortissants américains à partir du mois de Juin 1979. V. l'exposé et l'analyse de ces mesures dans le Mémoire du Département d'État américain du 13 octobre 1983 sur l'application du Traité d'amitié de 1955 aux expropriations iraniennes *International legal materials* 1983, p. 1406. V. aussi W. Eskridge, « The Iranian nationalization cases towards a general theory of jurisdiction over foreign states », *Harvard international law journal*, 1981, pp.525-591.

¹³³⁷ E. Gordon, C. Lichtenstein, « Trends : the decision to block Iranian assets-reexamined », *The international lawyer*, 1982, vol. 16, pp. 161-186, p.175 : « [A] significant portion of foreign investment in the United States is motivated, in large measure, by the expectation that such investments will be free from the degree of risk of expropriation or government-imposed blocking to which they are subject elsewhere in the world. The possibility that the United State might block the transfer of assets of nationals of country X in consequence of political developments in country X undercuts this expectation. In 1979, then, United States monetary authorities understood clearly that a freeze of Iranian assets in this country could precipitate a reevaluation by all foreign investors of the attractiveness of Investment in the United States ».

¹³³⁸ Papernik s'appuie sur la jurisprudence relative au *Trading with the Enemy Act* pour détecter les conséquences de l'application des ordres sous l'*International Emergency Powers act*, v. « Risks of private foreign investments in US », *op. cit.*, p.4 : « The judicial decisions make it clear that an alien wishing to avoid the effects of blockage or seizure must make a complete divestiture of all of his interest in property subject to United States jurisdiction. Moreover, unless the United States property is owned in a *bona fide* way by a United States citizen (or a permanent resident as the next best alternative), his property may be affected by Presidential action, and he may be without practical or legal remedy to do anything about it ».

¹³³⁹ US Supreme Court, *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981), par.673-674 : « Petitioner argues that under the *TWEA* the President was given two powers: (1) the power temporarily to freeze or block the transfer of foreign-owned assets; and (2) the power summarily to seize and permanently vest title to foreign-owned assets. It is contended that only

IEEPA ne donne pas au Président le pouvoir de “saisir” (*vest*) ou de prendre le titre de propriété des avoirs, il ne s’ensuit pas que le Président n’est pas autorisé, en vertu de la loi *IEEPA* et de la *TWEA*, à disposer de manière permanente des avoirs comme il l’a fait ici ». Les juges ont précisé que les avoirs gelés servent de « monnaie d’échange » (*bargaining chip*) à la disposition du Président lorsqu’il négocie avec un pays hostile¹³⁴⁰. Il est intéressant de relever que la Cour, employant le terme « monnaie d’échange avec un pays hostile », a interprété la *IEEPA* comme dérivant du *TWEA*¹³⁴¹. Comme l’a affirmé la Cour suprême dans l’affaire concernant la crise des otages iraniens, cette loi confère au président un pouvoir large (*broad authority*) pour agir en cas d’urgence nationale et exercer tout pouvoir sur des biens dans lesquels le gouvernement visé aurait un intérêt quelconque¹³⁴². Il faut souligner que cette prérogative de saisie reconnue au Président ne concernait que les biens dont disposait le gouvernement iranien ou des personnes entretenant des liens avec lui. La volonté de démarcation des mesures portant sur les biens publics et les biens privés était ainsi apparente.

538. Le problème d’identification précise des prérogatives du Président a été résolu lorsque le Congrès a ajouté dans l’*IEEPA* par un amendement de 2001 un pouvoir de confiscation (*vesting power*) soit des biens publics soit des biens privés. Dans le cadre de la loi *Patriot Act*,

the "vesting" provisions of the *TWEA* gave the President the power permanently to dispose of assets and when Congress enacted the *IEEPA* in 1977 it purposefully did not grant the President this power. According to petitioner, the nullification of the attachments and the transfer of the assets will permanently dispose of the assets and would not even be permissible under the *TWEA* ».

¹³⁴⁰ *Idem*, par.672-673 : « We do not agree and refuse to read out of § 1702 all meaning to the words "transfer," "compel," or "nullify." Nothing in the legislative history of either § 1702 or § 5(b) of the *TWEA* requires such a result. To the contrary, we think both the legislative history and cases interpreting the *TWEA* fully sustain the broad authority of the Executive when acting under this congressional grant of power. Although Congress intended to limit the President's emergency power in peacetime, we do not think the changes brought about by the enactment of the *IEEPA* in any way affected the authority of the President to take the specific actions taken here. [...] Although it is true the *IEEPA* does not give the President the power to "vest" or to take title to the assets, it does not follow that the President is not authorized under both the *IEEPA* and the *TWEA* to otherwise permanently dispose of the assets in the manner done here. Petitioner errs in assuming that the only power granted by the language used in both § 1702 and § 5(b) of the *TWEA* is the power temporarily to freeze assets. As noted above, the plain language of the statute defies such a holding. Section 1702 authorizes the President to "direct and compel" the "transfer, withdrawal, transportation, [...] or exportation of [...] any property in which any foreign country « has any interest.[...] Such orders permit the President to maintain the foreign assets at his disposal for use in negotiating the resolution of a declared national emergency. The frozen assets serve as a "bargaining chip" to be used by the President when dealing with a hostile country. Accordingly, it is difficult to accept petitioner's argument because the practical effect of it is to allow individual claimants throughout the country to minimize or wholly eliminate this "bargaining chip" through attachments, garnishments, or similar encumbrances on property ».

¹³⁴¹ *Idem*, p.656 : « Nothing in the legislative history of either par.1702 or par. 5(b) of the Trading with the Enemy Act, from which par. 1702 *IEEPA* was directly drawn, requires reading out of par. 1702 all meaning to the words “transfer”, “compel”, or “nullify”, and limiting the President’s authority in this case only to continuing the freeze, as petitioner claims. To the contrary, both the legislative history and cases interpreting the *TWEA* fully sustain the President’s broad authority when acting under such congressional grant of power ».

¹³⁴² *Idem*, par.690 : « Petitioner errs in assuming that the only power granted by the language used on both par 1702 and 5b of the *TWEA* is the power temporarily to freeze assets. As noted above, the plain language of the Statute defies such a holding. Section 1702, authorizes the President to “direct and compel” the “transfer, withdrawal, transportation, [...] or exportation of [...]any property in which any foreign country [...] has any interest [...] ».

le Congrès a créé ce qui est actuellement le par. 50 U.S.C. 1702 (c). Cette section de l'IEEPA permet au Président « lorsque les États-Unis sont engagés dans des hostilités armées ou ont été attaqués par un pays étranger ou des ressortissants étrangers » de « confisquer tout bien, soumis à la juridiction des États-Unis, de toute personne étrangère, organisation étrangère ou pays étranger dont il détermine qu'il a planifié, autorisé, aidé ou engagé de telles hostilités ou attaques contre les États-Unis ; et tous les droits, titres et intérêts dans tout bien ainsi confisqué sont dévolus ». Ces biens, indépendamment de leur qualité de biens publics ou privés, peuvent alors être « saisis, utilisés, administrés, liquidés, vendus ou traités d'une autre manière dans l'intérêt et au profit des États-Unis, et l'agence ou la personne désignée peut accomplir tous les actes nécessaires à l'accomplissement ou à la poursuite de ces objectifs »¹³⁴³. Cette modification de la loi portant sur les crises nationales apporte certains éclaircissements sur les pouvoirs du Président qui peut dorénavant procéder à la confiscation des biens des ressortissants d'un État impliqué dans un conflit armé avec les États-Unis. Par conséquent, une limite matérielle aux prérogatives du Président se déduit de cette disposition en cas d'absence de conflit armé ou d'attaque contre les États-Unis. L'amendement du *Patriot Act* confirme que la version originale de l'IEEPA n'incluait pas de pouvoir de confiscation, qui relève de l'arsenal juridique mis en œuvre en périodes de guerre.

539. Le passage d'un régime de gel vers un régime de confiscation à la suite d'une décision administrative suscite des interrogations quant à sa compatibilité avec la règle de protection du droit de la propriété privée¹³⁴⁴. Il faut ainsi se pencher sur les méthodes employées par les États pour justifier un acte de saisie des biens privés.

¹³⁴³ « On March 20, 2003, as the United States launched its preemptive war against Iraq, the Bush administration also mounted a raid here in the United States -- it confiscated approximately \$1.7 billion in Iraqi assets that had been blocked, or frozen, since the Persian Gulf War. It closed Iraq's accounts at 18 commercial banks and moved the money to the Federal Reserve Bank of New York. Two months later, U.N. Security Council Resolution 1483 called on all countries to transfer frozen Iraqi assets to a development fund for Iraq. The Patriot Act significantly augmented the president's already broad emergency powers in the international economic sphere. For example, the act allows the president to "vest," or expropriate, the sovereign assets of other countries if he makes a finding that their governments supported terrorism. This amounts to a new doctrine of sovereign property forfeiture ». M. Medish, « In the name of the Patriot act: That's ours », 19 octobre 2003, *The Washington Post*, <https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/2003/10/19/in-the-name-of-the-patriot-act-thats-ours/a03f9531-4493-4b50-9bff-e96beade6352/>

¹³⁴⁴ V. à ce sujet, R. Bismuth, « Du gel à la confiscation des avoirs des personnes liées au régime russe », *Le club des juristes*, 3 mars 2022, <https://www.leclubdesjuristes.com/ukraine/du-gel-a-la-confiscation-des-avoirs-des-personnes-liees-au-regime-russe-par-regis-bismuth-professeur-a-lecole-de-droit-de-sciences-po/>. L'auteur s'interroge sur la possibilité de transformer les mesures de gel à des mesures de confiscation comme celui-ci a été suggéré par le ministre de l'économie Bruno Lemaire. Il s'agirait d'un moyen de renforcement de la pression aux oligarques russes qui toutefois renvoie à la problématique des biens mal acquis. L'auteur insiste aussi sur la différence normative entre une résolution du CS ordonnant la confiscation et les mesures restrictives prises par le UE.

b. Des méthodes de contournement de la protection accordée aux biens privés susceptibles de faire l'objet de saisie.

540. La confiscation des biens de particuliers et d'entreprises privées met presque inévitablement en jeu les garanties constitutionnelles et les droits de l'homme prévus par les lois nationales, ainsi que les traités bilatéraux d'investissement applicables. Un moyen de contournement de ces règles de protection serait la non-reconnaissance du caractère privé des biens saisis (i). Un autre moyen pourrait être l'association des biens ou des activités menées par les propriétaires de ces biens à des activités pénalement répréhensibles (ii). La discussion actuelle autour de la confiscation des biens privés à titre de réparations de guerre mérite aussi d'être évoquée (iii).

i. La saisie des biens des ressortissants d'un État visé justifiée par leur appréhension en tant que biens relevant des émanations de cet État.

541. Les biens saisis pourraient ainsi être rattachés au gouvernement de l'État visé. Cette tactique aurait comme effet le changement des règles susceptibles d'être invoqués par l'État lésé. Si l'État étranger n'est pas titulaire du droit de propriété reconnu et protégé par le droit interne, il bénéficie des immunités de juridiction et d'exécution. Néanmoins, si les règles en matière d'immunité découlent du droit international¹³⁴⁵, elles sont défiées par la pratique étatique notamment des États-Unis. Cette approche constitue la toile de fond de la décision récente de la CIJ portant sur certains actifs iraniens. L'arrêt du 30 mars 2023 a permis à la CIJ de se prononcer sur la conformité des mesures de saisie des biens appartenant à des sociétés iraniennes par les autorités américaines. La licéité des mesures de saisie a été appréciée à la lumière du traité d'amitié, de commerce et de droit consulaires entre les États-Unis d'Amérique et l'Iran, signé le 15 août 1955 et dénoncé par les États-Unis le 3 octobre 2018¹³⁴⁶. Les

¹³⁴⁵ CIJ, *Affaire Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce [intervenant])*, 3 février 2012, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 123-145, par. 57-108.

¹³⁴⁶ CIJ, *Requête introductive d'instance, Certains actifs iraniens, (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 14 juin 2016, Objet du différend : « Le différend entre l'Iran et les États-Unis concerne l'adoption par ces derniers d'un ensemble de mesures qui, en violation du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires signé à Téhéran le 15 août 1955 (ci-après, le "traité d'amitié"), lequel est entré en vigueur entre l'Iran et les États-Unis le 16 juin 1957, ont eu ou ont de graves conséquences sur la capacité de l'Iran et de sociétés iraniennes (dont certaines appartiennent à l'État) à exercer leur droit de disposer et de jouir de leurs biens, y compris ceux situés en dehors du territoire iranien et sur le territoire des États-Unis. » Aux termes du paragraphe 2 de l'article III du traité d'amitié : « En vue d'assurer une administration rapide et impartiale de la justice, chacune des Hautes Parties contractantes accordera, dans ses territoires, aux ressortissants et aux sociétés de l'autre Haute Partie contractante, libre accès aux tribunaux judiciaires et aux organismes administratifs, à tous les degrés de la juridiction, tant pour faire valoir que pour défendre leurs droits. En toute circonstance, elle leur assurera cet accès dans des conditions non moins favorables que celles qui sont applicables à ses propres ressortissants et sociétés ou ceux de tout pays tiers. Il est entendu que la même latitude sera donnée aux sociétés n'exerçant aucune activité dans le pays, sans qu'elles aient à se faire immatriculer ou à accomplir des formalités ayant pour objet de les assimiler aux sociétés nationales ». Aux termes du paragraphe 1 de l'article IV du traité d'amitié : « Chacune des Hautes Parties contractantes accordera en tout temps un traitement juste et équitable aux ressortissants et aux sociétés de l'autre Haute Partie contractante, ainsi qu'à leurs biens et leurs entreprises ; elle ne prendra aucune mesure arbitraire ou discriminatoire pouvant porter atteinte à leurs droits ou à leurs intérêts

dispositions du traité esquisaient un cadre juridique favorable aux « sociétés » au sens du traité d'amitié. Malgré ce régime favorable pour les ressortissants iraniens et les sociétés iraniennes, les États-Unis ont multiplié les mesures de gel et de saisie des biens appartenant à des sociétés qui entretenaient des liens plus ou moins étroits avec l'État iranien. L'Iran estimait alors que cette politique de ciblage des biens méconnaissait le caractère autonome de la personnalité juridique de ces personnes morales qui ne relevaient pas *stricto sensu* de l'État iranien. D'après l'interprétation iranienne, les personnes morales affectées constituaient des sociétés au sens du traité bilatéral. En revanche, les États-Unis insistaient sur leur droit à considérer ces entités comme des émanations de l'État iranien. Cette opération de levée du voile corporatif avait comme effet la mise en œuvre d'une politique de saisie des biens rattachés à l'État iranien. Un simple rattachement à l'État iranien était ainsi jugé suffisant pour la mise en œuvre d'un régime préjudiciable au droit de propriété. En effet, en vertu de l'*executive order* 13 599 du 5 février 2012, une interprétation très large du terme institution financière iranienne avait été retenue. L'*executive order* prévoyait le blocage des biens appartenant aux institutions financières iraniennes, définies de manière très large par le même texte¹³⁴⁷. Le terme « institution financière » faisait référence aux institutions qui étaient la propriété de l'État ou qui se trouvaient « sous le contrôle de l'État iranien »¹³⁴⁸. Cette interprétation large du lien juridique entretenu avec l'État iranien a permis aux États-Unis de saisir les biens d'un certain nombre de personnes morales distinctes juridiquement de l'État iranien¹³⁴⁹. Le blocage des biens iraniens était ainsi justifié par la suppression du régime des immunités souveraines de l'Iran depuis 1996¹³⁵⁰. En effet, la qualification unilatérale de l'Iran en tant qu'État soutenant le terrorisme a

légalement acquis et, en conformité des lois applicables en la matière, elle assurera des voies d'exécution efficaces à leurs droits contractuels légitimement nés ».

¹³⁴⁷ *Executive order* n. 13599 du 5 février 2012, Section 1 (b) : « Tous les biens et [participations dans des biens] des institutions financières iraniennes, y compris ceux de la banque centrale iranienne, se trouvant actuellement ou à l'avenir sur le territoire des États-Unis ou en la possession ou [sous le contrôle] [de toute personne rattachée aux] États-Unis, y compris toute filiale à l'étranger, sont bloqués et ne peuvent faire l'objet d'aucun transfert, paiement, exportation, retrait ou autre opération ». Pour la traduction française v. par. 1,12, *Mémoire de la République Islamique d'Iran, Affaire relative à certains actifs iraniens*, 1 février 2017.

¹³⁴⁸ *Executive order*, n. 13599, *op. cit.*, par. d) de l'art. 7

¹³⁴⁹ Si le lien avec l'État était évident dans le cas de la banque centrale iranienne *Markazi*, ou de la banque iranienne *Meli* demeurant une banque détenue par l'État, des interrogations légitimes étaient levées pour des banques ou d'autres personnes morales, dont seule une part d'actions était détenue par l'État iranien. V. *Mémoire de la République Islamique d'Iran, affaire relative à certains actifs iraniens*, 1 février 2017, par. 4.9.

¹³⁵⁰ Aux États-Unis, la saisie des biens des personnes publiques doit, du point de vue du droit interne, être conforme à la loi sur l'immunité des États étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act, FSIA*). En vertu de cette loi, l'immunité protège les États étrangers de la juridiction des tribunaux des États-Unis et protège les biens d'un État étranger aux États-Unis contre « la saisie, l'arrestation et l'exécution ». Ces termes semblent faire référence à des actions contre les biens qui sont liées à des procédures judiciaires ou en découlent. Il a été soutenu que cette loi ne concerne pas les ordonnances de gel ou même de saisie définitive, qui ne reposent pas sur une exécution judiciaire directe. Si cette interprétation restrictive est adoptée, le Président serait en mesure de saisir des biens souverains étrangers, sans aucun contrôle judiciaire. En vertu des modifications consécutives de la loi portant sur les immunités reconnues en faveur des États étrangers, une nouvelle catégorie d'États soutenant d'actes terroristes a été créée. V. en détail P. Dorn, *Die Durchbrechung der Staatenimmunität im Falle des staatlich geförderten Terrorismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, 332 p., pp.126-

eu comme effet de le priver de l'immunité de juridiction et d'exécution devant les tribunaux des États-Unis¹³⁵¹. La saisie d'actifs bloqués de sociétés dépendant de l'État iranien a eu lieu aux fins d'indemnisation des créanciers judiciaires de l'Iran surtout grâce à la prérogative reconnue aux juges d'accorder des dommages et intérêts punitifs contre des États soutenant le terrorisme¹³⁵².

542. L'intérêt de la décision de la CIJ réside entre autres dans la délimitation des prérogatives revendiquées par l'État américain de mettre en œuvre un régime de saisie des biens¹³⁵³. Des

174. En 1996, les États-Unis ont adopté l'alinéa 7 du paragraphe a) de l'article 1605 du *Foreign Sovereign Immunity Act* (loi sur l'immunité des États étrangers), qui lève l'immunité dans toute affaire « dans laquelle une demande de dommages-intérêts formée contre un État étranger à raison d'un préjudice corporel ou d'un décès attribuable à des actes de torture, à une exécution extrajudiciaire, au sabotage d'un aéronef ou à une prise d'otages, ou de la fourniture d'un appui matériel ou financier [...] en vue de la commission d'un tel acte [...] ». Aux termes de l'alinéa 2 du paragraphe a) de l'article 1605A, ajouté en 2008, les tribunaux américains ne connaissent de l'action visée à l'alinéa 1 du même paragraphe que si l'État étranger concerné a été qualifié d'État soutenant le terrorisme. Des dommages-intérêts punitifs peuvent être adjugés contre l'État étranger désigné ainsi. Pour une présentation de la modification de la loi fédérale américaine sur l'immunité des États étrangers (*Foreign sovereign immunities act*) survenue en 1996 v. CIJ, *Certains actifs iraniens, République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*, 30 mars 2023, par.25.

¹³⁵¹ Le blocage des avoirs, à distinguer de la confiscation, est un outil politique important utilisé à plusieurs reprises par de nombreux États. Le cas le plus célèbre de blocage d'avoirs souverains a été le gel des comptes iraniens après la chute du Shah. Dans ce cas, des milliards de dollars d'avoirs iraniens gelés ont été retenus en vue d'une décision officielle par le Tribunal des réclamations iraniennes, qui a été créé par un accord international et avec le consentement de l'Iran. En 2001, les États-Unis n'ont pas exproprié les actifs du régime taliban, mais ont plutôt remis environ 250 millions de dollars en or et en espèces au nouveau gouvernement afghan. Quant aux conflits survenus avec l'Iran depuis les années 80 et à la suite de la désignation de l'Iran par les États-Unis en tant qu'« état soutenant le terrorisme » en 1984, les avoirs de la banque iranienne ont été bloqués en 2012 et rendus disponibles pour régler les procès avec les familles des personnes décédées dans des attaques terroristes survenues et imputées à l'Iran. Les avoirs de la banque centrale iranienne ont ainsi été saisis pour indemniser les victimes des actes terroristes imputés à l'État iranien non pas en vertu de l'*IEEPA*, mais d'une loi distincte adoptée par le Congrès et permettant l'accès aux fonds bloqués, 126 *Stat. 1214, Public Law 112-189-Aug. 10, 2012*, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-112publ158/pdf/PLAW-112publ158.pdf>. En 2019, l'administration Trump a mis certains avoirs gelés de la banque centrale vénézuélienne à la disposition du leader de l'opposition en exil Juan Guaidó. Une référence doit être faite à la saisie définitive des comptes de la banque centrale irakienne en 2012. Il faut rappeler qu'en ce qui concerne les fonds irakiens, l'administration Bush les avait dévolus aux États-Unis en vertu du 50 U.S.C. 1702 (c), ce qui était autorisé dans ce cas parce que les États-Unis étaient « engagés dans des hostilités armées » avec l'Irak. *Executive Order : Confiscating and Vesting Certain Iraqi Property*, March 20, 2003 : « I, GEORGE W. BUSH, President of the United States of America, hereby determine that the United States and Iraq are engaged in armed hostilities, that it is in the interest of the United States to confiscate certain property of the Government of Iraq and its agencies, instrumentalities, or controlled entities, and that all right, title, and interest in any property so confiscated should vest in the Department of the Treasury. I intend that such vested property should be used to assist the Iraqi people and to assist in the reconstruction of Iraq, and determine that such use would be in the interest of and for the benefit of the United States ». <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030320-10.html>

¹³⁵² Pour une analyse de la loi fédérale de 2002 sur l'assurance contre les risques associées au terrorisme (*Terrorism Risk Insurance Act*), v. *Mémoire de la République Islamique d'Iran, affaire relative à certains actifs iraniens*, 1 février 2017, par. 2.12 et s.

¹³⁵³ Dans son arrêt du 30 mars 2023, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de violation éventuelle par les dispositions du droit américain des règles d'immunité de juridiction ou d'exécution relevant du droit international coutumier, en se concentrant sur l'étude de violation du traité bilatéral d'amitié. CIJ, *Certains actifs iraniens, op.cit.*, par. 48. En raison du fait que la banque centrale n'a pas été qualifiée de « société » au sens du traité bilatéral, la question de violation éventuelle des règles d'immunités n'a pas été abordée par la Cour qui s'est estimée incompétente à se prononcer sur un cas non relevant du champ du traité bilatéral, v. par. 54. Par ailleurs, la CIJ n'a pas voulu se prononcer sur la licéité de la politique américaine de désignation des certains État en tant qu'États soutenant le terrorisme Dans sa mémoire, la République islamique d'Iran insistait longuement sur la non-compatibilité avec le droit international de l'« exception pour terrorisme » en matière d'immunités. Du point de vue iranien, cette exception confère « au pouvoir exécutif américain un pouvoir discrétionnaire total en la matière, échappant à tout contrôle juridictionnel, trait (ant) l'immunité comme s'il s'agissait d'une grâce et d'une question de courtoisie internationale ». *Mémoire de la République islamique d'Iran, op.cit.*, par. 3,34, pour l'ensemble de cette argumentation v. par. 3.26-3.340. Les États-Unis, de leur part, ont

limites ont été ainsi esquissées à la politique de ciblage des biens des personnes relevant de l'État iranien. Bien que l'arrêt porte sur des cas d'entreprises entretenant des liens juridiques avec l'État iranien, des considérations plus générales en matière de gestion des biens des personnes privées peuvent en être tirées. La Cour a considéré que le blocage et la saisie des biens des personnes indépendamment « du type ou du degré de contrôle que l'Iran exerce sur elle(s) » constituent des mesures déraisonnables et par conséquent contraires au traité bilatéral¹³⁵⁴. Pour fonder son argumentation relative au caractère déraisonnable de ces mesures, la Cour a estimé que « les dispositions législatives adoptées par les États-Unis et leur application par les tribunaux américains ont porté atteinte aux droits des sociétés iraniennes de façon manifestement excessive par rapport au bénéfice qu'elles présentaient pour atteindre le but recherché »¹³⁵⁵. La Cour a ainsi opéré un contrôle de proportionnalité des mesures d'ingérence dans les biens des personnes iraniennes à la lumière de l'objectif poursuivi, à savoir la lutte contre le terrorisme. Des mesures de saisie des biens appartenant à des personnes sans lien apparent avec l'État qualifié de manière unilatérale d'État soutenant le terrorisme ne sont pas compatibles avec des traités bilatéraux d'amitié, de commerce et de navigation. Cette appréciation quant au caractère déraisonnable des mesures américaines doit être associée aux considérations de la Cour relatives à la clause d'exception du traité bilatéral qui prévoyait que « le traité ne fera [it] pas obstacle à l'application de mesures (...) d) nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre des Hautes parties contractantes relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette Haute Partie contractante sur le plan de la sécurité »¹³⁵⁶. Restant fidèle à sa propre jurisprudence, la Cour a précisé que la simple invocation des « intérêts vitaux de sécurité » par les États-Unis ne serait pas suffisante pour rendre licites les mesures¹³⁵⁷. La Cour revendique ainsi le pouvoir d'effectuer le contrôle quant au caractère nécessaire des mesures dérogoires

essayé de fournir d'éléments d'appui de cette qualification unilatérale pour fonder la thèse d'après laquelle « l'attribution de la qualification d'État soutenant le terrorisme à un État étranger en application des dispositions du droit américain ne se fait qu'après délibération scrupuleuse au sein du Gouvernement américaine », *Contre-mémoire des États-Unis d'Amérique*, 14 octobre 2019, par. 6.4 et pour l'ensemble de cette argumentation v. par. 5.18-6.8.

1354 CIJ, *Affaire Certains actifs iraniens, (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 30 mars 2023. Le Par. 1 de l'art. IV du traité prévoyait que « Chacune des Hautes Parties contractantes accordera en tout temps un traitement juste et équitable aux ressortissants et aux sociétés de l'autre Haute Partie contractante, ainsi qu'à leurs biens et à leurs entreprises ; elle ne prendra aucune mesure déraisonnable ou discriminatoire pouvant porter atteinte à leurs droits ou à leurs intérêts légalement acquis ; et en conformité des lois applicables en la matière, elle assurera des voies d'exécution efficaces à leurs droits contractuels légitimement nés. », par.122.

1355 *Idem*, par. 156

1356 Art. XX du traité d'amitié, *idem*, par.95.

1357 CIJ, *Affaire Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 6 novembre 2003, Recueil 2003, p. 161, par. 43. La Cour s'était prononcée sur l'art. XX du traité bilatéral déjà dans sa décision du 13 février relative aux exceptions préliminaires. V. CIJ, *Certains actifs iraniens, exceptions préliminaires, (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 13 février 2019, Recueil 2019, p. 7, par. 45.

en vue de l'objectif poursuivi. En l'occurrence, la Cour a précisé que les États-Unis n'ont pas démontré le caractère nécessaire de la mesure de saisie des biens des sociétés iraniennes¹³⁵⁸. Ainsi, la Cour opte pour un contrôle rigoureux de la nécessité des mesures visant les biens des ressortissants d'un État. De cette position de la Cour se dégage aisément la thèse selon laquelle le recours à une pratique de saisie des biens des ressortissants d'un État serait difficilement qualifiée de nécessaire même en cas d'invocation de l'exception de sécurité figurant souvent dans les traités bilatéraux d'investissement.

543. Plus récemment, une interprétation large de la notion de biens relevant de l'État ou du gouvernement russe se trouve aussi derrière certaines propositions récentes de saisie définitive des biens russes. Conformément à la conception américaine du droit des immunités accordées aux États, la procédure de saisie définitive pourrait, sous certaines conditions, être suivie s'il peut être établi que les biens gelés appartiennent à l'État russe¹³⁵⁹. En effet, les actifs de la banque centrale russe ainsi que de toute autre établissement présentant des liens de rattachement à l'État russe pourraient être saisis si un statut discriminatoire spécifique lui est attribué, à l'image de celui attribué aux « États soutenant le terrorisme »¹³⁶⁰. Le constat se dégage selon

1358 CIJ, *Certains actifs iraniens*, (*République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*), 30 mars 2023, par. 108 : « En tenant compte des considérations qui précèdent, la Cour estime qu'il appartenait aux États-Unis de démontrer que le décret no 13599 constituait une mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts vitaux en matière de sécurité, et qu'ils n'ont pas fait une telle démonstration de manière convaincante. Elle ne saurait se satisfaire, même en acceptant que le défendeur possède une certaine marge de discrétion, des affirmations de celui-ci. Elle note en outre que les motifs que le décret lui-même énonce pour justifier les mesures spécifiques qu'il met en vigueur se rapportent aux pratiques financières des banques iraniennes, aux déficiences du régime iranien de lutte contre le blanchiment et aux risques en résultant pour le système financier international ; ils ne mentionnent pas de considérations de sécurité ».

¹³⁵⁹ Ph. Zelikow, « A legal approach to the transfer of Russian assets to rebuild Ukraine », 12 mai 2022, <https://www.lawfareblog.com/legal-approach-transfer-russian-assets-rebuild-ukraine>. Sur le débat américain concernant la possibilité de saisir les avoirs de la banque centrale russe v. I. Werth, « Does foreign sovereign immunity apply to sanctions on central banks. ? », 7 mars 2022, <https://www.lawfareblog.com/does-foreign-sovereign-immunity-apply-sanctions-central-banks>, A. Boyle, « Why proposals for US to liquidate and use Russian central bank assets are legally unavailable », 18 avril 2022, <https://www.justsecurity.org/81165/why-proposals-for-u-s-to-liquidate-and-use-russian-central-bank-assets-are-legally-unavailable/>, S. Anderson, Ch. Keitner, « The legal challenges presented by seizing frozen Russian assets », 26 mai 2022, <https://www.lawfareblog.com/legal-challenges-presented-seizing-frozen-russian-assets>. Il faut garder à l'esprit que le cas des actifs de la banque centrale diffère par rapport aux biens des oligarques puisque dans la première hypothèse, il s'agit des biens publics. Puisque les réserves en question sont la propriété de l'État russe — contrairement aux actifs des oligarques — elles ne sont pas protégées par les protections habituelles que le système juridique américain accorde à la propriété privée. La garantie du cinquième amendement contre la saisie de biens par le gouvernement « sans procédure légale régulière » ne s'applique qu'aux « personnes », et non aux gouvernements étrangers, comme l'a suggéré à plusieurs reprises la Cour suprême. US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, 98 (2002), p.98 : « Private individuals have "a constitutional right of access to the courts"[...]. Nonetheless, foreign nations do not have a constitutional right of access to the courts of the United States. Indeed, only nations recognized by and at peace with the United States may avail themselves of our courts, and "it is within the exclusive power of the Executive Branch to determine which nations are entitled to sue" ». De même, les protections contre la « prise » de propriété sans « juste compensation » ne s'appliquent qu'à la propriété privée. Les actifs de la banque centrale russe, déposés dans des comptes américains ne sont pas qualifiés de propriété privée.

¹³⁶⁰ Pour contester la saisie et la liquidation de ses actifs, le gouvernement russe devrait se tourner non pas vers la Constitution, mais vers la loi sur les immunités souveraines étrangères (*FSIA*). Mais cette immunité ne protège les actifs étrangers que contre les procédures judiciaires — et non contre la liquidation par l'action combinée du Congrès et du pouvoir exécutif. Dans le contexte américain, pour être en mesure d'autoriser le transfert des avoirs russes gelés à l'Ukraine, le Congrès devrait modifier non seulement l'*IEEPA*, mais aussi la loi sur les immunités souveraines étrangères

lequel la protection accordée à la propriété publique ne semble pas aussi importante que celle accordée aux biens privés dont la saisie présuppose la mise en œuvre d'un mécanisme pénal¹³⁶¹.

ii. La connotation pénale nécessaire de la mesure de saisie définitive des biens privés.

544. Le débat autour de la possibilité de saisir définitivement des biens privés de ressortissants relevant d'un État ayant prétendument commis des actes illicites a été de nouveau relancé à la suite de l'éclatement du conflit en Ukraine. En adoptant des sanctions de grande envergure contre des ressortissants russes, plusieurs pays ont effectivement relancé la pratique historique du gel et de la confiscation potentielle des avoirs des belligérants — avec la différence frappante que, dans ce cas, les pays qui imposent des sanctions ne sont pas eux-mêmes impliqués dans les hostilités¹³⁶². Il faudrait ainsi identifier un lien entre des actes individuels et un comportement étatique prétendument illicite.

(FSIA). Cette dernière, une loi de 1976 qui prévoit l'immunité contre les procédures judiciaires, offre une protection illimitée aux actifs des banques centrales étrangères stationnées aux États-Unis. En vertu du droit international coutumier, les avoirs des banques centrales des États étrangers bénéficient d'une immunité d'exécution. Toutefois, la pratique internationale est loin d'être uniforme. De nombreux États exemptent les transactions commerciales des immunités souveraines et, en raison du caractère hybride des opérations des banques centrales, il est souvent difficile de discerner si les actifs sont détenus et les transactions effectuées à des fins officielles-publiques ou commerciales. Pour une étude relative à l'identification des fondements normatifs en droit international favorables à la saisie des biens de la banque centrale russe v. M. Goldman, « Hot War and Cold Freezes: Targeting Russian Central Bank Assets », *VerfBlog*, 2022/2/28, <https://verfassungsblog.de/hot-war-and-cold-freezes/>, DOI : 10.17176/20220301-001108-0.

¹³⁶¹ La confiscation des biens de particuliers et d'entreprises privées engage presque inévitablement les garanties constitutionnelles et internationales, prévues par les lois nationales, ainsi que les règles internationales émanant des conventions spéciales ou de traités bilatéraux. L'interrogation porte sur la reconnaissance de mêmes garanties de protection pour les biens de l'État étranger. Les choix diffèrent parmi les différents ordres juridiques. Il est admis que la protection de la propriété conférée par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne peut être invoquée en premier lieu par les personnes privées et les personnes morales de droit privé. Quant aux personnes morales de droit public de pays tiers, qui doivent être considérées comme l'émanation d'un État tiers, le Tribunal de l'UE a admis, dans son arrêt du 5 février 2013 sur les mesures à l'encontre de l'Iran, l'ouverture du champ de protection de l'article 17 de la Charte. En l'occurrence, la requérante, la banque d'État iranienne *Bank Saderat Iran*, avait demandé l'annulation des mesures restrictives adoptées à l'encontre de l'Iran, dans la mesure où elle était concernée. Le Tribunal a précisé que les personnes morales qui sont des émanations des États (*verlängerter Arm eines Staates*) ne sont pas exclues du bénéfice de protection des droits fondamentaux. Tribunal de justice de l'Union européenne, 5 février 2013, aff. T-494/10, *Bank Saderat Iran contre Conseil de l'Union européenne*, not. par. 34, par. 39. Cette interprétation peut ne pas être partagée par les ordres juridiques des États membres qui n'assurent la protection du droit à la propriété qu'aux personnes physiques ou morales. L'exemple de l'ordre juridique allemand est éloquent à cet égard. La confiscation des biens d'un État étranger aurait pu constituer une atteinte à la garantie de la propriété prévue à l'article 14, paragraphe 1, de la Loi fondamentale. Cependant, les titulaires de droits fondamentaux, dont relève le droit à la propriété, sont uniquement des personnes physiques ou des personnes morales nationales conformément à l'article 19, paragraphe 3 de la Loi fondamentale, dans la mesure où le droit fondamental concret leur est applicable de par sa nature. Par conséquent, les personnes morales de droit public ne peuvent pas invoquer les droits fondamentaux matériels tels que l'article 14 de la Loi fondamentale. Par conséquent, si le législateur national décidait d'une mesure de confiscation des avoirs de la banque centrale de l'État russe, en tant que contre-mesure à la suite de la violation d'une règle *erga omnes* ou de demande de légitime défense collective par l'État victime d'une agression armée, cette loi ne serait pas contraire à l'art. 14 de la Loi fondamentale. Néanmoins, la thèse pourrait être soutenue, en vertu de laquelle une mesure de confiscation des actifs de la banque centrale ne serait pas proportionnée à la lumière de l'objectif poursuivi et pour cette raison elle ne serait pas conforme au principe général de l'État de droit relevant de l'art. 20 par. 1 de la Loi fondamentale. Le contre-argument à cette thèse défendrait la non-application du principe de proportionnalité dans le champ d'interaction entre des États. Selon cette hypothèse, la proportionnalité ne saurait régir que les relations verticales entre l'État et les citoyens. Pour cette analyse v. *Wissenschaftlicher Dienst des deutschen Bundestages*, « Entzug von Geldvermögen ausländischer Staaten als Sanktion Titel: Entzug von Geldvermögen ausländischer Staaten als Sanktion », 1/4/2022, 23 p., pp. 21-23.

¹³⁶² Pour cette appréciation v. A. Moiseenko, « Trading with a friends enemy », *AJIL*, 2022, pp.720-730, p.725. Si le recours aux contre-mesures ou à la légitime défense collective était accepté, les parallèles entre les lois historiques sur le commerce avec l'ennemi et les lois sur les sanctions seraient d'autant plus frappants. Toutes deux pourraient conduire

545. La confiscation ou la saisie définitive des avoirs gelés peut-être ordonnée s'il est établi, selon la prépondérance des probabilités, que leur propriétaire est impliqué dans certains types de crimes graves. La confiscation des avoirs gelés peut aussi avoir lieu s'il est établi, également selon la prépondérance des probabilités, que ces biens ont un « lien » avec le crime commis. Il convient alors de s'interroger sur la manière dont les États ayant déjà procédé au gel d'avoirs de certains ressortissants russes pourraient entreprendre leur saisie définitive sans porter préjudice aux règles relatives au droit de propriété, relevant soit de la Constitution de chaque État, soit des traités de droits de l'homme¹³⁶³. Dès lors, l'interrogation porte sur l'identification du comportement individuel pénalement reprehensible qui serait en mesure de faire déclencher une procédure dont l'issue serait la saisie définitive des biens privés.

546. L'élaboration d'un dispositif législatif permettant la saisie définitive des biens privés se trouve à l'épicentre de toute discussion relative aux biens russes (b). Plusieurs solutions sont envisageables, mais elles ne sont toutefois pas dépourvues de doutes quant à leur licéité (a).

a. Le caractère pénal incertain de la sanction de saisie des biens des ressortissants d'un État responsable d'un acte violent la paix et la sécurité internationale.

547. La prérogative de saisie définitive des biens des ressortissants d'un État a été reconnue au gouvernement canadien par une loi promulguée en juin 2022¹³⁶⁴. La loi vise à autoriser la confiscation de biens saisis ou bloqués, précisant que le produit de la disposition de ces biens doit être utilisé à certaines fins¹³⁶⁵. Parmi les conditions pour la prise d'une telle décision figure l'atteinte grave à la paix et à la sécurité internationale commise par l'État dont les ressortissants peuvent subir les effets de l'acte de confiscation¹³⁶⁶. Il est ainsi admis que le gouverneur en

à l'emploi d'un large éventail de mesures économiques coercitives, allant jusqu'à la confiscation des biens. Les sanctions deviendraient, en fait, une espèce de nouvelles lois sur le « commerce avec l'ennemi d'un ami », qui pourraient être appliquées contre des États tiers agresseurs par des nations qui ne sont pas directement parties au conflit. Cette convergence est particulièrement remarquable étant donné la distance temporelle entre les lois américaines et britanniques sur le commerce avec l'ennemi et l'émergence des sanctions économiques en tant que pilier clé des réponses internationales à la guerre agressive.

¹³⁶³ Pour cette argumentation v. A. Moiseienko, « Frozen Russian Assets and the Reconstruction of Ukraine : Legal Options », *International Lawyers Project*, juin 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4149158

¹³⁶⁴ Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposée au Parlement le 7 avril 2022 et mettant en œuvre d'autres mesures, sanctionnée le 23 juin 2022. Cette loi apporte des modifications à la Loi de 1992 sur les mesures économiques spéciales L.C. 1992, ch. 17. S-14.5.pdf ([justice.gc.ca](https://www.justice.gc.ca)).

¹³⁶⁵ Une définition large du terme de « bien » est retenue. *Idem*, art « 436. La définition de bien, à l'article 2 de la Loi sur les mesures économiques spéciales, est remplacée par ce qui suit : Bien de toute nature, meuble ou immeuble, réel ou personnel, corporel ou incorporel, tangible ou intangible, notamment de l'argent, des fonds, de la monnaie, des actifs numériques et de la monnaie virtuelle ».

¹³⁶⁶ L'art. 4.1.1.1 prévoit qu'une décision de gel ou de saisie peut être prise par le gouverneur en Conseil si « (a) une organisation internationale d'États ou une association d'États, dont le Canada est membre, a pris une décision, formulé une recommandation ou adopté une résolution demandant à ses membres de prendre des mesures économiques à l'encontre d'un État étranger ; b) il s'est produit une atteinte grave à la paix et à la sécurité internationales qui a entraîné ou est susceptible d'entraîner une crise internationale grave ; c) des violations graves et systématiques des droits de la personne ont été commises dans un État étranger ; ou d) un ressortissant d'un État étranger qui est soit un agent public étranger [...], ou une personne qui est associée à un tel agent, est responsable ou complice d'avoir ordonné, contrôlé ou autrement dirigé des actes de corruption », *idem*.

conseil peut faire saisir ou bloquer tout bien qui appartient à un État étranger ou à une personne visée par un décret ou un règlement¹³⁶⁷. Les personnes concernées par un tel décret peuvent s'adresser au ministre compétent chargé de son application et demander que le bien cesse de faire l'objet d'une telle mesure. Le ministre responsable de l'administration des biens bloqués dépose auprès de la Cour supérieure de la province où sont situés ces biens une demande de confiscation au profit du gouvernement fédéral. Par la suite, la Cour donne un avis aux personnes susceptibles d'être touchées par la confiscation éventuelle des biens et peut entendre leur position. La possibilité de contestation de cette décision est conférée aux propriétaires même après l'entrée en vigueur de l'acte ordonnant la saisie de leurs biens. Des arguments d'incompatibilité éventuelle de ces nouvelles dispositions avec la protection de la propriété privée et les règles internationales relatives aux contre-mesures risquent d'être soulevés auprès des juridictions nationales.

548. La loi canadienne fait aussi référence à la conclusion d'un accord intergouvernemental prévoyant les modalités de distribution des produits ou de leur valeur pour les objectifs spécifiques. Ainsi, il est probable que tout produit provenant de la confiscation des actifs russes sanctionnés soit transféré du Canada à l'Ukraine sur la base d'un accord bilatéral, qui à son tour décrira le cadre général, les montants spécifiques de ces produits et les fins auxquelles ils seront utilisés par l'Ukraine¹³⁶⁸. Il doit être toutefois précisé que le gouvernement canadien n'a pas encore indiqué, de manière officielle, le fondement du droit international sur lequel s'appuierait la saisie des biens russes, qu'ils soient publics ou privés¹³⁶⁹.

¹³⁶⁷ *Idem*, art. 4.1.b. V. à cet effet le décret concernant la saisie de biens situés au Canada (*Volga-Dnepr Airlines ou Volga-Dnepr Group*) (DORS/2023-120), du 8 juin 2023. En l'occurrence, la Gouverneure générale en conseil a ordonné la saisie d'un aéronef situé à Toronto et appartenant à « *Volga-Dnepr Airlines* ou à *Volga-Dnepr Group* — ou qui est détenu ou contrôlé, même indirectement, par elle — de façon à ce qu'aucune opération ne puisse être effectuée à l'égard de cet aéronef, sauf par le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, et de façon à ce que le ministre en prenne la possession et le contrôle et qu'il soit autorisé à en assurer la gestion et à effectuer toute opération à son égard ».

¹³⁶⁸ *Idem*, art. « 7,1 Le ministre des Affaires étrangères peut, avec l'agrément du gouverneur en conseil, conclure avec le gouvernement d'un État étranger un accord concernant l'utilisation, aux fins ci-après, par l'État étranger, de toute somme pouvant être prélevée en vertu de l'article 5.6 :a) la reconstruction de l'État étranger lésé par une rupture sérieuse de la paix et de la sécurité internationales ; b) le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ; c) l'indemnisation des victimes d'une rupture sérieuse de la paix et de la sécurité internationales, de violations graves et systématiques des droits de la personne ou d'actes de corruption à grande échelle ».

¹³⁶⁹ Pour une défense de la mesure de confiscation et une argumentation en faveur de la théorie des contre-mesures pour des violations de obligations *erga omnes* v. R. Currie, « Seizing russian assets : canada has the spirit of international law on its side », 5 juillet 2022, <https://wrmcouncil.org/news/opinion/seizing-russian-assets-canada-has-the-spirit-of-international-law-on-its-side/>. Au sujet du caractère réversible de ces mesures l'auteur souligne que « a country couldn't destroy a holy site that it had an obligation to protect, for example, since that would mean that there would be no way to go back to complying with the obligation. But it is not at all clear that confiscated monies or property would have to be returned. It is highly arguable that all Canada would be legally required to do is simply cease the sanctions, which would constitute "resumption of performance of the obligations in question." It is worth remembering that, were the offending state here not a member of the United Nations Security Council and thus possessing a veto, that body could easily pass a resolution authorizing these measures and even some that would be much harsher. Beyond that, international law is a complex arena, one in which there is a lot of nuance and give-and-take. In this situation, Canada's measures may be creative, but they are by no means obviously illegal. And they serve a larger purpose of the entire international legal

b. La nécessité d'association des biens privés à des activités criminelles et frauduleuses.

Une série d'États ont promulgué des lois autorisant la saisie définitive des biens privés de ressortissants russes. Le caractère pénal de ces dispositifs semble être primordial.

α. La prévision de saisie définitive des biens privés dans le cadre de la lutte contre la corruption : la solution britannique.

549. Le 1^{er} mars 2022, le gouvernement britannique a présenté le projet de loi sur la criminalité économique (transparence et application) pour lutter contre l'argent noir en Grande-Bretagne à la suite de l'invasion de l'Ukraine par la Russie¹³⁷⁰. Pour mettre en œuvre efficacement le droit à la réparation en droit international, la nouvelle loi, sanctionnée par la Reine le 14 mars 2022, devrait permettre au gouvernement britannique de saisir de manière définitive les actifs gelés en vertu de sanctions liées à la corruption et aux violations des droits de l'homme, et de réaffecter ces actifs au profit des victimes¹³⁷¹.

β. Le dépassement du cadre restrictif de saisie définitive des biens privés aux États-Unis : la justification particulière de saisie des biens des « oligarques russes ».

550. La discussion à ce sujet semble être intense actuellement aux États-Unis. Il doit être rappelé qu'une procédure de saisie définitive peut être engagée si les biens en question peuvent être associés à un comportement illicite. La confiscation civile constitue ainsi la procédure permettant aux autorités fédérales d'engager des poursuites civiles pour s'approprier des biens utilisés dans le cadre d'activités criminelles. Le gouvernement a le pouvoir de procéder à la confiscation civile, moyen de priver un contrevenant à la loi des fruits de son crime¹³⁷². Cette approche pourrait fonctionner pour les biens gelés appartenant aux oligarques russes et impliqués dans des activités frauduleuses et criminelles. La confiscation civile n'est pas aussi facile à utiliser que le pouvoir de gel prévu par l'*IEEPA*¹³⁷³. Le gouvernement doit obtenir un

order, which is to prevent states from making aggressive, destructive war on each other, with all of its attendant fallout. Canada certainly has the spirit of the law, at least, on its side.

¹³⁷⁰ Pour le débat parlementaire ayant eu lieu le 7 mars 2022, v. [https://hansard.parliament.uk/commons/2022-03-07/debates/97B249F2-C666-46EF-B46A-F2FF22DE2264/EconomicCrime_\(TransparencyAndEnforcement\)_Bill#contribution-C_2_AE4ECC-A04E-4AB6-914F-7C01293ED0E6](https://hansard.parliament.uk/commons/2022-03-07/debates/97B249F2-C666-46EF-B46A-F2FF22DE2264/EconomicCrime_(TransparencyAndEnforcement)_Bill#contribution-C_2_AE4ECC-A04E-4AB6-914F-7C01293ED0E6)

¹³⁷¹ Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022, UK Public General Act, s 2022 c. 10, Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022 (legislation.gov.uk). V. aussi « Government takes landmark steps to further clamp down on dirty money, Government bringing forward new legislation to tackle economic crime following Russia's invasion of Ukraine », 28 february 2022,

<https://www.gov.uk/government/news/government-takes-landmark-steps-to-further-clamp-down-on-dirty-money>.

¹³⁷² Le droit américain autorise la saisie de « any property [...] involved in a transaction [...] in violation of [specified crimes, including money laundering, mail fraud, and wire fraud], or any property traceable to such property ». 18 *USC* § 981. 18 U.S. Code § 981 — *Civil forfeiture*.

¹³⁷³ Il faut rappeler que le Président, agissant sous l'autorité de l'*IEEPA* n'est pas en mesure de procéder à la saisie définitive des biens. V. les débats parlementaires lors de l'élaboration de la loi mai 2022. « This grant of authorities does not include the following authorities which, under section 5(b) of the Trading With the Enemy Act, as amended by title I of this bill, are available to the President in time of declared war: (1) the power to vest, i.e., to take title to foreign property; (2) the power to regulate purely domestic transaction; (3) the power to regulate gold or bullion; and (4) the

mandat judiciaire pour procéder à la saisie¹³⁷⁴. Pour obtenir le mandat, il doit démontrer, dans une procédure *ex parte*, qu'il existe une cause probable de croire que le bien est en lien avec une activité criminelle désignée. L'ancien propriétaire peut intenter une action en justice pour la restitution du bien, mais le gouvernement l'emportera s'il parvient à persuader le tribunal qu'il est « plus probable qu'improbable » que le bien en question soit concernée par la loi. La saisie définitive ou la confiscation de biens est ainsi conçue comme outil dont l'objectif serait de « priver les criminels du produit de leurs crimes, briser l'épine dorsale financière des syndicats du crime organisés et des cartels de la drogue, et récupérer des biens qui peuvent être utilisés pour indemniser les victimes et dissuader les criminels »¹³⁷⁵. Il paraît ainsi qu'il est

power to seize records ». *H.R. Rep. 95-459, Trading with the Enemy Act, Reform Legislation*, Jun. 23, 1977, at 5-6, 15. ; *Sen. Rep. 95-466*, Oct. 3, 1977.

¹³⁷⁴ L'amendement de 2001 relevant du *Patriot act* pourrait éventuellement être invoqué pour justifier le recours à la confiscation des biens. Toutefois, cela présuppose le constat d'une agression armée par l'État russe. Comme la Russie n'a pas commis d'agression armée qui aurait donné aux États-Unis le droit de répondre par la force, comme le prévoit l'article 51, le pouvoir de confiscation de l'*IEEPA* ne s'applique pas. Il a toutefois soutenu que la prolifération des cyberattaques et le recours à l'espionnage systématique de la part de la Russie pourrait être interprétée en tant qu'acte d'attaque susceptible de justifier le recours à des confiscations. Le terme d'attaque aurait, selon cette hypothèse, un contenu autonome par rapport à l'art. 51 de la Charte. Selon cette hypothèse, la détermination de la portée du pouvoir confié au Président par le Congrès ne relèverait pas du droit international. Le Président incomberait pourrait ainsi déterminer, si la Russie a « attaqué » les États-Unis au sens du Code des États-Unis. Selon Tribe, il semble que le président Biden en ait décidé ainsi dans le décret publié en avril 2021 déclenchant l'application du régime de sanctions à l'encontre de la Russie et de ses oligarques liés à l'État. « Ainsi, si le président Biden devait invoquer l'amendement du *Patriot Act* à la *IEEPA* en se fondant sur le fait qu'il a déterminé que la Russie a “attaqué” notre pays dans le cyberspace, il serait extrêmement improbable qu'un système judiciaire fédéral, qui est devenu de plus en plus déférent aux déterminations présidentielles concernant les faits sur le terrain — et, vraisemblablement, dans le cyberspace — adopte soudainement une position sceptique à l'égard d'une telle détermination, et encore moins qu'il remette en question l'existence même d'une attaque par un pays étranger ou des ressortissants étrangers ». V. L. Tribe, « Does American Law Currently Authorize the President to Seize Sovereign Russian Assets? », *Lawfareblog*, 23 mai 2022.

¹³⁷⁵ Une distinction est établie entre la confiscation criminelle, civile et administrative. Quant à la confiscation criminelle, il s'agit d'une action in personam (contre la personne) contre un défendeur qui comprend un avis d'intention de confisquer des biens dans un acte d'accusation criminel. Une condamnation pénale est requise, et la confiscation fait partie de la peine du défendeur. La confiscation criminelle est limitée aux intérêts patrimoniaux du défendeur, y compris tout produit de l'activité illégale du défendeur. La confiscation criminelle est généralement limitée aux biens impliqués dans les chefs d'accusation particuliers pour lesquels le défendeur est condamné. La Confiscation judiciaire civile renvoie à une procédure judiciaire *in rem* (contre le bien) engagée contre un bien qui a été dérivé ou utilisé pour commettre un délit, plutôt que contre une personne qui a commis un délit. La Confiscation administrative permet de confisquer un bien au profit des États-Unis sans qu'il soit nécessaire de déposer une plainte devant un tribunal fédéral. La procédure de confiscation administrative se déroule devant l'organisme qui a saisi les biens lorsque personne n'a déposé de plainte pour contester la saisie. De nombreuses procédures sont en place, notamment des délais stricts et des exigences de notification visant à protéger les intérêts et les droits des détenteurs de biens. Toute saisie de biens faisant l'objet d'une confiscation administrative doit être fondée sur une cause probable. Le principal avantage de la confiscation administrative est d'éviter d'encombrer les tribunaux d'actions judiciaires lorsque personne ne conteste la confiscation des biens saisis. Pour cette typologie v. en détail, <https://www.justice.gov/afms/types-federal-forfeiture> et « Asset forfeiture policy manual », *US Department of Justice, Criminal Division, Money laundering and asset recovery section*, 2021. Le 2 mars 2022 a été annoncé le lancement de la *Task Force KleptoCapture*, un groupe de travail d'inter-agences chargé de faire respecter les sanctions, les restrictions à l'exportation et les contre-mesures économiques que les États-Unis ont imposées, avec leurs alliés et partenaires, en réponse à l'invasion militaire non provoquée de l'Ukraine par la Russie. La tâche, confiée à la *Task Force KleptoCapture*, serait d'assurer le plein effet de ces actions, visant et ainsi isoler la Russie des marchés mondiaux et lui imposer des coûts sérieux pour cet acte de guerre injustifié, en ciblant les responsables politiques russes, les élites alignées sur le gouvernement, et ceux qui aident ou dissimulent leur conduite illégale. Attorney General Merrick B. Garland Announces Launch of Task Force KleptoCapture Task Force Will Surge Federal Law Enforcement Resources to Hold Accountable Corrupt Russian Oligarchs, Department of Justice, Office of public affairs, March 2 2022, <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-merrick-b-garland-announces-launch-task-force-kleptocapture>. V. la saisie du navire d'un oligarque russe opérée par les autorités des Fidji à la demande de la

possible de saisir et de disposer de certains des avoirs gelés, uniquement dans le cadre d'une procédure judiciaire qui exige de démontrer que les biens ont un lien quelconque avec un crime précédent. Un certain assouplissement des règles de procédure de saisie semble avoir eu lieu depuis une loi américaine promulguée en décembre 2022. Le processus d'élaboration de cette loi mérite d'être évoqué.

551. Deux membres du Congrès des États-Unis ont présenté, le 3 mars 2022, un projet de loi qui conférerait au président le pouvoir de confisquer des biens d'une valeur supérieure à 5 millions de dollars US appartenant à des personnes liées à « la corruption, aux violations des droits de l'homme, à l'influence malveillante de la Russie ou aux conflits en Ukraine »¹³⁷⁶. La saisie pourrait ainsi être ordonnée sur la seule preuve d'un lien du propriétaire des biens en question avec le régime de Poutine. Le projet autorisait le président à prendre « toutes les mesures constitutionnelles » pour confisquer tous les avoirs gelés dans le cadre des sanctions contre la Russie qui appartiennent à ces personnes sans définir plus en détail à quoi correspondent les « mesures constitutionnelles ». L'objectif de ce projet était d'autoriser la

justice américaine. « Fijian law enforcement executed a seizure warrant freezing the Motor Yacht Amadea (the Amadea), a 348-foot luxury vessel owned by sanctioned Russian oligarch Suleiman Kerimov. Fijian law enforcement, with the support and assistance of the FBI, acted pursuant to a mutual legal assistance request from the U.S. Department of Justice following issuance of a seizure warrant from the U.S. District Court for the District of Columbia, which found that the *Amadea* is subject to forfeiture based on probable cause of violations of U.S. law, including the International Emergency Economic Powers Act (*IEEPA*), money laundering and conspiracy. The U.S. Treasury Department's Office of Foreign Assets Control designated Kerimov as part of a group of Russian oligarchs who profit from the Russian government through corruption and its malign activity around the globe, including the occupation of Crimea. In sanctioning Kerimov, the Treasury Department also cited Kerimov as an official of the Government of the Russian Federation and a member of the Russian Federation Counsel. Upon receipt of a mutual legal assistance request from the United States, Fijian authorities executed the request, obtaining a domestic seizure warrant from a Fijian court ». V. aussi à ce sujet les *affidavits* auprès du Tribunal pour le district de Columbia au sujet des demandes de saisie des navires *Amadea* et *Tango*, du 25 mars 2022 et du 27 avril 2022. En l'occurrence la saisie avait été coordonnée par l'autorité Task Force Kleptocapture relevant du ministère de la justice. <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1490356/download> et <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1498641/download>

¹³⁷⁶ T. Malinowski, J. Wilson, 117th Congress, 2d Session, *to authorize the confiscation of assets subject to United States jurisdiction of certain foreign persons, and for other purposes*. https://malinowski.house.gov/sites/malinowski.house.gov/files/MALINJ_075%20ASSET%20SEIZURE%20ACT.pdf. Le projet a été voté par le Congrès le 27 avril 2022. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/6930/text/H.R.6930> — *Asset Seizure for Ukraine Reconstruction Act*, April, 28, 2022, 117th Congress (2021-2022) « (1) The President should take all constitutional steps to seize and confiscate assets under the jurisdiction of the United States of foreign persons whose wealth is derived in part through corruption linked to or political support for the regime of Russian President Vladimir Putin and with respect to which the President has imposed sanctions. 2) The President, by means of instructions, licenses, or other regulations as may be promulgated and in a manner consistent with due process of law, should confiscate any property or accounts subject to the jurisdiction of the United States, valued over \$2,000,000, and belonging to Russian energy companies or to foreign persons whose wealth is derived in part through corruption linked to or political support for the regime of Russian President Vladimir Putin and with respect to which the President has imposed sanctions. (5) The President should use all liquidated funds for the benefit of the people of Ukraine, including for the following: (A) Post-conflict reconstruction in Ukraine. (B) Humanitarian assistance. (C) United States government assistance provided to the security forces of the government of Ukraine. (D) Provisions to support refugees and refugee resettlement in neighboring countries and in the United States. (E) Technology items and services to ensure the free flow of information to the Ukrainian people in Ukraine, including items to counter internet censorship by Russian authorities, to circumvent efforts to shut down internet or communication services by Russian authorities and bolster the cybersecurity capabilities of Ukrainian Government or non-governmental organizations. (F) Humanitarian and development assistance for the Russian people, including democracy and human rights programming and monitoring ».

saisie définitive des biens privés par une décision administrative sans mandat judiciaire préalable obligatoire. Vraisemblablement, les propriétaires auraient toujours le droit d'intenter une action en justice pour récupérer les biens saisis. Les fonds provenant de la liquidation devraient être utilisés pour la reconstruction de l'Ukraine, l'aide humanitaire, l'équipement militaire pour les forces militaires en uniforme du gouvernement élu d'Ukraine, des dispositions pour soutenir les réfugiés dans les pays voisins, ou encore pour renforcer les services Internet en Ukraine contre les cyberattaques venant de Russie. Il a également été proposé que les États-Unis mettent de côté la plupart des actifs russes gelés pour constituer un fonds destiné à indemniser les Ukrainiens et les autres personnes lésées¹³⁷⁷. Le 28 avril, l'administration américaine a publié une « proposition complète de paquet législatif visant à tenir le gouvernement russe et les oligarques russes responsables de la guerre contre l'Ukraine ». Le projet autorisait la confiscation sur la base d'« informations crédibles » selon lesquelles les biens sont « dérivés en partie de la corruption liée au régime du président de la Fédération de Russie, Vladimir Poutine, ou d'un soutien politique à ce régime. » Ce dispositif décrivait les nouveaux pouvoirs accordés au gouvernement américain pour la saisie des avoirs russes et le versement des recettes à l'Ukraine pour soutenir sa lutte contre la Russie¹³⁷⁸. Le projet de loi que le président a envoyé au Congrès créait une nouvelle infraction pénale, rendant illégal le fait pour quiconque de posséder sciemment des produits directement issus de transactions avec le gouvernement russe. En outre, les biens utilisés pour faciliter les violations des sanctions pourraient également être saisis. La Maison Blanche affirmait que ces nouveaux outils rendaient le contournement des sanctions plus difficile et l'administration déclarait vouloir utiliser l'argent « pour réparer les dommages causés par l'agression russe contre l'Ukraine »¹³⁷⁹.

¹³⁷⁷ A. Moiseienko, « Russian assets accountability for Ukraine and a plea for short-term thinking », *EJIL : Talk*, 5 mars 2022.

¹³⁷⁸ V. le rapport de la Maison blanche à ce sujet, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/04/28/fact-sheet-president-bidens-comprehensive-proposal-to-hold-russian-oligarchs-accountable/> « This package of proposals will establish new authorities for the forfeiture of property linked to Russian kleptocracy, allow the government to use the proceeds to support Ukraine, and further strengthen related law enforcement tools. Create a new, streamlined administrative process involving the Departments of the Treasury and Justice, for the forfeiture of property in the United States that is owned by sanctioned Russian oligarchs and that has a connection to specified unlawful conduct. A forfeiture decision would be reviewable in federal court on an expedited basis. Enabling the Transfer of the Proceeds of Forfeited Kleptocrat Property to Ukraine to Remediate Harms of Russian Aggression. This proposal would improve the United States' ability to use forfeited oligarch funds to remediate harms caused to Ukraine by Russian aggression. Under the proposal, the Departments of Justice, Treasury, and State will work together to use forfeited funds related to corruption, sanctions and export control violations, and other specified offenses to remediate harms of Russian aggression toward Ukraine.[...] Clamping Down on Facilitation of Sanctions Evasion: This proposal would allow for the forfeiture of property that Russian oligarchs use to facilitate the evasion of sanctions. Under current law, the United States can forfeit the proceeds of sanctions violations, but it cannot forfeit property used to facilitate sanctions violations ».

¹³⁷⁹ « Dans la plupart des cas, la confiscation d'avoirs nécessite une procédure judiciaire et la preuve que le bien constitue un produit ou un instrument du crime. En revanche, la confiscation administrative ne nécessite pas de procédure judiciaire préalable. Cependant, elle n'est disponible que pour quelques catégories de biens, notamment la contrebande, les moyens de transport (c'est-à-dire les bateaux, les voitures, les avions) utilisés pour importer, transporter ou stocker

552. La loi relative à la saisie des biens russes a été adoptée par le Sénat le 22 décembre 2022¹³⁸⁰. En 2022, le département du Trésor a procédé au gel des actifs souverains de la Russie, tandis que le département de la Justice cherche actuellement des moyens de cibler les oligarques russes en vue d'une confiscation pénale, civile et administrative sur la base de leurs activités criminelles personnelles¹³⁸¹. Il semble que les pouvoirs judiciaires, en s'appuyant sur la loi de décembre 2022, aient ordonné la confiscation des biens privés gelés¹³⁸². Tout le processus d'élaboration de cette loi met en avant les différences existantes entre l'acte de gel, censé porter préjudice à la valeur économique immédiate des biens et la saisie ayant un effet définitif sur le titre des biens. Dans le cadre de la discussion autour de cette loi, le gel des biens, par principe mesure provisoire a même été qualifié de « mesure de prise d'otages » par référence à la théorie d'otages économiques selon la législation de guerre prévoyant le gel des avoirs de ressortissants ennemis¹³⁸³.

γ. L'hypothèse de la violation des mesures restrictives imposées par l'UE : une infraction susceptible d'engendrer la confiscation des biens.

553. Des initiatives visant à offrir les outils nécessaires pour la saisie définitive des biens privés des oligarques russes ont été prises aussi au sein de l'UE. Les règlements qui ordonnent le gel des avoirs sur la base de la compétence de l'UE en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC) ne peuvent être étendus pour exiger la saisie permanente des avoirs. La confiscation reste donc du ressort de chaque État membre de l'UE, où elle peut avoir lieu

une substance contrôlée, et certaines autres formes de biens d'une valeur inférieure à 500 000 \$. Elle n'est pas disponible pour les biens immobiliers ou les biens d'une valeur supérieure à 500 000 \$ [...]La proposition ne définit pas non plus le terme "oligarque" et il n'existe aucune définition de ce terme dans le droit américain. Étant donné la signification originale du terme en grec ancien (domination par une poignée de riches), il ne s'appliquerait vraisemblablement dans ce contexte qu'à une personne qui (a) possède à la fois la richesse et le pouvoir politique et (b) a acquis au moins l'un ou l'autre de manière corrompue. Un homme d'affaires riche et honnête ne serait vraisemblablement pas visé ». T. Firestone, « The New White House Proposal To Seize Russian Assets: A Legal Analysis », 2 May 2022, <https://www.stroock.com/news-and-insights/the-new-white-house-proposal-to-seize-russian-assets-a-legal-analysis>.

¹³⁸⁰ *Congressional Record, Senate*, S110072, December 22, 2022 : Amendment n.6596: « Senator Graham from South Carolina : This amendment would allow the Department of Justice, through the Secretary of State, to transfer proceeds from seized oligarch assets or other sanctioned entities to the people of Ukraine. It will be a godsend to the long-suffering people of Ukraine. It will be a relief to the American taxpayer because billions of dollars are subject to being seized and transferred. It will be a bad day for oligarchs ».

¹³⁸¹ Sur les différentes propositions législatives concernant la confiscation des biens saisis pour financer un programme de réparations au profit de l'Ukraine v. E. J. Criddle, « Turning sanctions into Reparations : Lessons for Russia-Ukraine », <https://harvardilj.org/2023/01/turning-sanctions-into-reparations-lessons-for-russia-ukraine>, janvier 2023.

¹³⁸² *United States District Court*, 22 Civ. 10 148 (JMF), Feb. 2, 2023, cité par J.P. Sexton, D. Kinnecome, « Enforcing sanctions violations to fund the reconstruction of Ukraine », *EJIL Talk !*, 8 juin 2023.

¹³⁸³ Pour la défense de l'effet provisoire des mesures de dépossession et la qualification de prise d'otage v. P. Stephan, « Giving Russian Assets to Ukraine – Freezing Is Not Seizing », *Lawfare*, 26 avril 2022 ; E. Criddle, « Opinion — Rebuilding Ukraine Will Be Costly. Here's How to Pay », *Politico*, Mar. 30, 2022 ; SR. Anderson, C. Keitner, « The Legal Challenges Presented by Seizing Frozen Russian Assets », *Lawfare*, May 26, 2022 ; Ph. Zelikow, « A legal approach to the transfer of Russian assets to rebuild Ukraine », *Lawfare*, 12 mai 2022 ; L. Tribe, « Does American Law Currently Authorize the President to Seize Sovereign Russian Assets? », *Lawfare*, 23 mai 2022.

sur la base de la législation nationale¹³⁸⁴. En effet, l'article 345 du TFUE indique que les traités de l'Union n'affectent pas le régime de la propriété dans les différents États membres. Ainsi, selon la doctrine, les États membres restent compétents pour aménager leur propre régime de propriété¹³⁸⁵. Par conséquent, l'Union ne dispose d'aucune compétence en la matière. Par ailleurs, il faut souligner que l'article 345 ne contient pas de garantie du droit à la propriété¹³⁸⁶.

554. Par ailleurs, l'exécution des mesures de sanction incombe aux États membres et est contrôlée en permanence par la Commission en coopération avec les États membres. Conformément à l'article 3, paragraphe 1, lettre e) du TFUE, l'Union dispose d'une compétence exclusive en matière de sanctions économiques, de sorte que les États membres ne sont en principe plus habilités à prendre leurs propres sanctions économiques sans autorisation de l'Union, pour autant que des sanctions aient été prises en vertu du droit de l'Union. Malgré la neutralité de l'UE à l'égard des régimes de la propriété existant dans les États-membres, et la non-reconnaissance de droits subjectifs émanant de l'art. 345, la Cour de Luxembourg a précisé que les règles fondamentales de l'Union esquissent un cadre non-dérogatoire quant à la gestion de la propriété privée¹³⁸⁷.

555. À l'heure actuelle, il n'existe pas de mesures restrictives de l'Union qui prévoient la confiscation de biens. Le libellé ouvert de l'article 215, paragraphe 1, du TFUE n'exclut

¹³⁸⁴ Un débat sur ce sujet se déroule actuellement en Pologne à propos des biens privés des oligarques russes. Il semble que seule une modification de la Constitution puisse permettre d'exproprier les biens privés et d'utiliser le produit de la vente pour aider les victimes de la guerre. « Polen will Oligarchen enteignen », *Frankfurter allgemeine Zeitung*, 21 mars 2022, <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/polen-will-eigentum-von-oligarchen-fuer-opfer-des-ukraine-krieges-17894806.html>

¹³⁸⁵ Cette disposition était auparavant considérée comme « hostile à l'intégration » et comme un « flanc ouvert du marché commun », car l'aménagement du régime de la propriété était indissociable de la principale mission de la Communauté, l'intégration économique. C. Calliess, M. Ruffert, *EUV/AEUV, op. cit.*, Art. 345, p.2613-2616, par.3.

¹³⁸⁶ *Idem*, « Conformément au principe d'attribution contenu dans l'article 4, paragraphe 1, et l'article 5, paragraphe 2, du traité UE, l'Union ne peut agir que si une compétence correspondante lui a été attribuée dans les traités ; il existe donc de toute façon, même en ce qui concerne le régime de la propriété, une présomption de compétence en faveur des États membres, qui n'aurait plus eu besoin d'être mentionnée expressément. L'article 345 n'est donc en tout cas pas une norme de répartition des compétences, mais une norme d'exercice des compétences qui impose à l'Union l'obligation de ne pas intervenir dans le régime de la propriété des États membres, même dans le domaine des compétences qui lui sont attribuées ».

¹³⁸⁷ CJUE, 16 mai 2017, Avis 2/15 de la Cour (assemblée plénière) ECLI:EU:C:2017:376, par. 107 : « [...] l'article 345 TFUE exprime la neutralité de l'Union à l'égard des régimes de la propriété existant dans les États membres, mais n'a pas pour effet de soustraire ces régimes aux règles fondamentales de l'Union [...] Cet article entend uniquement encadrer d'éventuelles décisions de nationalisation ou d'expropriation par des limites visant à garantir aux investisseurs qu'une telle décision interviendra dans des conditions équitables et dans le respect des principes généraux et des droits fondamentaux, et notamment du principe de non-discrimination. Il traduit donc le simple fait que, si les États membres demeurent libres d'exercer leurs compétences en matière de droit de propriété et de modifier en conséquence le régime de la propriété en ce qui les concerne, ils ne sont pas pour autant soustraits au respect de ces principes et droits fondamentaux ». CJUE, 22 octobre 2013, aff. C—105/12, *Staat der Nederlanden contre Essent NV* (C-105/12), *Essent Nederland BV* (C-105/12) *Eneco Holding NV* (C-106/12) et *Delta NV* (C-107/12), par. 29 « L'article 345 TFUE exprime le principe de neutralité des traités à l'égard du régime de propriété dans les États membres ». Par. 36 : « Toutefois, l'article 345 TFUE n'a pas pour effet de soustraire les régimes de propriété existant dans les États membres aux règles fondamentales du traité FUE, dont, notamment, celles de non-discrimination, de liberté d'établissement et de liberté des mouvements de capitaux ».

toutefois pas expressément des mesures allant au-delà du simple gel et de la simple interdiction d'usage des biens visés. Le libellé de l'article 215, paragraphe 1, TFUE est large puisqu'il fait référence aux « mesures nécessaires ». La formulation ouverte de cette disposition se distingue de la formulation de l'article 75, paragraphe 1, TFUE, qui indique explicitement les mesures ciblant le financement du terrorisme¹³⁸⁸. En principe, l'article 215, par.1, couvre les sanctions économiques de toute nature contre les États. Les mesures restrictives prises en vertu de cet article doivent être nécessaires et ne pas dépasser le cadre d'objectifs relevant du domaine PESC. Par conséquent, des mesures restrictives d'intérêt ou de finalité purement commerciale ne seraient pas envisageables¹³⁸⁹.

556. La privation temporaire en raison du gel d'avoirs doit, dans le cadre de l'UE, être adéquate et proportionnée au regard des objectifs de la PESC. Par conséquent, une privation définitive de propriété, en dehors des hypothèses de confiscation prononcée à titre de sanction pénale ne serait pas compatible avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE¹³⁹⁰.

557. La *task force* « *Freeze and Seize* » a été créée par la Commission européenne afin de garantir la mise en œuvre efficace des sanctions de l'UE contre les oligarques russes et biélorusses inscrits sur la liste noire dans l'ensemble de l'UE¹³⁹¹. Cette *task force* rappelle que, si elle est censée jouer un rôle important dans la coordination des actions des États en matière de gel des avoirs en cause, elle ne peut procéder à la saisie des avoirs que lorsque les lois nationales le permettent. Une proposition de la Commission européenne publiée le 25 mai 2022

¹³⁸⁸ L'énumération des mesures est indicative. Article 75 TFUE : « Lorsque la réalisation des objectifs visés à l'article 67 l'exige, en ce qui concerne la prévention du terrorisme et des activités connexes, ainsi que la lutte contre ces phénomènes, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, définissent un cadre de mesures administratives concernant les mouvements de capitaux et les paiements, telles que le gel des fonds, des avoirs financiers ou des bénéficiaires économiques qui appartiennent à des personnes physiques ou morales, à des groupes ou à des entités non étatiques, sont en leur possession ou sont détenus par eux ».

¹³⁸⁹ C. Calliess, M. Ruffert, EUV/AEUV, *op. cit.*, art. 215, p. 2050-2063, par.20.

¹³⁹⁰ E. Muller, « Les avoirs », *op.cit.*, p.632 : « [U]ne privation de propriété se heurterait à la double condition de l'utilité publique et de la juste indemnité posée par l'art. 17 de la Charte des droits fondamentaux, qui paraît a priori difficile à remplir s'agissant de biens qui ne constituent pas le produit ou l'objet d'une infraction, à la différence par exemple de la restitution des "biens mal acquis" ou du produit de leur cession. En revanche, des confiscations peuvent être prononcées à titre de sanction, en cas de violation des mesures de gel ; c'est d'ailleurs là une exigence du règlement 269/2014 ».

¹³⁹¹ « La *task force* se compose de représentants de la Commission, de points de contact nationaux de chaque État membre, d'Eurojust et d'Europol, ainsi que d'autres agences et organes de l'UE s'il y a lieu. Elle coordonnera les actions des États membres de l'UE, d'Eurojust, d'Europol et d'autres agences visant à saisir et, lorsque la législation nationale le prévoit, à confisquer les avoirs des oligarques russes et biélorusses ». Commission européenne, communiqué de presse, Exécution des sanctions contre les oligarques russes et biélorusses inscrits sur la liste noire : la *task force* « *Freeze and Seize* » (« gel et confiscation ») de la Commission intensifie ses travaux avec les partenaires internationaux », 17 mars 2022. V. aussi « Ministerial Joint Statement on the Russian Elites, Proxies, and Oligarchs Task Force by the European Commission, the United States, Australia, Canada, France, Germany, Italy, Japan and the United Kingdom », 17 mars 2022 : « We, the undersigned Finance, Justice, Home Affairs, and Trade Ministers and European Commissioners, jointly commit to prioritizing our resources and working together to take all available legal steps to find, restrain, freeze, seize, and, where appropriate, confiscate or forfeit the assets of those individuals and entities that have been sanctioned in connection with Russia's premeditated, unjust, and unprovoked invasion of Ukraine and the continuing aggression of the Russian regime ».

établit certaines règles communes à l'échelle de l'UE sur la confiscation des avoirs et prévoient notamment que les avoirs impliqués dans l'évasion des sanctions sont susceptibles de faire l'objet de confiscation. Toutefois, d'une manière générale, les propositions ne modifient pas le principe généralement admis selon lequel seuls les avoirs qui proviennent de manière prouvée d'une activité criminelle peuvent faire l'objet d'une confiscation¹³⁹². En vertu de cette proposition, une marge d'appréciation dans l'adoption d'une politique de confiscation des biens serait reconnue aux États. La proposition de directive sur le recouvrement et la confiscation des avoirs permettrait de renforcer les capacités des autorités compétentes à identifier, geler et gérer les avoirs, et à étendre les capacités de confiscation de manière à couvrir toutes les activités criminelles pertinentes menées par les organisations criminelles, de façon à pouvoir confisquer tous les avoirs pertinents. Il faut souligner que dans l'exposé des motifs, une référence détaillée est faite aux mesures restrictives contre la Russie. Il est indiqué que « la directive proposée, qui comprend non seulement des règles relatives au dépistage et à l'identification des avoirs ainsi qu'à leur gestion, mais aussi des règles relatives au gel et à la confiscation, devrait également s'appliquer à la violation des mesures restrictives de l'Union européenne, lorsqu'un tel comportement constitue une infraction pénale telle que définie ». Il est ainsi indiqué que « les mesures de gel et de confiscation prévues par la présente directive, notamment celles énoncées aux chapitres III et IV, restent toutefois limitées aux situations où les biens proviennent d'activités criminelles, comme en cas de violation des mesures restrictives de l'Union ». Il est évident que la connotation pénale d'un acte de confiscation n'est pas abandonnée.

558. Néanmoins, des réticences ont été exprimées par des représentants de la doctrine pénale concernant la proposition de la Commission européenne de renforcer l'application des sanctions par des peines pour créer ainsi un fondement juridique pour la confiscation des avoirs impliqués¹³⁹³. Selon la proposition, l'infraction serait constituée par la violation des mesures

¹³⁹² Proposition de directive du parlement européen et du Conseil relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs, COM (2022) 245 final, 25 May 2022. Art. 12 : « Confiscation 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits tirés d'une infraction pénale à la suite d'une condamnation définitive, qui peut aussi avoir été prononcée dans le cadre d'une procédure par défaut. 2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de biens dont la valeur correspond à celle des instruments ou des produits tirés d'une infraction pénale à la suite d'une condamnation définitive, qui peut aussi avoir été prononcée dans le cadre d'une procédure par défaut ».

¹³⁹³ Dans le cadre du débat doctrinal visant à détecter un fondement juridique précis qui serait en mesure de justifier la confiscation des avoirs gelés des oligarques russes sanctionnés l'attention a été attirée par un article du code pénal suisse qui pourrait servir de source d'inspiration. *Badische Zeitung*, « Russische Yachten als Reparation? », 23. Juni 2022, <https://www.badische-zeitung.de/russische-yachten-als-reparation-214234307.html>, L'art. 72 du Code pénal suisse prévoit que tous les biens soumis au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle peuvent être confisqués dans certaines circonstances. Cette disposition contient un renversement de la charge de la preuve. Si un tel régime était appliqué aux fonds gelés des oligarques russes sanctionnés, tous les avoirs pourraient ainsi en principe être confisqués, sauf si ces personnes pouvaient prouver qu'elles ne sont pas impliquées dans la guerre d'agression. Art. 72 Le juge prononce la confiscation de toutes les valeurs patrimoniales sur lesquelles une organisation criminelle ou terroriste exerce un pouvoir de disposition. Les valeurs appartenant à une personne qui a participé ou apporté son soutien à une telle

restrictives. Les biens gelés seraient ainsi l'objet de la confiscation. Si la violation des mesures restrictives réside dans le fait de dissimuler des valeurs ou d'opérer d'autres activités de contournement, ces valeurs ou biens de luxe sont l'objet sur lequel l'infraction est commise. Les biens gelés ne sont ni des instruments, ni des produits de l'infraction.

559. À titre d'exemple, le droit allemand prévoit dans son code pénal, la confiscation de l'objet de l'infraction, toute en la soumettant à une disposition particulière¹³⁹⁴. Des dispositions spéciales prévoient la confiscation des objets qui peuvent être confisqués en raison de leur qualité, à savoir les drogues, les armes de guerre, les produits de contrefaçon¹³⁹⁵. Pour ces biens il y a un motif autonome de confiscation relevant du droit de la sécurité, de lutte contre les stupéfiants, de la protection des droits d'auteur. Il est évident qu'un tel motif n'existe pas pour les biens de luxe des oligarques russes. La confiscation serait justifiée, selon la proposition, par la tentative de contourner les mesures restrictives imposées et non pas par la nature des objets ou de leur produit. À la lumière de ce constat, le parallèle a été dressé entre les biens des oligarques russes et la contrebande de guerre, susceptible d'être confisquée¹³⁹⁶. Cette argumentation sous-tend la décision prise par le Conseil de l'UE, le 28 novembre 2022

organisation (art. 260ter) sont présumées soumises, jusqu'à preuve du contraire, au pouvoir de disposition de l'organisation. M. Ambühl, N. Meier, D. Thürer, « Verhandeln – aber wie? Drei Abkommen – was auf den russischen Überfall der Ukraine folgen könnte », *Frankfurter allgemeine Zeitung*, 19. Mai 2022.

¹³⁹⁴ Art. 74 « Confiscation des produits, des moyens et des objets de l'infraction pour les auteurs et les participants (1) Les objets qui ont été produits par une infraction intentionnelle (produits de l'infraction-*Tatprodukte*) ou qui ont été utilisés ou destinés à sa commission ou à sa préparation (moyens de l'infraction-*Tatmittel*) peuvent être confisqués. (2) Les objets auxquels se rapporte une infraction (objets de l'infraction-*Tatobjekte*) sont soumis à la confiscation conformément à des dispositions particulières ».

¹³⁹⁵ La conformité d'un tel acte de confiscation avec la protection du droit à la propriété selon la CEDH a été approuvée par la Cour dans une affaire impliquant des personnes pour lesquelles des soupçons étaient justifiables. La Cour a affirmé la conformité avec la Charte d'une politique de prévention criminelle permettant le recours à la mesure de confiscation. En l'occurrence, en raison des soupçons qui pesaient sur les requérants et qui donnaient à penser qu'ils étaient membres d'une organisation criminelle visant le trafic de stupéfiants, le Tribunal de Turin avait ordonné la confiscation des biens précédemment saisis appartenant aux requérants et dont la provenance légitime ne pouvait pas être démontrée. L'atteinte sérieuse au droit de propriété n'a pas été qualifiée de disproportionnée à la lumière de l'objectif poursuivi, à savoir la lutte contre la criminalité organisée CEDH, *Décision sur la recevabilité de la requête n. 52024/99* présentée par Rocco ARCURI et trois autres contre l'Italie, 5 juillet 2001, p. 6 : « [L] a Cour souligne que la mesure litigieuse s'inscrit dans le cadre d'une politique de prévention criminelle et considère que, dans la mise en œuvre d'une telle politique, le législateur doit jouir d'une grande latitude pour se prononcer tant sur l'existence d'un problème d'intérêt public appelant une réglementation que sur le choix des modalités d'application de cette dernière ». P. 7 : « Dans ces circonstances, compte tenu de la marge d'appréciation qui revient aux États lorsqu'ils réglementent "l'usage des biens conformément à l'intérêt général" en particulier dans le cadre d'une politique criminelle visant à combattre le phénomène de grande criminalité, la Cour conclut que l'ingérence dans le droit des requérants de grande criminalité, au respect de leurs biens n'est pas disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi ».

¹³⁹⁶ « De ce point de vue, les avoirs des oligarques russes ressemblent peut-être même à la contrebande de forceurs de blocus qui pouvait traditionnellement être confisquée en temps de guerre. Il ne fait aucun doute que cela demande de l'imagination. Il en va autrement de bénéfices tirés des actes de contournement. Ceux-ci sont susceptibles de faire l'objet de confiscation en tant que produits de l'infraction (*Taterträge*) ». F. Meyer, « Russian Elites, Proxies, and Oligarchs – Make them Pay! », *Verfassungsblog on constitutional matters*, 24. Juni 2022, <https://verfassungsblog.de/make-them-pay/>. L'auteur exprimant ses réticences quant à la possibilité de financer par ces moyens le rétablissement de l'Ukraine, rappelle que le droit pénal est soumis au principe de non-rétroactivité. Les violations de sanctions déjà commises ne pourraient plus être prises en compte. Les propositions viseraient donc plutôt l'avenir et les conflits similaires attendus ou une nouvelle escalade du conflit russo-ukrainien.

« relative à l'identification de la violation des mesures restrictives de l'Union en tant que domaine de criminalité qui remplit les critères visés à l'article 83, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »¹³⁹⁷. Cette extension des domaines de criminalité est justifiée en tant que garantie de la mise en œuvre effective des mesures restrictives. Dans cette décision, le Conseil argumente en faveur de la finalité de confiscation des biens gelés, évoquant de manière explicite l'agression menée par la Russie contre l'Ukraine¹³⁹⁸. Il est précisé qu'à la lumière de ce conflit, le besoin fut ressenti d'examiner les « interactions existant entre les mesures restrictives et les mesures de droit pénal »¹³⁹⁹.

Il peut être constaté, que l'interrogation autour de la possibilité de confisquer de biens privés pour des actes menés par un État étranger a été intensifiée à la suite de l'éclatement du conflit ukrainien¹⁴⁰⁰. La justification qui sous-tend toutes les propositions est la volonté d'affecter les biens des oligarques russes à un fonds spécial pour la réparation des préjudices subis par le peuple ukrainien¹⁴⁰¹.

iii. La saisie définitive des biens privés : une modalité de mise en œuvre d'un régime de réparations de guerre.

560. Les débats autour de la confiscation éventuelle des biens russes présentent la particularité de lier des considérations relevant de champs différents, à savoir celui des contre-mesures pour la violation d'obligations *erga omnes* ou des contre-mesures prises à la suite de l'invocation de la légitime défense collective et les questions de réparations, qui se font jour

¹³⁹⁷ Décision (UE) 2022/2332 du Conseil du 28 novembre 2022, L308/18 Art. 1 « La violation des mesures restrictives de l'Union est un domaine de criminalité au sens de l'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TFUE ».

¹³⁹⁸ *Idem*, par. 10 : « La violation des mesures restrictives de l'Union est un domaine de criminalité particulièrement grave, d'un degré de gravité similaire à celui des domaines énumérés à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, en cela qu'elle peut perpétuer des menaces pour la paix et la sécurité internationales, nuire à la consolidation de la démocratie, de l'état de droit et des droits de l'homme et au soutien apporté à ceux-ci, et provoquer des dommages économiques, sociaux, sociétaux et environnementaux considérables. Du fait de telles violations, les personnes et entités dont les avoirs sont gelés ou dont l'activité se voit restreinte demeurent en mesure d'accéder à ces avoirs et de soutenir des régimes visés par des mesures restrictives de l'Union ou continuent d'accéder à des fonds publics détournés. De même, l'argent généré par l'exploitation de biens et de ressources naturelles qui ont fait l'objet d'un commerce en violation de mesures restrictives de l'Union peut permettre aux régimes visés par ces mesures restrictives d'acheter des armes avec lesquelles ils commettent leurs crimes. En outre, la violation des mesures restrictives de l'Union en matière commerciale pourrait contribuer à l'exploitation illégale de ressources naturelles sur le territoire visé par ces mesures restrictives ».

¹³⁹⁹ *Idem*, par.5. V. aussi à ce sujet la proposition de directive portant sur la confiscation des biens liés à des activités criminelles. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on asset recovery and confiscation - General approach*, 10347/23, 9 juin 2023. V. not. les art. 3-6 de la proposition L'art. 3 du projet précise que « «confiscation» means a final deprivation of property ordered by a judicial authority in relation to a criminal offence or criminal conduct ».

¹⁴⁰⁰ Rés. AG.12470, 14 novembre 2022, Agression contre l'Ukraine : recours et réparation. La création de ce registre relevait du mécanisme de réparations au profit de l'Ukraine. Par. 3 : « [L'Assemblée Générale] considère également qu'il faut établir, en coopération avec l'Ukraine, un mécanisme international aux fins de la réparation des dommages, pertes ou préjudice résultant des faits internationalement illicites commis par la Fédération de Russie en Ukraine ou contre l'Ukraine ». Le par. 4 de la résolution prévoyait la création d'un registre international des dommages survenus.

¹⁴⁰¹ V. le rapport de l'association *Redress Implementing the Right to Reparation : Confiscation of the assets of oligarchs and human rights abusers for the benefit of victims*, mars 2022, <https://redress.org/wp-content/uploads/2022/03/2022.03.08-Reparations-Briefing-Economic-Crime-Bill.pdf>

après la cessation des hostilités¹⁴⁰². Il a été souligné que la controverse autour des dispositifs de sanction punitive autorisant la confiscation des biens, « a conduit à une dilution de la ligne de démarcation entre les réparations après la conclusion de la paix et l'application des sanctions pour établir la paix ». La pression exercée sur un État diffère en tant qu'objectif de la finalité de création d'un fonds à titre de réparations de guerre¹⁴⁰³. Contrairement au régime des réparations, qui vise à réparer et à indemniser les dommages (de guerre) subis, l'objectif du régime des sanctions en droit international est uniquement d'inciter un État, qualifié par certains États d'agresseur, à adopter un comportement conforme au droit international¹⁴⁰⁴. La question des réparations présuppose une clarification juridiquement contraignante de la question de la responsabilité de la guerre. Des éléments de réponse à cette question sont probablement apportés après la fin des hostilités¹⁴⁰⁵.

561. En effet, les réparations sont généralement convenues sur la base d'un traité qui, dans le cas de l'Ukraine, dépendrait de l'accord de la Russie. Des dommages et intérêts peuvent également être accordés dans le cadre de procédures judiciaires internationales ou nationales. Cependant, cela pose des problèmes considérables en termes de compétence et de mise en

¹⁴⁰² Même le simple gel d'avoirs de la banque centrale russe, constituant en soi un acte illicite, serait justifié, dans ce cas, comme une contre-mesure légale aux violations des obligations erga omnes par la Russie ou mesures prise à la suite d'une demande de défense collective, M. Goldmann, « Hot War and Cold Freezes: Targeting Russian Central Bank Assets », *VerfBlog*, 2022/2/28, <https://verfassungsblog.de/hot-war-and-cold-freezes/>, DOI : 10.17176/20220301-001108-0.

¹⁴⁰³ L'objectif des sanctions est d'exercer une pression politique sur Poutine et son entourage, mais pas de générer des fonds pour la reconstruction, et encore moins d'assécher les marécages kleptocratiques russes. L'incitation à l'action du gel des avoirs et de la suspension des activités des entreprises réside dans le déblocage des fonds en cas de rétablissement de la paix. Un système conçu pour la confiscation n'a pas augmenté la pression sécuritaire sur les oligarques russes pour qu'ils utilisent leur pouvoir afin de mettre fin à l'agression russe. Non seulement il réduirait l'incitation à coopérer et à œuvrer pour le changement, mais il créerait un motif supplémentaire de contournement. Il faudra cependant reconnaître aux plans de la Commission que la confiscation y reste accessoire et ne peut être utilisée que si des tentatives de contournement ont effectivement eu lieu ». V. Meyer, F. Meyer, « Russian Elites, Proxies, and Oligarchs – Make them Pay! », *op. cit.*

¹⁴⁰⁴ Quant à la qualification des mesures de gel d'avoirs publics en tant que contre-mesures, v. P. Zelikow, « A legal approach to the transfer of russian assets to rebuild Ukraine », *op. cit.* : « My preference is a model in which the assets remain delineated as Russian property, not commingled with other non-Russian funds, where the transferring states empower the compensation fund to use these assets to perform Russia's compensation obligation. In this plan, the countermeasures could be terminated, and remaining Russian funds returned to effective Russian control, once Russia either complies with its international obligations, including compensation (Article 53), or Russia and Ukraine authorize "a court or tribunal" to resolve outstanding issues "with authority to make decisions binding on the parties," parties who would comply "in good faith." (Article 52). Thus, beyond the original notice to Russia and opportunity to negotiate, this plan would give Russia a continuing inducement to comply with its obligations or reach an agreement with Ukraine, to regain control over remaining funds or participate in an agreed process to dispose of them (Article 49). [...] The state countermeasures proposed here to help compensate Ukraine and other injured states are proportionate to the injury Russia has inflicted. This is just as international law requires. Such countermeasures are indeed "taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question" (Article 51) ».

¹⁴⁰⁵ Cet argument a été utilisé à plusieurs reprises par de nombreux États lors de la discussion de l'Assemblée générale au sujet de la création d'un registre internationale des dommages causés à l'Ukraine par la Fédération de Russie. Rés. AG.12470, 14 novembre 2022, par. 2 : « [L'Assemblée générale] considère que la Fédération de Russie doit répondre de toute violation du droit international en Ukraine ou contre l'Ukraine, y compris de l'agression commise contre ce pays en violation e la Charte des Nations Unies, ainsi que de toute violation du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, et qu'elle doit assumer les conséquences juridiques de tous ses faits internationalement illicite, y compris réparer le préjudice, dont tout dommage, causé par ces faits ».

œuvre. La création d'une commission d'arbitrage internationale chargée de statuer sur les demandes d'indemnisation à la suite d'un conflit armé s'est également faite dans le passé sur une base contractuelle ou sur ordre du Conseil de sécurité des Nations unies. La création d'un fonds à partir des biens confisqués constituerait ainsi une proposition de pallier le blocage du Conseil de sécurité¹⁴⁰⁶ ou la quête sans issue d'un traité de paix signé par les belligérants actuels¹⁴⁰⁷. Le sort des biens gelés pourrait même être déterminé par un tribunal spécial, constitué en vertu d'un traité multilatéral. Un tel tribunal international se prononcerait sur le sort des biens russes gelés. Les États qui adhèreraient au traité sur le tribunal reconnaîtraient *ipso facto* la juridiction du tribunal sur les avoirs liés à la Russie et lèveraient les immunités dans les conditions prévues par le traité¹⁴⁰⁸. Le mécanisme de financement mis en place par cet arrangement conventionnel multilatéral devrait prévoir la suppression de l'immunité de la Fédération de Russie, pour elle-même et ses biens, de la juridiction du mécanisme d'indemnisation. Une telle limitation conventionnelle de l'immunité souveraine partirait éventuellement du principe que la guerre agressive, les violations flagrantes des droits de l'homme, les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne

¹⁴⁰⁶ Même en cas de confiscation des biens privés à la suite d'une Résolution du Conseil de sécurité, la question de protection juridictionnelle des propriétaires dépossédés se pose avec acuité. La CEDH s'est prononcée sur la possibilité de confisquer des biens privés en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité à l'occasion d'une requête soumise par un ressortissant irakien et une société de droit panaméen sise à Panama. En l'espèce, les requérants considéraient « que la confiscation de leurs avoirs par les autorités suisses en application d'une résolution du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies avait été ordonnée en l'absence de toute procédure conforme à l'article 6 de la Convention ». L'ordonnance du Conseil fédéral suisse sur la confiscation des avoirs et ressources économiques irakiens gelés et leur transfert au Fond de développement pour l'Irak était entrée en vigueur le 18 mai 2004. Ordonnance du 18 mai 2004 Art. 1 : « Article 1 — Objet : La présente ordonnance règle a) la confiscation des avoirs et des ressources économiques qui sont gelés en vertu de l'article 2, alinéa 1, de l'ordonnance du 7 août 1990 instituant des mesures économiques envers la République d'Irak ; et b) le transfert des avoirs et du produit de la vente des ressources économiques au fonds de développement pour l'Irak ». Par. 37 CEDH, *Al-Dulimi et Montana Management inc. c. Suisse Grande Chambre*, requête n. 5809/08, 21 juin 2016. Même si la Cour ne s'est pas prononcée directement sur la licéité ou non d'une mesure confiscatoire des biens ordonnée par le Conseil de sécurité par invocation du chapitre VII, la violation de l'art. 6 par. 1 de la CEDH a été affirmée. D'après la Cour, les requérants avaient été privés de leur droit d'accès à un tribunal. Il a été précisé que « l'impossibilité absolue de toute contestation de cette confiscation pendant des années est à peine concevable dans une société démocratique », par. 152.

¹⁴⁰⁷ V. à ce sujet C. Giorgetti, M. Kliuchkovskiy, M. Pearsall, « Launching an International Claims Commission for Ukraine », *EJIL : Talk!*, 20. Mai 2022. Ils examinent également les différentes bases pour la création et l'organisation d'une Commission des revendications. Le financement des indemnisations s'appuierait sur les avoirs russes gelés.

¹⁴⁰⁸ Pour la proposition d'un traité multilatéral déterminant la procédure de saisie définitive des biens russes gelés v. J.-M. Thouvenin, « Garantissons que la Russie paiera la reconstruction de l'Ukraine », *Le Monde*, 2 mai 2022. En l'occurrence, cette proposition ne concernait que les biens publics russes ou les avoirs de la banque centrale russe. « Techniquement, les deux clauses principales de ce traité pourraient prévoir, d'une part, que tous les actifs, fonds et ressources économiques appartenant directement ou indirectement à la Russie, y compris les fonds de sa Banque centrale et de ses entreprises publiques, qui ont été gelés ou bloqués en réaction aux actions de déstabilisation et d'agression militaire de la Russie contre l'Ukraine depuis 2014, resteront gelés jusqu'à ce que la réparation intégrale des dommages causés à l'Ukraine et aux Ukrainiens soit dûment assurée. D'autre part, les deux clauses de ce traité pourraient également préciser qu'aucune immunité de juridiction ou d'exécution ne sera accordée ou reconnue à la Russie, à sa Banque centrale, à ses entreprises publiques ou à d'autres entreprises contrôlées par la Russie, ainsi qu'à leurs actifs, fonds ou ressources économiques par les tribunaux nationaux des États parties, dans le cadre des affaires portées devant leurs tribunaux par l'Ukraine ou les Ukrainiens sur la base de demandes découlant d'événements survenus à compter du 24 février 2022 ».

peuvent plus être considérés comme des actes *iure imperii*, couverts par la doctrine de l'acte d'État. L'État auteur de l'infraction ne pourrait donc plus avoir droit à l'immunité souveraine en cas de violation grave de son obligation découlant des normes impératives du droit international. La confiscation pourrait ainsi être mise en œuvre non seulement pour des biens publics, mais aussi pour des biens appartenant à des personnes privées en lien fonctionnel avec les actes d'agression commis¹⁴⁰⁹. Le même rôle de détermination de l'issue des biens privés pourrait être confié à une Commission de réclamations, auprès de laquelle des demandes individuelles d'indemnisations pourraient être exercées¹⁴¹⁰.

Conclusion du chapitre

562. L'objectif du chapitre a été d'apporter certains éléments de réponse à une interrogation portant sur les prérogatives des États en matière de gestion des biens des ressortissants d'un État particulier lorsqu'un différend éclate, n'atteignant toutefois ni le degré d'une guerre, ni celui d'un conflit armé international. Cette interrogation peut paraître paradoxale puisqu'elle remet en doute la thèse de la séparation radicale entre l'état de guerre ou de conflit armé et l'état de paix ou d'absence d'hostilités. Cependant, plusieurs mesures de contrainte économique présentent des similitudes apparentes avec des actes entrepris durant une situation d'hostilités ouvertes. En effet, le recours à certaines mesures de contrainte économique démontre un rapport

¹⁴⁰⁹ O. Vodiannikov, « Compensation Mechanism for Ukraine : An Option for Multilateral Action », *OpinioJuris*, 13. Mai 2002. Il propose un « tribunal de compensation pour l'Ukraine ». Étant donné qu'un tel tribunal ne peut pas être établi en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies en raison du pouvoir de veto de la Russie au Conseil de sécurité des Nations unies et de la non-acceptation par la Russie d'un accord international, l'auteur propose un traité multilatéral comme base pour le « Compensation Tribunal for Ukraine ». Les actifs suivants seraient considérés comme étant les actifs russes : 1. Les biens appartenant à la Fédération de Russie et à ses différents organes de gouvernement ; les unités constitutives de la fédération ou autres subdivisions politiques de l'État, qui sont habilités à accomplir des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine, et qui agissent en cette qualité ; 2. Les actifs des agences ou des instruments de la Fédération de Russie ou d'autres entités, dans la mesure où ils sont habilités à accomplir et accomplissent effectivement des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'État ; 3.3. Les biens des personnes privées ou des entreprises qui facilitent la commission d'une agression, aident, encouragent ou assistent de toute autre manière à sa commission ou incitent directement et publiquement à commettre une agression, à poursuivre sa commission et à la justifier publiquement ; 4. Les actifs des entités, sociétés, partenariats et entreprises qui sont directement ou indirectement contrôlés par les personnes susmentionnées. Le contrôle est constitué par des droits, des contrats ou tout autre moyen qui, séparément ou en combinaison et compte tenu des considérations de fait ou de droit en cause, confèrent la possibilité d'exercer une influence décisive sur une entité, une société, un partenariat ou une entreprise, notamment par : (a) la propriété ou le droit d'utiliser tout ou partie des actifs d'une entreprise ; (b) des droits ou contrats qui confèrent une influence décisive sur la composition, le vote ou les décisions des organes d'une entreprise. V. aussi L. Moffett, *Reparation options for the war in Ukraine*, Queen's Univ. Belfast, November 2022, 64 p.

¹⁴¹⁰ M. Weller, « Ukraine Options Paper : A Russia-Ukraine claims commission after the armed conflict », *Lauterpacht centre for international law*, note présentée, mars 2022, pp.1-12. L'auteur fait référence aux étapes à suivre pour la mise en place d'une Claims Commission, par exemple en ce qui concerne le choix des arbitres, la répartition de la charge de la preuve ou la question de savoir si la Commission doit également examiner la question de la responsabilité d'un État pour le déclenchement illégal du conflit armé (*jus ad bellum*) ou si elle doit se limiter uniquement aux réclamations découlant du comportement pendant la guerre (*jus in bello*). Pour une proposition similaire v. Ceasefire Centre for Civilian Rights, *Reparations for Ukraine : An international route map*, 16. Juni 2022, Une *Claims Commission* pour l'Ukraine pourrait être créée sur la base d'un traité multilatéral entre l'Ukraine et les États intéressés. Les États parties s'engageraient à financer le fonds de la *Claims Commission* en procédant à la confiscation des avoirs russes gelés.

d'hostilité latente. Cette hypothèse se confirme lorsque les biens des ressortissants d'un État sont visés. Dans ce cas, les biens privés sont perçus comme l'objet direct de la mesure de contrainte, tandis que l'État auquel sont rattachés les propriétaires de ces biens constitue la cible indirecte. Cette structure d'un rapport interétatique renvoie au dispositif normatif relevant de la guerre au sens formel du terme, lorsque les biens des ressortissants ennemis étaient soumis à des mesures de gel voire de confiscation. Malgré l'absence de toute qualification d'ennemi, l'intensité de l'ingérence dans le droit à la propriété privée est similaire. Cette intensité équivalente peut être constatée lorsque les biens des ressortissants d'un État sont visés pour des motifs liés aux rapports interétatiques. Par ailleurs, certains États réclament même le droit de procéder à la saisie définitive des biens privés, comme s'il s'agissait des biens ennemis confisqués à titre de représailles de guerre. Toutefois, des bornes liées à la protection de la propriété privée doivent être reconnues. Malgré les apparences, le gel des avoirs à titre de contre-mesures ou la capture d'un navire de commerce transgressant un embargo ne constituent pas des actes qui relèvent de droits des belligérants. Les États ne sont pas autorisés à agir comme s'il s'agissait des biens ennemis, des navires ennemis, voire des navires neutres associés à l'ennemi. Les critères de licéité d'un acte justifié en tant que contre-mesure ou censé constituer le moyen de mise en œuvre d'une sanction internationale doivent être minutieusement respectés. Une mesure de gel de l'ensemble des ressortissants d'un État ayant prétendument commis un acte illicite n'est pas licite. Il en va de même pour un acte de saisie d'un navire de commerce transgressant une sanction internationale. Par conséquent, l'hypothèse d'une résurgence du mécanisme des biens des civils ennemis — sans l'emploi du qualificatif ennemi — en cas de mesures de contrainte économique doit être rejetée.

563. Une mesure de confiscation des biens privés se caractérise par une radicalité manifeste. Les motifs susceptibles de dicter le recours à un tel acte soulèvent de nombreuses questions. Hormis l'hypothèse de confiscation de biens en lien avec une infraction pénale, la licéité de cette mesure doit être rejetée. Par ailleurs, comme ceci a été présenté précédemment, la prérogative de saisie définitive des biens n'était réclamée par les belligérants qu'à titre de représailles de guerre. L'attention est toutefois attirée par le fait que la saisie définitive de biens privés est associée à une interrogation autour des moyens de réparations d'un acte illicite. Cette interrogation trouve ses racines historiques dans le régime imposé aux biens des civils (*ex*) ennemis *post bellum*.

Conclusion du 2^{ème} titre

564. Le présent titre portait sur les prérogatives en matière de gestion des biens des civils, conférées à des États en dehors de l'état formel de guerre. À l'aune de l'évolution du droit international depuis 1945, une pluralité de cadres protecteurs en faveur des biens des civils ennemis a émergé. Le recours à des mesures jadis applicables en temps de guerre, et fondées sur l'attribution du caractère ennemi, ne semble plus licite. Le cadre protecteur ne semble plus susceptible de fléchir, à l'occasion d'une qualification attribuant le caractère ennemi à des personnes physiques ou morales, rattachées à l'État adverse impliqué dans un conflit armé. La pratique contemporaine démontre aussi qu'en dehors de tout rapport de belligérance, plusieurs mesures de contrainte économique sont susceptibles d'avoir comme objet direct les biens des ressortissants de l'État indirectement visé. Ces mesures sont souvent interprétées comme le signe d'un rapport d'hostilité latente. Toutefois, les actes pris à titre de mesures de contrainte économique ne peuvent pas dépasser un certain seuil d'intensité. En l'absence de conflit armé, les limites posées aux prérogatives des États agissant par le biais de contre-mesures ou en se conformant à des sanctions internationales sont significatives. Ces limites ne permettent pas la mise en place d'un régime discriminatoire dont la radicalité et l'intensité seraient équivalentes à celles caractérisant les mesures prises contre les biens des ressortissants ennemis en temps de guerre au sens formel du terme.

Conclusion de la 1^{ère} partie

565. La première partie portait sur la notion de biens des civils ennemis *pendente bello*. Son objectif était de présenter et de proposer une réflexion sur la spécificité d'un mécanisme d'ingérence dans le droit de propriété, mis en œuvre en vertu d'une qualification juridique, à savoir l'attribution du caractère ennemi. À l'aune de l'évolution du droit international, la possibilité de recourir à ce mécanisme ne semble plus envisageable. L'argumentation a suivi cette évolution, démontrant le changement structurel du droit international grâce à la prohibition du recours à la force et la reconfiguration nécessaire des relations juridiques entretenues entre les États belligérants impliqués dans un conflit armé international.

566. La pratique internationale fournit la preuve d'un usage courant de la notion de biens des civils ennemis durant la phase postérieure à la cessation des hostilités. Durant cette phase, des prérogatives nouvelles sont revendiquées par les anciens États belligérants. La continuité d'un tel régime discriminatoire, mis en œuvre après les deux Guerres Mondiales du 20^{ème} siècle, nous invite à réfléchir sur la notion de « biens des ressortissants (ex) ennemis *post bellum* ».

PARTIE II — LES BIENS DES RESSORTISSANTS ENNEMIS POST BELLUM

567. Des mesures affectant la condition personnelle et patrimoniale des ressortissants de l'État adverse relèvent de l'état de guerre au sens formel. Ces mesures se fondent sur l'attribution explicite du caractère ennemi. La présente étude s'est concentrée jusqu'à ce point sur l'identification de cette pratique et sur les limites de sa résurgence en cas d'éclatement des controverses qui n'atteignent pas le degré d'intensité d'une guerre, censée être interdite en vertu du droit international d'aujourd'hui. L'examen de la pratique des États belligérants en matière de gestion des biens des civils ennemis impose de se pencher désormais sur des considérations liées aux limites du champ d'application *ratione temporis* de ces mesures. L'interrogation porte ainsi sur la continuité éventuelle des mesures portant sur les biens des civils ennemis après la cessation des hostilités. Il semble que malgré la cessation des hostilités, certaines mesures de contrainte économique, relevant du régime juridique applicable lors de la guerre, continuent à s'appliquer. Il n'est pas exclu que les atteintes au sort patrimonial des ressortissants de l'adversaire défait s'aggravent. En effet, des mesures conservatoires portant sur les biens des civils ennemis peuvent se transformer dans des mesures de dépossession définitive. Le recours à cette pratique s'inscrit dans le cadre général des réparations de guerre. La saisie des biens des civils (ex) ennemis peut ainsi se présenter comme une modalité de mise en œuvre d'un régime de réparations de guerre. Derrière l'acte de saisie des biens des civils pour des actes entrepris par l'État (ex) ennemi dont ils sont ressortissants, se trouve une conception de responsabilité collective, intrinsèque à tout usage du qualificatif d'ennemi. L'interrogation se penche ainsi sur l'examen des spécificités de ce mécanisme, ses justifications et sa licéité éventuelle à l'aune du droit international d'aujourd'hui (Ier Titre).

568. La pratique suivie au lendemain de la Seconde Guerre mondiale démontre que les réparations de guerre sont susceptibles de prendre la forme d'une politique d'expulsion collective des populations liées aux États (ex) ennemis. Dans le cadre de cette politique, des mesures de dépossession définitive sont exercées sur les biens des civils (ex) ennemis nommés dorénavant biens abandonnés. Malgré le changement de la qualification, un régime discriminatoire similaire émerge. Dans ce contexte, le concept de biens abandonnés semble se substituer à celui de biens des civils ex-ennemis. Il convient alors de se pencher sur les particularités de ce mécanisme et sur ses finalités diverses. En effet, la saisie des biens civils abandonnés peut s'inscrire dans le cadre général de réparations de guerre ou dans le cadre d'une

politique ayant comme objectif la consolidation nationale, voire ethnique d'un État *post bellum*(2nd Titre).

Titre 1 – Le régime non-protecteur des biens des ressortissants (ex) ennemis dans le cadre des réparations de guerre

569. Le recours à des mesures de contrainte économique malgré la cessation des hostilités témoigne d'une asymétrie entre les anciens belligérants. Cette asymétrie est fondée sur l'issue militaire des hostilités et l'identification du camp des vainqueurs et du camp des vaincus. Indépendamment de ce facteur matériel, la légitimité de ce rapport asymétrique est justifiée par le constat juridique selon lequel, le belligérant vaincu aurait transgressé des règles du droit international. Cette asymétrie peut même prendre une forme juridique précise et être reflétée dans la structure et le contenu des traités de paix, marquant la fin de l'état de guerre. Selon cette hypothèse, le traité de paix ne viserait pas de manière exclusive la restauration des rapports pacifiques entre les anciens belligérants, mais aurait comme objectif la mise en œuvre d'un régime de réparations pour les préjudices subis incombant à la partie défaite, censée avoir transgressé des règles du droit international. L'asymétrie factuelle entre le vainqueur et le vaincu se traduirait ainsi en un régime juridique comprenant une pluralité de mesures. L'asymétrie caractérisant les rapports des anciens belligérants en cas de détermination sans équivoque de la partie défaite censée avoir transgressé le droit, pourrait même atteindre le sort des biens des ressortissants de ce dernier État. L'hypothèse serait envisageable selon laquelle, dans le cadre des réparations de guerre, qu'elles aient un fondement conventionnel ou pas, les biens privés des personnes physiques ou morales ayant un point de rattachement à l'État (ex) ennemi pourraient être saisis pour des actes menés par cet État. Le statut particulier de l'État ex-ennemi engendrerait des conséquences sur le statut patrimonial de ses propres ressortissants, dont les biens se trouvent à la disposition des États vainqueurs (1^{er} ch.). Les atteintes aux biens privés des ressortissants des États défaits ennemis pourraient même avoir lieu sur leurs propres territoires, en vertu des prérogatives particulières, découlant d'un régime d'occupation *sui generis* imposé par les vainqueurs. Dans ce contexte particulier, reflétant une asymétrie radicale entre les anciens belligérants, les propriétaires dépossédés, pour des raisons se rapportant à leur attachement à l'État ex-ennemi, semblent être dépourvus de protection juridique puisque toute tentative de réclamation d'indemnisation pour les pertes subies à titre de réparations de guerre s'avère inopérante (2nd ch.).

Chapitre 1. La saisie des biens des ressortissants de l'État ennemi vaincu

570. Un lien intrinsèque peut être établi entre le statut particulier attribué à l'État vaincu ennemi et le statut octroyé à ses ressortissants. L'ingérence dans les biens des ressortissants de l'ennemi se présente ainsi comme la conséquence d'une qualification juridique effectuée en fonction de l'issue d'un affrontement militaire. La saisie des biens des ressortissants de l'État ennemi est opérée dans le cadre de réparations de guerre incombant à la partie défaite. Cette hypothèse peut paraître paradoxale puisqu'elle semble être sous-tendue par une conception de responsabilité collective.

571. L'affirmation « État vaincu ennemi » semble relever de ces deux registres de manière simultanée. Au fait matériel de la défaite s'ajoute le qualificatif « ennemi » censé renvoyer à un régime juridique applicable au(x) vaincu(s). Le fait matériel se présente ainsi comme le fondement, voire le support du régime juridique. De ce régime juridique relèvent les mesures de saisie des biens des ressortissants ex-ennemis. Les civils ennemis, nommés ressortissants ennemis à la suite de la cessation des hostilités, risquent de perdre de manière définitive leurs biens, saisis à titre de réparations de guerre.

572. L'objectif du chapitre est d'étudier le lien entre le statut conféré à un État à la suite de la fin d'un affrontement militaire et les mesures applicables sur des biens privés justifiées par ce même statut. Il faut souligner la dimension historique non-négligeable de cette réflexion. Cette « absorption » totale de la sphère des individus par celle de l'État caractérise la pratique en matière de réparations de guerre au lendemain des deux Guerres Mondiales. En dehors de ce contexte bien particulier, les États renoncent au recours à des pratiques tellement discriminatoires à l'égard des personnes privées. Notre réflexion s'articule autour des deux axes : *primo* l'identification des caractéristiques du statut accordé à l'État ennemi vaincu et *secundo* l'étude des effets de ce statut sur les biens de ses propres ressortissants.

Section 1. Le statut asymétrique de l'État ennemi vaincu

573. La qualification d'État ennemi entend conférer un statut inférieur à celui reconnu aux États souverains. Ce statut inférieur témoigne d'une asymétrie entre les anciens belligérants justifiée par la défaite militaire. Néanmoins, le simple fait matériel n'est pas suffisant pour l'établissement d'un tel rapport asymétrique. Pour qu'un tel rapport puisse être établi, il faut en plus de la défaite, qu'un comportement juridiquement illicite soit attribué à l'État ennemi vaincu (§1). Dans ce cas, sa défaite serait comprise comme réparation d'un acte illicite. L'acte illicite susceptible de justifier l'émergence d'un statut équivalent à celui conféré à l'État ennemi serait

celui d'agresseur. En effet, un lien insoluble peut être établi entre l'État ennemi vaincu et l'État agresseur. Il semble que la qualification d'État ennemi ne puisse être attribuée qu'à un État qualifié aussi d'agresseur. De ce fait, une réflexion sur le statut historique d'État ennemi, octroyé aux États défaits des deux Guerres Mondiales, est cruciale pour toute réflexion actuelle sur le statut d'agresseur, conféré éventuellement à un État par le CS en vertu de l'art. 39 de la Charte de l'ONU. Il faut alors examiner si la particularité de ce statut se concrétise dans un régime spécifique d'engagement de responsabilité international (§2).

§1 Le statut de l'État ennemi vaincu au service de la paix et de la sécurité collective

574. L'attribution du caractère d'ennemi à un État vaincu peut être conçue soit comme un moyen de rétablissement de la paix soit comme un outil de préservation de la sécurité collective. L'État ennemi vaincu peut ainsi être caractérisé comme tel en vertu d'un traité de paix. Une telle qualification est en mesure de remettre en cause la séparation radicale entre l'état de guerre et l'« état de paix » (a). L'attribution du caractère ennemi à un État pourrait même servir comme fondement d'élaboration d'un système de sécurité collective (b).

a. Un statut remettant en cause la dichotomie traditionnelle entre l'état de guerre et l'état de paix.

575. La période transitoire entre la guerre et l'établissement de la paix est souvent qualifiée de paix négative¹⁴¹¹. Pendant cette période, le belligérant vaincu, impliqué dans une relation asymétrique n'est pas reconnu comme titulaire d'une « pleine souveraineté »¹⁴¹². Le terme de paix négative pourrait ainsi être utilisé pour décrire les relations entre les belligérants après la cessation des hostilités. Bien que les hostilités soient définitivement terminées, des mesures de guerre économique subsistent comme résidus de l'affrontement général. L'état de guerre pourrait être vidé de sa substance militaire, mais subsister toujours du point de vue formel et « contenir encore un minimum de mesures qui seraient des actes inadmissibles ou inamicaux en droit international de la paix - comme le maintien d'une législation discriminatoire à l'encontre des ressortissants ennemis »¹⁴¹³. Un traité de paix peut ainsi contribuer à

¹⁴¹¹ Les termes paix positive et paix négative ont été introduits par le sociologue norvégien Johan Galtung. V. en détail, A. Ferdowsi, *Der positive Frieden Johan Galtungs Ansätze und Theorien des Friedens*, München, Minerva, 1981, 222 p. La distinction est établie entre la paix négative, comprise comme l'absence de guerre alors que la violence structurelle persiste, et la paix positive au sens de la justice sociale absolue.

¹⁴¹² Pour une critique à l'usage du terme « pleine souveraineté » qui renvoie à une conception quantitative de la souveraineté : « Parler, à propos d'un État, de l'abandon partiel de la souveraineté, du transfert de souveraineté, de la souveraineté limitée ou de la nécessité de recouvrer la pleine souveraineté témoigne d'une fausse conception de cette notion. Les gradations de ce genre aboutissent à semer la confusion, car la "pleine" souveraineté implique logiquement qu'il existe des États souverains à 99 ou à 45 pour cent », p.440, J. Kranz, « Notion de souveraineté et le droit international », *Archiv des Völkerrechts*, 1992, pp. 411-441.

¹⁴¹³ H. Mosler, « Kriegsende », pp. 333-337, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 pp.333-334 : « Les événements qui se sont déroulés après 1945 montrent la nécessité de reconnaître la persistance d'un état de guerre partiel, après que d'autres aspects ont pris fin définitivement. Les hostilités

l'instauration d'un « état de paix négative » (i), ayant comme objectif la préservation du statu quo et conférant ainsi un statut inégalitaire au vaincu (ii).

i. La notion de paix négative.

576. Pendant longtemps, la guerre et la paix ont été conçues comme des notions relevant d'une dichotomie. Les règles étaient soit appliquées exclusivement en temps de paix, soit en temps de guerre. Cela reposait sur une conception purement négative de la paix comme absence de guerre (*absentia belli*). La « paix positive », en revanche, exigerait, outre la simple absence d'hostilités, le respect de certaines normes matérielles¹⁴¹⁴. La phase post-confliktuelle (*post bellum*) décrirait ainsi la phase de transition qui pose des exigences particulières aux acteurs afin d'atteindre une paix durable. Le rétablissement de la paix positive, fondée sur le statut égal entre les acteurs internationaux et présumé être la seule garantie de préservation de la paix, ne pourrait survenir que postérieurement¹⁴¹⁵. La notion de paix positive, renvoyant à la situation

contre l'Allemagne ont cessé définitivement avec la capitulation du haut commandement de la Wehrmacht le 8 mai 1945. La reprise était impossible en fait (défaite militaire complète) et en droit (incapacité de l'État allemand à agir par ses propres organes). Les normes de l'état de guerre ne se rapportant pas au conflit armé devaient cependant être maintenues ». « La Déclaration et les autres actes dont on peut déduire la cessation complète de l'état de guerre ont eu pour effet de substituer à toutes les normes applicables en état de guerre celles du droit international de la paix, à moins que des réserves particulières n'aient été faites, par exemple en ce qui concerne les biens de l'ennemi », p. 337.

¹⁴¹⁴ E. Gunnewig, *Schadenersatz wegen der Verletzung des Gewaltverbotes als Element eines ius post bellum*, Nomos, Baden-baden, 2019, 449 p., p.24 : « Quant au contenu du terme, certaines exigences normatives sont susceptibles d'être généralisées : Les droits de l'homme fondamentaux, et en particulier la garantie des droits sociaux, économiques ou culturels élémentaires, sont souvent présentés comme des éléments relevant de l'idée de paix positive. Dans une telle conception positive de la paix, la paix est censée être davantage un processus dynamique qu'un état statique ». C. Stahn, identifie plusieurs principes relevant du *ius post bellum*, dont le respect est en mesure, par conséquent, d'assurer la paix positive, à savoir : l'équité et l'« inclusivité » des règlements de paix ; la disparition du concept de punition pour l'agression, la fin de la pénalisation des États agresseurs, par exemple sous la forme des clauses dites de l'État ennemi de la Charte de l'ONU, l'« humanisation » du régime des réparations et des sanctions, le passage du régime de la responsabilité collective à la responsabilité individuelle et vers un modèle combiné de justice et de réconciliation. Il considère aussi que le rétablissement de la paix est lié à la fin des régimes autocratiques, non démocratiques et oppressifs. Dans C. Stahn, « *Jus ad bellum, jus in bello... jus post bellum? Rethinking the conception of the law of armed force* », *EJIL*, 2007, vol. 17, pp. 921-943, p.938 et s.

¹⁴¹⁵ L'exemple de référence est la réunification allemande mettant fin au régime transitoire qui a duré plusieurs décennies. V. F. von Dunk, P. Kooijmans, « The unification of germany and international law », *Michigan journal of international law*, 1991, pp.510-557. Pour une critique du concept même de paix positive v. H. Münkler, *Gewalt und Ordnung : das Bild des Krieges im politischen Denken*, Frankfurt am Main, Fischer, 1992, 249 p., p.14 : « Il faut toutefois douter que l'objectif d'une paix positive puisse jamais être atteint, car ce que l'homme peut être est historiquement fluctuant et peut donc lui-même faire l'objet de controverses politiques. Le concept maximaliste de paix de Galtung met en doute sa fonction de pacification. [...] Les définitions maximalistes reposent sur le fait qu'elles désignent un certain type comme étant la guerre ou la paix et n'acceptent le reste que comme des étapes préliminaires. La paix positive de Galtung correspond à la guerre totale de Ludendorff en tant que contrepartie systématique. [...] En donnant un caractère absolu à l'effort militaire extrême (Ludendorff) ou à l'idéal pacifiste-social-égalitaire (Galtung), la guerre et la paix ne sont plus opérationnelles en tant que catégories. En effet, ce concept de paix peut être objectivement dangereux pour la pacification, dans la mesure où la ligne de démarcation entre la guerre et la paix a tendance à s'estomper. Dans le cas de la guerre, cela correspond à une obligation d'escalade des moyens mis en œuvre ». Le concept de paix positive se caractérise d'une connotation eschatologique. V. D. Sternberger, *Über die verschiedenen Begriffe des Friedens*, Wiesbaden, Steiner, 1984, 53 p., p.8 : « Mais la proposition selon laquelle la paix positive est plus que la simple absence de guerre comporte la difficulté de déterminer le point jusqu'auquel un tel état de paix positive est possible pour l'homme et au-delà duquel il présente un caractère transcendant, exubérant ». L'auteur propose une analogie avec la théorie weberienne de deux types d'éthique. La paix de l'éthique de conviction serait la paix de la communauté unie (paix positive), tandis que celle de l'éthique de responsabilité semble être compatible avec un monde des puissances multiples et divergentes, v. p. 15.

de paix à l'intérieur de l'État, est « liée à l'absence de violence structurelle et contribue à la réduction des causes de comportements agressifs des États »¹⁴¹⁶. Par conséquent, le régime normatif de la paix négative qui pourrait même conduire à l'extinction de l'État vaincu, différerait par rapport au régime de paix positive. Il semble ainsi que le régime de paix renvoie à une multitude de régimes et pas à une situation juridique unitaire. Cette multiplicité remet en question la thèse d'une séparation radicale entre la guerre comme institution juridique et la paix comme son contraire¹⁴¹⁷. En effet, chaque fois qu'une définition juridique rigide de ces termes est proposée, des difficultés conceptuelles insurmontables apparaissent¹⁴¹⁸. La simple cessation des hostilités n'est pas censée mettre un terme à des rapports belliqueux et instaurer la paix. Ce passage n'est pas effectué en vertu d'un acte ponctuel, fonctionnant comme point de démarcation entre l'« état juridique de la guerre » et l'« état juridique de la paix »¹⁴¹⁹. Ce changement est opéré grâce à un processus continu qui mène progressivement à une désescalade de la violence et rend possible la construction de relations paisibles entre les anciens belligérants. Si le traité de paix ne sert pas comme point de démarcation entre la guerre et la paix, son rôle dans ce processus de changement des « états juridiques » n'est pas négligeable. En effet, si un traité de paix se caractérise par l'asymétrie entre les acteurs qui contribuent à son établissement, il peut être perçu comme cadre normatif de la paix négative. Il est envisageable que des traités de paix instaurent un régime non-conforme aux principes de la paix positive,

¹⁴¹⁶ J. Dolezik, *Narrative zum Gerechten Krieg im Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, 318 p., p.148.

¹⁴¹⁷ B. Wegner, « Einführung: Kriegsbeendigung und Kriegsfolgen um Spannungsfeld zwischen Gewalt und Frieden », pp.xi-xxviii., dans B. Wegner(éd.), *Wie Kriege enden : Wege zum Frieden von der Antike bis zur Gegenwart*, Paderborn, Schöningh, 2002, xxviii-383 p., p. xxii : « De même, nous pouvons constater que les périodes de guerre présentent toujours des îlots de pacifisme. Cela ne s'applique pas uniquement à l'époque des guerres de cabinets, qui étaient délibérément conçues de manière à ce que le contribuable n'en soit pas affecté. Cela vaut également pour les grandes guerres d'extermination du 17^e et du 20^e siècle. Les ravages à grande échelle causés par la guerre de Trente Ans ne doivent pas faire oublier que de vastes régions, même en Europe centrale, en particulier celles situées à l'écart des grandes routes d'avancée, ont souvent été plus ou moins épargnées par la guerre pendant de nombreuses années. De la même manière, on pourrait à juste titre se demander, en ce qui concerne la Première ou la Seconde Guerre mondiale, si la masse de la population du Commonwealth britannique ou des États-Unis ne vivait pas plutôt en paix qu'en guerre, malgré l'état de guerre existant. La question de savoir quand et où il y a (encore) la guerre ou (déjà) la paix, et si l'une exclut vraiment l'autre, est donc bien plus compliquée empiriquement qu'elle ne le paraît théoriquement. Dans les deux cas, il s'agit d'étiquettes historiographiques désignant des processus d'intensification ou de diminution de la violence ».

¹⁴¹⁸ Sur les différentes tentatives à définir juridiquement la guerre v. Fr. Grob, *The relativity of war and peace, a study in law, history and politics*, New Haven, Yale university press, 1949, xviii-402 p. L. Delbez propose une tentative de saisir *stricto sensu* la guerre. Il associe la guerre à la réunion d'un élément organique, d'un élément psychologique, d'un élément matériel et d'un élément téléologique. La réunion de ces éléments rend possible la qualification juridique d'une situation en tant que guerre. L. Delbez, « La notion juridique de guerre », *op.cit.*, 1953, pp. 177-209. Si la guerre est souvent associée à des hostilités, la notion technique de guerre en tant que condition juridique ne renvoie pas *ipso facto* à l'usage de la force. Cette hypothèse a été confirmée par l'utilisation du terme de guerre pour décrire les rapports non-militaires entretenus entre le Troisième Reich et les États de l'Amérique du Sud durant la Seconde Guerre mondiale.

¹⁴¹⁹ Pour une réflexion sur la définition de la paix en tant qu'« état formel », ses rapports avec le concept de pacifisme et sa distinction par rapport à la notion juridique de « traité de paix » pendant le 19^{ème} siècle v. M. Vec, « From invisible peace to the legitimization of war, paradoxes of a concept in nineteenth century international law doctrine », pp. 19-36, dans Th. Hippler, M. Vec (éd.), *Paradoxes of peace in nineteenth century Europe*, Oxford, Oxford university press, 2015, 304 p.

fondée sur le respect de la souveraineté étatique et l'égalité entre les États¹⁴²⁰. Cette fonction d'un traité de paix se fonde sur une appréciation liée aux statuts conférés aux anciens belligérants.

577. D'après la doctrine classique du droit international, l'imposition des conditions de paix excessives et dévastatrices pour l'État vaincu était incompatible avec son statut de *justus hostis*. En effet, le droit international classique prévoyait qu'un traité de paix visait la terminaison formelle de la guerre. À la suite de la résolution des questions relatives au statut politique et territorial de régions disputées, il était permis à l'ancien belligérant vaincu de réintégrer la « communauté des États »¹⁴²¹. D'un traité de paix relevaient aussi les clauses d'amnistie, dont l'abandon dans la pratique du XX^{ème} siècle a été perçu comme signe d'abandon des principes du droit international classique¹⁴²². La clause d'amnistie stipulait que les deux parties devaient se comporter comme s'il n'y avait pas eu de guerre et que tout comportement lors de l'affrontement militaire devait être pardonné et oublié. La conclusion de la paix ne constituait pas une situation dans laquelle la question de la culpabilité et de l'innocence pouvait être résolue

¹⁴²⁰ « La paix a une double signification. Elle signifie la fin des relations extérieures hostiles. Le contenu positif, la restauration de nouvelles formes de cohabitation politique et économique, est plus important. Les éléments négatifs se mêlent ici aux tentatives de reconstruction, car chaque vainqueur cherche à perpétuer le succès militaire par des dispositions du traité de paix qui poursuivent l'affaiblissement de l'adversaire vaincu. L'affaiblissement de la paix peut donc trouver son origine dans le traité de paix lui-même. Si l'on met de côté tous les grands mots et les paroles creuses, on peut distinguer quatre catégories d'affaiblissement voulu. La cession de territoire, la confiscation de biens, la réduction de fonction, la punition. Parmi toutes ces conséquences de la guerre, seule l'expression "affaiblissement fonctionnel" mérite d'être expliquée. J'entends par là la réduction du peuple vaincu à un niveau de vie inférieur. Cela peut consister en l'imposition d'une certaine forme de gouvernement, en un désarmement économique, en une servitude culturelle, en une obligation de désarmement ou en un armement servant des objectifs étrangers. Le prototype de telles idées sous une forme extrême était le plan Morgenthau, qui voulait réduire artificiellement et durablement la force de production économique de l'Allemagne à l'aide du traité de paix » p. 258-259. H. von Hentig, *Der Friedensschluss, Geist und Technik einer verlorenen Kunst*, München, DTV, 1965, 288 p., *idem* : « La crainte que l'Allemagne, région misérable d'Europe, ne soit secouée par des troubles sociaux et ne soit poussée dans le camp communiste — ce qui pourrait être suivi par le reste de l'Europe — a joué un rôle décisif dans l'abandon progressif du plan Morgenthau ». V. aussi A. De Zayas, *Die Nemesis von Potsdam : Die Anglo-Amerikaner und die Vertreibung der Deutschen*, München, Langen-Müller, 2020, 416 p., p.196 : « Peut-être plus que des considérations humanitaires, le spectre d'une Europe communiste a finalement conduit à un changement radical de la politique d'occupation occidentale en Allemagne. La voie était ainsi ouverte à la réalisation du point 4 de la Charte de l'Atlantique. Comme les Britanniques et les Américains l'avaient promis en 1941, ils s'efforceront, tout en respectant pleinement les engagements existants, de faire en sorte que tous les États, grands ou petits, vainqueurs ou vaincus, aient accès dans des conditions d'égalité au commerce et aux matières premières du monde, indispensables à leur prospérité économique. »

¹⁴²¹ Scheuner qualifie les clauses d'un traité de paix en tant que garanties de paix U. Scheuner, « Der fehlende Friede », pp. 190-206, dans *Mensch und Staat in Recht und Geschichte : Festschrift für Herbert Kraus*, Kitzingen, Holzner-Verlag, 1954, viii-468 p., p.203.

¹⁴²² Sur la question de l'amnistie v. C. Schmitt, *Le nomos de la terre dans le Jus publicum Europaeum*, op. cit., p. 259 « La réglementation (des traités de paix de 1919) comporte cependant une innovation sur un point important par rapport au droit des gens reconnu avant 1914, en ce sens que l'État vaincu devait s'engager à livrer à l'État ennemi ses propres ressortissants qui étaient des criminels de guerre. Cela implique une altération fondamentale et grave pour une institution juridique originelle, l'*amnistie*. Jusque-là, avant 1918, une amnistie était normalement censée inhérente au traité de paix, que ce soit par des stipulations expresses ou comme conséquence tacitement admise en vertu de l'essence de la paix entre partenaires qui se reconnaissent mutuellement. On rompait désormais avec tout cela par la discrimination du vaincu. Le changement de sens est manifeste ». et entre autres Vattel : « L'amnistie est un oubli parfait du passé : et comme la paix est destinée à mettre à néant tous les sujets de discorde, ce doit être là le premier article du traité ». Vattel, *Droit des gens*, Tome II Liv. IV, Chap. II par. 20, p. 266. L'opposition à cette conception des articles du traité de Versailles relatifs à la peine infligée au *Kaiser* allemand est manifeste.

de manière convaincante, car son fondement était la force et non le droit¹⁴²³¹⁴²⁴. Cette conception prédominait à une époque où les guerres étaient encore considérées comme des moyens politiques légitimes entre des acteurs juridiquement égaux¹⁴²⁵. Pour cette raison, les paiements après une guerre n'étaient pas considérés comme des conséquences d'engagement de la responsabilité sous forme de réparations, mais comme un tribut ou un simple transfert des coûts de la guerre que le vaincu devait généralement payer au vainqueur. Ces paiements étaient appelés indemnités de guerre. Le droit d'exiger ces paiements de la part du camp vaincu n'était

¹⁴²³ C'est ce que stipule p. ex. l'article 2 du traité de paix d'Osnabrück entre l'empereur Ferdinand II et la Suède du 24 octobre 1648 : « Il y aura de part et d'autre un oubli et une amnistie perpétuels de tout ce qui, depuis le commencement de ces incidents, a été commis d'un bout à l'autre, en quelque lieu et de quelque manière que ce soit, par l'un et par l'autre, comme actes d'hostilité, de sorte que ni pour cette raison, ni pour tout autre motif ou prétexte, l'un ne devra à l'avenir provoquer ou laisser provoquer ou tolérer qu'il soit causé à l'autre aucune hostilité, inimitié, désagrément ou entrave, que ce soit à l'égard des personnes, de l'État, des biens ou de la sécurité, de sa propre main ou par d'autres, ouvertement ou secrètement, directement ou indirectement, sous l'apparence du droit ou par la force, dans l'Empire ou ailleurs, sans préjudice de tout accord antérieur stipulant le contraire, mais tout ce qui a été fait jusqu'à présent, tant avant que pendant la guerre, par de simples paroles, d'actes de violence, d'hostilités, de dommages et de pertes, sans aucune considération de personnes ou de biens, de telle sorte que tout ce qui pourrait être revendiqué à ce titre par l'un contre l'autre, soit enseveli dans l'oubli éternel (*in ewiger Vergessenheit begraben bleibt*) ». Passage cité par W. Schätzel W. Schätzel, « Frieden und Gerechtigkeit », *Die Friedens-Warte*, 1950-1951, pp. 97-101. L'auteur vise à mettre en exergue la différence entre le traité de Versailles et les traités signant la fin de la guerre des trente ans. « La paix n'est pas le simple synonyme d'un état d'absence d'hostilités, mais elle exige une réelle satisfaction intérieure, la bonne volonté des deux parties de vivre ensemble et en paix à l'avenir, de reconnaître le nouvel état comme légitime et d'oublier tout ce qui s'est passé auparavant. Le traité de Versailles se contente de dire, dans son introduction, que l'état de guerre doit prendre fin et que les relations diplomatiques doivent être rétablies. Combien les assurances de paix d'autrefois étaient différentes ! Une paix chrétienne, universelle et éternelle a été convenue après la guerre de 30 ans, une amitié vraie et sincère, une reconnaissance du nouvel état de choses et une renonciation définitive à tous les droits antérieurs », p. 107.

¹⁴²⁴ Kant, *Elements métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Jules Barni, Paris, August Durand, 1853, pp. 225-226, par. 58 : « Le droit après la guerre, c'est-à-dire au moment du traité de paix et par rapport aux conséquences de la guerre, consiste dans la faculté qu'a le vainqueur de poser les conditions sur lesquelles le vaincu doit s'entendre avec lui, pour obtenir la paix en vertu des traités. A la vérité, il ne se conforme pas toujours au droit qu'il met en avant, en prétextant le dommage qu'il a reçu de son adversaire ; mais en se réservant la faculté de décider cette question, il s'appuie sur sa force. Le vainqueur ne peut exiger le remboursement des frais de la guerre, car il ferait alors passer pour injuste la guerre de son adversaire ; et, s'il peut songer à cet argument, il ne saurait l'invoquer, puisqu'il donnerait à la guerre un caractère pénal et à son tour se rendrait aussi coupable d'une offense. L'État vaincu ou les sujets de cet État ne perdent pas par la conquête du pays leur liberté civile, à tel point que les uns puissent descendre au rang de colons et les autres à celui d'esclaves ; car la guerre aurait alors un caractère pénal, ce qui est contradictoire en soi. [...] L'esclavage peut bien moins encore être considéré comme la conséquence légitime de la victoire remportée sur un peuple dans la guerre, parce qu'il faudrait pour cela pouvoir donner à cette guerre un caractère pénal ; et moins que tout le reste, l'esclavage héréditaire, le plus absurde de tous, parce que les fautes sont personnelles. Il résulte de l'idée même d'un traité de paix que l'amnistie y doit être comprise ».

¹⁴²⁵ Tolstoï, dans son ouvrage *La guerre et la Paix*, attribuée à Napoléon une réflexion portant sur la qualité du vainqueur en tant qu'autorité miséricordieuse. La miséricorde met des bornes à la puissance du vainqueur vis-à-vis du prince vaincu et du peuple battu. Napoléon en s'approchant de Moscou désertée se prononçait sur les conditions de paix avec les Russes. Tolstoï, *La Guerre et la Paix*, vol. II, op.cit., p.438 : « Un mot, un geste de ma main, et cette antique capitale des Czars est anéantie. Mais ma clémence est toujours prompte à descendre sur les vaincus. Je dois me montrer magnanime et véritablement grand... Non, ce n'est pas vrai, je ne suis pas à Moscou ! (Lui vint-il soudain à l'esprit). Pourtant la voici à mes pieds, avec ses croix et ses coupes dont l'or joue et rutille sous les rayons du soleil. Mais je l'épargnerai. Je graverai sur les antiques monuments de la barbarie et du despotisme les grands mots de Justice et de Miséricorde... C'est ce qui sera le plus douloureux pour Alexandre, je le connais (la signification de ce qui se passait se ramenait aux yeux de Napoléon à une lettre entre Alexandre et lui). Du haut du Kremlin — oui, c'est bien le Kremlin, oui — je leur donnerai des lois justes, je leur montrerai ce qu'est une vraie civilisation, j'obligerai des générations de boyards à garder avec amour le souvenir de leur vainqueur. Je déclarerai à leur députation que je ne voulais pas et que je ne veux pas la guerre, que je ne faisais la guerre que contre la mensongère politique de leur cour, que j'aime et estime Alexandre et que les conditions de la paix que je conclurai à Moscou seront dignes de moi et de mes peuples. Je ne veux pas profiter de mes succès pour abaisser un souverain respecté ».

cependant pas considéré comme relevant de l'exercice d'un pouvoir purement arbitraire, mais comme un élément du *ius victoriae* — du droit du vainqueur — qui prévalait à l'époque¹⁴²⁶. La fin d'une guerre se présentait donc comme un processus purement factuel, engendrant certes des conséquents juridiques, mais qui ne soulevait absolument pas la question juridique de la responsabilité de la guerre¹⁴²⁷. L'imputation de culpabilité semble, par conséquent, n'avoir pas joué de rôle crucial dans les traités au sein de l'espace intra-européen. Cela était dû à l'émergence et à la consolidation du système étatique européen moderne. Dans ce cadre, les différents États se reconnaissaient formellement égaux, quelles que fussent leurs différences matérielles de puissance, et il n'existait pas entre eux des statuts hiérarchiques multiples. Cette égalité de statut était incompatible avec toute attribution de faute à leur égard. Des clauses de culpabilité étaient, toutefois, repérables dans des traités signés entre des parties ayant des statuts inégaux, soit en raison d'un rapport régi par le droit féodal, soit dans le cadre des relations avec des structures étatiques extra-européennes¹⁴²⁸. La culpabilité était liée à une allégation relative au caractère illégitime de la guerre, menée par la partie inférieure¹⁴²⁹. Il semble que des considérations liées à la culpabilité pour l'éclatement de la guerre se trouvent à l'origine d'une réflexion portant sur le statut asymétrique entre les anciens belligérants.

ii. Un traité de paix visant à préserver le *statu quo* et à attribuer un statut inégalitaire au vaincu.

578. Il n'est pas exclu que le régime juridique de guerre puisse être reflété dans des rapports entretenus entre des anciens belligérants même après la signature d'un traité de paix, en cas

¹⁴²⁶ Traité préliminaire de paix du 26 février 1871, négocié à Versailles : « Art. 2. La France paiera à S. M. l'Empereur d'Allemagne la somme de cinq milliards de francs. Le paiement d'au moins un milliard de francs aura lieu dans le courant de l'année 1871, et celui de tout le reste dans un espace de trois années, à partir de la ratification du présent article ».

¹⁴²⁷ Certes, le vainqueur était en mesure de procéder à toute déclaration unilatérale sur les causes de la guerre terminée, en y abordant aussi les questions de responsabilité de la guerre. Il pouvait ainsi se déclarer seul coupable ou défendre la thèse selon laquelle aucune des parties n'était responsable de la guerre, ou même que les belligérants avaient une responsabilité égale à son éclatement. Il est toutefois rare que de telles hypothèses se confirment dans la pratique. Le vainqueur imputait au vaincu la responsabilité pour le déclenchement de la guerre et peut-être aussi des fautes multiples dans la conduite de celle-ci. Toutefois, l'allégation quant à la responsabilité pour l'éclatement de la guerre n'avait pas de caractère juridique. Il semble ainsi que jadis « la question de la culpabilité relèv[ait] de la force et non du droit » J. Fisch, « Der Friedensschluß und die Kriegsschuld », dans Wegner B., *Wie Kriege enden, op.cit.*, pp. 309-325, p.312 : « Cela fait partie du caractère de la guerre en tant que jugement de Dieu. Si le vaincu se déclare innocent après avoir perdu, ou si le vainqueur se déclare coupable, il y a là un mépris du jugement de Dieu, de la même manière que lorsqu'un État, après avoir mené une longue guerre avec un autre État sur un territoire, exige soudain, après avoir perdu la guerre et donc aussi ce territoire, que l'on y organise un référendum sur l'appartenance à l'État. Il renonce ainsi au paradigme du jugement de Dieu et exige à la place celui de la démocratie, dont l'application est certainement beaucoup plus appropriée selon les critères de justice habituels. » La victoire, ayant la forme d'une décision de guerre, prouve l'innocence du vainqueur.

¹⁴²⁸ J. Fisch, « Der Friedensschluß und die Kriegsschuld », *op.cit.*, p.317. Les grandes puissances européennes avaient l'habitude de désigner la partie extra-européenne comme partie coupable dans les traités de paix pendant le XVIIIe et le XIXe siècles. Un tel exemple constitue le protocole de Boxer de 1901, signé entre l'empire chinois et les grandes puissances occidentales mettant fin à la révolte de Boxer à Chine.

¹⁴²⁹ *Idem*, p.318-319.

d'établissement par ce dernier d'un rapport non-symétrique entre la partie des vainqueurs et celle des vaincus. L'hypothèse de l'imposition à l'État vaincu d'un régime comprenant même la réglementation du sort des relations personnelles et patrimoniales de ses ressortissants, présente des similitudes manifestes avec le régime relevant de l'état de guerre, censé avoir été terminé¹⁴³⁰. Par conséquent, si la paix en tant que concept juridique est compatible avec la mise en œuvre de telles mesures, la réinterprétation sémantique de la notion s'impose. Non-associé de manière impérative à la restauration de l'égalité souveraine des anciens belligérants, le concept de paix renvoie à la préservation d'un *statu quo*. Une valeur normative peut ainsi être conférée au *statu quo* par le biais d'un acte formel, à savoir d'un traité de paix¹⁴³¹. La finalité d'un tel acte serait ainsi l'attribution de caractère juridique à une situation de fait inégalitaire entre le vaincu et le vainqueur. Des doutes légitimes émergent quant à la conformité d'un tel acte, visant à rétablir la paix, avec les principes du droit international général et le statut des États en tant qu'entités souveraines et égales¹⁴³².

579. La résurgence des clauses de culpabilité au lendemain de la Première Guerre a été perçue comme signe de consolidation juridique d'un rapport d'inégalité entre les anciens belligérants¹⁴³³. La culpabilisation de la partie vaincue est ainsi liée à la reconnaissance du caractère illicite de la guerre en tant que moyen de résolution des différends. En effet, si à la guerre n'est désormais attribué aucun statut juridique, la faute de son déclenchement, acte illicite en soi, peut faire l'objet d'un traité entre les anciens belligérants. L'amnistie, à savoir l'oubli mutuel du passé concernant les relations entre les anciens belligérants, ne semble plus compatible avec cette conception de la guerre, dépourvue de tout caractère juridique¹⁴³⁴.

¹⁴³⁰ Rumpf qui entreprend la distinction entre guerre et paix du point de vue juridique et sociologique précise : « Les actes tels que le démontage et les expulsions sont des actes hostiles du point de vue sociologique (soziologisch gesehen feindselige Handlungen) et dont les effets sont similaires à ceux des bombardements et des invasions ». H. Rumpf, « Der Unterschied zwischen Krieg und Frieden », *Archiv des Völkerrechts*, 1949, Band 2, pp. 40-50, p.44.

¹⁴³¹ Contre cette thèse v. Lachs Art. 1 dans *Cot J.-P., Pellet A., La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Economica, Paris, 2005, pp.xx-2363, p.32 : « Le but de la paix et de la sécurité internationale allait cependant au-delà d'une relation purement passive entre les États membres de l'Organisation ; il représentait une ambition beaucoup plus vaste ». La distinction entre la paix formelle et la paix substantielle est aussi proposée. La paix substantielle vise la résolution de l'Assemblée générale portant sur les relations amicales. AG/Rés/2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

¹⁴³² Des auteurs interprètent l'insistance sur le status quo comme une position idéologique qui se fonde sur l'affirmation de la moralité inférieure de l'opposant. V. H. Krüger, « Finis belli pax est », pp. 200-212, not. p. 204, dans *Festschrift für Rudolf Laun zu seinem achtzigsten Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, 511 p.

¹⁴³³ J. Fisch, « Der Friedensschluß und die Kriegsschuld », *op.cit.*, p.323 : « Si l'on considère la tradition, on pourrait avancer la thèse selon laquelle les États défaits des deux guerres mondiales, en particulier l'Allemagne, qui a été le premier État à bénéficier du nouveau traitement en 1919, ont été traités par les vainqueurs de la même manière que les territoires coloniaux l'avaient été auparavant par les puissances coloniales, au point que l'on pourrait parler d'une colonisation intra-européenne. Une telle comparaison reste cependant superficielle, et l'on pourrait tout aussi bien considérer que les vainqueurs ont tenté de construire une relation de dépendance remontant au droit féodal ».

¹⁴³⁴ F. Dickmann souligne que dans de nombreux traités de paix du 17^e au 19^e siècle, la clause dite de l'oubli était courante, en vertu de laquelle les parties contractantes s'engageaient mutuellement à oublier complètement le passé. Dans cet oubli total se trouvait une condition essentielle de la paix — in *Amnestia consistit substantia pacis* — où *amnestia*. Cela signifiait renoncer à la poursuite et à la revendication de tous les dommages et offenses que les États

b. La consécration d'un système de sécurité collective : une nouvelle finalité assignée au traité de paix.

580. Si le *statu quo* est préservé grâce à un mécanisme de sécurité collective, la paix comme notion juridique semble être remplacée par cette même notion de sécurité collective. Le même processus est constaté à la fois au lendemain de la Première (i) et de la Seconde Guerre mondiale (ii).

i. Le traité de paix conçu comme moyen d'engagement de la responsabilité internationale de l'État vaincu.

581. La réflexion sur le remplacement de l'objectif de la paix par l'objectif de préservation du *statu quo* a été pleinement développée par des auteurs qui adressaient des critiques à l'égard de l'élaboration d'un système de sécurité collective dans le cadre de la Société des Nations. Ce système de sécurité collective garantissait, selon eux, le *statu quo*, sans aucune prise en considération des principes découlant du droit international classique¹⁴³⁵. Sous la plume de ces auteurs, des critiques virulentes ont été formulées contre un système de sécurité collective et sa tentative de conférer d'apparence juridique à de termes politiques¹⁴³⁶. Les traités de Versailles, de Saint-Germain, de Trianon et de Neuilly ont été qualifiés d'instruments servant l'« impérialisme » et la pacification, à distinguer de la notion de paix¹⁴³⁷. Le non-rétablissement

s'étaient infligés par la guerre et pendant la guerre, ce qui excluait donc aussi toute revendication de la culpabilité de la guerre. « Die Kriegsschuldfrage auf der Friedenskonferenz von Paris 1919 », *Historische Zeitschrift*, 1963, Band 197, pp. 1-101. V. H. Kraus, « Amnestieklausel », p. 38, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p., p.38. Rogge emploie le terme « oubli qui contribue à la paix », H. Rogge, « Rechtssysteme der internationalen Friedenssicherung: Alte und neue Aufgaben der Rechtswissenschaft », *Archiv des Völkerrechts*, 1949, pp.159-179, p.163.

¹⁴³⁵ Entre autres v. Schmitt qui souligne que des nouveaux conflits pourraient voir le jour en raison du respect du *statu quo*, C. Schmitt, « Der Status quo und der Friede » (1926), pp. 51-72, dans C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus ? : Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik, 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, xxx-1010 p., p.59 : « De l'aspiration à la paix et à la stabilité naît l'exigence d'une garantie du statu quo, c'est-à-dire d'une stabilisation. Mais la stabilisation de l'état actuel stabiliserait précisément cet état insatisfaisant, dépourvu de toute stabilité, et le résultat serait que, par une perpétuation et une légalisation artificielles, on obtiendrait non pas le calme et la paix, mais de nouveaux conflits, une nouvelle aggravation des contradictions et une perpétuation du manque de stabilité. Un zigzag dangereux, peut-être mortel pour des peuples entiers ! C'est la fatalité de tout ce système de légalisation et de juridisation du statu quo. On nous dit : la garantie du statu quo, c'est la paix. Certes, la paix, même la paix, c'est-à-dire la paix de Versailles. Un statu quo stabilisé sur cette base est aussi problématique que cette paix elle-même est problématique ». Schmitt récuse le *statu quo* comme moyen de légitimisation d'une condition intermédiaire entre la guerre et la paix.

¹⁴³⁶ Sur ces aspects v. Schmitt, *Idem*, p. 379.

¹⁴³⁷ Le sociologue Max Scheler considérait que le pacifisme ne constitue pas un phénomène uniforme. Il établissait une typologie des pacifismes, en distinguant entre le pacifisme héroïque, le pacifisme chrétien, le pacifisme économique, le pacifisme juridique, le pacifisme impérialiste de l'empire mondial, le capitalisme de classe bourgeoise, etc. « L'expression réelle la plus élevée qu'a trouvée le pacifisme juridique, c'est-à-dire l'idée de substituer une décision juridique à la guerre comme *ultima ratio* de la politique, est la réalisation de l'idée de la Société des Nations [...] La principale objection que les adversaires de la Société des Nations et les partisans de l'ancienne politique de puissance et d'alliances nationales formulent à son encontre est qu'elle n'a été créée que pour donner une durée indéfinie aux *Diktats* des États vainqueurs et à la perte de pouvoir de la guerre mondiale (traité de Versailles) et pour renforcer les *beati possidentes*. Conçue à l'origine uniquement en rapport avec les 13 autres points du programme wilsonien, elle serait devenue en réalité une alliance violente des puissances victorieuses. En outre, contrairement à la Sainte-Alliance qui, lors de la paix de Vienne, a ordonné les relations européennes pour un siècle, la Société des Nations n'a pas de principe

de la paix par ces traités a été prouvé par l'absence de rupture par rapport aux règles en vigueur et les pratiques suivies lors de la guerre¹⁴³⁸. Elles ont été perçues comme des mesures de continuité de la guerre surtout dans le champ de la contrainte économique¹⁴³⁹. Néanmoins, cette lecture qui soulignait l'incompatibilité du régime imposé par les traités de paix avec les principes wilsoniens, n'a pas fait l'unanimité dans la doctrine de l'époque. L'assimilation des mesures qui servent à l'établissement de la sécurité collective à des mesures belligérantes a été démentie par une large partie de la doctrine française¹⁴⁴⁰. La force exercée sur une partie pour se lier par un traité ne pourrait pas porter préjudice au caractère licite de ce même traité.¹⁴⁴¹ Le traité de paix se présentait comme un cas particulier, distinct par rapport au droit international général¹⁴⁴². À la lumière de ces caractéristiques, un caractère exclusivement politique a été reconnu au traité de Versailles par certains auteurs. Selon eux, ce traité de statut spécial, n'était pas en mesure de créer de nouvelles situations juridiques¹⁴⁴³. Même si le caractère juridique du

politique suprême, pas d'idée positive suprême à partir de laquelle elle pourrait ordonner les relations en Europe. En effet, l'idée de la liberté des nations a été totalement bafouée lors de la paix de Versailles », *Die Idee des Friedens und der Pazifismus*, Bern, Francke Verlag, 1974, 67 p., p.48-49.

¹⁴³⁸ Pour le traitement des biens ex-ennemis, codifié sous le titre « Biens droits et intérêts », v. avec l'Allemagne Traité de Versailles du 28 juin 1919, section IV les art. 297, 298 et annexe, Traité de Versailles du 28 juin 1919, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, t. XI, n. 79, p. 586 ; avec l'Autriche le traité de Saint-Germain en Laye du 10 sept. 1919, art. 249, 250 et annexe, Traité de Saint-Germain en Laye du 10 septembre 1919, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t. XI, n. 34, p. 691 ; avec la Bulgarie le traité de Neuilly sur Seine, du 27 nov. 1919, art. 177 178 et annexe, Traité de Neuilly sur Seine du 27 novembre 1919, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t. XII, n. 70, p. 323 ; avec la Hongrie, celui de Trianon du 4 juin 1920, art. 232, 233 et annexe, Traité de Trianon du 4 juin 1920, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t. XII, n. 71, p. 423. En revanche dans l'article 58 du traité de Lausanne du 25 juillet 1923, la Turquie d'une part, et les puissances contractantes, à l'exception de la Grèce, d'autre part, renoncent réciproquement à toute réclamation pécuniaire pour les pertes et dommages subis pendant la guerre. L'article 59 met à la charge de la Grèce une obligation de réparer les dommages causés par elle en Anatolie pour des actes contraires aux lois de la guerre, mais la Turquie renonce définitivement à toute réclamation, de ce chef, contre le gouvernement hellénique. Traité de Lausanne entre la Turquie d'une part, et l'Empire Britannique, La France, l'Italie, la Grèce, le Japon, la Roumanie, l'État Serbe-Croate-Slovène d'autre part, *Recueil des traités de la Société des Nations*, vol. XXVII, n° 701, pp. 11-114.

¹⁴³⁹ V. E. Marburg, *Staatsangehörigkeit und feindlicher Charakter juristischer Personen: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Gemischten Schiedsgerichte*, Berlin, F. Vahlen, 1927, xvi-114 p., p.64 : « Les traités contiennent des dispositions qui constituent une continuation de la guerre après la guerre sur le plan économique. Les rédacteurs du Traité de Versailles ne se sont pas contentés de la défaite militaire des puissances centrales, ils ont également voulu les éliminer économiquement en tant que concurrents du monde. [...] La guerre économique contre l'Allemagne n'est pas terminée par le traité de paix, mais menée à son terme ».

¹⁴⁴⁰ P. de Solère, « Condition des biens ennemis », *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, 1929, pp. 449-551, p.488 : « Une certaine propagande a voulu voir, dans la liquidation en France des biens allemands, une mesure de guerre prolongeant en quelque sorte en pleine paix les actes de belligérance économique. Rien de plus contraire à l'esprit des rédacteurs des traités de paix, rien de plus contraire à la coutume et au droit international que cette affirmation d'une bonne foi douteuse ».

¹⁴⁴¹ H. Kraus, *Der Völkerbund und die Friedensverträge*, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte, 1920, 49 p., p. 28 « Selon le principe généralement admis du droit international, la contrainte exercée sur un État n'affecte pas la validité des traités conclus sous la pression de cette contrainte ».

¹⁴⁴² H. Beheim-Schwarzbach, *Der Kriegsschuldartikel. Artikel 231 des Versailler Vertrages. Entstehungsgeschichte und rechtliche Bedeutung*, Berlin, Dummler, 1934, 108 p., p.75.

¹⁴⁴³ *Idem*, p.76 : « La signature forcée de l'Allemagne n'a, si l'on peut dire, qu'une signification politique. Elle n'est que l'expression de la reconnaissance d'un état de force qui n'est pas un état de droit ».

traité était approuvé par certains, la possibilité d'annuler le traité pour cause de menace exercée à la partie qui l'avait signé n'était pas exclue. Néanmoins, la possibilité de contester juridiquement le traité présupposait la transposition en droit international d'une notion de droit civil. Des réserves ont ainsi été émises de la part d'auteurs qui considéraient que le constat de la menace en tant que cause de nullité d'un traité présuppose l'existence d'une instance supérieure, inconcevable pour la structure de l'ordre juridique international au lendemain de la Première Guerre mondiale¹⁴⁴⁴.

582. La thèse de non-reconnaissance du caractère normatif du traité est associée à l'incompatibilité de ses dispositions avec le principe de l'égalité souveraine des États. Le traité est ainsi perçu en tant qu'ordre, *Diktat* imposé par le vainqueur.¹⁴⁴⁵ Le traité semble être déterminé par la guerre dont elle reprend les caractéristiques. Un traité de paix dicté ou imposé au vaincu présuppose l'affirmation du caractère illicite d'une guerre provoquée par ce dernier. Dans le cas de la Première Guerre mondiale, le délit commis était celui de la guerre d'agression, dont la responsabilité incombait à l'Allemagne selon l'article 231 du traité de Versailles¹⁴⁴⁶. La

¹⁴⁴⁴ *Idem*, p.77.

¹⁴⁴⁵V. P. D'Argent, « Le traité de Versailles comme traité inégal, aspects juridiques du Diktat », pp. 63-73, et R. Le Bœuf, « La responsabilité de l'Allemagne, en finir avec l'article 231 », pp. 75-100, dans SFDI, *Le traité de Versailles Regards Franco-allemands en droit international à l'occasion du centenaire*, Pedone, Paris, 2020, 318 p. Pour la perception du traité par la doctrine allemande national-socialiste de la période d'entre-deux—guerres, v. H. Rogge, *Hitlers Friedenspolitik und das Völkerrecht*, Berlin, Schlieffen, 1935, 127 p. L'auteur invoque la théorie de des droits fondamentaux des États analysant longuement le concept d'honneur nationale et en lui accordant une importance similaire à celle reconnue au concept de défense nationale. À la lumière de cette théorie le traité de Versailles a été critiquée sévèrement comme portant préjudice à l'honneur nationale.

¹⁴⁴⁶ Presque tous les représentants de la science allemande du droit international rejetaient le Traité de Versailles. Pour un aperçu v. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, III vol., Beck München, 1999, 440 p., p.86-89. Pour la discussion de la responsabilité de guerre et son influence à la fois sur la position de l'Allemagne dans la scène internationale et sur le débat interne sous la démocratie de Weimar v. U. Heinemann, *Die Verdrängte Niederlage : politische Öffentlichkeit und Kriegsschuldfrage in der Weimarer Republik*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1983, 362 p. Herman Kantorowicz représente une de rares exceptions d'auteurs qui sont restés en dehors de cette lutte politique contre le *Diktat* de Versailles. Une référence doit être faite à son expertise, achevée en 1923. Une commission d'enquête avait été créée par le *Reichstag* afin de clarifier les événements qui ont conduit au déclenchement de la guerre en juillet 1914, à la suite de l'attentat de Sarajevo. Dans le cadre des travaux de cette commission, une expertise fut demandée à Herman Kantorowicz. Le rapport n'a pas été publié durant sa vie et était considéré comme perdu jusqu'aux années 1960. Dans son rapport, Kantorowicz rejette la question de la responsabilité historique de la guerre et tente d'utiliser des catégories pénales pour son argumentation. Dans le sillage de sa réflexion s'inscrit ainsi le développement de la branche du droit international pénal. Pour cette appréciation v. M. Auer, « Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2015, pp.773-805, p.805. Dans son expertise, il affirmait que le déclenchement de la guerre peut être reproché à l'Allemagne. Ses analyses sont influencées par l'école du droit libre, puisque son raisonnement dépasse le cadre du syllogisme juridique, fondé sur des règles préétablies. L'école du droit libre s'opposait à la jurisprudence des concepts. Cette école attribuait une importance particulière aux lacunes en droit qui permettaient ainsi au juge de se lancer dans son travail « libre » en vue de découverte de la solution au litige. L'absence de règle positive émanant du droit international interdisant le recours à la guerre en 1914 créait ainsi une lacune qui devait être remplie par une opération intellectuelle identique à celle mise en œuvre par le juge interne. « La méthode politico-juridique doit consister à évaluer la question de la culpabilité de la guerre — au lieu de partir du droit international positif en vigueur, ou d'un droit international exigé par les parties intéressées, ou d'un droit international imposé — à partir d'un droit international en devenir (werdendes Völkerrecht), opposé de manière critique au droit en vigueur. Cette approche normative est celle qui convient à la question de la culpabilité. [...] Celui qui parle de culpabilité et ne se contente pas d'affirmer que tout a été une fatalité, une nécessité, pense à une règle violée et à un tribunal qui est appelé à trancher. Devant ce tribunal, la science historique doit apparaître comme un témoin qui expose les faits sur lesquels se fonde le jugement, mais elle ne siège pas dans le

qualification de *Diktat* laisse entendre une absence de modération et de prudence de la part des États vainqueurs à l'égard de la partie vaincue¹⁴⁴⁷.

583. Le statut de l'agresseur aurait comme conséquence la modification de tout rapport entretenu entre l'État qualifié comme tel et le reste de la communauté internationale. Abstraction faite de la difficulté inhérente à l'identification de l'organe apte à procéder à une telle qualification, l'octroi d'un statut spécifique à l'agresseur est lié à la tentative de mettre la guerre hors la loi. L'État responsable pour l'agression subirait les effets d'un changement de son statut en tant qu'État membre de la communauté internationale. Exclu de cette dernière, l'État agresseur subirait les effets d'une *capitis diminutio*¹⁴⁴⁸. Cette modification au niveau du statut de l'État aurait également comme résultat la transformation de la structure de la communauté internationale. Cette série de changements a été associée à la doctrine de guerre

tribunal en tant que juge. Qui est donc appelé à juger ? La science juridique formelle (formale Rechtswissenschaft) ? Il semble que oui, puisque personne ne peut nier que la Belgique a mené une guerre de légitime défense contre l'Allemagne et l'Autriche contre l'Italie, et que la légitime défense suppose une attaque illégale. Mais le droit formel ne connaissait pas de guerre illégale à l'époque où la guerre a éclaté, et donc pas de faute de guerre. Le droit international moderne, tel qu'il était en vigueur jusqu'à la création de la Société des Nations, autorisait toute guerre, même à des fins condamnées par la morale. La question serait donc d'ordre moral, à trancher par l'éthique et la religion ? Là encore, la réponse est négative. L'une et l'autre s'intéressent à l'état d'esprit des hommes. Tout le monde témoignera qu'un homme d'État qui a tout fait pour empêcher l'adversaire de faire la guerre est exempt de toute faute de guerre, même s'il ne l'a fait que par un sentiment répréhensible, par exemple par lâcheté, ou parce qu'il a été influencé par une tierce puissance. [...] Il n'y a qu'une dernière voie, celle de la politique juridique (rechtspolitischer Weg). Elle part du droit en vigueur, mais elle tend vers le domaine de la moralité, car elle mesure le droit en vigueur à l'aune de l'utilité et de la justice. C'est le critère que chacun applique consciemment ou inconsciemment. [...] Ici, nous devons nous placer sur le terrain d'un droit international déjà en devenir, qui vit déjà puissamment dans la conscience des peuples : c'est dans le sens de ce critère que nous entendons parler de la culpabilité de la guerre. Lorsque nous accusons un État d'avoir fait la guerre, nous entendons par là qu'il a mené une guerre injustifiable au sens du droit international déjà en formation (schon werdendes Völkerrecht) ». H. Kantorowicz, *Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914*, Stuttgart, Europäische Verlagsanstalt, 1967, 447 p., p.99. Pour une lecture de cette expertise à l'aune de la théorie de l'école du droit libre v. H.P. Aust, « Zwischen Freirecht und Völkerpsychologie, Hermann Kantorowicz und die völkerrechtliche Kriegsschuldfrage », pp.129-147 dans Augsberg I., Lettmaier S., Meyer-Pritzl, *Hermann Kantorowicz Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, viii-290 p.

¹⁴⁴⁷ C. Tomuschat, « Die Kunst Frieden zu schließen und zu sichern », *Die Friedens-Warte*, 1999, vol. 74, pp. 361-369, p.361 : « Même la victime d'une agression ou d'une violence, qui se trouve dans une position moralement incontestable après avoir vaincu une guerre défensive, doit faire preuve de modération. La prudence politique impose de ne pas abuser de la supériorité inhérente au statut du vainqueur. Si l'on ne parvient pas à ramener même le coupable dans la communauté des peuples pacifiques, le malheur se renouvellera ultérieurement. Ainsi, la conclusion de la paix est un art majeur qui n'est pas suffisamment servi par de simples normes juridiques ».

¹⁴⁴⁸ K. Krakau, *Feindstaatenklauseln und Rechtslage Deutschlands nach den Ostverträgen*, Frankfurt, Metzner, 1975, xiii-277 p., p.27 : « L'agresseur constaté, c'est-à-dire l'État dont il est prouvé qu'il a violé une interdiction concrète de la guerre ou du recours à la force ne libère pas seulement ses partenaires de l'obligation de renoncer au *ius ad bellum* au sens du pacte Kellogg, c'est-à-dire qu'il se prive non seulement de ce droit, mais aussi de sa qualité juridique par excellence en déclenchant une guerre illégale et devient un *outlaw* qui doit accepter toute atteinte, même violente, à sa substance étatique allant au-delà de la simple défense. [...] Pour toutes les conceptions du droit international qui reposaient toujours sur la présupposition d'un ensemble de sujets au moins juridiquement égaux et placés sur un pied d'égalité, la thèse qui postulait, comme conséquence d'une violation de la renonciation au *ius ad bellum*, l'expulsion de cet État du système international, son abaissement d'une position de sujet à celle de simple objet, à savoir sa *capitis diminutio* complète en droit international ».

¹⁴⁴⁸ G. Ress, J. Bröhmer, « Article 107 », pp. 2183-2197, dans Br. Simma, D. E. Khan, G. Nolte et al., *The Charter of the United Nations, a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, clxix-xxiii-2405 p., p.2184 : « Both articles are permissive rules only and cannot serve as legal titles for action. These legal titles for action must be found outside the Charter, either in regional arrangements against the renewal of an aggressive policy [...], in the international law of war (law of occupation), the respective inter-allied agreements, or in treaties between the principal victorious powers and the defeated States, insofar as these treaties address the consequences of the war ».

discriminatoire qui défendait l'application discriminatoire du droit de la guerre au détriment de la partie ayant provoqué l'éclatement du conflit.

ii. Le caractère spécial du statut d'État ennemi reconnu par la Charte de l'ONU.

584. La primauté accordée à l'objectif de sécurité collective est confirmée par les mesures imposées aux vaincus de la Seconde Guerre mondiale. Malgré leur lien intrinsèque avec les hostilités en cours lors de la Seconde Guerre mondiale, les mesures imposées aux vaincus sont interprétées comme des fondements de la paix¹⁴⁴⁹. Un statut spécial, dérogeant par rapport au droit international général, était accordé à l'agresseur vaincu. Cette conception se cristallise dans les articles 53 et 107 de la Charte de Nations Unies, définissant la position des États membres vis-à-vis des pays relevant de la catégorie des « États ennemis » (a). En vertu d'une définition statique de l'ennemi, il est affirmé dans le paragraphe 2 de l'article 53 que cette qualification concerne tout État qui au cours de la Seconde Guerre mondiale a été l'ennemi de l'un quelconque des signataires de la Charte. L'article 107 autorise ces derniers États à entreprendre une action coercitive entendue « comme suite à cette guerre » contre les États qualifiés d'ennemis (b, c). Deux types de mesures peuvent être prises en vertu de ces articles. D'une part des mesures relevant des traités signés avec le consentement de l'État ennemi et d'autre part des mesures ayant un caractère autoritaire¹⁴⁵⁰. De la seconde catégorie relèvent les actes d'occupation après la cessation des hostilités, l'annexion, ou même la *debellatio* imposé à l'État ennemi¹⁴⁵¹ (d). Selon l'hypothèse de la subjugation ou de la *debellatio*, l'État vaincu cesse juridiquement d'exister en tant qu'État souverain.

¹⁴⁴⁹ Des auteurs n'ont pas hésité à mettre en avant les similitudes apparentes avec la doctrine de Clausewitz et sa conception de la paix comme continuité de la guerre avec des moyens modifiés, (*der Krieg als eine Fortsetzung des politischen Verkehrs mit Einmischung anderer Mittel*). Scheuner, dans son article « Der fehlende Frieden », *op.cit.*, p. 197 nomme le rapport entre les vainqueurs et les vaincus « paix de fait » qui consiste en une reprise des relations amicales malgré la continuation de l'état de guerre.

¹⁴⁵⁰ H. Kelsen, *The law of the United Nations. A critical analysis of its fundamental problems*, Praeger, New York, 1954, xvii-994 p., p.806 : « The wording of Article 107 [...] includes not only actions against ex-enemy states but also actions taken with the consent of an ex-enemy state, such as treaties especially peace treaties with these states ».

¹⁴⁵¹ La question des mesures prises contre un État tiers mais qui ont un rapport avec un État ennemi a été soulevée au moment de la discussion du blocus de Berlin par le Conseil de sécurité. Le délégué de l'Union soviétique Vychinsky rejeta la compétence du Conseil de Sécurité étant donné que cette action était en rapport étroit avec un État ennemi et par conséquent l'article 107 était invocable en l'espèce. Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 361^{ème} rencontre, 4 octobre 1948, p. 11 : « Conformément aux dispositions de l'Article 107 de la Charte des Nations Unies, la question de Berlin, qui fait partie du problème de l'Allemagne dans son ensemble, relève du jugement des Gouvernements qui ont la responsabilité de l'occupation de l'Allemagne, et ne saurait être soumise à l'examen du Conseil de sécurité ». A cette thèse s'opposa Jessup, délégué des États-Unis qui déclara que « l'article 107 se rapporte à toute action concernant les États anciennement ennemis ; il ne se rapporte pas aux mesures prises par une Puissance victorieuse sur le territoire d'États antérieurement ennemis à l'égard d'un autre Membre de l'Organisation des Nations Unies ou contre lui », p. 25. V. aussi la déclaration du délégué britannique Sir Alexander Cadogan « Nous voyons que l'article 107 ne porte que sur une action entreprise — et je cite — “vis-à-vis d'un État ennemi”. L'action de l'URSS, contre laquelle les Puissances occidentales protestent, n'a pas été entreprise vis-à-vis de l'Allemagne. Il s'agit essentiellement d'une action entreprise vis-à-vis des Puissances occidentales elles-mêmes et qui consiste à couper leurs communications avec une partie du territoire allemand qu'elles ont le droit d'occuper, et à tenter de leur interdire l'accès à ce point et de les contraindre à l'abandonner. Que cette action ait lieu en Allemagne et qu'elle affecte la population de Berlin, cela ne suffit pas pour

a. Une qualification découlant de l'état de guerre et un régime dérogatoire au principe d'égalité souveraine des États.

585. La distinction entre des États ennemis et des « peace-loving » States trouve ses origines dans des accords entre les puissances alliées pendant la guerre, confirmant ainsi l'hypothèse de continuité des mécanismes ou institutions opératoires en temps de guerre pendant la période post-confliktuelle¹⁴⁵². En effet, la Charte de l'Atlantique du 12 août 1941 visait déjà à établir un système de sécurité universelle. Au moment de l'adoption de la Charte et de la déclaration des Nations Unies du 1^{er} janvier 1942, les droits conférés aux États ennemis n'ont pas été précisés. À partir de la Conférence de Casablanca en janvier 1943, Roosevelt et Churchill ont réclamé la capitulation inconditionnelle de l'Allemagne, demandant ainsi une différence radicale entre le régime des États ennemis et celui des « peace-loving » states¹⁴⁵³. L'égalité souveraine n'était affirmée que pour ces derniers. Dans les propositions de Dumbarton Oaks, les alliés ont voulu revendiquer la marge de manœuvre la plus étendue possible pour gérer les intérêts des États ennemis après la fin de la guerre.

586. Les articles 53 et 107 de la Charte décrivaient un statut spécial conféré aux États ennemis qui étaient restés en dehors du système de sécurité collective. Le caractère coutumier des règles relevant des articles 53 et 107 doit ainsi être rejeté. Les articles ne contiennent pas de règle abstraite, mais esquissent un régime bien précis dont la durée dans le temps n'avait pas été pour autant déterminée. Ce régime d'exception permettait un contrôle qui dépassait le cadre des rapports entre des États souverains¹⁴⁵⁴. Selon une proposition formulée lors de la discussion,

qu'on puisse la considérer comme une action entreprise, vis-à-vis de l'Allemagne, action à laquelle s'appliqueraient les dispositions de l'Article 107 », pp. 29-30.

¹⁴⁵² « Le système dont l'ONU aurait dû être l'expression institutionnelle était censé se fonder sur la perpétuation de la Grande Alliance — sur sa prolongation de la guerre à l'après-guerre, et sur la transformation de la collaboration militaire tripartite en coopération politique », par. 53, Br. Ardiciaccono, Chapitre V, « Sur la paix de directoire, ou paix oligarchique », dans *Cinq types de paix : un histoire des plans de pacification perpétuelle, XVIIème-XXème*, Genève, Graduate Institute publications, 2011, xx-464 p. R. Kolb précise que ces dispositions « montrent bien que la Charte n'était pas uniquement le grand instrument constitutionnel, posant les principes généraux de la vie en commun ; elle était aussi, à ses débuts une alliance des vainqueurs de la guerre, se souciant de problèmes particuliers à leur sécurité », R. Kolb, Commentaire de l'article 53, pp. 1403-1437, dans J. P. Cot, A. Pellet (éd.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, xx-2363 p. p. 1413.

¹⁴⁵³ Le 24 janvier 1943, à la fin de la conférence de Casablanca, le président Roosevelt a annoncé sa décision et celle de Churchill de se contenter de rien de moins que la capitulation inconditionnelle de l'Allemagne. Cette formulation peu judicieuse ne parvint même pas à durcir la résistance désespérée des Allemands. Dans le discours sur la guerre totale prononcé par Goebbels le 18 février 1943 au Palais des sports de Berlin, le public rejeta unanimement la formule de la capitulation inconditionnelle et se déclara en faveur de la guerre totale. Pour une analyse historique du concept de capitulation inconditionnelle v. A. Vagts, « Unconditional surrender — vor und nach 1943 », *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, Juli 1959, p. 280-309.

¹⁴⁵⁴ Pour la justification de ce régime exceptionnel v. la déclaration du Délégué des États-Unis : « Cette exception repose sur la conviction que les moyens existants en vue de la démilitarisation et le contrôle permanents et effectifs des états ennemis devraient être utilisés dans la mesure du possible, jusqu'au moment où l'organisation et les gouvernements en cause estimeront d'un comme accord que le moment est venu pour l'Organisation de prendre la responsabilité de ces tâches. Le fait qu'on a négligé d'établir un contrôle permanent des états ex-ennemi a été une des tragédies de l'époque qui a suivi la Première Guerre mondiale. Il importe essentiellement de ne pas répéter cette erreur ». p. 709, Doc. 889,

dans le cadre de la Conférence de San Francisco, sur les articles relatifs aux États ennemis, « le droit de recourir au CS ou à l'AG avant la mise en vigueur des traités qui auront mis fin à la guerre » devait être exclu pour les États ennemis¹⁴⁵⁵. Cette exclusion était justifiée aussi par la nécessité de préserver le bon fonctionnement du système de sécurité collective, que les États ennemis pourraient éventuellement menacer¹⁴⁵⁶. La notion d'État ennemi a été appliquée aux puissances de l'Axe (Allemagne, Italie et Japon) ainsi qu'aux satellites de l'Axe avec lesquels les Alliés signèrent des traités de paix en 1947, à savoir la Bulgarie, la Finlande, la Hongrie et la Roumanie.¹⁴⁵⁷ L'objectif de l'article 107 était d'empêcher toute contestation éventuelle des mesures visant les États ennemis, prises par des puissances alliées. L'Organisation ne devait pas assumer de responsabilité à l'égard des conditions de capitulation ou des conditions de paix, imposées aux ennemis vaincus, et pour cette raison il ne fallait pas introduire des dispositions qui pourraient être perçues comme obstacles aux actions et aux politiques des vainqueurs. La règle d'interdiction de l'emploi de la force ne pourrait pas être invoquée pour faire obstacle à des mesures dont la licéité se fonde sur l'article 107. Cet article était ainsi interprété comme une *lex specialis* qui mettait des bornes à la compétence générale du Conseil de sécurité d'« enquêter sur tout différend ou toute situation qui pourrait entraîner un désaccord entre nations ou engendrer un différend, afin de déterminer si la prolongation de ce différend ou de cette situation semble devoir menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales »¹⁴⁵⁸. Les Nations Unies n'étaient pas ainsi investies d'un « rôle correctif » du passé dont les effets, à savoir les conséquences de la défaite des puissances de l'axe devaient être irrévocables¹⁴⁵⁹.

587. Tant le contenu que la place précise de ces articles dans la charte ont fait l'objet des discussions extensives dans le cadre de la conférence de San Francisco. L'insertion de l'art. 53 dans le chapitre consacré aux accords régionaux a été critiquée par certaines délégations qui ont

III/4/12, 9 juin 1945, *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San Francisco, 1945, Tome XII, Commission III, Conseil de Sécurité, Library of Congress, USA.

¹⁴⁵⁵ Doc. 1089 III/3/49, 19 juin 1945, Séance du 18 juin 1945, p. 542, amendement proposé par le délégué de la Grèce.

¹⁴⁵⁶ Doc. 1176, III/3/49, 23 juin 1945, p. 544 : « Le délégué de la Grèce rappelle que parmi les arguments présentés dans un autre Comité pour faire dépendre en premier lieu d'une recommandation du Conseil de Sécurité l'admission de nouveaux membres à l'organisation on avait surtout souligné avec insistance la nécessité de se prémunir contre le risque que des ex-ennemis ne viennent trop tôt s'asseoir parmi nous avec les mêmes droits dans la nouvelle Organisation. Il semblerait par conséquent qu'on devrait à plus forte raison se prémunir contre la possibilité de voir prématurément ces ex-ennemis se présenter à l'Organisation en plaideurs et, avant même que les conséquences de leur agression n'aient été réglées, acculer les nations alliées au rôle de défenderesses »

¹⁴⁵⁷ Sur l'inclusion de l'Autriche dans la catégorie d'États ennemis v. débat à la VIIème session de l'Assemblée générale Rép. ONU vol. IV p. 413, n. 37.

¹⁴⁵⁸ Article 34 de la Charte de l'ONU.

¹⁴⁵⁹ Cette argumentation est développée par A. J. Merkl, dans sa contribution « Deutschland und die Verfassung der UN in völkerrechtlicher Sicht », pp. 645-652, dans *Gesammelte Schriften*, II vol. t. II, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 806 p. 647-648.

soutenu le caractère provisoire des alliances militaires contre les États ennemis et par conséquent le besoin de transposer cet article dans le chapitre comportant des dispositions transitoires de sécurité¹⁴⁶⁰. Quant à l'article 107, le débat au sein des comités s'est concentré surtout sur la nature des prérogatives qui pourraient éventuellement être reconnues au profit des États ayant signé des « accords régionaux dirigés contre la reprise, par un tel État (ennemi), d'une politique d'agression ». Des prérogatives spéciales étaient ainsi attribuées aux États ayant déjà conclu des accords militaires et ayant, par conséquent, assumé une responsabilité spéciale pour des actions coercitives à l'égard des États ennemis.

b. Des incertitudes quant au caractère provisoire du statut d'État ennemi.

588. L'indétermination relative au contenu précis de ces prérogatives a été soulevée¹⁴⁶¹. Des doutes ont été, par ailleurs, exprimés quant à la pertinence d'une formulation large et abstraite de ces articles conférant des prérogatives spéciales¹⁴⁶². Le besoin de fixer des limites temporaires à ce type de prérogatives censées être conférées pour une période transitoire, s'est trouvé aussi au centre des discussions. Les termes « présente guerre » et « suite de cette guerre » ont été débattus. Dans les rapports, le terme « présente guerre » était défini comme « la guerre ou la série de guerres qui ont commencé le, ou depuis le 3 septembre 1939 et qui sont encore en cours ». Finalement, la référence à la date précise du 3 septembre 1939 a été supprimée du

¹⁴⁶⁰ v. l'argumentation de la délégation égyptienne, Doc. 972, III/6 June 14, 1945 Commission III, p. 71 Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, San Francisco, 1945, Tome XI, Commission III, Conseil de Sécurité, Library of Congress, USA.

¹⁴⁶¹ Ce point a été mis en exergue par le délégué australien qui estimait qu'une telle responsabilité spéciale devait faire l'objet d'un instrument de capitulation, d'un traité de paix ou trouver sa source dans la Déclaration de Moscou de 1943. « Aucun autre État ne pouvait prendre des mesures dans ce domaine, sauf en vertu des pouvoirs qui lui seraient conférés par un tel texte. Dans sa rédaction actuelle le Chapitre XII pourrait être interprété comme permettant aux grandes puissances d'agir complètement en dehors de l'Organisation qu'elles ont contribué à créer et sans en référer à l'un quelconque des organes des Nations Unies. Dans des cas particuliers, elles ont la possibilité d'empêcher les Nations Unies de s'acquitter de leurs responsabilités relatives au maintien de la paix et de la sécurité, et que la Conférence a décidé de confier aux Nations Unies. En signalant ce danger, nous voudrions marquer que l'Organisation des Nations Unies ne réussira que s'il est fait plein usage, et de bonne foi, de toutes les possibilités qu'elle offre. En ce qui concerne le maintien de la sécurité, le succès de l'Organisation dépendra de la coopération entre les grandes Puissances au sein de l'organisation. Ces puissances ont fréquemment demandé aux autres nations de leur faire confiance. Nous considérons comme la condition de cette confiance, même en tenant compte des conditions exceptionnelles de la période transitoire, que les Grandes Puissances agissent, autant que possible, dans le cadre et comme partie de l'Organisation des Nations Unies et, en toutes occasions, selon l'esprit de la Charte ». Doc. 1150, III/12 June 22, 1945, p.230-231, *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San Francisco, 1945, Tome XI, Commission III, Conseil de Sécurité, Library of Congress, USA.

¹⁴⁶² V. la déclaration du Délégué du Canada : « Il est tout à fait vrai que le but de ce paragraphe doit être exprimé dans la Charte d'une manière quelconque et en termes très généraux. Nous devons, par exemple, adopter un texte qui permet de prendre toutes les mesures nécessaires contre le Japon pour la conduite de la guerre et pour obtenir la victoire militaire dans la Pacifique. Il y a lieu de couvrir cette situation et toutes autres qui pourraient se produire à l'avenir et qui, par conséquent, échappent à notre connaissance [...] La délégation canadienne estime que le texte est rédigé d'une manière assez large, aussi bien en ce qui concerne sa durée que sa portée, d'une manière plus large qu'il n'eut été nécessaire, même pour tenir compte des situations imprévisibles auxquelles il s'appliquera ». Doc. 1150, III/12 June 22, 1945, pp. 227-228.

texte¹⁴⁶³. Quant à la fin *ratione temporis* de ces prérogatives spéciales, qui constituaient en eux-mêmes une exception par rapport à la compétence attribuée selon la Charte au CS, le Comité a jugé « impossible de fixer un terme à la période pendant laquelle pourraient être prises les mesures prévues »¹⁴⁶⁴. Ces articles semblent établir un régime discriminatoire et fortement dérogoire au droit commun de la Charte relatif à la prévention et à la répression de l'agression. Il a été précisé que « bien que ce régime exceptionnel vise des États coupables d'agressions dans le passé, et bien que l'on puisse raisonnablement supposer qu'il fût destiné à n'être que temporaire, il n'en est pas moins caractéristique de l'esprit de la Charte, orienté vers la discrimination de l'agresseur sur le plan du *jus ad bellum* »¹⁴⁶⁵.

589. Après la scission de l'État allemand, la question de la continuité du régime d'État ennemi s'est posée avec intensité¹⁴⁶⁶. Les deux États qui ont émergé ne s'identifiaient pas à l'État ennemi identifié comme tel pendant la guerre. L'interrogation portait sur le manque de pertinence du terme État ennemi pour le cas de l'État allemand à la suite de la disparition de ce dernier¹⁴⁶⁷. La thèse d'un *crimen indelibile* a été proposée par la doctrine pour affirmer la

¹⁴⁶³ Le ministre de la Justice de l'Éthiopie avait fait part de son opposition à toute référence à une date précise retenue comme point de commencement de la guerre a déclarée. Pour démontrer le caractère arbitraire quant au choix d'une date il a voulu présenter comme épisode précoce de la Deuxième Guerre mondiale, l'invasion japonaise de la Mandchourie en 1931, l'invasion italienne en Éthiopie en 1935, l'occupation de la Tchécoslovaquie en mars 1939. « Il ne m'appartient certes pas de parler au nom des peuples héroïques de la Chine ou de la Tchécoslovaquie, et je doute, d'ailleurs, que même les honorables représentants de ces pays puissent jamais exposer dans toute leur ampleur les sacrifices de leurs peuples. Je me demande, cependant, si nous pouvons, en toute justice, demander aux peuples de la Chine, de la Tchécoslovaquie et de l'Éthiopie d'accepter la date du 3 septembre 1939 pour le commencement de la guerre atroce que nous avons tous connue. Pour ce qui concerne mon pays, l'Éthiopie, il suffirait de vous rappeler que pendant bien des années nous avons mené, en même temps, une guerre féroce contre la puissance de l'Axe et une lutte inlassable et indéfectible pour les principes de la sécurité collective. Par l'opinion unanime de Nations Unies et de la Société des Nations, cette guerre a commencé le 3 octobre 1935 et elle a continué, sans interruption, jusqu'à cet instant même où je m'adresse à vous, Messieurs les délégués, et elle continuera jusqu'à l'instant où nous et toutes les autres Nations Unies serons libérés de la dernière menace d'agression contre les peuples épris de l'idéal de la Paix. [...] En somme, si je puis le dire, il semble que dans ces circonstances, aucune date ne saurait être désignée pour le commencement "de la présente guerre". Qui est en mesure de déclarer que la présente guerre a commencé le 3 septembre 1939 plutôt que le 18 septembre 1931, le 3 octobre 1935, le 15 mars 1939, le 28 octobre 1940, ou la journée du 22 juin 1941 lorsque l'Allemagne hitlérienne s'est jetée contre la puissance militaire de l'Union soviétique, ou enfin, le 7 décembre 1941, "date qui vivra en infamie" ? C'est la raison pour laquelle, Monsieur le Président, j'aimerais demander aux Puissances invitantes si elles se considèrent en mesure de supprimer la référence au 3 septembre 1939 bien que cette date ne cède la place à aucune autre par rapport à son importance dans l'histoire du monde ». Doc. 1150, III/12 June 22, 1945, p.224.

¹⁴⁶⁴ Doc. 1150, III/12 June 22, 1945, v. la déclaration du Délégué du Royaume-Uni, p. 222-223.

¹⁴⁶⁵ H. Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970, 418 p., pp.32-33.

¹⁴⁶⁶ Si les éléments substantiels à l'État continuent à subsister le statut d'ennemi continue à subsister aussi. Krakau, *Feindstaatenklauseln*, op.cit., p. 8.

¹⁴⁶⁷ *Idem*, p.8 : « la qualité d'État ennemi est maintenue lorsque la continuité d'éléments importants de l'existence de l'État, tels que le territoire, la population, la conscience subjective de l'État, les institutions sociales et politiques, a été conservée, du moins dans les grandes lignes, et que leurs caractéristiques déterminantes se retrouvent également dans le nouvel État ». H. Schneider, *Die Charter der Vereinten Nationen und das Sonderrecht für die im Zweiten Weltkrieg unterlegenen Nationen*, Bonn, Röhrscheid, 1967, 179 p., p.80 : « La notion d'État ennemi au sens de ces deux dispositions (art. 53 et 107) devrait d'abord être déterminée par le territoire et le peuple des anciens adversaires de la coalition victorieuse, de sorte que ni la disparition d'un ancien belligérant suivie de l'établissement d'une nouvelle personnalité juridique internationale, ni la sécession, ni la dislocation ne devraient supprimer la qualité d'État ennemi. Seule l'incorporation juridique de l'ensemble ou d'une partie du territoire par un État tiers pourrait avoir pour effet de supprimer la qualité d'ennemi, en totalité ou en partie ». Blumenwitz ne partageait pas ce point de vue. D. Blumenwitz,

continuité de la qualification d'ennemi et sa pertinence pour décrire le statut des deux nouveaux États.¹⁴⁶⁸

590. Des questions relatives à la durée du statut d'État ennemi ont aussi vu le jour surtout lors des négociations pour l'entrée dans l'Organisation des Nations unies des États qualifiés d'ennemis. Le problème résidait dans le fait que l'État candidat à l'entrée ne saurait remplir les conditions d'un État membre des Nations Unies et être en même temps qualifié d'État ennemi par la même organisation. La question concernait les limites temporelles de l'octroi du statut d'État ennemi (*permanent outlawry*)¹⁴⁶⁹. En 1966, dans une lettre adressée au Président du Conseil de Sécurité, l'URSS a soutenu la thèse selon laquelle l'admission des deux États allemands n'aurait aucune répercussion sur leur statut prévu par la Charte¹⁴⁷⁰. Il a été soutenu que l'article 107 de la Charte créait « au bénéfice des Cinq Grands, une espèce de domaine réservé aux frontières floues »¹⁴⁷¹. Des interprétations divergentes du contenu de cette notion ont été soutenues de la guerre froide. À la thèse selon laquelle toute question relevant des politiques liées à la Seconde Guerre mondiale s'excluait du champ des compétences des organes de l'ONU, défendue par les soviétiques¹⁴⁷², s'opposait la thèse d'après laquelle le Conseil de

Feindstaatenklauseln, die Friedensordnung der Sieger, München, Langen-Müller, 1972, 141 p., p.40 : « L'objet de référence des droits et obligations de droit international n'est pas un peuple ou un territoire particulier, mais l'État au sens du droit international, qui est décrit par trois caractéristiques, à savoir le peuple de l'État, le territoire de l'État et le pouvoir de l'État. L'un des principes fondamentaux de la doctrine de la succession d'États, qui traite des changements de statut des sujets de droit international et de leur évolution, est que les qualités liées au statut de l'État ne peuvent pas être transmises à un État successeur. La qualité d'État ennemi, notion par excellence discriminatoire, n'est pas susceptible d'être transmise ».

¹⁴⁶⁸ La notion du *crimen indelible* est proposée par Krakau, *op.cit.*, p. 8 ; H. Meyrowitz, « Les deux États allemands », *AFDI*, 1970, p.85-124, p.108 : « La responsabilité internationale en raison de l'agression ne s'éteint pas par la disparition de l'État coupable, mais se transmet à la nouvelle personne internationale ou aux nouvelles personnes internationales éventuellement issues de cet État. Que l'on voie le fondement de cette transmission dans l'idée qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité abstraite, imputable à une personne morale fictive, mais de la responsabilité d'une nation, d'un peuple, ou que l'on considère cette solution comme imposée par les exigences de la justice et les nécessités de la paix, le droit international ne saurait permettre aux États successeurs d'un État agresseur, États ayant le même substratum territorial et humain que ce dernier, d'échapper aux conséquences du délit commis par leur prédécesseur ».

¹⁴⁶⁹ Thèse réfutée par Kelsen. Kelsen H., *Law of the United Nations*, *op.cit.*, p.813. H. Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, *op. cit.*, p. 33 : « Quelle est la durée de ce purgatoire ? Comment les États frappés peuvent-ils en sortir ? Ces questions sont loin d'être théoriques. Le gouvernement soviétique n'a pas cessé de soutenir que les art. 53 par. 1 et 107 conservaient leur validité et étaient applicables à la République fédérale d'Allemagne ».

¹⁴⁷⁰ L'admission n'affecterait « en aucune manière les dispositions de l'Article 107 de la Charte concernant la validité des accords conclus entre les Alliés à la suite de la Seconde Guerre mondiale ». Lettre, en date du 7 mars 1966, adressée au Président du Conseil de Sécurité par le représentant de l'URSS, S/7184, Conseil de sécurité documents officiels, 21^{ème} année, Supplément de janvier, février et mars 1966, pp. 194-196. V. la synthèse de P. Tavernier, « L'année des Nations Unies, 21 septembre 1965, 20 décembre 1966, Questions juridiques », *AFDI*, 1966, pp.259-290, p.260.

¹⁴⁷¹ V. Y. Ghebalı, « Article 107 », p. 2185, J. P. Cot, A. Pellet (éd.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, *op.cit.*

¹⁴⁷² V. l'aide-mémoire soviétique adressé au gouvernement fédéral le 5 juillet 1968. *Frankfurter allgemeine Zeitung*, 25 juillet 1968 p. 6 : « Dans la correspondance qu'il avait engagée il y a plus d'un an avec le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne (notes adressées à Bonn le 21 novembre 1967 et le 5 juillet 1968) le gouvernement soviétique avait invoqué les articles 53 et 107 de la Charte des Nations Unies en indiquant que ces textes lui donnaient le droit d'intervenir en Allemagne fédérale. Le gouvernement de la RFA sait pertinemment que les obligations de la RFA, ainsi que les droits et obligations de l'Union soviétique et des autres États de la coalition anti-hitlérienne, qui découlent des Accords de Potsdam, sont pleinement valables jusqu'à la conclusion d'un traité de paix »

sécurité ou l'assemblée Générale pourrait débattre sur toute question portant sur les règlements de paix¹⁴⁷³. La perspective de résolution multilatérale des conflits ne devait laisser aucune marge à des initiatives prises par les puissances alliées. Pour cette raison, une intervention unilatérale prétendument fondée sur les articles de la Charte «entraînerait une riposte immédiate» selon les États-Unis¹⁴⁷⁴.

c. Des interprétations divergentes des compétences conférées aux puissances alliées en vertu des articles de la Charte relatifs aux États-ennemis.

591. Il a été soutenu que les articles en question contiennent des règles permissives et ne confèrent pas de titre spécial pour une intervention entreprise contre les États ennemis¹⁴⁷⁵. Dans la doctrine, une interprétation extensive des prérogatives contre l'État ennemi et une interprétation restrictive sont repérables. Les auteurs qui soutiennent l'interprétation extensive plaident même pour la licéité d'une agression contre un État ennemi¹⁴⁷⁶. L'article 107 est ainsi

¹⁴⁷³ Une interprétation statique des articles de la Charte dans le contexte de 1945 a été défendue par le Secrétaire générale en 1968. ONU *Chronique mensuelle*, vol. V, Numéro 9, octobre 1968 p. 121 : « Question : à votre avis, l'une des puissances alliées de la deuxième guerre mondiale a-t-elle le droit aujourd'hui, aux termes de la Charte des Nations Unies, d'intervenir en Allemagne orientale ou occidentale ? Le secrétaire général : [...] Vous vous souviendrez que les articles en cause — l'article 53 et l'article 107 — sont dus à la situation particulière qui existait en 1945 à l'issue de la deuxième guerre mondiale, et je dois dire qu'ils ne sont pas, à cet égard, exempts d'ambiguïté. Quelles que puissent être les incidences de ces articles, il demeure que les États membres sont tenus, en cas de désaccord, de régler leurs différends internationaux par des voies pacifiques de manière à ne pas mettre en danger la paix et la sécurité internationales, ou la justice. C'est également ce que stipule la Charte. La question dont il s'agit concerne évidemment la possibilité d'une renaissance du nazisme en République fédérale d'Allemagne. Je ne crois pas un seul instant que quiconque ni aucun État membre souhaite vraiment voir le nazisme réapparaître en Allemagne occidentale. À ma connaissance, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne est gravement préoccupé par une telle possibilité. Quoi qu'il en soit, à mon avis, si cela devait se produire seule une action collective, dans l'esprit de la Charte des Nations Unies, devrait être envisagée, et non pas une action unilatérale ».

¹⁴⁷⁴ *Le Monde*, 19 septembre 1968, p. 2 : « Après les mises au point de Londres et Paris, Washington déclare que toute intervention soviétique en Allemagne sous le couvert de la charte des Nations Unies "entraînerait une riposte immédiate". Le gouvernement des États-Unis a affirmé mardi après-midi que les art. 53 et 107 de la Charte de l'ONU ne donnent en aucune manière à l'URSS ou à un autre membre du pacte de Varsovie le droit d'intervenir dans les affaires de la République fédérale d'Allemagne. Déclaration du porte-parole du département d'État Robert McCloskey : "Les articles 53 et 107, considérés séparément ou en bloc, ne donnent ni à l'Union soviétique ni à d'autres pays du pacte de Varsovie le droit de s'immiscer par la force dans les affaires de la RFA. Si malgré cela, l'Union soviétique ou l'un quelconque des pays membres du pacte de Varsovie devait intervenir unilatéralement par la force en République fédérale d'Allemagne, un tel acte entraînerait une riposte alliée immédiate, dans le cadre des mesures d'autodéfense prévues par le traité de l'Atlantique nord. [...] Le porte-parole du Quai d'Orsay avait fait la déclaration suivante : Notre attention a été appelée sur une interprétation de l'art. 53 et de l'art. 107 de la charte des Nations unies, dont la presse allemande a fait état, et aux termes de laquelle ces articles donneraient à certains pays le droit d'intervenir unilatéralement par la force en République fédérale, en dehors de tout accord du Conseil de sécurité. Il résulte tant de la lettre que de l'esprit de ces articles que cette interprétation est abusive et inexacte". V. la note relative à la correspondance germano-russe et l'interprétation restrictive des articles de la Charte. Rousseau, *Chronique des faits internationaux, RGDI*, 1968, p. 1065-1067. "Les articles 53 et 107 de la Charte de l'ONU, rédigés en 1945, au moment où plusieurs membres de cette organisation étaient encore en état de guerre avec l'Allemagne, prévoient la possibilité d'une action qui serait entreprise par les 'gouvernements intéressés contre la reprise par un 'État ennemi' d'une politique d'agression. Il tombe sous le sens que la seule action légitimée par ces articles est une action collective et non une action unilatérale. Par ailleurs la République fédérale d'Allemagne a cessé d'être un État ennemi au regard de ses anciens adversaires de 1945 — y compris l'URSS, qui entretient avec elle des relations diplomatiques normales depuis 1958'.

¹⁴⁷⁵ G. Ress, J. Bröhmer, « Article 107 », *op. cit.*, p. 2184 : « permissive rules only and cannot serve as legal titles for action ».

¹⁴⁷⁶ F. J. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, vol. 2, *op.cit.*, p.53. L'auteur indique que les États ennemis « peuvent subir la guerre, y compris la guerre d'agression, sans limitation découlant de la Charte (ohne Satzungsbeschränkung mit Krieg überzogen werden dürfen, auch mit Angriffskrieg) ».

interprété en tant que fondement juridique permettant de refuser tout droit à l'ennemi¹⁴⁷⁷. D'autres auteurs proposent une distinction entre la règle d'interdiction du recours à la force et la prohibition de l'agression, considérant que la prohibition du recours à la force ne concerne pas les actions menées contre les États ennemis, mais que la prohibition de l'agression vaut aussi à leur égard¹⁴⁷⁸. Si l'octroi d'un statut spécial à l'État ennemi était envisageable, l'objectif de ce statut serait la reconnaissance d'un droit d'ingérence¹⁴⁷⁹. À la lumière de ce constat, une association pourrait se faire entre le statut des États ennemis d'après la charte et la doctrine de l'URSS sous Brejnev sur la souveraineté limitée des pays communistes européens.

592. L'article 107 a été invoqué par l'Union soviétique en 1950 à l'occasion du débat concernant le retour des prisonniers de guerre Allemands, Italiens et Japonais. L'Assemblée générale n'a pas reconnu un droit à l'Union soviétique de garder les prisonniers ressortissants des États ennemis et le devoir d'agir en conformité avec le droit international a été souligné¹⁴⁸⁰. En outre, depuis les accords de Paris de 1954 prévoyant la pleine souveraineté de la RFA et son réarmement dans le cadre du commandement intégré de l'OTAN, les pays occidentaux ont renoncé au bénéfice des articles 53 et 107¹⁴⁸¹.

593. Le statut discriminatoire d'État ennemi consacré dans la Charte de l'ONU a été invoqué par la Russie pour justifier le transfert des biens culturels allemands transportés en Allemagne

¹⁴⁷⁷ R. Laun, *Naturrecht und Völkerrecht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1954, 54 p., p.18 : « Si la justice, les droits de l'homme et les libertés fondamentales étaient des droits naturels pour tous, ils devraient être accordés à tous et aucun vainqueur ne devrait les refuser aux vaincus ; or, dans l'article 107, les puissances s'autorisent à ne se considérer liées par aucune disposition à l'égard des vaincus, c'est-à-dire à dicter tout ce qu'elles jugent bon en tant que juges de leur propre cause et représentants de leurs propres intérêts nationaux ». Schwarzenberger considère que l'article 107 attribue une « complete freedom of action against ex-enemy States ». *Manual of international law*, vol. I, London, Stevens, 1960, 819 p., p.276.

¹⁴⁷⁸A. Goodhart, *The north Atlantic treaty of 1949*, RCADI, recueil t. 79, 1951, pp.183-236, p.210 : « This article (107) has been phrased in vague terms, but it clearly cannot authorize arbitrary aggression by any one of the Allied Governments against a State, which was an enemy during the Second World War. To interpret it as giving unlimited power of aggression to each of the Allied Governments would be to encourage chaos and not to protect peace. It is submitted that all that Article 107 provides is that the relations arising out of the Second World War between the combatants is taken out of the purview of specific provisions of the Charter in so far as that instrument prohibits the use of force in all circumstances by one State against another. It does not mean that the enemy States are not protected by general international law against arbitrary aggression ».

¹⁴⁷⁹ V. Y. Ghebali, « L'acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe et les Nations Unies », *AFDI*, 1975, p.73-125, p.80.

¹⁴⁸⁰ Rés. AG 427 (V), 14 décembre 1950, « Mesures en vue du règlement pacifique de la question des prisonniers de guerre ». L'Assemblée générale a invité « tous les gouvernements qui détiennent encore des prisonniers de guerre à se conformer aux règles reconnues de conduite internationale, ainsi qu'aux conventions et accords internationaux précités, qui exigent qu'à la cessation des hostilités actives, tous les prisonniers jouissent, dans le plus bref délai et sans réserve, de la possibilité d'être rapatriés ».

¹⁴⁸¹ Déclaration de Londres du 3 octobre 1954 « dans les relations avec la République fédérale, ils agiront en conformité avec les principes définis à l'article 2 de la Charte des Nations Unies. Dans le cadre de l'*Ost Politik*, article III du traité germano-tchèque du 11 décembre 1973 prévoyait que les parties cocontractantes "se laisseront guider dans leurs relations mutuelles ainsi que dans les questions intéressant la sauvegarde de la sécurité européenne et internationale, par les buts et principes qui sont fixés dans la Charte des Nations Unies. En conséquence, elles règlent leurs différends par des moyens pacifiques et s'engagent, dans les questions qui touchent à la sécurité en Europe et la sécurité internationale, ainsi que dans leurs relations mutuelles, à s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force conformément à l'article 2 de la Charte des Nations Unies" ».

par l'armée rouge. Le sort définitif de ces objets d'art semble avoir été scellé par la promulgation de la loi fédérale russe du 5 février 1997. Le transfert des biens jadis appartenant à l'agresseur a eu lieu en vertu d'un droit de « restitution compensatoire ». En effet, une règle secondaire a été invoquée, relevant du régime de responsabilité internationale incombant à l'agresseur, pour rendre licite un acte d'appropriation qui est *a priori* incompatible avec les règles protectrices des biens culturels en cas de conflit armé. La restitution compensatoire était, d'après la loi en question, envisageable en cas d'impossibilité matérielle de la part de l'agresseur de procéder à la restitution des biens saisis lors de la guerre¹⁴⁸². Les similitudes ont été mises en avant entre le mécanisme de restitution compensatoire et le mécanisme de réparations établi au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et qui a donné lieu à des démontages d'industries, voire à de démontages des biens privés allemands sis dans le territoire d'États étrangers.

594. Un regard attentif porté sur la loi de 1997 impose, toutefois, la requalification de l'acte de transfert en tant qu'acte de restitution. En effet, le transfert a eu lieu à titre de réparation de préjudices causés par l'Allemagne et non pas à titre de restitution des biens russes enlevés par les Allemands¹⁴⁸³. L'obtention unilatérale de la réparation des dommages subis par le débiteur, justifiée par l'incapacité de l'auteur des préjudices à procéder à l'indemnisation, présente des similitudes structurelles avec les contre-mesures¹⁴⁸⁴. Au-delà de l'interrogation quant à la qualification précise de l'acte de transfert, la loi mérite d'être étudiée en raison de sa prétendue conformité avec le droit international. Les fondements normatifs relevant du droit international invoqués étaient les accords internationaux relatifs à la capitulation de l'Allemagne, les actes émanant des organes d'occupation entre 1945 et 1949, ainsi que l'article 107 de la Charte de l'ONU. La Russie s'appuyait sur un concept discriminatoire de l'agresseur qui lui permettait d'entreprendre des actions contre l'Allemagne de manière unilatérale. Cette interprétation de ces articles particuliers de la Charte se trouve aux antipodes de toute thèse affirmant leur caractère obsolète.

¹⁴⁸² Pour une présentation détaillée de la loi v. P. D'Argent, « La loi russe sur les biens culturels transférés (*Beutekunst*, agression, réparations et contre-mesures) », *AFDI*, 1998, p.114-143. Sur les saisies d'objet d'art par l'armée soviétique v. not. p. 123 et s., p. 130 : « La restitution compensatoire suppose que l'État auteur du fait illicite se dépouille d'un bien similaire qui lui appartient, en faveur de l'État victime, à défaut de pouvoir lui remettre l'objet dont il a été injustement privé ».

¹⁴⁸³ *Idem.* P. 131.

¹⁴⁸⁴ Les institutions ne sont pas, toutefois, identiques, puisque les contre-mesures présupposent la violation prétendue des règles primaires de droit. En l'occurrence, le transfert des biens à titre de réparations semble être justifiable au regard de violation des règles de droit secondaire, à savoir l'obligation d'indemnisation incombant à l'État débiteur. Pour cette argumentation *idem.*, p. 141.

595. Aujourd'hui la thèse de la désuétude des articles en question semble être prédominante¹⁴⁸⁵. Néanmoins, des doutes persistent quant à la prise en considération de ces articles pour l'appréciation de la licéité des actions survenues avant l'entrée des États ennemis dans l'ONU. Entre la thèse de l'obsolescence des articles et celle défendant leur portée normative pleine et entière justifiant l'entreprise d'actions unilatérales, émerge la thèse selon laquelle les effets des articles 53 et 107 demeurent acquis malgré leur incompatibilité manifeste avec le principe d'égalité des États. L'article 107 pourrait ainsi garder son intérêt juridique pour expliquer décisions des alliés qui concernaient surtout l'Allemagne dans son ensemble au lendemain de la guerre. Des décisions prises par les puissances alliées, de manière non-conforme aux dispositions du droit d'occupation codifié dans les conventions de la Haye, trouveraient ainsi un fondement normatif spécial. La licéité de ces mesures devait s'apprécier à la lumière soit du droit international général, soit des règles précises portant sur le rapport entre les États vainqueurs et les pays vaincus. Si une telle hypothèse est admise, un régime spécial régit aussi l'occupation imposée par les vainqueurs sur l'État vaincu. Une limite doit être toutefois établie, puisque toute mesure prise et fondée sur cet article devait être en rapport étroit avec le contexte de la guerre mondiale.¹⁴⁸⁶ Le caractère statique de l'article est toutefois mis en doute par le fait que le cercle des États en mesure d'invoquer celui-ci pour l'entreprise d'une action contre les États ennemis n'était pas défini de manière explicite¹⁴⁸⁷.

596. Le statut de l'État agresseur et plus précisément la question de sa capacité à être lié par des traités internationaux a fait l'objet d'échanges lors de l'élaboration de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La conclusion d'un traité de paix qui semble ne pas restaurer la paix positive entre les parties belligérantes donne lieu à des considérations relatives au consentement des États concernés. Il semble que le consentement de l'État agresseur ne soit pas

¹⁴⁸⁵ À/59/565 2 décembre 2004, par. 298.

¹⁴⁸⁶ B. Simma, *The Charter of the United Nations: a commentary, op.cit.*, art. 107, p. 1334 : « Article 107 exempted the responsible governments from the obligations of the Charter in the following case: treaty arrangements concerning the results of the war; authoritative actions such as the occupation of enemy territory, the *debellatio*; the detachment of enemy territory in the sense of Art. 77 (1)(b); the exercise of occupational power, including the administration of occupation law enacted by the Allies; and the establishment of military bases ».

¹⁴⁸⁷ Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, San Francisco, 1945, vol. XII, p. 548. Le délégué britannique dans le Comité III/3 de la conférence de San Francisco soulignait « that it would be unwise to limit the definition of the expression « Governments having responsibility for such action » to governments parties to armistice terms, peace treaties or the Moscow Declaration. It was conceivable that in some cases there would be no peace treaty and that a government which had not been a party either to the Moscow Declaration or an instrument of surrender might be called upon to assume some degree of responsibility for action in regard to an enemy state », p.533. Des doutes ont été exprimés par U. Scheuner, « Die Vereinten Nationen und die Stellung der Nichtmitglieder », pp. 371-403, dans *Völkerrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen/Carl Bilfinger zum 75. Geburtstag*, Köln, Heymann, 1954, viii-557, p.398: « Il n'est pas clair si l'autorisation d'agir contre d'anciens États ennemis se limite aux États alliés durant la Seconde Guerre mondiale ou si elle concerne également tous les autres États ».

une condition indispensable pour que ce dernier soit lié par un traité¹⁴⁸⁸. L'article 75 de la Convention de Vienne prévoit que les dispositions du traité « sont sans effet sur les obligations qui peuvent résulter à propos d'un traité, pour un État agresseur, de mesures prises conformément à la Charte des Nations Unies au sujet de l'agression commise par cet État »¹⁴⁸⁹. L'article est censé répondre à la problématique du sort conventionnel de l'État agresseur à la suite de la cessation des hostilités¹⁴⁹⁰. L'article se réfère ainsi à l'hypothèse d'un traité liant l'agresseur en tant qu'État tiers¹⁴⁹¹. Il semble ainsi que même un traité imposé à l'agresseur puisse être contraignant. Sous ces conditions, le caractère « primitif » du droit international apparaît de nouveau puisque même une convention conclue sous la contrainte puisse être « une norme obligatoire »¹⁴⁹².

597. L'article de la Convention de Vienne pourrait aussi être interprété comme permettant l'imposition d'un traité à l'État agresseur vaincu¹⁴⁹³. Toutefois, le renvoi explicite à la Charte

¹⁴⁸⁸ *Annuaire de la Commission du droit international* 1966, Vol. I, partie 2, Par 82, p. 78 : « Dans la pratique, le traité est présenté par les vainqueurs à l'État agresseur vaincu, celui-ci n'ayant d'autre choix que de l'accepter. Pour ces traités-là, il est certainement utile de souligner que le fait que l'État agresseur a été contraint ne lui permet pas de mettre en doute la valeur du traité lui-même. [...] Certains membres de la Commission ont souligné que l'obligation de l'État agresseur a pour base la règle fondamentale du droit international relative à la responsabilité des agresseurs en ce qui concerne leurs actes d'agression.

¹⁴⁸⁹ Tomuschat considère que la toile de fond de cette disposition sont les accords de Potsdam du mois d'août 1945, lorsque le sort de l'Allemagne vaincue a été déterminé par les puissances alliées. Chr. Tomuschat, « Article 75 », pp. 2657-2678, dans O. Corten, P. Klein (éd.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités, commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, xxxix-2965 p., p.2658.

¹⁴⁹⁰ Sur la question de l'indétermination de la qualification d'agresseur v. *Annuaire de la Commission du droit international* 1966, Vol. I, partie 2, Par 88, p. 79 Tounkine : « On a encore soulevé la question de savoir qui déciderait si un État est agresseur. Il est difficile d'accepter ce genre d'argument, auquel on peut recourir pour toute question de droit international. Faute de juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice, et faute d'une autorité politique supérieure aux États pour décider "il y a eu violation du droit international, il est possible d'invoquer le même argument pour toute autre question, par exemple le dol ou la contrainte. Si l'on adopte cette attitude, c'est tout le travail de codification du droit international qu'il faudrait abandonner, et le droit international lui-même en serait ébranlé ». Quant au sort des traités de l'État agresseur durant les hostilités v. art. 15 *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, 2011. L'article précise que l'État qui commet une agression n'est pas en droit de mettre fin à un traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application du fait d'un conflit armé consécutif à l'acte d'agression si une telle mesure devait avoir pour conséquence de lui procurer un avantage.

¹⁴⁹¹ *Annuaire de la Commission du droit international* 1964 vol. 1, A/CN.4/SER.A/ 1964, par. 64, R. Ago : « Un traité imposé à un État agresseur est un traité conclu avec cet État ; celui-ci n'est pas un tiers. Sans doute le consentement de l'État agresseur est-il forcé, et peut-être les conditions du traité ont-elles été négociées à l'avance entre les autres parties, mais il n'en reste pas moins que le traité est conclu avec l'État agresseur ».

¹⁴⁹² Expressions utilisées par H. Kelsen, « Contribution à la théorie du traité international », pp. 121-160, dans *Écrits français de droit international*, Ch. Leben (prés.), PUF, Paris, 2001, 316 p., p.125 : « *Coactus tamen voluit* était longtemps un principe du droit romain. La distinction juridique entre une expression de volonté libre et une expression de volonté forcée est entièrement étrangère à la mentalité des peuples primitifs. C'est pourquoi il n'est pas admissible d'appliquer sans autre le principe en question du droit interne — qui est un droit techniquement évolué — au droit international qui est un droit primitif, et de déclarer un traité international comme nul si l'une des parties contractantes dans des circonstances quelconques a été forcée de conclure le traité ; situation typique s'il s'agit de conclure un traité de paix entre un État vainqueur et un État vaincu ».

¹⁴⁹³ Tounkine, *Annuaire de la Commission du droit international* 1964 vol. 1, A/CN.4/SER.A/ 1964, par. 53. *Annuaire de la Commission du droit international* 1966, Vol. I, partie 2, Par 82, p. 79 Castrén : « Il ne nie pas qu'il soit possible d'imposer certaines dispositions contractuelles à l'agresseur, mais tout dépend du contenu et de l'étendue de ces dispositions. On ne saurait donner carte blanche pour le traitement d'un État agresseur à l'État victime de l'agression [...] ». Une autre question qui se pose est celle du caractère coutumier de cette règle. Néanmoins, exception faite des accords de Potsdam, une pratique qui affirme que l'État agresseur peut être contraint de consentir à un traité de paix imposé par les puissances victorieuses fait défaut. Il a été soutenu que « les traités concernant l'Allemagne ont force

est perçu comme une limite qui permet « d'écarter tant l'hypothèse d'un agresseur mis hors la loi que de vainqueurs de l'agression s'érigent en gouvernement international de fait »¹⁴⁹⁴. Il doit par ailleurs être rappelé qu'en cas de détermination des conséquences d'une agression, une qualification par le Conseil de sécurité est considérée comme indispensable. Seulement des décisions prises sous forme des résolutions par le Conseil de sécurité seraient par conséquent en mesure de créer un régime discriminatoire à l'encontre d'un État agresseur. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, ce rôle d'institution qui jouissait d'une légitimité équivalente à celle du Conseil de sécurité de l'ONU, était assuré par les États qui avaient signé les accords de Potsdam¹⁴⁹⁵.

598. L'article 75 doit être associé à l'article 35 de la Convention aux termes duquel « une obligation naît pour un État tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent créer l'obligation au moyen de cette disposition et si l'État tiers accepte expressément par écrit cette obligation ». Lors des travaux préparatoires de la Convention, certains États ont fait mention, dans leurs observations, des dispositions de traités imposées à l'État agresseur et ont soulevé la question de l'application de l'article 35 aux dites dispositions. Dans le commentaire qu'elle a rédigé concernant cette règle fondamentale pour l'indépendance et l'égalité des États portant sur l'effet relatif des traités, la Commission du droit international a rejeté l'application de cet article aux traités imposés à l'État agresseur. En raison de la non-application de cet article dans le cas de l'État agresseur, la Commission a proposé « d'insérer dans le projet un article distinct qui contient une réserve générale concernant toute obligation à propos d'un traité qui peut résulter, pour un État agresseur, de mesures prises conformément à la Charte »¹⁴⁹⁶. La Commission s'est montrée ainsi favorable à la prévision d'une « réserve générale touchant le

obligatoire en raison de la responsabilité internationale que l'Allemagne a encouru en déclenchant une guerre d'agression » et que ces traités ont été imposés « à titre de sanction pour l'agression commise », *idem*.

¹⁴⁹⁴ R. Le Bœuf, *Le traité de paix : contribution à l'étude juridique du règlement conventionnel des différends internationaux*, *op. cit.*, p. 657 : « Il est vrai que le texte de l'article 75 n'a ni pour objet, ni pour effet de tenir le droit des traités pour absolument inapplicable à l'agresseur lui-même. Il énonce seulement la possibilité pour ses bénéficiaires d'assigner à l'agresseur certaines obligations incompatibles avec le droit des traités. Le dispositif de la Convention de Vienne conserve ainsi à l'égard de l'agresseur une valeur supplétive [...] Les atteintes portés au droit des traités sur le fondement de telles mesures ne peuvent donc excéder ce qu'autorisent les règles de la sécurité collective. En effet, ces règles fondent le régime appliqué à l'État agresseur autant qu'elles le limitent. Tout en condamnant l'agresseur, le droit de la sécurité collective vient donc paradoxalement à son recours en bornant les excès qui auraient pu résulter pour lui de son agression sur le terrain conventionnel. L'agresseur, bien qu'il puisse se voir privé de l'ensemble des garanties du droit des traités, n'est donc pas absolument hors la loi au regard de ce droit : la privation dont il fait l'objet résulte non de la volonté arbitraire des bénéficiaires de la réserve établie à l'article 75, mais du cadre juridique établi par la Charte des Nations Unies ».

¹⁴⁹⁵ Tomuschat précisant que « (l) es trois chefs d'État et de gouvernement qui se réunissaient à Potsdam concevaient leur rôle comme étant similaire à celui du futur Conseil de sécurité » renvoie à Reuter qui considérait que de tels traités « font admettre une sorte de gouvernement international de fait ». *Annuaire de la Commission du droit international*, CDI, 1964, vol. I, 734^{ème} s. p. 77 par .58.

¹⁴⁹⁶ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 248

cas de l'État agresseur, qui porterait sur l'ensemble du projet d'articles »¹⁴⁹⁷. La prévision d'un article général ne devait pas toutefois « donner l'impression que l'État agresseur devrait être considéré comme absolument hors la loi pour ce qui est du droit des traités », puisqu'une telle solution « pourrait gêner le processus par lequel l'État agresseur revient à des relations normales avec le reste de la communauté internationale »¹⁴⁹⁸.

599. Des doutes émergent quant aux conditions dans lesquelles un État peut invoquer l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui précise qu'un traité est nul si sa conclusion a été le résultat de la menace ou de l'usage de force en violation des principes du droit international. Une inégalité matérielle entre les parties ne serait pas en mesure de justifier l'invocabilité de l'article 52. L'invocabilité de cet article ne ferait pas de doute seulement dans l'hypothèse où l'État agresseur impose sa volonté à l'État vaincu qui a subi l'agression, et sous condition que la qualification d'agresseur ne soit pas susceptible de soulever des controverses¹⁴⁹⁹.

600. Le statut d'agresseur semble ainsi rendre licites certaines prérogatives spéciales. Ni le contenu de ces prérogatives, ni les conditions de leur invocabilité, ni par ailleurs les États titulaires de ces prérogatives ne semblent être définis de manière précise. Les relations juridiques entretenues entre les États ennemis et les États qui peuvent éventuellement bénéficier de cette qualification relèvent ainsi d'un régime d'exception.

601. Une relation intrinsèque peut être constatée entre le statut d'État ennemi et le statut d'agresseur. Pour bien saisir la spécificité de cette relation, il faut s'interroger sur l'obligation de réparation incombant à l'État ennemi ou à l'État agresseur. Prenant en considération la gravité de l'acte commis par l'État ennemi ou par l'État agresseur, il importe de s'interroger sur le caractère spécial du mécanisme d'engagement de la responsabilité internationale.

§2 L'obligation de réparations de guerre incombant à l'agresseur vaincu.

602. L'agression en tant qu'acte présente ses particularités par rapport à tout autre acte internationalement illicite (b). L'interrogation porte sur la manière dont un tel acte illicite exerce d'influence sur le mécanisme d'engagement de la responsabilité internationale (a).

¹⁴⁹⁷ *Idem*, p. 292.

¹⁴⁹⁸ *Idem*, Parmi les craintes exprimées par les États — membres, figuraient celle relative au « risque que l'une des parties ne qualifie unilatéralement une autre partie d'agresseur en vue de mettre fin à un traité qui ne lui conviendrait pas ». Malgré les réserves exprimées par les États, la Commission a décidé de faire figurer dans l'art. 75, une réserve générale.

¹⁴⁹⁹ Dinstein, *War aggression and self defence*, *op.cit.*, p. 38.

a. L'engagement de la responsabilité internationale de l'ennemi vaincu qualifié d'agresseur.

603. La guerre d'agression est le motif d'engagement de la responsabilité d'un État (i). L'acte commis d'agression est susceptible d'altérer le statut même de l'État agresseur (ii).

i. La guerre d'agression comme motif d'engagement de la responsabilité internationale.

604. Conforme à cette logique d'attribution d'un statut spécial à l'ennemi agresseur est la thèse selon laquelle l'agresseur vaincu est tenu *ipso jure* de réparer les préjudices subis par le vainqueur agressé, sans qu'une réglementation expresse par le biais d'un traité de paix ou d'un autre accord soit nécessaire. La dette de réparation découlerait d'une part de la réalisation du fait illicite de la guerre d'agression et d'autre part du fait de la défaite. Ce raisonnement s'appuie sur un élément juridique, à savoir sur la qualification d'agresseur, et sur un élément factuel, à savoir la défaite. Des représentants de la doctrine ont rejeté cette approche considérant que la reconnaissance d'un principe général, en vertu duquel l'agresseur vaincu serait obligé, sans aucun engagement contractuel précis, à verser des réparations, se heurte à la structure de la communauté internationale, l'incapacité de saisir de manière objective l'agression et la dissociation récurrente dans l'histoire entre la partie vainqueur et la victime de l'agression¹⁵⁰⁰. Il était aussi précisé que l'évaluation unilatérale du droit à réparation par le créancier est exclue par les principes élémentaires du droit et de la justice, dans la mesure où le débiteur n'a pas la possibilité de faire appel à une instance judiciaire impartiale contre une évaluation arbitraire et abusive du droit à réparation¹⁵⁰¹. Si une guerre d'agression contraire au droit international public donne lieu à une demande de réparation de la part de la victime, il est douteux que ce droit à réparation naisse automatiquement de l'agression et de la défaite. Si l'agression établit le fondement juridique de la dette de réparation et la défaite la rend exigible, l'étendue de la dette et les modalités de son exécution ne peuvent qu'être fixées par un accord. Tant qu'un tel accord n'est pas conclu, les vainqueurs peuvent être autorisés à prendre des mesures conservatoires en vue de la future dette de réparation. Si le droit international général reconnaît,

¹⁵⁰⁰ W. Grewe, *Ein Besatzungsstatut für Deutschland: die Rechtsformen der Besetzung*, Stuttgart, Koehler, 1948, 233 p. p. 162 : « Il est toutefois problématique de fonder un système général de droit international sur le fait que, dans un cas concret, la défaite a frappé l'agresseur. L'histoire récente ne manque pas d'exemples du résultat inverse. Les principes du droit international ne peuvent pas être formés *ad hoc*, ils présupposent au contraire la possibilité de leur application constante et générale. Même s'il doit être considéré comme évident que l'Allemagne doit, dans le traité de paix, prendre en charge la réparation des dommages qu'elle a causés aux États agressés, il ne serait donc pas anodin d'admettre un principe général selon lequel l'agression et la défaite obligent automatiquement à la réparation. Ces réserves seraient en tout cas décisives si l'on voulait, avec ce principe, attribuer en même temps au vainqueur le pouvoir de décider unilatéralement dans quelle mesure et sous quelle forme la réparation doit être effectuée ».

¹⁵⁰¹ *Idem*, p.163.

sous conditions, l'obligation d'accorder des réparations, une concrétisation de cette obligation est exigée à la suite de la fin de la guerre¹⁵⁰².

605. Il pourrait être considéré que, depuis la conclusion du pacte Kellogg-Briand et la qualification de la guerre d'agression en tant que crime international, le droit international public considère la préservation de la sécurité juridique comme sa première finalité. Ce n'est qu'à l'époque de la Société des Nations, dans les années 1920, que des tentatives isolées ont vu le jour pour codifier dans un traité la responsabilité de l'agresseur. Ainsi, le protocole de Genève pour le règlement pacifique des conflits internationaux du 2 octobre 1924 précisait dans son article 15 que « pour répondre à l'esprit du présent Protocole, les États signataires conviennent que la totalité des frais de toute opération d'ordre militaire, naval ou aérien, entreprise pour la répression d'une agression, conformément aux termes de ce Protocole, ainsi que la réparation de tous dommages subis par les personnes civiles ou militaires et tous dommages matériels occasionnés par les opérations, de part et d'autre, seront supportés par l'État agresseur jusqu'à l'extrême limite de sa capacité ». L'article 15 du Protocole établissait donc la responsabilité globale de l'agresseur pour les frais de guerre, les pertes et les dommages subis par les individus, y compris les combattants, ainsi que pour tous les dommages matériels causés par les opérations de toutes les parties au conflit. La capacité économique limitée de l'agresseur a été prise en compte puisque celui-ci ne devait être responsable que dans la mesure maximale possible et que sa souveraineté territoriale et son indépendance politique ne devaient pas être mises en danger. Le protocole n'a cependant pas été ratifié par un nombre suffisant d'États et n'est donc pas entré en vigueur. L'initiative de l'Institut de Droit International de 1927 mérite aussi d'être soulignée. Lors de la conférence de Lausanne de la même année a été adoptée la résolution portant sur la « responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leurs territoires à la personne et aux biens des étrangers ». Dans le préambule de cette résolution l'Institut émettait le « vœu de voir consacrer dans la pratique du Droit des Gens l'ensemble des règles suivantes, concernant la responsabilité internationale des États, en raison des dommages causés sur leur territoire, alors qu'il y a paix entre eux, à la personne ou aux biens des étrangers ». Il est évident, à la seule lecture du préambule, que ce projet de codification devait être explicitement limité aux actes de violence commis en temps de paix. La question reste de savoir si l'obligation de réparer les dommages causés par une violation du *ius ad bellum* relevait également de l'objet de cette résolution. Selon une interprétation stricte du texte du

¹⁵⁰² « La question des réparations après une guerre ne peut être réglée que par un traité entre les anciens belligérants ou par le diktat du vainqueur ». H. Rumpf, « Die Regelung der deutschen Reparationen nach dem Zweiten Weltkrieg », *Archiv des Völkerrechts*, 1985, vol. 23, pp. 74-101, p.77.

préambule, cette hypothèse ne devrait en tout cas pas être exclue, étant donné que la responsabilité pour violation du *ius ad bellum* était liée à la décision de faire la guerre, et non aux actes commis pendant la guerre. Il convient toutefois de garder à l'esprit que le principe de l'interdiction de la guerre d'agression en droit international coutumier n'était pas encore cristallisé au moment des efforts de codification. Aucune autre tentative de codification de la responsabilité en cas de violation du *ius ad bellum* n'a été entreprise dans la période de l'entre-deux-guerres¹⁵⁰³.

606. La question, soulevée au lendemain de la Seconde Guerre internationale, était de savoir si l'agresseur était responsable des dommages causés en vertu du droit international coutumier dans le cadre d'engagement d'une responsabilité « délictuelle » ou si un acte supplémentaire, sous forme d'un traité de paix ou d'un acte national de mise en œuvre de cette obligation, était nécessaire à cet effet. La question du fondement normatif des réparations s'est avérée particulièrement cruciale après la fin de la Seconde Guerre mondiale, en raison de l'absence de traité de paix signé avec l'Allemagne. Il est donc déterminant pour l'évaluation juridique des réparations extraites par l'Allemagne sous forme de prestations en nature jusqu'en 1953 de savoir si une telle responsabilité était déjà fondée sur le droit international coutumier¹⁵⁰⁴. Il est frappant de constater que même dans le cas des traités de paix conclus avec les autres puissances de l'Axe à la suite de la Seconde Guerre mondiale, il n'existe pas de règle d'attribution de responsabilité comparable à celle de l'article 231 du Traité de Versailles qui lie expressément l'obligation de verser des réparations à la conduite d'une guerre d'agression. Toutefois, il peut être affirmé que, contrairement à l'époque de la Première Guerre mondiale, au début de la Seconde Guerre mondiale, une guerre d'agression, telle qu'elle avait été menée par les puissances de l'Axe, était déjà interdite par le droit international. Il convient de mentionner ici les dispositions déterminantes de l'article 10 du Covenant de la Société des Nations de 1919

¹⁵⁰³ Lors de la conférence de La Haye en 1930, le comité de la Société des Nations chargé de la codification du droit international s'est réuni et s'est mis d'accord sur un projet de principes fondamentaux concernant la responsabilité des États. L'objet de cette conférence était toutefois uniquement l'engagement de la responsabilité dans le domaine du droit international de la paix. « Texte des articles adoptés en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence de codification du droit international », La Haye, 1930, v. *Annales de la Commission du droit international*, 1956 Volume II p. 226.

¹⁵⁰⁴ Le gouvernement fédéral allemand part depuis toujours du principe qu'au moins au moment de la Seconde Guerre mondiale, la responsabilité pour les dommages de guerre n'était pas encore fondée en droit international coutumier. V. p. ex. Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Gutachten v. 28.8.2017, « Fondements et limites en droit international des réparations liées à la guerre, compte tenu notamment de la situation germano-polonaise » (*Völkerrechtliche Grundlagen und Grenzen kriegsbedingter Reparationen unter besonderer Berücksichtigung der deutsch-polnischen Situation*). Le gouvernement fait référence à l'absence d'une pratique cohérente des États entre les deux guerres mondiales, selon laquelle les obligations de réparation pouvaient être reconnues indépendamment d'un traité de paix. Pour qu'une obligation de réparation soit fondée, il faut d'abord qu'elle soit confirmée par un acte juridique, tel qu'un traité de paix, qui a donc un effet constitutif et ne se contente pas de déclarer la responsabilité pour un fait illicite née auparavant.

et en particulier du pacte Briand-Kellogg de 1928. Néanmoins, ni les dispositions relatives aux réparations du protocole de Yalta et des accords de Potsdam, ni les règles relatives à la responsabilité relevant des traités de paix conclus avec les autres puissances de l'Axe n'établissent un lien entre l'obligation de réparation et l'agression de l'Allemagne et de ses alliés. Toutefois, malgré l'absence de clause de responsabilité comparable à l'article 231 du Traité de Versailles, le préambule de chaque traité lie la responsabilité de l'État à sa participation à la guerre¹⁵⁰⁵. Il pourrait alors être soutenu que l'engagement de responsabilité internationale pour des raisons de violation des règles du *jus ad bellum* émane du droit international coutumier¹⁵⁰⁶. Toutefois, même en admettant cette thèse, la naissance matérielle du droit à réparation, conformément à des règles de nature coutumière, ne doit pas être confondue avec la concrétisation de ce droit. Si une distinction est établie entre la naissance du droit et sa mise en œuvre, l'exigence d'une réglementation contractuelle peut se rapporter uniquement à cette dernière¹⁵⁰⁷.

607. À la notion d'indemnité de guerre, correspondant aux pertes occasionnées par la guerre, s'est substituée la notion de compensation fondée sur la responsabilité de l'agresseur. Si l'on compare l'article 231 du traité de Versailles avec les articles des traités de paix précédents, comme l'article 2 du traité de paix préliminaire de Versailles de 1871, il apparaît clairement que le traité de Versailles rompt avec la pratique antérieure¹⁵⁰⁸. Les paiements indemnitaires imposés à l'Allemagne ne correspondent plus aux dommages de guerre, mais ont comme objectif « l'appauvrissement du vaincu », conçu comme étant la conséquence de sa « faute »¹⁵⁰⁹. Cette approche rend envisageable la possibilité d'interpréter la question d'indemnités de guerre non plus comme une question politique, mais comme une question juridique. Les demandes de réparation se présentent comme des sanctions attachées à la violation du *jus ad bellum*. L'agression est ainsi conçue comme le délit dont la violation engendre l'obligation

¹⁵⁰⁵ Le préambule du traité de paix italien stipulait : « Considérant que l'Italie, sous le régime fasciste, est devenue partie au Pacte tripartite avec l'Allemagne et le Japon, a entrepris une guerre d'agression et a ainsi provoqué un état de guerre avec toutes les Puissances alliées et associées et avec d'autres Nations Unies, et porte sa part de responsabilité dans la guerre ». Traité de paix avec l'Italie (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 49, n. 747, p. 3.

¹⁵⁰⁶ G. Fitzmaurice, qui s'est également exprimé sur la question de savoir dans quelle mesure l'agression peut déjà constituer le fondement juridique de la réparation : « [...] and the principle that States in the position of wrongdoers as a result of their aggression, are responsible for the ensuing damage, irrespective of any treaty provision, may well be a useful one to establish ». Fitzmaurice, *The juridical clauses of the peace treaty*, *op.cit.*, p.325.

¹⁵⁰⁷ Ce raisonnement se reflète également dans les propos de Fitzmaurice : « [T]he question of reparation will, however, always remain one which will have to be regulated by treaty, if only because it is necessary to provide specifically what payments are to be made, and what the method of payment is to be », *Idem*.

¹⁵⁰⁸ E. Gunnewig, *Schadenersatz wegen der Verletzung des Gewaltverbotes als Element eines ius post bellum*, *op.cit.*, p. 94. Le traité de Versailles s'éloigne de la pratique antérieure en matière d'indemnisation de guerre, qui consistait à réclamer le montant de l'indemnisation sans aucune justification, et encore moins juridique.

¹⁵⁰⁹ P. D'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, *op.cit.*, p.825.

d'indemnisation. Un statut est alors octroyé à l'agresseur qui doit subir les effets de sa décision de déclencher un conflit armé. Par conséquent, un régime fortement discriminatoire est imposé à l'agresseur. La « discrimination la plus poussée résulte des dispositions des articles 53 et 107 de la Charte qui établissent, à l'encontre des États ayant été, au cours de la Seconde Guerre mondiale, les ennemis de l'un quelconque des signataires de la Charte, un régime fortement dérogoire au droit commun de la Charte relatif à la prévention et à la répression de l'agression »¹⁵¹⁰. Le statut octroyé à l'agresseur correspond au concept de guerre discriminatoire qui impose ainsi la reconsidération de la structure de l'institution de la guerre comme celle-ci avait été réglementée lors des Conférences de la paix de 1899 et de 1907¹⁵¹¹. En effet, le droit de la guerre ne distinguait pas entre l'injuste agresseur et sa victime¹⁵¹².

ii. Le statut de l'agresseur en tant que défi pour le principe d'égalité des belligérants.

608. Le principe de non-discrimination des belligérants au regard du *jus in bello*, semble ainsi coexister avec le principe de discrimination de l'agresseur sur le plan du *jus ad bellum*. Dans la phase post-confliktuelle, l'agresseur retrouve un statut particulier qui se reflète dans les dispositions normatives censées mettre fin aux hostilités. Il faut se demander si l'agresseur peut se prévaloir des règles relevant du *jus in bello*. En effet, le *jus in bello*, censé être un cadre normatif autonome par rapport au *jus ad bellum*, confère certaines prérogatives aux belligérants. À la suite de la fin de la guerre et la qualification de l'agresseur, il faut s'interroger sur la possibilité pour l'agresseur de se prévaloir des prérogatives déjà conférées en vertu du *jus in bello*. L'interrogation porte par exemple sur la possibilité d'invoquer des droits sur le butin de guerre par un État qui se lance à un conflit transgressant des règles du *jus ad/contra bellum*. Cette réflexion concerne les rapports entre les règles du *jus ad bellum* et celles relevant du *jus in bello*. Malgré le fait que ces corps de règles sont séparés, il faut se demander si l'État qui

¹⁵¹⁰ Meyrowitz, *Le principe d'égalité des belligérants, op.cit.*, pp. 32-33.

¹⁵¹¹ W. Schätzel, « Agressionskrieg und Haager Kriegsrecht », *Nordisk Tidsskrift for international Ret*, 1954, pp.17-31, p.17 : « Nous avons aujourd'hui ce que l'on appelle un droit de la guerre discriminatoire. C'est là que réside la différence décisive par rapport au droit de la guerre tel qu'il existait jusqu'à la Première Guerre mondiale et tel qu'il était à la base des conceptions des Conférences de paix de La Haye de 1899 et 1907. [...] Le droit de la guerre qu'elles ont créé repose sur cette conception fondamentale, en vertu de laquelle le droit de la guerre non discriminatoire donne à chaque belligérant les mêmes droits et obligations. On peut se demander si et dans quelle mesure ce "droit de la guerre égalitaire" est encore compatible avec les conceptions actuelles et l'interdiction générale de la guerre. [...] Peut-on donner à l'agresseur les droits du droit de la guerre de La Haye et imposer à la victime les obligations du règlement de La Haye ? ».

¹⁵¹² A. Rolin, *Le droit moderne de la guerre : les principes, les conventions, les usages et les abus*, Bruxelles, Dewit, 1920, vol.1, xvi-586, pp. 10-11 : « Enfin la Conférence, en traçant son Règlement des Lois et coutumes de la guerre, n'a pas distingué entre l'injuste agresseur et sa victime. Elle a sagement agi. Elle n'a fait en cela que suivre une doctrine et des usages pour ainsi dire universels. Elle a édicté un ensemble de prescriptions et limitations qui enserrent même celui qui se défend contre une attaque injuste. C'est le minimum des règles auxquelles les belligérants doivent se conformer. Si tout était permis à celui qui repousse une injuste agression, la guerre dégènerait bien vite en une abominable barbarie ; car chacun prétend avoir le bon droit de son côté et parfois il le croit. Parfois même la question de savoir où est le bon droit est douteuse ».

Selon cette hypothèse, l'annulation rétroactive des actes juridiques accomplis lors d'un conflit pourrait ainsi être envisageable¹⁵¹⁵ (b).

a. La non-reconnaissance des droits revendiqués par l'agresseur au nom des prérogatives conférées par le *jus in bello*.

610. L'octroi d'un statut spécifique à l'agresseur se trouve au cœur des interrogations de la communauté internationale pendant les années suivant la fin de la Seconde Guerre mondiale. Cet intérêt s'explique par le fait que l'Institut de droit international avait chargé, en 1952, un comité *ad hoc* d'étudier la question de l'opportunité d'une révision du droit de la guerre, à la lumière de la formation des mécanismes de préservation de la paix, de la sécurité internationale et de la prohibition du recours à la force. L'interrogation portait sur la pertinence ou la désuétude du principe d'égalité des belligérants pendant la durée des hostilités. Selon la thèse proposée (par ce comité) la réponse devrait différer en fonction de la désignation ou non d'un agresseur par un organe impartial¹⁵¹⁶. Des membres de l'Institut ont précisé qu'en vertu de l'attribution de la qualité de l'agresseur par le CS, une « renaissance de la notion du *bellum justum* » pouvait être constatée et que, par conséquent, « l'agresseur ne pourrait en aucun cas avoir les mêmes droits que la victime de l'agression »¹⁵¹⁷. Toutefois, la prise en compte des considérations humanitaires a conduit à l'adoption de la thèse selon laquelle « pendant la durée des hostilités (*durante bello*) le droit de la guerre est régi par le principe de l'égalité des belligérants, aussi bien dans le cas où l'organe compétent de l'O.N.U. a désigné l'agresseur que dans celui où une action militaire est entreprise par ou sous les auspices de l'O.N.U »¹⁵¹⁸. Cette interrogation a occupé l'Institut aussi dans certaines séances même après 1952¹⁵¹⁹. Les représentants de la

¹⁵¹⁵ Plusieurs décisions des Commissions arbitrales ou de conciliation, établies après la Deuxième Guerre mondiale, portent sur des décisions prises par les puissances de l'axe lors de la guerre concernant la gestion des biens ennemis. V. p. ex. la décision de la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne du 28 juin 1960 (*aff. Royaume de Grèce c. Rép. Féd. d'Allemagne*), où, dans une même phrase, se trouvent visés, et reconnus valables au regard du droit de la guerre, des actes de belligérance effectués par l'Allemagne à l'encontre, la première fois, d'une puissance neutre, et, la seconde fois, d'un État victime d'une agression illégale : « En arrêtant le "S.S. Marietta Nomikos" en haute mer, le 25-26 octobre 1939, à une époque où la Grèce était encore un État neutre, et en la déclarant de bonne prise, après l'entrée en vigueur de cet État les autorités allemandes se sont conformées aux règles du droit des gens sur la guerre maritime ». *Recueil des décisions de la Commission arbitrale sur les biens, droits, et intérêts en Allemagne* vol. IV, 1961, n. 80, p. 302 et s. Citée par Meyrowitz, *op.cit.*, p. 62. Il paraît que les actes de saisie ou de confiscation entrepris conformément au *jus in bello* sont considérés comme légitimes, malgré l'affirmation solennelle dans les traités de paix de l'entière responsabilité de l'agresseur. Sur le fonctionnement et les finalités de cette commission arbitrale créée par la Convention de Bonn du 26 mai 1952 (Convention sur le règlement des questions issues de la guerre et de l'occupation), v. G. Guyomar, « La Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts privés en Allemagne », *AFDI*, 1960, pp. 528-530.

¹⁵¹⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1957, vol. I, p. 328 : « Question III Faut-il adopter un point de vue différent si cette désignation de l'agresseur a eu lieu, p. ex. par un organe compétent de L'ONU ? ».

¹⁵¹⁷ *Idem*, p. 499 Observations de Yepes : « Si l'on assimilait absolument l'agresseur et la victime à tout point de vue, la notion de la guerre illégale risquerait de disparaître pour toujours. Or, cette notion est l'une des plus belles conquêtes du droit international contemporain. Et, ce qui est pire encore, à la conclusion de la paix, l'agresseur et la victime continueraient à être sur le même pied d'égalité », p. 500.

¹⁵¹⁸ *Idem*, p.505.

¹⁵¹⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1959, vol.II

doctrine ont exprimé des opinions divergentes qui oscillaient entre, d'une part, la thèse de l'égalité complète des belligérants et, d'autre part, l'abandon de l'égalité complète, aux dépens de l'État qualifié d'agresseur, sans aucun préjudice à l'application des règles imposées aux belligérants pour des motifs humanitaires¹⁵²⁰. Il a été aussi soutenu que l'agresseur devait être privé du droit de recourir à des mesures économiques ayant pour but de diminuer la force de résistance de son adversaire¹⁵²¹. Parallèlement à cette thèse, il a été également soutenu l'idée que les mesures de contrainte économique imposées contre l'agresseur pourraient même inclure l'hypothèse de confiscation des avoirs de l'agresseur et de ses ressortissants¹⁵²². La dernière

¹⁵²⁰ V. p. ex. la défense de Quincy Wright en faveur de la non-reconnaissance des droits *iure bello* au profit de l'agresseur. *Annuaire de l'Institut droit international*, 1963 vol.I, p. 57 : « il semble contradictoire de déclarer d'une part que les États doivent "s'abstenir, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, ou de se comporter de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations unies", et d'autre part de prétendre que si un État fait usage de la force en violation de cette obligation, il a le "droit belligérant" d'envahir et d'occuper le territoire et de détruire les forces armées de l'État qu'il a attaqué ». L'auteur nie à l'agresseur la possibilité d'invoquer la nécessité militaire pour faire usage des « droits des belligérants ». P. 58 : « L'agresseur tentera, bien entendu, de bénéficier des "droits du belligérant" au cours de ses opérations, mais il ne peut pas, en principe, jouir de ces droits et, par conséquent, il ne peut pas invoquer la "nécessité militaire" pour se dégager de la responsabilité des pertes subies par son ennemi ou par d'autres États en raison de son agression et il doit, en principe, réparer intégralement toutes ces pertes après la fin des hostilités ». Pour une défense de cette thèse v. V. N. Sevenaer, *L'Occupation allemande pendant la dernière guerre mondiale. Considérations sur le caractère du pouvoir de la puissance occupante et de ses mesures selon les principes généraux du droit et selon la 4ème Convention de La Haye*, La Haye, Nijhoff, 1946, xii-324p., p.287-288 : « L'injustice ne peut jamais engendrer aucun droit quel qu'il soit [...] Celui qui fait la guerre injuste commettra autant de meurtres, qu'il aura tué d'hommes, de soldats et de citoyens appartenant au pays injustement attaqué, commettra autant de vols qu'il se sera accaparé de biens appartenant soit à l'État, soit aux citoyens du territoire occupé [...] Les habitants du territoire envahi ont de tout temps le droit de nuire à l'ennemi occupant leur pays et l'occupant n'a pas le droit de se défendre contre l'action patriotique de la population et par conséquent d'appliquer la loi martiale à ceux qui ont pris part à des tentatives de révolte. La raison s'impose : celui qui s'est emparé injustement du bien d'autres n'a aucun droit de repousser la riposte du spolié qui est en droit de reprendre son bien avec tous les moyens possibles ». Pour des opinions favorables à l'étanchéité du *jus in bello* par rapport au *jus ad bellum*, v. P. Guggenheim, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Basel, Recht und Gesellschaft, 1951, Bd 2, xxiii-1044 p., p. 779 : « Le droit de la guerre ne fait pas de distinction entre l'agresseur et l'État agressé. Il est lié à l'existence d'un état de guerre et ne tire aucune conséquence du fait que certaines guerres sont interdites au sein de l'organisation internationale et en vertu du Pacte de Kellogg. Le droit international ne tire pas toutes les conséquences du principe : *ex injuria jus non oritur* ». A. Ross, « Denmark's legal status during the occupation », *Jus Gentium Nirdisk Tidsskrift for Folkeret og international Privatret*, 1949, pp. 3-21, p. 9 : « Même une guerre illégale aura sans aucun doute les mêmes effets juridiques que toute autre guerre. [...] l'occupation, outre son caractère illégal, crée la condition d'une reconsidération des rapports juridiques entre les deux parties en présence ».

¹⁵²¹ V. *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1963, Travaux préparatoires : l'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé, Résolution IX, p. 16

¹⁵²² V. l'argumentation de Verzijl, *Idem*, p. 101 : « Quant aux droits traditionnels d'un belligérant, l'agresseur devrait, en principe, en être privé. Il serait évidemment impossible de le priver de tous les droits de belligérance, mais il y a lieu de lui dénier au moins toute une série de droits spécifiés. Il ne suffit pas de le rendre responsable après la guerre des conséquences de son agression au point de vue de la réparation financière. Le droit international doit, au contraire, clairement établir que certains droits traditionnels d'un belligérant n'appartiennent pas à un agresseur. Sans vouloir dresser ici une liste de tels droits, j'en cite quelques-uns, empruntés, par exemple : au droit d'occupation — que l'on ne peut certainement laisser à l'écart, puisqu'il joue un rôle trop important dans les lois de la guerre — : le prélèvement de contributions de guerre, l'imposition de peines collectives, la saisie du numéraire, des fonds et des valeurs exigibles de l'État victime ou de ses moyens de transport ; au droit de la guerre sur mer : la saisie et, à plus forte raison, la confiscation de navires marchands ennemis, la pose de mines sous-marines, le bombardement naval de villes ou de ports ; au droit des prises : l'exercice du droit de blocus, de l'interception de la contrebande de guerre, ou de la répression de l'assistance hostile. Un jugement de prise prononcé par un tribunal de l'État agresseur devait être considéré partout comme nul et de nulle valeur. Inversement, il y aurait peut-être lieu d'étendre certains droits traditionnels des belligérants au profit de l'État victime contre son agresseur en dehors du domaine des règles humanitaires, par exemple en lui permettant de confisquer tous les avoirs de l'agresseur et de ses ressortissants sur son territoire, de ne pas respecter à son égard les restrictions usuelles du droit des prises, etc ». Ce point de vue semble ne pas être partagé par Wengler qui propose la

résolution adoptée à ce sujet par l'Institut en 1963 semble ne pas avoir tranché de manière définitive ce problème¹⁵²³. Par conséquent, la question cruciale est celle de la séparation du *jus ad bellum*, dont la violation engendre la mise en œuvre d'un régime discriminatoire pour l'agresseur, par rapport au *jus in bello*, qui est fondé, quant à lui, sur une position d'égalité entre les belligérants. Le problème semble être « de faire le départ entre le domaine d'application du principe d'égalité, immanent au *jus in bello*, et le domaine d'application du principe d'inégalité, inhérent au *jus ad bellum* actuel »¹⁵²⁴.

b. Un statut discriminatoire mis en œuvre *post bellum*, aux antipodes d'un statut égal conforme au *jus in bello*.

611. Il paraît ainsi que la période *post bellum* est la période privilégiée pour que le *jus ad bellum* déploie ses pleins effets discriminatoires. Les effets discriminatoires pourraient avoir comme conséquence la remise en doute des actes entrepris conformément aux règles du *jus in bello*. Si l'agresseur continue à jouir des privilèges procurés conformément au *jus in bello*, qu'ils soient des actes de réquisition, des saisies effectuées en territoire occupé, ou encore des actes de confiscation de navires et de cargaisons conformément au droit de prises maritimes, son comportement « délictuel » semblerait être récompensé. Le problème réside dans le fait « que la perpétration d'un crime internationale aurait permis à l'État agresseur de jouir des droits conférés par le *jus in bello* »¹⁵²⁵. La position de l'agresseur *post bellum* et ses éventuels droits ont fait aussi l'objet de discussions au sein de l'institut de droit international. En mettant des bornes *ratione temporis* au principe d'égalité entre les belligérants, les représentants de la doctrine ont insisté sur la nécessité de ne pas reconnaître la validité des droits accordés à

mise en œuvre d'une enquête plus minutieuse portant sur les « mesures économiques entreprises par l'agresseur. *Idem*, p. 108 "(J) e considère que certaines institutions du droit de la guerre actuel ne doivent pas être permises aux États qui interviennent contre un agresseur pour rétablir la paix et la sécurité. Cela vaut en particulier pour le droit qui consiste à soustraire non seulement les biens 'ennemis' à un emploi éventuel par l'agresseur pour la conduite de sa guerre, mais à confisquer les droits privés relatifs à ces biens. L'application de ce 'droit' n'est pas indispensable pour vaincre l'agresseur ni pour rétablir la paix, il n'y a donc pas lieu de l'appliquer. Cette faculté repose sur une conception des mesures de guerre pour laquelle il n'y a plus guère de place aujourd'hui".

¹⁵²³ *Idem*, La résolution adoptée par l'institut, p. 368, *L'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé* (Quatrième Commission), 11 septembre 1963 : « L'Institut de Droit international, estimant, d'une part, que les obligations ayant pour but de restreindre les horreurs de la guerre et imposées aux belligérants pour des motifs humanitaires par les Conventions en vigueur, par les principes généraux du droit et par les règles du droit coutumier, sont toujours en vigueur pour les parties dans toutes catégories de conflits armés et s'étendent également aux actions entreprises par les Nations Unies ; d'autre part, que, sous cette réserve, il ne peut y avoir complète égalité dans l'application des règles du droit de la guerre lorsque l'organe compétent des Nations Unies a constaté qu'un des belligérants a recouru à la force armée en violation des règles du droit des gens consacrées par la Charte des Nations Unies ; invite la quatrième Commission à poursuivre l'étude de la question de savoir dans quelle mesure et sous quelles conditions cette inégalité devrait être acceptée ».

¹⁵²⁴ H. Meyrowitz, *Le principe d'égalité des belligérants*, *op.cit.*, p.262.

¹⁵²⁵ *Idem*, p.263 : « Lui laisser les fruits de son crime, n'est-ce pas un scandale intolérable ? Le fondement du principe de l'égalité de belligérants : les principes d'humanité et de civilisation, n'implique pas que l'État agresseur profite en définitive de son délit en gardant des biens ayant appartenu à sa victime et qui ne sont tombés en son pouvoir que par le fait de son agression ».

l'agresseur. Priver l'agresseur des titres de propriété acquis lors des hostilités se présentait comme un moyen efficace pour repousser les agressions¹⁵²⁶. La maxime *ex iniuria ius non oritur* dictait la non-reconnaissance des droits émanant de violations du *jus ad bellum*¹⁵²⁷. Sont également entachées d'illégalité les dispositions d'un traité imposé par un agresseur¹⁵²⁸. Il est évident que la mise en œuvre du principe d'inégalité et sa concrétisation dans le régime post-conflictuel présuppose la défaite de l'agresseur. La défaite de l'agresseur a été conçue par ailleurs comme la pierre angulaire du fonctionnement du système de sécurité collective¹⁵²⁹. Les différentes opinions doctrinales exprimées au sein de l'Institut de droit international convergent vers une division temporelle entre le régime d'égalité émanant du *jus in bello* et le régime discriminatoire, mis en œuvre post bellum. Des titres acquis au profit de l'agresseur semblent se rendre invalides à la lumière des règles du *jus post bellum* conférant rétroactivement un statut discriminatoire à l'agresseur.

612. Néanmoins, un examen plus attentif de la pratique semble invalider cette affirmation. La défaite de l'agresseur ne constitue qu'un fait matériel extérieur à la question de la validité des droits de propriété obtenus par le belligérant agresseur conformément au *jus in bello*¹⁵³⁰. En effet, les saisies et liquidations des biens ennemis, mises en œuvre à la suite de la fin de la guerre, ont été entreprises à titre de réparation en tant que sanctions de l'infraction du *jus ad bellum*. Elles n'ont pas été entreprises à la suite de l'invocation d'une règle discriminatoire qui rendrait invalide tout acte entrepris par le belligérant — postérieurement qualifié d'agresseur

¹⁵²⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1957, vol.I, Castrén p. 413.

¹⁵²⁷ *Idem*, François, p.389-390 : « Pendant la guerre l'illégalité de l'agression n'affecte pas l'applicabilité quant aux deux parties des règles qui se réfèrent directement à la conduite des hostilités et ce principe perdrait toute sa valeur si après la guerre les actes perpétrés en conformité avec les règles du droit de la guerre pouvaient être considérés comme illégaux et criminels. Mais quand il s'agit de mesures de l'agresseur par lesquelles il a acquis des titres de propriété, on peut très bien appliquer la règle que l'agresseur ne doit pas profiter de sa conduite illégale : *ex iniuria ius non oritur* » Schätzel, « Agressionskrieg und Haager Kriegsrecht », *op.cit.*, p.18 : « Le règlement de la Haye sur la guerre terrestre crée des droits et des obligations entre les deux parties. De tels droits peuvent-ils exister dans les relations entre l'agresseur et l'agressé ? *Ex iniuria jus non oritur*. Cette phrase est souvent utilisée ces derniers temps pour nier ou du moins mettre en doute l'applicabilité du droit de la guerre de La Haye à la guerre d'agression moderne ».

¹⁵²⁸ H. Lauterpacht, « The limits of the operation of the law of war », *British Yearbook of international law*, 1953, p.206-243, p.233 : « After the cessation of hostilities there is room for the application of the principle that in certain spheres no rights and benefits can accrue to the aggressor from his illegality. Some of these consequences of illegality may appear to be somewhat theoretical; others may be of immediate and practical application. Thus it follows from the principle *ex iniuria jus non oritur* that a peace treaty imposed by the victorious aggressor has no legal validity ».

¹⁵²⁹ *Annuaire de l'Institut droit international*, 1963, vol. I, p. 58, observations de Quincy Wright : « Certains de nos collègues ont laissé entendre que l'application de cela (de l'inégalité) ne serait possible que si l'agresseur était vaincu. C'est vrai, mais c'est l'hypothèse sur laquelle les Nations Unies sont fondées, à savoir que l'action collective des membres vaincra l'agresseur. Le même argument s'appliquerait contre l'existence de lois sur la trahison ou la sédition par lesquelles un État cherche à se défendre. Si la trahison est efficace, les traîtres ne peuvent être punis et peuvent devenir des héros. Pourtant, tous les États cherchent à se protéger par de telles lois. La loi contre l'agression est la principale loi par laquelle la communauté des nations, organisée au sein des Nations Unies, cherche à se protéger. Le principe juridique doit être énoncé en étant pleinement conscient que son maintien dépend du succès de l'ensemble du système de droit international et des Nations Unies, dans le maintien de l'ordre au sein de la communauté internationale ».

¹⁵³⁰ V. en détail Meyrowitz, *op.cit.*, p. 266.

— lors des hostilités. Même l’acte d’annulation des transferts de propriété au profit de l’État agresseur peut s’analyser en tant qu’acte de restitution-réparation. L’obligation de restitution concerne ainsi des biens sur lesquels des droits ont déjà été réclamés par l’agresseur et dont la validité ne fait pas l’objet de controverse. L’obligation de réparation entendue comme sanction pour violation des règles du *jus ad bellum* ne pourrait concerner que des biens sur lesquels les titres juridiques de l’agresseur ne sont pas remis en cause. Par conséquent, le principe d’illégalité découlant du régime discriminatoire imposé à l’agresseur n’est pas en mesure d’exercer d’influence directe sur la validité des actes entrepris par ce dernier en vertu des règles du *jus in bello*. Ces actes restent valides même après la fin des hostilités. Des règles nouvelles qui mettent en œuvre un régime de réparations fondé sur l’infraction du *jus ad bellum* s’appliquent sur les biens déjà acquis par l’agresseur¹⁵³¹.

b. Les spécificités de l’agression en tant qu’acte illicite.

613. L’interrogation quant au statut de l’agresseur en droit international doit aussi être associée à la gradation des actes illicites. L’agression considérée comme un « crime » se caractérise par une gravité considérable. Cette réflexion renvoie à la discussion au sein de la Commission du droit international concernant la gradation des obligations primaires qui incombent aux États et dont la violation engendrerait l’engagement de leur responsabilité internationale. Bien que la conception de l’agression en tant que crime international n’ait pas pu s’imposer, la discussion menée au sein de la Commission s’est avérée particulièrement riche¹⁵³². Dans le projet adopté en 2001, un accord n’a finalement été possible que parce que

¹⁵³¹ Cette analyse est proposée par Meyrowitz *op.cit.*, pp. 277-280. L’auteur introduit aussi la notion d’aléa, considérant qu’il incombe à l’agresseur d’assumer, unilatéralement, l’aléa de guerre. P. 278 : « La victime de l’agression, protégée par le *jus ad bellum*, ne peut perdre légalement la propriété de ses biens comme conséquence d’un aléa qu’elle n’a pas accepté. [...] Les risques de l’aléa de la guerre doivent peser sur l’État agresseur seul. Cette solution ne paralyse pas l’exercice, par le belligérant agresseur, des droits prévus par le *jus in bello*. Mais elle conduit à imprimer aux titres de propriété que ces droits étaient susceptibles de lui procurer un caractère aléatoire. Or, il faut bien voir que cet aléa n’est pas, comme sous le système de la guerre légale, celui qui résulte simplement du sort des armes, c’est-à-dire de la défaite de l’un ou de l’autre belligérant. L’aléa visé ici produit son effet annulatif seulement contre l’agresseur. Sans doute la défaite de ce dernier est-elle la condition indispensable pour la réalisation de cet effet ; mais ce n’est qu’une condition de fait ».

¹⁵³² Roberto Ago a mis l’accent sur l’introduction du concept de crime international dans le premier projet de l’article 19 des Articles sur la responsabilité de l’État en 1976. Projet d’articles sur la responsabilité des États, p. 68 et s., Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session 3 mai — 23 juillet 1976, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, 2^{ème} partie. L’introduction d’un tel concept est issue d’une proposition de García Amador qui cherchait à distinguer les comportements illégaux (*merely wrongful*) n’engageant que la responsabilité « civile » de l’État, des faits punissables entraînant la responsabilité pénale. Cette distinction n’a toutefois pas pu s’imposer dans le projet finalement adopté. Art. 19 : « Un crime international peut notamment résulter a) d’une violation grave d’une obligation internationale d’importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme celle interdisant l’agression », p. 70. V. aussi le commentaire, *idem*, pp. 70 et s. p. 90-91 : « Il va sans dire que s’il peut se justifier de faire état d’une telle différenciation dans le texte d’un projet d’articles susceptible de devenir une convention internationale sur la responsabilité des États, c’est précisément parce que la valeur que l’on attribue à la différenciation en question n’est pas purement descriptive ou didactique, mais “normative”. Le fait d’établir éventuellement dans le cadre du présent chapitre une distinction entre les “crimes internationaux”, d’une part, et les autres violations internationales, d’autre part, ne se justifie que parce que l’on est convaincu que le droit

des questions particulièrement controversées, comme la distinction entre un délit et un crime international, ainsi que les règles en vue d'un règlement obligatoire des litiges, n'y ont pas été incluses. Il faut s'interroger sur les particularités des règles secondaires régissant la responsabilité incombant à l'agresseur (a). Les programmes de réparations mis en œuvre à la suite des cas qualifiés d'actes d'agression méritent d'être étudiés (b) pour saisir leur spécificités et leurs finalités (c).

i. Des spécificités reflétées au niveau des règles secondaires en matière de responsabilité internationale.

614. La violation du *jus ad bellum* et par conséquent l'attribution du statut d'agresseur à un État semble ne pas présenter des spécificités par rapport à d'autres actes illicites. Par conséquent, au niveau des règles primaires, la violation du *jus ad bellum* est similaire à toute autre violation des règles de droit international. Les règles secondaires, en revanche, présentent plus d'intérêt. Il faut se demander si la spécificité de la violation d'une règle du *jus ad bellum* se trouve au niveau de l'obligation de réparation qui incombe à l'agresseur. Il est évident que la responsabilité de l'État déclenchée par la violation de l'obligation primaire imputable à un État entraîne l'obligation de réparation en tant qu'obligation secondaire autonome. L'obligation de réparation comprend la restitution en nature, la compensation et la satisfaction. Il est évident qu'en raison de sa gravité et de l'étendue des dommages liés à l'acte d'agression, la réparation intégrale des préjudices subis soulève un certain nombre de difficultés ¹⁵³³ (a). Des limites doivent être reconnues à l'obligation de réparation (b). Malgré le caractère particulièrement grave de la violation des règles primaires commise (d), la thèse d'imposition des dommages intérêts punitifs ne peut pas être retenue (c).

a. Le rejet d'une obligation de réparation intégrale incombant à l'agresseur.

615. La réparation intégrale risque de compromettre le statut d'État reconnu au profit de l'agresseur. Bien que le programme de réparations initié par le traité de Versailles après la

international actuel exige l'application de régimes différents de responsabilité internationale à ces catégories différentes de faits internationalement illicites, et que cette différence devra en son temps se trouver reflétée dans les règles qui seront formulées dans des chapitres ultérieurs du projet. En d'autres termes, on doit dès maintenant savoir que l'établissement d'une distinction entre faits internationalement illicites basée sur l'importance différente — et différente pour la communauté internationale dans son ensemble — de l'objet des obligations violées, et en même temps des proportions de ces violations, se reflétera nécessairement dans les conséquences juridiques respectivement rattachées aux faits internationalement illicites rentrant dans l'une ou l'autre des deux catégories, ainsi que sur la détermination du sujet ou des sujets autorisés à mettre en œuvre ces conséquences ». Cette distinction n'a toutefois pas pu s'imposer dans le projet finalement adopté.

¹⁵³³ Le principe de réparation intégrale se retrouve déjà dans l'arrêt *Factory Chorzów*, qui fait autorité, ainsi que dans l'article 31, paragraphe 1, du projet d'articles de la CDI. Il constitue le minimum de la compensation à verser, car c'est le seul moyen d'éliminer complètement les conséquences de l'infraction, conformément à la jurisprudence *Factory Chorzów*. La réparation intégrale du préjudice subi constitue également la limite maximale de la responsabilité selon le projet d'articles de 2001. CPJI, *Affaire relative à l'usine de Chorzow*, 13 septembre 1928, Série A, p. 5.

Première Guerre mondiale ait été décrit comme draconien par le peuple allemand et a été utilisé comme outil d'agitation dans les années 1930, les dispositions du traité elles-mêmes ne prévoyaient pas la réparation intégrale des dommages causés¹⁵³⁴. Alors que l'article 231, rendait l'Allemagne responsable de « toutes les pertes et tous les dommages subis par les gouvernements alliés et associés et leurs ressortissants », l'article 232 limitait l'obligation de l'Allemagne à payer des réparations uniquement pour « tous les dommages causés à la population civile ainsi qu'aux dommages définis à l'annexe 1 du traité ». Ce faisant, les gouvernements alliés et associés reconnaissaient implicitement, mais clairement que les ressources de l'Allemagne n'étaient pas suffisantes pour assurer une réparation intégrale. Après la Seconde Guerre mondiale, divers acteurs ont affirmé qu'ils n'exigeraient pas une réparation intégrale des dommages causés par les anciennes puissances de l'Axe. En ce qui concerne l'obligation de réparation de l'Allemagne, le protocole de Yalta ainsi que la déclaration de Potsdam n'exigeaient des réparations allemandes que « dans toute la mesure du possible ». En outre, le traité de paix de San Francisco reconnaissait explicitement, dans son article 14A déjà cité, que le Japon n'était pas en mesure d'effectuer une réparation complète.

b. Des limites nécessaires à l'obligation de réparation incombant à l'agresseur.

616. Si l'obligation de réparation incombe à l'agresseur, la population de l'État agresseur risque de se voir dépourvue de ses moyens de subsistance. La violation des règles du *jus ad bellum* et les préjudices causés par cette violation sont susceptibles de donner lieu à des demandes de réparation dépassant la capacité financière de l'État auteur de cet acte illicite. Il se pose alors la question de savoir si l'obligation de réparation peut être allégée en cas de nécessité. La question de la reconnaissance des limites à l'obligation d'indemnisation concerne certes tout acte illicite, mais son intérêt pratique semble être plus important dans le cadre de la violation des règles du *jus ad bellum*.

617. Il faut rappeler que l'article 42, paragraphe 3, du projet de 1996, qui stipulait que « en aucun cas la réparation n'a pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance » n'a pas été repris dans le projet adopté. Le libellé de ce paragraphe s'inspirait du libellé de la deuxième phrase de l'article 1, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Cette disposition était conçue comme établissant une limite au principe de réparation intégrale. Dans le commentaire, une référence explicite est faite à l'obligation de réparation qui est née à la « suite à la défaite d'un État », mais ne doit pas avoir

¹⁵³⁴ V. E. Gunnewig, *Schadenersatz wegen der Verletzung des Gewaltverbotes als Element eines ius post bellum*, *op.cit.*, p.132.

d'effets dévastateurs pour sa population¹⁵³⁵. Cependant, cet article, débattu dès le début, n'a pas été adopté dans le projet final. Le point principal de critique était que cette disposition ne prenait pas en considération de manière adéquate la situation de la population de l'État victime qui pourrait également être gravement désavantagée sans compensation adéquate¹⁵³⁶. À la suggestion du Rapporteur spécial et en raison des critiques formulées par les États, la disposition n'a pas été incluse dans la version finale adoptée en 2001¹⁵³⁷. Dans le projet de 2001, l'article 35, relatif à la restitution et l'article 37, relatif à la satisfaction, semblent prendre en considération la capacité du débiteur¹⁵³⁸.

c. L'obligation de réparation de dommages intérêts punitifs incombant à l'agresseur.

618. À la question de gradation des actes illicites, de détermination d'une catégorie juridique des « crimes internationaux » et de reconnaissance des limites à l'obligation de réparation a été toujours associée une interrogation sur la nécessité de reconnaître de dommages-intérêts punitifs. La saisie des biens privés pouvait ainsi être envisageable comme moyen de paiement des dommages — intérêts punitifs incombant à l'agresseur. Lors de l'élaboration du projet d'articles de la Commission du droit international, les points de vue ont varié en ce qui concerne la possibilité et la pertinence d'imposition des dommages-intérêts punitifs. Des mesures visant un État ayant commis un crime international auraient comme objectif « de défaire toutes les conséquences du crime ». Le cas de l'Allemagne après 1945 a été souvent invoqué comme exemple éloquent de prises de mesures de « réparation *lato sensu* » contre un État ayant commis un crime international¹⁵³⁹. À la lumière de cette finalité, les réactions et les mesures de

¹⁵³⁵ *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1996, Vol.II, p. 70 Commentaire art.42, par.3 : « On a vu dans l'histoire un certain nombre de cas dans lesquels l'obligation de "réparer intégralement" était poussée si loin qu'elle mettait en danger tout le système social de l'État concerné, par exemple dans le contexte d'un traité de paix faisant suite à la défaite d'un État donné. Ce sont évidemment des cas extrêmes, mais dans tout l'éventail des hypothèses possibles de responsabilité, les cas extrêmes ne peuvent être exclus ».

¹⁵³⁶ Le rapporteur spécial James Crawford s'est opposé à l'adoption du projet d'article 42 (3) en affirmant qu'il n'y avait aucun précédent dans l'histoire des attributions de réparation qui ont menacé de priver un peuple de ses moyens de subsistance et que, de toute façon, les cas extrêmes de restitution étaient suffisamment traités par des circonstances excluant l'illicéité telles que la nécessité ou la force majeure. J. Crawford, « Troisième rapport sur la responsabilité des États, Rapporteur spécial », doc. A/CN.4/507 et Add. 1 à 4, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 2000, vol. II (1), pp. 3-121, par.41-42.

¹⁵³⁷ L'Allemagne a été le seul État à manifester son approbation de la disposition, déclarant qu'« il existe des exemples dans l'histoire où la charge de la réparation intégrale a été portée à un point tel qu'elle a mis en danger l'ensemble du système social de l'État concerné ». *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998 — vol. II, 1^{ère} partie, p. 146.

¹⁵³⁸ Selon l'art. 35, il faut que la restitution « (a) ne soit pas matériellement impossible ; et (b) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation. Selon l'art. 37 par. 3 "la satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable".

¹⁵³⁹ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1993 vol. II : « Les conséquences des "crimes internationaux des États" », par. 296 : « Le Rapporteur spécial a attiré l'attention sur un autre problème lié au recours à la force en réaction à un crime : celui de savoir si les contre-mesures armées étaient admissibles lorsqu'elles avaient pour but, non point de faire cesser un crime en train de se commettre, mais d'obtenir réparation *lato sensu* ou des garanties suffisantes de non-répétition. On pouvait penser, par exemple, à la *debellatio* d'un État qui aurait déclenché une guerre d'agression, et notamment à l'occupation militaire de cet État par les vainqueurs ou à d'autres sanctions qui lui auraient été imposées

réparation devraient différer en fonction de la gravité de l'acte illicite. Contre des États ayant commis des crimes politiques, une palette étendue des « mesures politiques » serait ainsi envisageable comprenant même le transfert de territoire, l'occupation militaire, le démantèlement des industries, la migration des habitants, l'indemnisation en espèces, en biens ou en services, la mise sous séquestre ou la confiscation d'avoirs, le contrôle des armements, la démilitarisation, voire la supervision du gouvernement¹⁵⁴⁰. Il importe de remarquer que le rapporteur spécial, après l'énumération détaillée des mesures susceptibles d'être prises contre un État à la suite de l'engagement éventuel de sa responsabilité internationale punitive, fait référence aux dangers que la mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective présente pour la population de l'État en question. Le fil conducteur de son rapport est, par conséquent, l'idée selon laquelle la gravité de la violation des règles primaires engendre des conséquences au niveau de la mise en œuvre de la responsabilité étatique¹⁵⁴¹.

619. Selon l'article 45 (2) du projet de 1996 consacré à la satisfaction, il aurait été possible, en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, d'imposer des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte. Une limite à cette possibilité d'imposition de réparations punitives était prévue dans le paragraphe 3 du même article, aux termes duquel « le droit de l'État lésé d'obtenir satisfaction ne l'autorise pas à formuler des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite ». Dans le projet de 2001, aucune référence n'est faite à des dommages punitifs. Dorénavant, la satisfaction « n'est pas censée avoir un caractère punitif »¹⁵⁴². Cette solution privilégiée par la Commission est fidèle à au choix de cette dernière de rejeter la thèse de gradation des actes illicites¹⁵⁴³. Par conséquent, la « suppression de la distinction entre les crimes et les délits des États contenue dans les précédents projets d'article adopté en 2001 contenue dans l'art. 19 du projet (initial) ait rendu superflue la recherche de quelques “conséquences spécifiques du crime,

par la force des armes en vue de “défaire” toutes les conséquences du crime. La situation de l'Allemagne de l'après-guerre était intéressante dans cette perspective ». Document A/48/10 — Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-cinquième session (3 mai 23 juillet 1993).

¹⁵⁴⁰ *Idem*, par. 322.

¹⁵⁴¹ *Idem*, par. 326, 328. Le rapporteur spécial conclut cette réflexion en formulant de la question suivante : « pouvait-on supposer dans tous les cas qu'un peuple fût totalement exempt de culpabilité — et de responsabilité — pour un acte d'agression commis par le régime despotique d'un dictateur applaudi avec enthousiasme avant, pendant et parfois même après ledit acte ? ».

¹⁵⁴² *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, 2001 », p. 289

¹⁵⁴³ *Idem*, p.300 : « On s'est aperçu d'emblée que ce qui précède a des incidences sur les règles secondaires de la responsabilité des États, dont il faudrait tenir compte d'une manière ou d'une autre dans les articles. Au départ, on avait pensé se référer à la catégorie de “crimes internationaux des États”, par opposition à tous les autres types de fait internationalement illicite (délits internationaux). Cependant, on n'a pas vu se développer de conséquences pénales pour les États en cas de violation de ces normes fondamentales. Ainsi, l'allocation de dommages intérêts punitifs n'est pas reconnue en droit international, même en cas de violations graves d'obligations découlant de normes impératives ».

telle que celle-ci” »¹⁵⁴⁴. Il s’ensuit que le droit international actuel n’impose pas des obligations spécifiques aux États responsables de violations graves de normes impératives. Le chapitre III du projet porte sur les violations graves d’obligations découlant de normes impératives du droit international général. Des conséquences plus sévères que celles déclenchées par des violations ordinaires seraient envisageables. Il faut donc se demander si un État responsable de violations graves est soumis à des obligations qui ne seraient pas déclenchées par des violations ordinaires. Toutefois, l’article 41, qui énumère les conséquences spéciales des violations graves des obligations découlant des normes impératives, est muet sur les obligations spécifiques de l’État responsable. L’obligation positive de coopérer et l’interdiction de prêter aide ou assistance (article 41, paragraphes 1 et 2), en particulier, ne s’appliquent qu’aux États qui ne sont pas eux-mêmes responsables de la violation¹⁵⁴⁵.

d. L’illicéité particulièrement grave de la guerre d’agression.

620. La référence à la gravité d’un acte n’est pas étrangère aux considérations portant sur l’agression. Le seuil de gravité comme moyen de distinguer entre les formes moins graves et les formes plus graves de l’usage de la force trouve un parallèle dans les discussions qui ont mené à la Résolution 3314 de l’Assemblée générale de 1974, et à la définition de l’agression elle-même. Cette dernière, définie à l’article 2, établit un seuil de gravité afin de distinguer entre les actes qui constituent un recours à la force et les actes qui sont suffisamment graves (ou ont des conséquences suffisamment graves) pour constituer une agression. En cas de violation du paragraphe 4 de l’article 2 de la Charte des Nations Unies de 1945, il y aurait un simple recours à la force, puis une progression vers une « attaque armée » plus grave, permettant l’invocation du droit naturel à la légitime défense. Cette « attaque armée » semble être identique à un « acte d’agression » susceptible d’engendrer la responsabilité de l’État. La position la plus élevée dans cet échelonnement est occupée par la guerre d’agression. L’hypothèse d’une « guerre d’agression » engendrerait éventuellement la mise en œuvre d’un régime aggravé de responsabilité de l’État¹⁵⁴⁶. Toutefois, des doutes ont été exprimés quant au caractère particulier

¹⁵⁴⁴ P. D’Argent, *Les réparations de guerre, op.cit.*, p.696, M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, au sujet du rejet de la thèse de réparations punitives par la jurisprudence p.1134.

¹⁵⁴⁵ V. C.J. Tams, « Do serious breaches give rise to any specific obligations of the responsible state? », *EJIL*, 2002, pp.1161-1180, p.1170.

¹⁵⁴⁶ L’art. 40 du Projet d’articles de 2001, relatif à l’hypothèse de violation grave de normes impératives en droit international, est souvent présenté comme le fondement normatif de cet acte particulièrement grave engendrant la mise en œuvre de la responsabilité aggravée de l’État. V. L’analyse, D. Akande, A. Tzanakopoulos, « The International Court of Justice and the Concept of Aggression », pp.214-232, dans C. Kreß, S. Barriga, *The crime of aggression, -a commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, lxvii-1583 p., p. 225. Les auteurs identifient deux systèmes de gradation de la gravité d’un acte de recours à la force. La première échelle comprend l’art. 4 par. 2, l’art. 51 de la Charte de l’ONU et l’art. 40 du projet de 2001. Au sommet du deuxième système de gradation se trouve le crime d’agression engendrant la responsabilité pénale individuelle. Pour ce travail de classification les auteurs s’appuient sur la jurisprudence de la CIJ. Ils précisent toutefois, que malgré les similitudes de ces deux systèmes de gradation, la « guerre d’agression » et

de ce type d'engagement de responsabilité internationale d'un État. Si la distinction entre le recours à la force armée et l'entreprise d'une guerre d'agression peut s'avérer importante pour identifier le lien de causalité entre le fait illicite et le dommage, voire pour se prononcer sur la possibilité d'imputation de l'acte illicite à un État, sa pertinence du point de vue du droit de la responsabilité internationale n'est pas évidente¹⁵⁴⁷.

ii. Des programmes de réparations justifiables par référence aux particularités de l'agression comme acte illicite.

621. L'identification des particularités d'un régime de réparations de guerre imposé à l'agresseur présuppose l'étude des programmes de réparations établis à la suite de la fin d'un conflit armé impliquant un agresseur qualifié comme tel. Certes, cette qualification a été à plusieurs reprises opérée par les organes de l'ONU¹⁵⁴⁸. L'examen de la pratique par les instances de l'ONU impose la prise en considération des résolutions de l'AG dans lesquelles l'agression, qualifiée de « crime contre la paix », est considérée comme fait générateur de la responsabilité¹⁵⁴⁹. Toutefois, même dans les cas d'identification et de condamnation de l'agresseur de manière explicite par les organes de la Communauté internationale institutionnalisée, la mise en œuvre de la responsabilité de l'État ayant violé les règles du *jus ad bellum* n'a pas fait l'objet d'amples discussions. Les réparations de guerre, comme mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité de l'État agresseur, n'ont pas fait l'objet de discussions approfondies, alors même que l'illégalité de l'utilisation de la force ait été confirmée par les Nations unies, que ce soit par l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité. Malgré le constat de l'existence de violations des règles du *jus ad bellum*, aucun programme de réparation n'a été mis en place dans la plupart de cas. Il n'y a eu que quatre cas de figure où des programmes de réparation complets, fondés sur la responsabilité de l'agresseur, ont été établis après un conflit armé : après la Première Guerre mondiale, la Seconde Guerre mondiale, la Première Guerre du Golfe entre l'Irak et le Koweït (a) et l'intervention subséquente de la communauté internationale de 1990 à 1991, ainsi qu'après la guerre Éthiopie-Érythrée, déjà mentionnée, sévissant de 1998 à 2000. Par conséquent, toute réflexion portant sur les

« le crime d'agression » ne sont pas impérativement identiques. Leur contenu, par ailleurs, ne pourrait pas être déterminé de manière très précise, p. 228.

¹⁵⁴⁷ P. D'Argent, J. D'Aspremont, « La commission des réclamations Érythrée/Éthiopie : un premier bilan », dans *AFDI*, vol. 53, 2007, pp. 347-396, p.387.

¹⁵⁴⁸ V. p. ex. l'invasion du nord de Chypre par la Turquie en 1974, S/RES/353 (1974), du 20 juillet 1974 l'invasion du Liban par Israël en 1982 S/RES/508 (1982), du 5 juin 1982 ou encore l'attaque des îles Falkland par l'Argentine la même année. S/ RES/502 (1982), 3 avril 1982

¹⁵⁴⁹ V. Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970 « une guerre d'agression est un crime contre la paix qui engage la responsabilité en vertu du droit international ». V. aussi l'art. 5 par. 2 de la résolution 3314 (XXIX), 14 décembre 1974, « une guerre d'agression est un crime contre la paix internationale. L'agression donne lieu à responsabilité internationale ».

particularités de l'engagement éventuel de la responsabilité de l'État pour des actes violant le *jus ad bellum* doit prendre en considération ces précédents.

a. Le régime des réparations imposé à l'agresseur qualifié comme tel par le Conseil de sécurité.

622. Il est rare que la responsabilité du déclenchement d'un conflit armé soit aussi claire que lors de l'invasion du Koweït par l'Irak en 1990, lorsque le Conseil de sécurité de l'ONU a condamné l'invasion irakienne en la qualifiant de « rupture de la paix et de la sécurité internationale »¹⁵⁵⁰. À la suite de la réaffirmation de la responsabilité de l'Irak en vertu du droit international pour les dommages causés par son invasion illégale, la Commission d'indemnisation des Nations Unies (UNCC) a été créée pour faire respecter les obligations de réparation incombant à l'Irak¹⁵⁵¹. Le mécanisme de la Commission d'indemnisation constitue ainsi une technique de mise en œuvre de la responsabilité internationale incombant à l'agresseur. L'interrogation autour des particularités de ce régime doit ainsi se focaliser sur la pratique de la Commission. A l'occasion des travaux de la Commission et dans le cadre des mesures de contrainte économique de grande envergure contre l'Irak, l'attention a été portée sur les spécificités de la demande de réparation et sur le mode de paiement. L'interrogation concernait l'étendue du régime de réparations et ses préjudices éventuels causés au peuple de l'État agresseur. Il était ainsi nécessaire de délimiter l'étendue et préciser les modalités d'application des réparations après la fin d'une guerre. Il a été précisé que l'exigence de paiement des réparations ne justifie pas la mise en œuvre d'un châtement collectif imposé à la population de l'État agresseur. Une partie de la doctrine a même considéré que le régime de réparations établi par le Conseil de sécurité était contraire au principe de l'égalité souveraine des États et imposait au peuple iraquien une forme d'esclavage organisé¹⁵⁵². L'argumentation consistait à mettre l'accent sur la qualité d'État souverain de l'État agresseur qui n'était pas compatible avec l'imposition d'un régime profondément discriminatoire.

¹⁵⁵⁰ S/ RES/660 (1990)

¹⁵⁵¹ S/ RES/687 (1991) Le Conseil de sécurité « [r] éaffirme que l'Iraq, sans préjudice de ses dettes et obligations antérieures au 2 août 1990, qui seront traitées par les voies normales, est responsable, en vertu du droit international, de toute perte, de tout dommage — y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles — et de tous autres préjudices directs subis par des États étrangers et des personnes physiques et sociétés étrangères du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït ». S/ RES/692 (1991) Le CS « [d] écide de créer le fonds et la Commission d'indemnisation des Nations Unies visés au par. 18 de la résolution 687 (1991) [...] ».

¹⁵⁵² V. la critique radicale formulée par B. Graefrath, « Iraqi reparations and the Security Council », *ZaerV*, p.1995, p.1-68, p.59 et not. p. 64 : « In determining the reparation claim and the method of payment, not only undue hardship to the population of the aggressor State but also any infringement of the people's right to self-determination have to be avoided. The principal human rights standards do not lose their validity because of an obligation to pay reparations. In other words, to enforce the payment of reparations does not justify suspending the prohibition of collective punishment, slavery or forced or compulsory labour ».

623. Le régime de réparations a eu comme effet la soumission de l'ensemble de l'économie irakienne au contrôle mené par le Conseil de sécurité. Le peuple irakien avait été exploité sans mesure puisqu'une grande partie du produit de son travail, à savoir les revenus de ses exportations pétrolières, avait été confisqué. Même l'usage de revenus des exportations irakiennes pour des achats de première nécessité pour la population iraquienne dépendait des décisions du Conseil de sécurité et de ses organes subsidiaires, le Comité des sanctions et la Commission d'indemnisation¹⁵⁵³. En effet, le système a été conçu pour forcer le peuple irakien à travailler afin d'exporter du pétrole et des produits pétroliers. En fonction du volume des exportations de pétrole, la Commission aurait permis à l'Iraq de disposer d'un certain montant des recettes d'exportation afin de satisfaire les besoins fondamentaux de sa population. La radicalité de ces mesures de réparations semble se caractériser par une nature punitive éventuellement justifiable par la gravité de l'acte internationalement illicite préalablement commis¹⁵⁵⁴. En vertu des dispositions précises de la Résolution 706 (1991), l'Iraq ne tirait pas profit des actes de vente des produits pétroliers. L'acheteur versait ainsi le montant dû sur un compte séquestre soumis à la compétence de l'ONU¹⁵⁵⁵. Les victimes de l'agression iraquienne étaient ainsi censées recevoir, par le biais de la Commission instituée, l'indemnisation pour les préjudices subis. Il a été souligné que « ce mécanisme d'alimentation du Fonds de compensation par le versement de 30 % (puis 25 %) de la valeur du pétrole irakien exporté n'[était] pas fort éloigné de la vieille pratique de la saisie et de la liquidation des biens ennemis à l'étranger, dès lors qu'il repose sur une manière d'expropriation partielle des ressources naturelles de l'Iraq »¹⁵⁵⁶. En effet, des similitudes étaient apparentes entre le mécanisme de saisie des biens irakiens en lien avec l'industrie du pétrole et la saisie-liquidation des biens ennemis au lendemain des Guerres Mondiales. La confiscation des avoirs irakiens à l'étranger résultant de la vente et de l'exportation de pétrole a été mise en place. Certes, la différence qui existe entre la saisie et la liquidation des biens ennemis à la suite des Guerres Mondiales et le mécanisme d'indemnisation des victimes mis en œuvre par la Commission spéciale dans le cas irakien réside dans le fait que seule une catégorie de biens relevant de l'industrie du pétrole tombait sur le champ de compétence de la Commission. Les intérêts économiques privés et les biens privés des ressortissants irakiens ne relevaient pas de cette sphère de compétence. Toutefois,

¹⁵⁵³ *Idem*, p. 60.

¹⁵⁵⁴ Lors de l'adoption de la S/RES/687 (1991) le représentant français a précisé que « l'objectif nécessaire d'un retour durable à la paix dans le Golfe ne saurait imposer des mesures de caractère inutilement punitive ou vexatoire au peuple irakien. Il serait en effet injuste que celui-ci soit tenu pour responsable des agissements de ses dirigeants ». S/ PV. 2981-1 p. 93.

¹⁵⁵⁵ S/ RES/778 (1992).

¹⁵⁵⁶ D'Argent, *op.cit.*, p. 701.

l'importance du secteur pétrolier pour l'économie iraquienne dans son ensemble ne doit pas être sous-estimée. Bien qu'aucun régime de biens privés ennemis n'ait été mis en œuvre, la répercussion de la mise sous séquestre des revenus provenant du commerce pétrolier sur la condition matérielle de la population iraquienne n'était pas négligeable. Il semble ainsi que la violation des règles du *jus ad bellum* confère des éléments de légitimité à un mécanisme de mise en œuvre de responsabilité collective puisqu'en l'occurrence la population iraquienne semblait être dépourvue des moyens qui lui étaient nécessaires pour sa propre survie. Ce constat se dresse aussi en raison du fait que les personnes de nationalité iraquienne même endommagées de la guerre menée par l'État dont ils étaient ressortissants ne pouvaient pas former des demandes d'indemnisation auprès de la Commission. En effet, si les Iraquiens ne possédaient pas une autre nationalité, ils n'avaient pas le droit de saisir la Commission de demandes d'indemnisation¹⁵⁵⁷. Cette exclusion des ressortissants iraqiens rappelle l'exclusion des ressortissants ennemis du bénéfice de tout mécanisme indemnitaire à la suite des deux Guerres mondiales.

624. La désignation claire et sans équivoque d'une partie comme étant à l'origine du conflit, comme cela a été le cas lors de l'invasion du Koweït par l'Irak, constitue un cas exceptionnel. En effet, le Conseil de sécurité fait souvent preuve de prudence lorsqu'il s'agit de décider si seule une partie a violé l'interdiction du recours à la force. Des considérations relatives à la violation des règles du *jus ad bellum* se trouvent dans les décisions de la Commission de réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, instituée par les accords d'Alger de 2000 sous la direction de l'ONU. Contrairement aux résolutions relatives à la guerre du Golfe, le CS n'avait pas, en l'occurrence, désigné de manière claire et non ambiguë l'auteur de violation des règles du *jus ad bellum*. Ce rôle incombait par conséquent à la Commission, dont certaines décisions portaient de manière explicite sur la spécificité de la responsabilité internationale engagée en cas de violations des règles du *jus ad bellum*, voire en cas de « guerre agressive ».

d. Les spécificités de la responsabilité pour une guerre agressive.

625. Une sentence de la Commission portait sur les allégations de l'Éthiopie selon lesquelles l'Érythrée aurait agi en violation du *jus ad bellum*. Cette compétence de la Commission de se prononcer sur des cas de violation des règles du *jus ad bellum* et de dicter des mesures de réparation pour ce type de violations a été mise en doute par l'Érythrée qui considérait qu'un tel engagement de responsabilité présupposait un large consensus de la « communauté

¹⁵⁵⁷ V. l'analyse *idem*, p.354.

internationale » qui, en l'occurrence, faisait défaut¹⁵⁵⁸. En revanche, l'Éthiopie a adopté une position diamétralement opposée. Elle a demandé que l'Érythrée soit tenue pour responsable de manière extensive pour violation du *jus ad bellum*¹⁵⁵⁹. Il est intéressant de noter à cet égard que les deux parties ont invoqué dans leurs exposés les programmes de réparation antérieurs pour violation de l'interdiction du recours à la force afin de justifier leurs positions respectives. Il a été reproché à la Commission d'aborder « succinctement, au risque parfois de la caricature », les différents cas historiques d'établissement de mécanisme de réparations de guerre, pour démontrer la spécificité du cas d'espèce et se prononcer sur l'obligation d'indemnisation incombant à l'Érythrée pour violation des règles du *jus ad bellum*, accueillant ainsi favorablement la requête de l'Éthiopie¹⁵⁶⁰. D'après la Commission, la question d'attribution des fautes de guerre et le régime des réparations étendues après la Première Guerre mondiale étaient bien trop marqués par des motifs politiques et par le besoin de vengeance pour pouvoir servir de guide en l'espèce. Quant aux réparations versées après la Seconde Guerre mondiale, elles ne devraient pas non plus, selon la Commission, servir de modèle, étant donné que les paiements des États agresseurs ont été principalement guidés par des considérations morales et politiques plutôt que par des considérations juridiques¹⁵⁶¹. Le régime de réparations imposé à l'agresseur était ainsi imprégné des jugements non juridiques émanant des vainqueurs et imposés de manière unilatérale aux vaincus¹⁵⁶². Quant au régime de réparations imposé à l'Irak en vertu des résolutions du CS, la différence avec le différend entre l'Érythrée et l'Éthiopie n'était pas négligeable puisque, en l'occurrence, la qualité d'agresseur n'a été attribuée à aucune partie impliquée dans le conflit¹⁵⁶³. Selon la Commission, la différence d'appréciation du Conseil de sécurité entraînerait des conséquences sur l'étendue de la responsabilité. Elle a estimé que son mandat était plus « modeste » que celui du Conseil de sécurité. Certes, elle était en mesure de se prononcer sur le fait générateur de la responsabilité. En effet, l'acte de violation des règles du *jus ad bellum* avait été imputé à l'Érythrée. Toutefois, en l'occurrence, le silence du Conseil de sécurité exerçait d'influence sur les caractéristiques et

¹⁵⁵⁸ Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Decision n.7, Guidance regarding jus ad bellum liability*, 27 juillet 2007, par.18 : « In Eritrea's view, there have been only three cases in which the international community has sanctioned the imposition of broad liability on one side to a conflict- the First and Second World Wars, and Iraq's invasion and occupation of Kuwait in 1990-1991 ».

¹⁵⁵⁹ *Idem.*, par. 15 : « Ethiopia referred to reparations programs following the First and Second world wars, both of which involved reparations for the totality of the conflict, not just the initial attacks at their outset ».

¹⁵⁶⁰ P. D'Argent, J. D'Aspremont, « La commission des réclamations Érythrée/Éthiopie : un premier bilan », *op.cit.*, p.387

¹⁵⁶¹ Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Decision n.7, op. cit.*, par. 22-23.

¹⁵⁶² *Idem.*, par. 24-27.

¹⁵⁶³ *Idem.*, par. 28-31.

l'étendue du régime de réparations¹⁵⁶⁴. La gravité de la violation du droit primaire a été ainsi prise en compte comme facteur dans le calcul et l'étendue de la responsabilité incombant à l'État ayant violé les règles du *jus ad bellum*.

626. La Commission a fait une distinction en ce qui concerne l'intensité de la violation du droit primaire. La Commission a identifié deux concepts distincts de la force armée dans le contexte des réparations, à savoir une « attaque armée », susceptible de se transformer par la suite en une guerre à part entière, et une « guerre agressive », dont le seuil doit être plus élevé. Néanmoins, ni le rapport entre ces deux notions ni le seuil requis pour une « guerre agressive » n'apparaissent clairement dans son argumentation. Même s'il a été souligné que le recours à la force par l'Érythrée n'atteignait pas le seuil d'une « guerre agressive », l'Érythrée était tenue de réparer les dommages causés à l'Éthiopie en vertu du droit international. En outre, l'intensité du recours à la force par l'Érythrée était un facteur à prendre en compte pour déterminer l'étendue de la responsabilité de l'Érythrée, facteur déjà reconnu dans les décisions relatives aux réparations prises après la Première et la Deuxième Guerre mondiale¹⁵⁶⁵. Il peut alors être soutenu que la violation de l'interdiction du recours à la force comprend plusieurs étapes de gravité différente dont le constat donnerait lieu à la mise en œuvre de régimes de réparations distincts.

627. La Commission a également évoqué la situation économique de l'État débiteur comme facteur susceptible de limiter l'étendue de la responsabilité¹⁵⁶⁶. La nécessité de prendre en compte les ressources financières limitées de l'Érythrée dans la détermination de sa responsabilité résultait, selon la Commission, du chevauchement du droit de la responsabilité des États avec les obligations de l'Érythrée en matière de droits de l'homme¹⁵⁶⁷. La Commission semble partir du principe que les obligations de protection des droits de l'homme doivent, en cas de concurrence, prévaloir. Il revenait, par conséquent, à la Commission d'assurer que ses sentences n'aient pas comme effet de priver de ses moyens de subsistance le peuple de l'État ayant commis des violations des règles du *jus ad bellum*, de ses moyens de subsistance. Par ailleurs, en identifiant les lignes directrices qui déterminent le montant de l'indemnisation que

¹⁵⁶⁴ *Idem*, par. 32 : « This Commission's mandate and powers are far more modest than those of the SC. The Commission concluded that it had jurisdiction to decide Ethiopia's claim that Eritrea had violated the *Jus ad bellum*. It made a specific finding regarding that violation that did not include a finding that Eritrea had waged an aggressive war, had occupied large parts of Ethiopia, or otherwise engaged in the sort of widespread lawlessness that the SC identified in the case of the invasion and occupation of Kuwait ».

¹⁵⁶⁵ Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Final award, Ethiopia's Damages Claims*, 17 septembre 2009, par.312.

¹⁵⁶⁶ *Idem*, par.313 : « [E]nsure that the financial burden imposed on Eritrea would not be so excessive, given Eritrea's economic condition and its capacity to pay ».

¹⁵⁶⁷ *Idem*, par.313.

l'Érythrée devait verser à l'Éthiopie pour son recours illégal à la force, la Commission s'est référée à la notion de *jus post bellum*.

iii. Un régime de réparations compatible avec l'objectif de préservation d'une paix durable. Le rejet de tout régime de réparations fondé sur une conception de responsabilité collective.

628. Un régime excessif de réparations devait ainsi être rejeté puisqu'il détériore davantage les rapports entre les anciens belligérants et aurait ainsi des conséquences néfastes pour le développement d'une paix durable¹⁵⁶⁸. En se référant aux conséquences du régime des réparations de Versailles, la Commission a reconnu la tension qui existe entre, d'une part, la compensation des dommages subis et, d'autre part, le maintien d'une relation stable entre les anciens belligérants après le conflit. Il semble ainsi que la consolidation de la paix se présente comme une finalité autonome de chaque régime de réparations. Cette fonction de consolidation de la paix assignée aux régimes de réparations de guerre, ne justifie pas seulement l'écart par rapport au principe de la réparation intégrale, mais exige en plus la prise en compte, lors de la détermination de l'étendue des réparations, de la situation politique et financière de l'État agresseur, ainsi que de ses obligations en matière de droits de l'homme, et ce afin de faire progresser la formation d'une paix positive.

629. L'importance de la prise en considération de la condition économique de l'État responsable pour violation des règles du *jus ad bellum* a été soulignée par la CIJ dans son arrêt de février 2022, relatif aux réparations dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo. La requête introductive d'instance contre la République de l'Ouganda avait été déposée par la République démocratique du Congo, le 23 juin 1999, au sujet d'un différend relatif à des actes d'agression armée perpétrés par l'Ouganda sur le territoire de la République démocratique du Congo. Dans son mémoire, l'Ouganda insistait sur la limitation du montant de l'indemnisation, sur l'exclusion des dommages spéculatifs ou punitifs, sur l'exclusion de la réparation des dommages auxquels l'État lésé avait contribué, ainsi que sur le principe de proportionnalité dans la détermination des réparations dues. L'Ouganda s'est appuyé de manière explicite sur les sentences finales de la Commission pour souligner la nécessité de mettre des limites à l'indemnisation accordée en fonction de la capacité économique globale des parties¹⁵⁶⁹. La même référence aux sentences de la Commission d'indemnisation se trouve dans la décision de la Cour du 9 février 2022. La Cour, reproduisant certains passages des sentences de la Commission pour souligner l'importance de prise en considération de la

¹⁵⁶⁸ *Idem*, par.315.

¹⁵⁶⁹ CIJ, *Mémoire de l'Ouganda, Question des réparations*, vol. I, 28 septembre 2016, [par. 2.55-2.56](#).

situation économique de l'État débiteur, a précisé que les « indemnités accordées et les modalités de leur versement sont compatibles avec la capacité de paiement de l'Ouganda »¹⁵⁷⁰.

630. De ce qui précède, il s'ensuit qu'une valeur de règle coutumière pourrait être reconnue à l'obligation de ne pas imposer à l'agresseur un fardeau économique dépassant ses propres capacités. Le régime de réparations imposé à l'agresseur serait par conséquent caractérisé par certaines limites dictées principalement par la finalité primaire du rétablissement d'une paix durable, correspondant à la notion de « paix positive »¹⁵⁷¹. À la lumière de ces considérations, il semble que, désormais, le régime de réparations, mis en œuvre même contre l'agresseur, ne pourrait pas présenter des similitudes avec les mesures imposées aux États vaincus des Guerres mondiales. Tout mécanisme dont la justification ferait référence à une conception de responsabilité collective serait dépourvu d'éléments de légitimité surtout dans une époque où l'engagement de la responsabilité pénale des dirigeants se présente comme l'apogée de la justice internationale¹⁵⁷². L'engagement de la responsabilité internationale pénale des dirigeants se trouve aux antipodes d'une politique de réparations exigée par le vainqueur qui serait la réalisation du « principe archaïque du *vae victis* »¹⁵⁷³.

631. En ce qui concerne l'obligation de réparation à la suite d'une violation de l'interdiction du recours à la force, il convient d'identifier les règles émanant du *ius post bellum* et leur influence sur la mise en œuvre d'un régime de responsabilité. Pour cette raison, la doctrine a formulé la thèse selon laquelle il faudrait identifier des règles spéciales ayant leur propre finalité

¹⁵⁷⁰ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo, République démocratique du Congo v. Ouganda*, Arrêt du 9 février 2022, CIJ Recueil 2022, p. 13, par. 110, par. 407.

¹⁵⁷¹ B. Graefrath, « Iraqi reparations and the Security Council », *op.cit.*, p. 61

¹⁵⁷² C. Tomuschat, « Qu'en est-il des mesures prises contre les puissances de l'Axe après la Seconde Guerre mondiale ? Peuvent-elles servir de modèle au projet envisagé ? Il y a de sérieux doutes à cet égard. Est-il vraiment possible de souscrire à la proposition selon laquelle une coalition de puissances victorieuses pourrait unilatéralement, à leur discrétion politique, annexer des parties du territoire d'un État agresseur, en expulsant la population qui y vit ? Il est évident que toutes les horreurs et atrocités commises par un régime criminel ne peuvent servir de justification pour soumettre la population vivant sous ce régime à un traitement similaire — ce serait ignorer les principes fondamentaux du droit humanitaire et des droits de l'homme. L'orateur n'est pas du tout opposé à l'idée d'imposer des sanctions à un État dont les dirigeants ont entraîné son peuple dans le crime, la guerre et la tragédie, mais il faut alors établir une procédure soigneusement conçue et, en particulier, respecter les droits des personnes concernées. La déclaration de culpabilité collective est dans une certaine mesure inévitable, mais il ne faut en aucun cas faire souffrir des innocents. Il ne peut donc que mettre en garde contre les tentatives d'ouvrir la porte à l'arbitraire au mépris de la légalité. En effet, la meilleure façon de punir est avant tout de punir les dirigeants responsables et d'insister sur la réparation, et rien que la réparation. [...] Si le châtement et la vengeance sont les seuls objectifs, la tension ne peut que se perpétuer. Du XVIIe au XIXe siècle en Europe, l'art de parvenir à des accords de paix globaux a été très développé. Inévitablement, deux choses doivent être conciliées : la réparation et la satisfaction de la victime, mais aussi la réconciliation en vue d'établir les bases durables d'un avenir pacifique ». p.101, par.12, A/CN.4/ SR.2343, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1994, vol. I.

¹⁵⁷³ D. Blumenwitz, « Die Frage der deutschen Reparationen », pp. 63-82, dans H. J. Cremer et al. (éd.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts : Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin, Springer, 2002, xvi-1483 p., p.65. L'auteur portant un jugement sur le régime de réparations imposé à l'Allemagne suite après 1945 précise que « l'idée de la réparation d'un délit de droit international (était) éclipsée par l'objectif de nuire à l'ancien belligérant, de poursuivre la guerre économique au-delà de l'armistice convenu, de punir le vaincu sans enrichir directement le vainqueur ».

en matière d'obligation de réparation à la suite d'une violation du *jus ad bellum*. Certes, ces règles n'auraient pas un statut d'autonomie complète par rapport au droit général de la responsabilité des États¹⁵⁷⁴. Au même constat aboutissent des auteurs qui, à la place des règles spéciales, font allusion à des « constantes tout à fait spécifiques » pour mettre en lumière les particularités de mécanismes de réparations pour violation du *jus ad bellum*¹⁵⁷⁵. Toutefois, ces particularités ne seraient pas en mesure d'altérer le contenu des règles générales d'engagement de responsabilité internationale d'un État.

632. Par conséquent, l'hypothèse d'un régime propre de responsabilité internationale pour violation d'une règle du *jus ad bellum* ne pourrait pas être retenue. Le degré de l'illicéité d'une agression n'implique pas la mise en place d'un mécanisme d'engagement de la responsabilité internationale propre à l'agression. Si, toutefois, toute réflexion relative à un régime particulier d'engagement de responsabilité internationale de l'agresseur ne paraît pas compatible avec les règles censées refléter le droit international coutumier, il faut s'interroger sur la possibilité de la mise en œuvre d'un régime spécial de responsabilité incombant à l'agresseur. En effet, un tel régime spécial de responsabilité était imposé aux États ennemis au lendemain des deux Guerres Mondiales, et ce en raison du fait qu'ils avaient agi contre la paix internationale. En employant les termes du droit international actuel, on pourrait considérer que l'imposition du régime de réparations était justifiée en fonction de la violation du *jus contra bellum*. La spécificité du régime de réparations mis en œuvre consistait entre autres en la possibilité de saisir des biens privés à titre de réparations de guerre. La gravité de l'acte illicite commis, à savoir le déclenchement de la guerre, avait ainsi des répercussions sur les modalités de la réclamation de réparations pour cet acte illicite. Il faut alors procéder à l'étude de la pratique de saisie des biens des ressortissants des États ennemis à titre de réparation de guerre.

Section II La saisie des biens privés des ressortissants des pays ennemis : une dépossession définitive dictée par l'attribution du caractère de ressortissant d'État (ex) ennemi

633. Les réparations constituent des indemnités réclamées au lendemain d'un conflit armé par le vainqueur au détriment du vaincu¹⁵⁷⁶. La notion de réparation puise ses sources dans le droit civil, comprise ainsi comme moyen de rétablissement de la situation antérieure avant le dommage survenu. L'obligation de réparation s'adresse à l'État pour le comportement

¹⁵⁷⁴ Gunnewig, *op.cit.*, p.414. L'auteur ne considère pas que l'élaboration d'un régime spécial d'engagement de responsabilité soit opportune.

¹⁵⁷⁵ D'Argent, *Les réparations de guerre*, *op.cit.*, p.831.

¹⁵⁷⁶ I. Seidl-Hohenveldern, « Reparations and Reparations after World War II », *Max Planck Encyclopedia of International Law*, vol.3, 1982, pp. 178-183, p.180.

de ses propres organes. Le terme de réparation présuppose le constat d'un acte internationalement illicite¹⁵⁷⁷. À la conception juridique d'après laquelle les réparations ne constituent que des indemnisations pour un acte internationalement illicite, thèse défendue par la CPJI dans l'affaire *Chorzow* portant sur la confiscation de biens allemands par la Pologne¹⁵⁷⁸, s'est opposé le concept de réparations au sens large du terme, les qualifiant d'outil de guerre économique¹⁵⁷⁹¹⁵⁸⁰. Si les réparations font partie intégrante d'une guerre économique qui dépasse le cadre des hostilités, des nouvelles interrogations émergent. Comme il a été précédemment démontré, l'usage du terme guerre économique a été souvent lié au sort de la propriété privée ennemie. La question porte ainsi sur la possibilité d'affecter des biens privés à titre de réparations dont le débiteur serait l'État ennemi et agresseur (§1). Les spoliations et les confiscations des biens privés s'opèrent en fonction du caractère (ex) ennemi des propriétaires (§2).

§1 La saisie des biens des ressortissants d'un État comme moyen de mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective : une pratique envisageable.

634. Cette problématique invite à s'interroger sur la relation entre le sort des biens des individus et l'obligation de réparation incombant à l'État. Selon cette hypothèse, la saisie des biens des ressortissants d'un État est perçue comme moyen de réparation des dommages sans lien avec le comportement de ces ressortissants. Le fondement d'une telle pratique serait une conception de responsabilité collective. Conformément à cette conception, les ressortissants d'un État seraient perçus comme débiteurs des obligations incombant à cet État¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁷ L. Oppenheim, *War and neutrality*, London, Longmans, Green&Co., 1952, liii-941 p., p.594 : « Treaties of Peace often provide for the payment by the vanquished power to the victor of a sum of money. The causes of such stipulations are various, and from the legal point of view immaterial. It may be a desire to enrich the victor, or to punish the vanquished, or to achieve both these ends; or it may be merely the recoupment of the victor for the expenses of the war ». Sur le caractère politique de l'institution juridique des réparations de guerre, W. Bishop, *International law, cases and Materials* Boston, Brown & Com., 1971, xlvi-1122 p., p.795 : « The international law relating to war claims appears to be one of the least satisfactory parts of the law of state responsibility and international claims [...] the parties are more likely to be guided by considerations of politics, of who won and who lost, or by the „ moral climate of opinion” incident to the termination of the hostilities, than they are by any general rules of international law ». Passages cités par H. Rumpf, « Die Regelung der deutschen Reparationen nach dem Zweiten Weltkrieg », *Archiv des Völkerrechts*, 1985, vol. 23, pp. 74-101, p.75.

¹⁵⁷⁸ CPJI, *Affaire relative à l'usine de Chorzow*, *op. cit.*, p. 47 : « La réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis ».

¹⁵⁷⁹ B. Wolff, *Zur Frage der Abgeltung von Reparationsschäden unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des sechsten Teils des Überleitungsvertrages*, Bonn, Stollfuss, 1964, 143 p., p.15. L'auteur propose la distinction entre réparations au sens étroit (*Reparation im engeren Sinne*), qui comporte des mesures d'indemnisation et les réparations au sens large (*Reparationen im weiteren Sinne*) qui constituent une méthode de continuité de la guerre économique.

¹⁵⁸⁰ « Experience has shown that victors can hardly expect to exact « adequate compensation » in reparations for large-scale aggression without violating the principles of humanity and good policy », I. Brownlie, *International law and the use of Force by States*, Oxford, Clarendon press, 1963, xxviii-532 p., p.153.

¹⁵⁸¹ Cette approche semble avoir été défendue par la doctrine classique du droit international. Vattel considérait que les biens des étrangers étaient perçus par l'État de leur résidence comme des biens de l'État dont ils étaient des ressortissants,

635. Il convient ainsi de se pencher sur la pratique des réparations affectant les biens privés qui a été suivie au lendemain des Guerres mondiales. Dans les autres cas des programmes de réparations imposés à l'agresseur, les atteintes à la propriété privée ne semblent pas avoir été systématiques¹⁵⁸². Malgré l'absence de pratique récente liée à l'absence de conflit d'envergure comparable à celle des deux guerres mondiales, il faut s'interroger sur l'existence d'une règle coutumière en droit international autorisant la confiscation des biens privés en cas d'éclatement d'un conflit armé d'une telle ampleur¹⁵⁸³. Si cette hypothèse est envisageable, un régime dérogatoire à la protection générale accordée à la propriété privée pourrait éventuellement émerger.

636. Néanmoins, il faut souligner que les confiscations de biens privés, entreprises après les Guerres Mondiales, avaient comme fondement juridique des dispositions spécifiques de traités internationaux¹⁵⁸⁴. Le consentement du débiteur vaincu a été ainsi interprété comme condition d'appropriation définitive des biens privés. Il serait par conséquent difficile d'admettre

E. De Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, *op.cit.*, p.156. Christian Wolff distinguait entre le *dominium eminens* et la *potestas eminentes*. Il considérait qu'après conclusion d'un traité de paix, le chef de l'État pourrait se disposer de la propriété privée des individus dans le premier cas et dans le deuxième même de ces personnes. Chr. Wolff, *Jus gentium methodo scientifico per tractatum*, dans *the classics of international law*, J. Br. Scott, vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1934, ivi-423 p. p. 362, par. 1008.

¹⁵⁸² Le non-recours à des mesures de confiscation des biens privés au lendemain d'un conflit armé s'explique probablement par des raisons économiques liées à la possibilité de prolifération d'investissement de la part de l'État vainqueur qui à titre de « créancier » finance le rétablissement de l'économie dévastée de l'agresseur vaincu. V. P. D'Argent, *Les réparations de guerre*, *op.cit.*, p. 843-844 : « Dès l'instant, par contre, où c'est donner (et non plus recevoir) qui enrichit — comme cela peut être le cas dans une économie essentiellement fondée sur la production et la consommation de biens fongibles servie par un fort mécanisme de redistribution fiscale des richesses et de soutien public à l'investissement —, il est moins sûr que la bonne exécution d'une importante créance de réparation, par transferts massifs d'avoirs, puisse être économiquement bénéfique pour le créancier [...] Il n'est donc pas impossible, en fonction, des circonstances macro-économiques et abstraction faite de toute responsabilité juridique dans le déclenchement du conflit, qu'un vainqueur préfère réparer lui-même les dommages infligés durant la guerre par son ennemi défait, plutôt que d'exiger de celui-ci qu'il l'indemnise pour ses pertes ».

¹⁵⁸³ Seidl-Hohenveldern I., Ipsen H.P., *Entschädigungspflicht der Bundesrepublik für Reparationsentzogenes Auslandsvermögen, Recht und Wirtschaft*, Heidelberg, 1962, pp.256, p.85. Il est précisé qu'un traité réglant la saisie des biens privés est considéré comme une loi spéciale qui pourrait contrevenir à la coutume internationale et que le consentement de l'État vaincu disperse toute interrogation relative à son caractère illicite. Contre cette thèse v. B., Wolff, *Zur Frage der Abgeltung*, *op.cit.*, p.46 : « Ce qui était contraire au droit international reste contraire au droit international, même si l'État vaincu, touché par des mesures contraires au droit international, reconnaît, leur mise en œuvre parce qu'il se considère coupable de la guerre. Il est seulement prêt à en assumer les conséquences. La reconnaissance de la culpabilité de la guerre n'implique pas la reconnaissance de la conformité au droit international des mesures de représailles prises par le vainqueur ».

¹⁵⁸⁴ V. Fitzmaurice, *The juridical clauses of the peace treaties*, *op.cit.*, p.336 : « For these reasons it is now established that any right to final seizure of private enemy property on hand must be the subject of express provision in the peace settlement. If no such provision were made, if for instance the Peace Treaties had no provision enabling the Allies to seize, retain or liquidate ex-enemy property in their territories, the possession and control of such property would automatically become returnable to the owner on the coming into force of the peace treaty ». V. aussi les notes de protestation adressées par les États-Unis et la Grande Bretagne au sujet des mesures prises contre les biens allemands sis en Hongrie par l'Union soviétique avant la signature du traité de paix avec le Hongrie le 10 février 1947 : « cannot regard transfers made prior to the coming into force of the treaties as being more than of provisional character ». O. Böhmer, K. Duden, H. Janssen (éd.), *Deutsches Vermögen im Ausland: internationale Vereinbarungen und ausländische Gesetzgebung* vol. I, Köln, Verlag des Bundesanzeigers, 1951, 480 p., p.447.

l'existence d'un droit relevant de la coutume dont le titulaire serait l'État créancier vainqueur et qui permettrait à ce dernier de confisquer des biens privés¹⁵⁸⁵.

637. La présente étude se focalisera ainsi par la suite sur les mesures prises contre les biens des ressortissants des États (ex) ennemis vaincus des deux Guerres Mondiales (a, b). Cette expérience historique mérite d'être analysée en tant que manifestation du rapport asymétrique établi au détriment de l'État ennemi vaincu qui assumait l'obligation d'indemniser ses propres ressortissants dépossédés (c).

a. La saisie des biens des ressortissants des Empires centraux au lendemain de la Première Guerre mondiale.

638. À la suite de la Première Guerre mondiale, les biens des ressortissants des États de l'Entente, sis sur le territoire des puissances centrales, devaient être restitués à leurs propriétaires initiaux, si la liquidation n'avait pas été terminée. En outre, les propriétaires dépossédés devaient être indemnisés par les puissances centrales pour les dommages ou préjudices causés à leurs biens, droits et intérêts, en vertu de l'application des mesures exceptionnelles de guerre. Aux antipodes de la reconnaissance d'une telle possibilité d'indemnisation, les ressortissants des États vaincus ont perdu leurs biens, saisis à titre de réparations de guerre. Les ressources des pays vaincus ayant été insuffisantes, la saisie des biens privés avait été conçue comme le seul moyen permettant d'assurer la réparation des pertes subies. Cette justification sous-tend la liquidation des biens, droits, et intérêts privés, instituée et règlementée par l'article 297 du traité de Versailles¹⁵⁸⁶. L'obligation de contribution aux charges de l'État vaincu était justifiée pour certains par le principe de solidarité. Ce principe faisait référence au lien intime entretenu entre l'État et ses propres ressortissants et se

¹⁵⁸⁵ Cette hypothèse serait envisageable en cas de prises des contre-mesures « réparatoires » utilisées par le vainqueur et lui permettant à titre de créancier d'exécuter d'office l'obligation de réparer. V. D'Argent, « La loi russe sur les biens culturels transférés », *op.cit.*, p.142.

¹⁵⁸⁶ Aux termes du second alinéa « les puissances alliées ou associées se réservent le droit de retenir et liquider tous les biens, droits et intérêts appartenant à la date de la mise en vigueur du présent Traité à des ressortissants allemands ou des sociétés contrôlées par eux sur leur territoire, dans leurs colonies possessions et pays de protectorat, y compris les territoires qui leur ont été cédés en vertu du présent Traité ». Les conditions d'exercice de rétention et de liquidation y étaient également précisées. « La liquidation aura lieu conformément aux lois de l'État allié ou associé intéressé et le propriétaire allemand ne pourra disposer de ces biens, droits et intérêts ni les grever d'aucune charge sans le consentement de cet État ». Les autres traités de paix de 1919-1920 contenaient des dispositions identiques, l'art. 249b) du traité de St-Germain, l'art. 232 b) du traité de Trianon, l'art. 177 b) du traité de Neuilly, concernant la liquidation des biens autrichiens, hongrois et bulgares.

concrétisait en une obligation de contribution aux charges de l'État.¹⁵⁸⁷ Une fusion était ainsi opérée entre l'État et ses citoyens¹⁵⁸⁸.

639. Le produit des liquidations était affecté au paiement des créances, échues avant ou pendant la guerre, contre des ressortissants des Puissances centrales, ainsi qu'au paiement des indemnités pour dommages contre les biens, droit et intérêts des ressortissants des puissances alliées résidant dans les pays centraux. Les traités prévoyaient que le solde existant pourrait être retenu par l'État ayant procédé à la liquidation et être enregistré au crédit de la puissance dont le propriétaire était originaire¹⁵⁸⁹. Par ailleurs, des dispositions spécifiques prévoyaient la remise de titres des propriétés des ressortissants des puissances centrales aux États alliés et à leurs associés¹⁵⁹⁰.

640. L'asymétrie entre le régime des biens appartenant aux ressortissants des pays Alliés et le régime des biens appartenant aux ressortissants des puissances centrales est manifeste. Contrairement aux ressortissants des pays ennemis, les ressortissants des Puissances alliées avaient droit à une indemnité pour les dommages ou préjudices causés à leurs biens, droits et intérêts. Leurs réclamations d'indemnisation étaient examinées par une juridiction spéciale, les tribunaux arbitraux mixtes¹⁵⁹¹. Les indemnités sur lesquelles portaient les décisions de ces organes juridictionnels étaient à la charge des États ennemis et prélevées sur les biens de leurs ressortissants. La création et le fonctionnement de ces juridictions spéciales, dont la contribution à la perception des individus — en l'occurrence, les ressortissants des pays alliés

¹⁵⁸⁷ A. Delacôte, *Le régime de la propriété privée ennemie d'après le traité de Versailles*, Thèse, Université de Nancy, 1931, iv-233 p., p.31 : « C'est parce que la guerre de 1914-1918 s'est déroulée non seulement sur le terrain militaire, mais encore dans le domaine économique avec l'utilisation de toutes les ressources, de toutes les forces vives de la nation, que l'on a considéré qu'il y avait une solidarité étroite entre l'État belligérant et ses ressortissants et que les citoyens avaient l'obligation de contribuer, par des sacrifices personnels, aux charges assumées par leur État ».

¹⁵⁸⁸ E. Harriman, « Confiscation of enemy private property », *Boston Univ. Law Review*, 1923, vol. 3, pp. 156-176, p.174 : « The retention of the property seized, in time of peace, is justified because it is the easiest way of collecting the money due from the defeated belligerent, for which all the nationals of that belligerent are jointly and severally responsible, not on account of their participation in the war, but because all their property rights are held subject to the obligations of their sovereign ».

¹⁵⁸⁹ Art. 243 du traité de Versailles, 189 du traité de Saint-Germain, 129 du traité de Neuilly, 173 du traité de Trianon.

¹⁵⁹⁰ En vertu du par. 10 de l'annexe à la section IV des traités de Versailles, Saint Germain, Neuilly et Trianon et pour permettre les liquidations les puissances centrales étaient tenues de remettre aux États alliés « tous les contrats, certificats, actes et autres titres de propriété se trouvant entre les mains de leurs ressortissants ou se rapportant à des biens, et intérêts situés sur le territoire de la dite Puissance alliée ou associée, y compris les actions, obligations ou autre valeurs mobilières de toutes sociétés autorisées par la législation de cette Puissance ». Une réglementation spéciale portait sur les droits de propriété intellectuelle, prévoyant la restauration des droits compromis par la guerre et la consolidation de droits acquis de bonne foi en vertu de mesures exceptionnelles de guerre.

¹⁵⁹¹ Le nom de ces tribunaux était dû à leur composition internationale : deux arbitres étaient nommés par les gouvernements dont les ressortissants étaient impliqués dans le différend, et un juge président, ressortissant d'un État neutre, était choisi par accord entre les deux gouvernements. La principale caractéristique des traités de paix était la qualité pour agir des individus devant ces tribunaux. Pour une analyse de la structure, du fonctionnement, des règles applicables par ces juridictions v. M. Requejo Isidro, B. Hess, « International adjudication of private rights : The mixed arbitral tribunals in the peace treaties of 1919-1922 », p.239-276, dans Erpelding M., Hess B., Ruiz Fabri H. (éd.) *Peace through law, the Versailles Peace treaty and dispute settlement after World War I*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp.354.

agissant à titre de créanciers — en tant qu'acteurs sur la scène internationale est cruciale et témoigne du rapport asymétrique établi entre les ressortissants des anciens belligérants¹⁵⁹².

641. En vertu des règles des traités de Paris, une continuité a été établie entre les mesures en vigueur pendant la guerre et celles entreprises à titre de réparations. Cette continuité est toutefois marquée par l'aggravation des mesures¹⁵⁹³. En effet, la méthode liquidative a été substituée à la gestion purement conservatoire conforme aux règles en vigueur pendant la guerre¹⁵⁹⁴. C'était par des législations internes que les puissances alliées ont procédé à la retenue et à la liquidation des biens ennemis. Par ailleurs, des actes qui relèvent des pouvoirs des belligérants sont frappés de nullité en période de paix¹⁵⁹⁵. Les lois internes, entrées en vigueur pendant la guerre et relatives au régime de saisie des biens, ne faisaient pas allusion à la perspective de confiscation et, par conséquent, l'intervention du législateur pour le sort des

¹⁵⁹² Toutefois, le fonctionnement de certains tribunaux arbitraux mixtes ne reflétait pas cette asymétrie par principe préjudiciable aux intérêts des ressortissants des États vaincus. J. Makowski, dans son cours à l'académie de la Haye intitulé *L'organisation actuelle de l'arbitrage international* dispensé en 1932, soulignait que « le tribunal arbitral mixte polono-allemand n'était pas un organe de la communauté internationale, mais un organe polono-allemand pouvant être considéré en cette qualité par les ressortissants polonais et allemands comme leur tribunal national ». p.298, pp.263-384, RCADI, t. 36, 1931. Pour une analyse de la position des tribunaux arbitraux mixtes envers les ressortissants des États ennemis v. J. Zolmann, « Nationality property and the mixed arbitral tribunals, 1914 to 1930 », pp.113-158, dans H. Ruiz Fabri, M. Erpelding, *The Mixed arbitral tribunals, 1919-1939*, Baden-Baden, Nomos, 2023, 582 p.

¹⁵⁹³ C. Reuben, *Status of ex-enemy property*, Clifton, 1925, 43 p., p.30 : « [I]t must be in mind that property now in the hands of the Alien Property Custodian may not be treated as property which has been „ seized” or „ captured” from the enemy with an intent to „ confiscate” it as enemy property” as, for example, prizes „ seized” or „ captured” on the high seas during hostilities which are so seized or captured that they may become the property of the captors under a belligerent right which does not required the payment of compensation for the property seized. Property in the hands of the Alein Property Custodian was not taken into possession as an act of confiscation, nor with the intention of proceeding to confiscation [...] ». L'auteur procède aussi à la comparaison entre la confiscation après la guerre et les prises maritimes. *Idem*, p. 32 : « Thus the situation here appears wholly different from that which exists in the case of prizes legally seized or captured during hostilities with the intention to confiscate or forfeit the same as enemy property pursuant to the laws of war, even where judicial condemnation of such property is not formally completed until after peace is established. To complete the proceedings leading to the forfeiture of such seized or captured property, no further legislative act is necessary; such completion is carried out under the rules of the laws of war. But as already pointed out, these same rules of the laws of war do not permit confiscation of property not so seized or captured during hostilities. [...] [A]fter peace, ex-enemy (for peace having come, enemies no longer exist) property may not, by the law of nations, be confiscated, even when actual seizures or captures have been made by those officers (of the ex-belligerent powers) who were ignorant of peace, but who intended that such seizures or captures should be forfeited; and that property not so seized or captured cannot because of mere possession, be confiscated as an act of war after peace is declared ».

¹⁵⁹⁴ Pour une explication de cela v. Circulaire de la Chancellerie du 3 nov. 1919, cité par G. Gidel, H. Barrault, *Le traité de paix avec l'Allemagne du 28 juin 1919 et les intérêts privés : commentaire des dispositions de la partie X du traité de Versailles*, Paris, LGDJ, xxvi-670 p., p.61 : « Il était impossible de baser le régime nouveau sur la restauration pure et simple de l'état d'avant-guerre, et la liquidation des biens séquestrés devenait un procédé nécessaire de libération s'imposant inévitablement à des nations dont la responsabilité matérielle aussi bien que morale est sans limites. Les traités et la loi du 7 octobre 1919 ont ratifié ces constatations ».

¹⁵⁹⁵ W. E. Hall, *A treatise on international law, op. cit.*, p. 604 : « Acts of war done subsequently to the conclusion of peace, or to the time fixed for the termination of hostilities, although done in ignorance of the existence of peace, are necessarily null. They being so, the effects which they have actually produced must be so far as possible undone, and compensation must be given for the harm suffered through such effects as cannot be undone ». V. aussi L. Oppenheim, *International law : a treatise*, vol. II, *War and neutrality, op. cit.*, p.367 « On the one hand, all acts legitimate in warfare cease to be legitimate. Neither contributions nor requisitions, nor attacks on members of the armed forces or on fortresses, nor capture of ships, nor occupation of territory, are any longer lawful. If forces, ignorant of the conclusion of peace, commit such hostile acts, the condition of things at the time of peace was concluded must as far as possible be restored. Thus, ships captured must be set free, territory occupied must be evacuated, members of armed forces taken prisoners must be liberated, contributions imposed and paid must be repaid ».

biens privés *post bellum* était nécessaire. En France, la loi du 7 octobre 1919 a ordonné et réglementé la liquidation des biens faisant l'objet d'une mesure de séquestre de guerre¹⁵⁹⁶. Les modalités de mise en œuvre de cette loi ont été précisées par plusieurs actes réglementaires¹⁵⁹⁷. Il faut souligner que des propriétés de moindre importance ont été soustraites à la rigidité de la mesure de liquidation¹⁵⁹⁸.

642. La liquidation comme opération impliquait des intérêts contradictoires, à savoir l'intérêt national, l'intérêt des tiers ayant des droits sur les biens liquidés et les intérêts des anciens propriétaires¹⁵⁹⁹. Beaucoup d'interrogations ont aussi émergé concernant le rôle du liquidateur des biens ennemis. La question de l'identification du rôle du liquidateur était abordée sous l'angle soit du représentant légal du sujet ennemi liquidé, soit d'un agent de la puissance publique, mandataire de l'État français. La jurisprudence s'est appuyée à plusieurs reprises sur la distinction entre le rôle confié à l'organe compétent pour le séquestre mis en œuvre pendant la guerre et le rôle attribué à l'organe assumant la tâche de liquidation des biens¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁶ Loi relative à la liquidation des biens faisant l'objet d'une mesure de séquestre de guerre, 7 octobre 1919, J. O. 8 oct. 1919, p. 11066.

¹⁵⁹⁷ Les mesures d'exécution de la loi du 7 octobre ont été précisées par le décret du 23 Octobre 1919 Ce décret abordait la méthode de règlement des affaires de la procédure, et prescrivait les limites légales aux procédures. J. O. 30 oct. 1919 p. 12094, V. le Rapport adressé au Président de la République par le garde des Sceaux : « En subordonnant la faculté de la liquidation à la mise en vigueur des Traités, en confiant le pouvoir de décision à l'autorité judiciaire, en donnant au juge des moyens d'information et des conseils spéciaux, le législateur a nettement marqué le caractère des opérations qu'il a autorisées ; ce sont des mesures d'application des dispositions des Traités de paix, mesures influençant des intérêts divers et, pour ces motifs, entourées de garanties exceptionnelles dont la plus haute est l'exclusive attribution de compétence au pouvoir judiciaire. Il m'a paru, en effet, que les liquidations inscrites dans les traités comme un procédé nécessaire de libération qui s'impose inévitablement à des nations dont la responsabilité matérielle aussi bien que morale est sans limite, doivent être ordonnées et conduites dans les mesures de responsabilité dont elles sont une conséquence et des réparations dont elles sont un moyen ». Cité par A. Delacôte, *Le régime de la propriété privée ennemie d'après le traité de Versailles*, *op. cit.*, p.44. D'autres actes réglementaires précisaient les modes de liquidation des biens ennemis n'appartenant pas à des ressortissants allemands, v. p. ex. le décret relatif à la liquidation des biens autrichiens séquestrés du juin 1921, J. O. 16 juin 1921, p. 6867. En vertu de l'art. 7, sur demande du propriétaire autrichien, les séquestres procédaient, sous le contrôle du parquet et par la voie de vente aux enchères publiques, à la réalisation de tout ou partie de l'actif appartenant en France au ressortissant autrichien. Ces dispositions ont aussi été étendues par un décret du 4 nov. 1922 à la liquidation des biens séquestrés des ressortissants hongrois en France J.O. 9 nov. 1922, p. 10870

¹⁵⁹⁸ Arrangement spécial entre l'Allemagne et l'Angleterre, du 31 décembre 1920. L'article 11 prévoyait que les biens séquestrés, lorsqu'il s'agissait de meubles, d'effets personnels, de souvenirs de famille, d'instruments de travail, etc. d'une valeur de 500 *pounds* au plus, étaient restitués aux Allemands dont le revenu annuel ne dépassait pas 400 *pounds*. Les résolutions franco-allemandes du 6 février et du 25 mars 1920 ont reconnu la possibilité de restitution d'objets personnels sans valeur aux sujets ennemis. Les autorités françaises ont opté pour une telle possibilité pour des considérations d'ordre humanitaire. Leur application restait absolument subordonnée à des raisons de convenance ou d'opportunité. Les patrimoines qui comprenaient des biens d'un montant inférieur à 300 francs ainsi que les objets personnels (linge, vêtements, instruments de travail, objets de famille) ont été laissés en dehors de la procédure de liquidation. Circulaires du 3 mars et 11 juin 1920, citées par Gidel, Barrault, *op.cit.*, p. 62-63.

¹⁵⁹⁹ Circ. Chancellerie 3 nov. 1919, cité par Gidel & Barrault, *op.cit.*, p.62 : « L'intérêt national, considéré à la fois dans la valorisation de notre gage et dans son utilisation, tant au profit de l'économie générale que des besoins particuliers ; l'intérêt des tiers, lorsqu'ayant sa cause dans un acte de validité incontestable il affecte les biens séquestrés ; l'intérêt, enfin, des anciens propriétaires des biens liquidés, auxquels les traités donnent un recours contre l'État dont ils dépendent ».

¹⁶⁰⁰ Sur le caractère distinct des phases de séquestration et de liquidation, v. Tribunal régional de Strasbourg du 8 juillet 1920, cité par Delacôte *Le régime de la propriété privée ennemie*, *op.cit.*, p. 191 : « que l'État lui-même établit nettement cette distinction, en confiant, dans presque tous les cas, la liquidation à une autre personne que la séquestration ; que la première phase comporte la constitution d'un administrateur-séquestre, qui a mission de gérer et d'administrer en sauvegardant les droits de l'État ; que cette phase est essentiellement d'attente et de conservation ; que, pendant cette

b. La saisie des biens des ressortissants des États ennemis au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

643. La particularité des demandes de réparations adressées à l'Allemagne à la suite de la Seconde Guerre mondiale réside dans le fait qu'aucun traité de paix n'a été signé entre les puissances alliées et l'Allemagne défaite. L'Allemagne était un cas particulier, car les Alliés victorieux ne lui ont pas proposé de traité de paix au sens stricte du terme et n'ont pas achevé sa soumission en annexant le Reich défait¹⁶⁰¹. Il est ainsi évident que la transition, à partir des mesures relevant de l'état de guerre, vers des mesures censées régir les rapports paisibles entre des États *post bellum* s'est déroulée progressivement. En l'absence de traité de paix avec l'Allemagne défaite, les puissances occidentales ont décidé de mettre fin à l'état de guerre par des déclarations unilatérales. En raison de l'absence d'un traité de paix dont l'entrée en vigueur aurait engendré l'abrogation des règles applicables durant la guerre, les juridictions internes des belligérants vainqueurs ont dû se prononcer à plusieurs reprises, même après la cessation des hostilités, sur la continuité d'un régime affectant le sort personnel et patrimonial des ressortissants de l'ennemi vaincu¹⁶⁰².

période, le séquestre ne paie que les dettes de "affaire séquestrée par une sorte d'obligation naturelle et aussi dans le but d'assurer la continuation des affaires ; qu'ayant un aperçu sur la situation financière, l'État se décide soit à lever le séquestre, soit à procéder à la liquidation ; que s'étant décidée pour celle-ci, l'administration commence la seconde phase des mesures, nomme un liquidateur, qui a pour mission de procéder à la dépossession du propriétaire allemand et de réaliser au profit de l'État ; que les attributions du liquidateur sont plus étendues que celles du séquestre ».

¹⁶⁰¹ Le 31 décembre 1946, le président Truman a publié une proclamation sur la fin des hostilités de la Seconde Guerre mondiale. Elle stipulait que « bien qu'il y ait encore un état de guerre, il est aujourd'hui possible de déclarer — ce qui est souhaitable dans l'intérêt du public — que les hostilités sont terminées ». *The Department of State Bulletin*, vol.16, 1947, p.77. Malgré la division de l'Allemagne en deux républiques, Truman a proclamé la fin de l'état de guerre avec toute l'Allemagne le 24 octobre 1951. *Department of State* vol. 25p. La déclaration confirme une fois de plus l'attitude américaine relatif à l'objectif de conclusion d'un traité de paix avec l'Allemagne : « la politique des États-Unis a été et est toujours d'obtenir la conclusion d'un traité de paix avec le gouvernement d'une Allemagne unie et libre, mais les efforts ont été contrecarrés jusqu'à présent et sont actuellement rendus impossibles par la politique du gouvernement soviétique ». Truman explique également pourquoi le traité de paix a été provisoirement remplacé par une proclamation « il a néanmoins été jugé souhaitable de mettre fin à l'état de guerre actuel avec l'Allemagne et de libérer l'Allemagne de son statut actuel d'ennemi, ce qui éliminerait certains inconvénients pour les citoyens allemands (*certain disabilities affecting German nationals*) », citée par Q. Wright, « The Status of Germany and the peace proclamation », *AJIL*, 1952, pp.299-308, p.303.

¹⁶⁰² Des recours de la part des ressortissants Allemands internés ont été exercés auprès des juridictions des États vainqueurs. Un ressortissant allemand, installé au Royaume Uni depuis 1928 et interné pendant la guerre en Australie, a voulu contester la légalité de la continuité de son internement après 1945 et son retour en Angleterre. L'exercice de la prérogative royale d'internement était suivi d'une déclaration du Secrétaire d'État du 2 avril 1945 qui confirmait la poursuite de la guerre. Le requérant a voulu adresser à la Cour d'appel la question de la continuité d'une guerre avec un État capitulé et dont le territoire était désormais occupé par les États alliés. Selon lui, à la suite de la capitulation, aucun gouvernement allemand n'existait et par conséquent aucune guerre n'était concevable contre l'Allemagne. Si cette guerre n'était plus en cours, les citoyens de l'État capitulé ne devaient pas être considérés d'étrangers ennemis. « When the surrender was made and the Allies took charge of Germany, there ceased to be any government in Germany except that of the Allied Control Commission. War cannot exist between two countries unless each of the has it own Government. [...] A State cannot be at war unless its government is at war. If, therefore, his majesty is not at war with the present State of Germany, it follows that the citizens of that state cannot be enemy aliens ». Pour appuyer son argumentation, il cite un article de Kelsen selon lequel « [S]ince her unconditional surrender Germany has ceased to exist in the sense of international law. Having ceased to exist as a State, the status of war has terminated because such a status can only exist between belligerent states », v. H. Kelsen, « The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin », *AJIL*, 1945, pp.518-826, p.519. Court of Appeal, *Rex v. Bottrill. Ex parte Kuechenmeister*, 1946, K. B. 41. En l'espèce, les

644. Contrairement à ce qui s'était produit après la Première Guerre mondiale, les vainqueurs de 1945 ont renoncé à imposer au *Reich* allemand vaincu — et dépourvu, par ailleurs, de représentants capables d'agir sur la scène internationale —, l'obligation de réparer ses dommages de guerre selon les dispositions d'un seul traité (ii). Les indemnisations ont été assurées par les confiscations et les liquidations des biens privés de ses ressortissants. Plusieurs sources juridiques prévoyaient la possibilité de confiscation des biens privés des Allemands (i). Un régime dérogatoire à la protection de la propriété privée a été mise en œuvre (iii).

i. La pluralité des sources prévoyant la confiscation des biens des ressortissants de l'Allemagne vaincue.

645. Les fondements des mesures de dépossession affectant des personnes privées sont repérables dans les conventions de Yalta et de Potsdam, dans les accords des réparations de Paris, ainsi que dans les traités avec les puissances neutres. Une première référence aux confiscations des biens privés allemands sis à l'étranger est faite dans le protocole des négociations des chefs de trois gouvernements alliés dans le cadre de la Conférence de Yalta¹⁶⁰³.

juges n'ont pas voulu s'immiscer dans la décision de l'exécutif insistant sur le fait que le droit de détermination de la partie hostile relevait de la prérogative royale et n'était pas soumise à leur appréciation. L'opinion émise par le juge Scott met l'accent sur la corrélation entre le droit international et le droit interne britannique. Il accorde une importance particulière à la position interne, reflétée dans le certificat du Secrétaire d'État et en vertu duquel l'État de guerre n'avait jamais cessé, au détriment de toute autre règle relevant du droit international. P. 50 : « In the British Constitution, which is binding on all British courts, the King makes both war and peace, and none the less so, in the eyes of the law, that he does so as a constitutional monarch upon the advice of his democratic Cabinet. If the King says by an Act of State that the Commonwealth of countries over which he reigns is at war with a particular foreign State, it is at war with that State, and the certificate of the Secretary of State is conclusive.[...]When the king makes peace with an enemy State, that war comes to an end, but it does not come to an end before that peace is made. Whether international law has a different rule is irrelevant. For international law is only binding on our courts in so far as it has been adopted and made part of our municipal law.[...] It follows, therefore, that the certificate of the Secretary of state for foreign Affairs, which says in terms that we are still at war with Germany, is binding at least in our municipal law, and therefore on all the King's courts ». Le même raisonnement a été adopté par la Cour Suprême des États-Unis à la suite de la requête d'un ressortissant allemand, interné depuis 1942 en vertu de la loi de l'*Alien Enemy Act* de 1798 et dont le renvoi en Allemagne a été ordonné par le Président le 14 juillet 1945 et le Procureur général le 8 janvier 1946. Le requérant prétendait que la guerre était terminée lorsque l'ordre de déportation a été émis. La question posée à la Cour était de savoir si les prérogatives découlant d'une loi applicable en temps de guerre pouvaient être exercées dans l'intervalle entre l'armistice et la conclusion de la paix officielle avec l'Allemagne. Il faut noter que l'application de cette loi a pris fin par la proclamation de la fin de la guerre le 24 octobre 1951 par la *Proclamation 2950* du Président Truman. Les juges ont interprété cet ordre émis par le Président en tant que cristallisation des pouvoirs de guerre confiés au Président et par conséquent non susceptibles d'être contrôlés par le pouvoir judiciaire. US Supreme Court, *Ludecke v. Watkins*, 335 U.S. 160 (1948), (1948), 21 juin 1948, p.170 : « The Court would be assuming the functions of the political agencies of the Government to yield to the suggestion that the unconditional surrender of Germany and the disintegration of the Nazi *Reich* have left Germany without a government capable of negotiating a treaty of peace. It is not for us to question a belief by the President that enemy aliens who were justifiably deemed fit subjects for internment during active hostilities do not lose their potency for mischief during the period of confusion and conflict which is characteristic of a state of war even when the guns are silent, but the peace of Peace has not come. These are matters of political judgment for which judges have neither technical competence nor official responsibility ».

¹⁶⁰³ Les plans de saisie de la propriété allemande s'appuient de manière explicite sur le plan élaboré par H. Morgenthau. *Program to prevent Germany from starting a World War III, September 9, 1944*. Art. 5 Restitution and reparation : « Reparations, in the form of future payments and deliveries, should not be demanded. Restitution and reparation shall be effected by the transfer of existing German resources and territories, e.g., [...] (b)b by transfer of German territory and German private rights in industrial property situated in such territory to invaded countries and the international organization under the program of partition[...] e) by confiscation of all German assets of any character whatsoever outside of Germany ». *Foreign Relations of the United States, Conference at Quebec, 1944 - Office of the Historian*. V.

Les biens qui se trouvaient dans les pays neutres ont été également affectés¹⁶⁰⁴. L'accord de Potsdam affectait les avoirs allemands à l'étranger (*german external assets*)¹⁶⁰⁵ tandis que les accords de Bonn de 1952 (v. la Convention sur le règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation) était conçus comme des solutions *a posteriori* venant conférer un fondement juridique à des actes déjà accomplis. Tout doute relatif à la validité de ces textes dans l'ordre juridique interne allemand a été dissipé par la signature du traité de Londres de 1953, signé par la RFA, et qui faisait explicitement référence aux accords en question¹⁶⁰⁶. La saisie des biens allemands à l'étranger faisait l'objet de plusieurs textes, établis sous l'autorité des puissances alliées.

646. Le sort des biens allemands sis à l'étranger était déjà fixé par la loi du Conseil de contrôle n° 5¹⁶⁰⁷. L'objectif de cette loi était de confier tous les biens allemands qui se trouvaient en dehors du territoire allemand à une commission composée des représentants des quatre puissances d'occupation en Allemagne¹⁶⁰⁸. La loi prévoyait que tous les droits et revendications sur des biens qui étaient situés en dehors de l'Allemagne et qui appartenaient ou étaient soit dans la possession soit sous le contrôle des personnes de nationalité allemande et des personnes morales ayant leur siège en Allemagne devaient être transférés à cette Commission. Le même sort était réservé aux biens sis en dehors de l'Allemagne détenus, possédés ou contrôlés par des personnes physiques de nationalité allemande siégeant à

en détail, H. Morgenthau, *Germany is our problem*, New York & London, Harper, 1945, 230 p., et not. Le ch. VI consacré aux réparations p. 76-88.

¹⁶⁰⁴ Son opposition à la pratique des mesures prises contre des biens sis en territoires neutres a exprimé Niboyet après la Première Guerre mondiale : « Mesures de guerre — C'est ainsi que les mesures de guerre (séquestres, liquidations), intervenues dans certains pays n'avaient aucune valeur internationale. Les traités de paix ne leur en ont conféré une que dans la mesure où ils les ont validées, et d'ailleurs seulement dans les rapports des pays contractants. Elles n'en ont pas, dès lors, vis-à-vis des pays neutres ». Niboyet dans *Répertoire de droit international*, vol. 5, 1929, p. 716.

¹⁶⁰⁵ O. Böhmer, K. Duden, H. Janssen (éd.), *Deutsches Vermögen im Ausland*, vol.1, *op.cit.*, p. 8 : « [A]ppropriate steps shall be taken by the Control Council to exercise control and the power of disposition over German-owned external assets ».

¹⁶⁰⁶ Art. 5 par. 4 : « Les créances à l'encontre de l'Allemagne ou des ressortissants allemands des pays qui ont été incorporés au Reich avant le 1^{er} septembre 1939, ou qui étaient les Alliés du Reich le 1^{er} septembre 1939 ou après cette date, et des ressortissants de ces pays, lorsque ces créances résultent d'obligations contractées ou de droits acquis entre la date d'incorporation (ou, dans le cas des Alliés du Reich, le 1^{er} septembre 1939) et le 8 mai 1945, seront traités conformément aux dispositions prises ou à prendre dans les traités appropriés. » Accord sur les dettes extérieures allemandes, signé à Londres le 27 février 1953, n. 4764, *Nations Unies, Recueil des traités*, 1959.

¹⁶⁰⁷ Il s'agissait de l'organe directeur des zones d'occupation alliées, qui assurait l'ensemble des compétences d'un gouvernement allemand. Loi n° 5 du Conseil de contrôle, en date du 30 octobre 1945, relative à la prise en charge et au recensement des avoirs allemands à l'étranger, entrée en vigueur le 4 novembre 1945, dans *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, n. 2, 30 novembre 1945, p.27.

¹⁶⁰⁸ Quant à la finalité de cette loi n. 5, une référence était faite dans le préambule à l'éradication du potentiel militaire allemand pour promouvoir la paix et la sécurité internationale. « En vertu de la décision du Conseil de contrôle de prendre en charge le contrôle de tous les biens allemands à l'étranger et de soustraire de tels biens à leurs propriétaires allemands, afin de promouvoir ainsi la paix internationale et la sécurité générale en éliminant le potentiel de guerre allemand, et conformément aux décisions de la Conférence de Potsdam et aux principes politiques et économiques qui doivent s'appliquer à ce problème, le Conseil de contrôle promulgue la loi suivante » Loi n° 5 du Conseil de contrôle, en date du 30 octobre 1945, relative à la prise en charge et au recensement des avoirs allemands à l'étranger, entrée en vigueur le 4 novembre 1945, dans *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, n. 2, 30 novembre 1945, p.27.

l'étranger ou par des personnes morales constituées par la loi allemande ou ayant leur siège social en Allemagne.

647. La loi n° 5 précisait que par l'expression « personne de nationalité allemande se trouvant hors d'Allemagne » étaient visées les personnes qui, en vertu d'une loi du Reich, étaient titulaires de la nationalité allemande depuis le 1^{er} septembre 1939 et qui, à un moment quelconque depuis le 1^{er} septembre 1939, avaient résidé dans un territoire alors sous le contrôle du gouvernement du Reich. En revanche, par les mesures de saisie n'étaient pas concernés les biens appartenant à des citoyens des pays « annexés » par l'Allemagne depuis le 31 décembre 1937. La particularité de cette loi résidait dans le fait qu'elle fixait des définitions pour les termes généraux utilisés. En effet, l'article 10 de la loi n. 5 définissait les termes « personne » et « biens ». Le terme personne désignait ainsi « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui a [vait] la capacité légale d'acquérir des biens ou des droits patrimoniaux, d'en jouir, d'en exercer le contrôle ou d'en disposer ». Une définition très extensive du terme de biens était aussi retenue. Le terme « biens » désignait tous les biens, meubles ou immeubles, ainsi que tous les droits et intérêts, exigibles ou non, de quelque nature que ce soit, sur ces biens, y compris tous les biens et tous les droits et intérêts de quelque nature que ce soit sur ces biens, qui avaient été transférés à des tiers ou dont ils avaient le pouvoir de disposer, soit en nom, soit en qualité de fiduciaire. La notion de « biens » comprenait également tous les biens, droits et intérêts de toute nature, transférés par voie de donation ou autrement, ou en échange d'une contrepartie, en vertu d'un accord exprès ou tacite, à l'exception des droits et intérêts acquis de bonne foi par des tiers en échange d'une contrepartie pleinement appropriée. Cette définition était suivie d'une énumération très détaillée des biens relevant de cette catégorie¹⁶⁰⁹. Des critères d'identification des avoirs allemands à l'étranger ont été ainsi fixés par cette loi.

648. Comme il a été déjà souligné, la loi n° 5 confiait le recensement et la prise en charge des biens à une commission quadripartite qui siégeait à Berlin en tant qu'agence intergouvernementale du Conseil de Contrôle, à savoir à la Commission pour la propriété allemande à l'étranger. L'activité de cette commission a été très réduite. Néanmoins, dès l'origine, sa compétence a été limitée par les dispositions de l'article 9 de la loi n. 5, aux termes duquel « les avoirs dépendant de la juridiction du Royaume Uni, des Dominions, des Indes, des Colonies et possession britanniques, de l'URSS, des États-Unis, de la France et de toutes autres

¹⁶⁰⁹ *Idem*, article X, par. B : « Le terme "biens" comprend les bâtiments et les terrains, les marchandises, les biens commerciaux et autres, les biens meubles, les pièces de monnaie, les lingots, les moyens de paiement, les avoirs bancaires et autres, les créances, les actions, les parts, les droits, les bons de stockage, tous les types de titres, qu'ils soient libellés en reichsmark ou en monnaie étrangère, les preuves relatives aux dettes ou à la propriété de biens, les contrats, les droits d'usufruit, les droits de brevet, les droits d'auteur, les droits sur les marques déposées et, en général, les biens de toute nature ; cette liste n'est en aucun cas limitative ».

Nations Unies déterminées par le Conseil de Contrôle n'étaient pas soumis à la juridiction de la Commission ».

649. Le statut des avoirs allemands à l'étranger a été régi également par la loi n° 63, promulguée le 31 août 1951 par la Haute commission alliée¹⁶¹⁰. Cette loi ne comportait aucune nouvelle mesure d'expropriation, de dévolution ou de saisie, mais elle sanctionnait la politique interalliée des réparations. Elle se limitait à sanctionner les liquidations des valeurs allemandes à l'étranger qui avaient eu lieu ou qui auraient eu lieu dans les différents États étrangers en raison de leur législation sur les biens ennemis. Dans le champ d'application de la loi tombaient les biens allemands sis à l'étranger et liquidés au profit des États bénéficiaires des réparations. La loi concernait aussi « tout bien qui, postérieurement au 8 mai 1945, a été ou sera transféré ou livré, à titre de réparations ou de restitutions, en provenance des territoires allemands soumis au contrôle des Autorités britanniques, françaises ou américaines, à tout gouvernement, à l'agence Interalliée des Réparations ou à tout autre organisme chargé de la disposition des biens allemands ». La loi avait ainsi un rôle « strictement accessoire par rapport aux mesures prises par les différents États en matière de biens ennemis »¹⁶¹¹. Par son article 3, la loi n° 63 rendait irrecevable toute réclamation ou action relative au transfert, à la liquidation ou à la livraison des biens affectés aux réparations en vertu des accords internationaux, des lois interalliées ou de lois nationales¹⁶¹². Les prétentions des anciens propriétaires dont les biens tombaient dans le champ d'application de la loi étaient par conséquent qualifiées comme dissoutes¹⁶¹³. Étant donné qu'à l'origine de la loi n° 63 de la Haute Commission se trouvaient les puissances occupantes occidentales, des doutes planaient quant à l'applicabilité de cette loi après la fin du régime d'occupation. Il a été souligné que le juge allemand ne pouvait pas s'appuyer sur l'exception d'ordre public, pour ne pas reconnaître les liquidations visant les biens allemands¹⁶¹⁴. La loi n° 63 permettait en revanche aux Allemands de retrouver la protection

¹⁶¹⁰ Il s'agissait de l'organe créé après la rupture entre les États-Unis, le Royaume-Uni et la France avec l'URSS en 1948 au sein du Conseil de contrôle allié. V. Loi n° 63 du 31 août 1951 de la Haute Commission interalliée pour l'Allemagne, O. Böhmer, K. Duden, H. Janssen (éd.), *Deutsches Vermögen im Ausland: internationale Vereinbarungen und ausländische Gesetzgebung*, op. cit., vol. III, p. 58.

¹⁶¹¹ K. Ehlers, « Die Rechtslage des deutschen Auslandseigentums nach dem AHKG 63 », *Juristenzeitung* 1952, p.465-467, p.466.

¹⁶¹² Pour les réactions à l'intérieur de l'Allemagne de la part de la société civile v G. J. Roos, *Zur Konfiskation privater deutscher Auslandsvermögen*, Stuttgart, Enke, 1956, 218 p., p.181 et s.

¹⁶¹³ BGH, Décision du 29. 1. 1953 — IV ZR 201/51 (München), *Neue juristische Wochenschrift*, 1953, p. 545. Les juridictions allemandes se sont réservées le droit de vérifier si les liquidations avaient été effectuées en vue de satisfaction des réparations réclamées par les États créanciers.

¹⁶¹⁴ BGH, Décision du 13 décembre 1956, II ZR 86/54 (Düsseldorf), AKU Fall, *Neue juristische Wochenschrift*, 1957, p. 217. Sur l'exclusion de toute réclamation pour des biens liquidés v. le commentaire de F. Mann, *Zum Privatrecht der deutschen Reparationsleistung*, Tübingen, Mohr, 1962, 77 p., p.58 : « La Cour fédérale de justice a également maintenu jusqu'à présent que, conformément au traité de transfert, les recours contre la liquidation, ses conditions ou ses effets sont exclus si "les biens ont été confisqués en tant que biens allemands ».

pour leurs biens qui n'étaient pas confisqués à titre de réparations¹⁶¹⁵. Il doit aussi être mentionné que la loi retenait une définition étendue du terme de biens, couvrant « tout bien corporel ou incorporel, mobilier ou immobilier »¹⁶¹⁶.

ii. Des traités de paix signés avec les autres pays ennemis et prévoyant la saisie des biens privés.

650. La solution des traités de paix a été privilégiée pour les autres pays de l'axe. Des articles spécifiques dans les traités de paix conclus portaient sur le sort des biens privés et sur leur contribution à l'indemnisation des dommages encourus par les puissances alliées¹⁶¹⁷. Par ailleurs, il faut préciser qu'en vertu des traités de paix, les États ennemis ont renoncé à toute réclamation à l'encontre de l'Allemagne et de ses ressortissants¹⁶¹⁸¹⁶¹⁹. Condition de validité de

¹⁶¹⁵ K. Ehlers, « Die Rechtslage des deutschen Auslandseigentums nach dem AHKG 63 », *op.cit.*, p.467 : « Certains avantages de la loi 63 sont indéniables. Les propriétaires de valeurs allemandes à l'étranger non liquidées sont à nouveau incontestablement légitimés à faire valoir leurs droits à l'étranger. En outre, la loi ne prive pas le propriétaire de tout droit au produit de la liquidation ou au versement d'indemnités. Enfin, elle n'exclut pas la possibilité pour l'Allemagne de négocier avec les différents États alliés et neutres la libération et l'indemnisation. En revanche, la loi présente également de gros inconvénients. Elle confirme toutes les atteintes à la propriété allemande, à l'étranger comme sur le territoire national, et porte ainsi un nouveau coup dur à l'idée de propriété privée, l'un des piliers de la pensée juridique occidentale. Il ne se contente pas non plus de sanctionner ce qui a été fait, mais donne par avance son accord à toutes les futures atteintes à la propriété allemande. Cela complique considérablement les futures négociations sur la restitution des biens allemands ».

¹⁶¹⁶ Loi n° 63, art. 4, *op. cit.*

¹⁶¹⁷ Art. 20 du traité de Paix avec le Japon, de Paix avec le Japon, 8 septembre 1951, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 136, n. 1832, p. 45 et *Archiv des Völkerrechts*, 1954, p.480-489. ; Art. 77 par. 5 du traité avec l'Italie (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 49, n. 747, p. 3 ; Art. 24 du traité avec la Bulgarie, (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 41, n. 643, p. 50 ; Art. 28 du traité avec la Hongrie, (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 41, n. 644, p. 168 ; Art. 26 du traité avec la Roumanie, (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 42, n. 645, p. 34 ; Art. 26 du traité avec la Finlande, (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 48, n. 746, p. 228.

¹⁶¹⁸ Le traité de paix avec l'Italie prévoyait dans le paragraphe 4 de l'article article 77 la renonciation à toute réclamation provenant de l'État d'Italie ou de ses ressortissants à l'égard de l'État allemand ou ses propres ressortissants, *op. cit.* : « [I]taly waives on its own behalf and on behalf of Italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on May 8, 1945, except those arising out of contracts and other obligations entered into, and rights acquired, before September 1, 1939. This waiver shall be deemed to include debts, all intergovernmental claims in respect of arrangements entered into in the course of the war, and all claims for loss or damage arising during the war ». Un article identique est repérable aussi dans le traité d'État concernant le rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique, signé à Vienne le 15 mai 1955. Toutefois, la renonciation de réclamations à l'égard de l'État Allemand et des ressortissants allemands concerne aussi la période avant 1938. V. Traité d'État autrichien concernant le rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique (Staatsvertrag betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich), *Österreichisches Bundesgesetzblatt* 1955, n° 152, pp. 726 et s. Art. 23 par. 3 : « Sans préjudice de ces dispositions et de toutes les autres dispositions prises en faveur de l'Autriche et des ressortissants autrichiens par les puissances occupantes en Allemagne, et sans préjudice de la validité des dispositions déjà prises, l'Autriche renonce, en son nom propre et au nom des ressortissants autrichiens, à toutes les créances impayées à la date du 8 mai 1945 à l'encontre de l'Allemagne et des ressortissants allemands, qui résultent de contrats et d'autres obligations contractés avant le 13 mars 1938, ainsi qu'aux droits acquis avant le 13 mars 1938 ». Dans le traité de paix signé avec le Japon le 8 septembre 1951, *op. cit.*, la même obligation de renonciation à des réclamations de l'État japonais ou de ses ressortissants à l'encontre de l'État allemand et ses ressortissants, incombe au Japon, art. 19 « The Japanese Government also renounces all claims (including debts) against Germany and German nationals on behalf of the Japanese Government and Japanese nationals, including intergovernmental claims and claims for loss or damage sustained during the war [...] ».

¹⁶¹⁹ Des dispositions pareilles se trouvent dans des traités postérieurs à la Première Guerre mondiale. Le traité de Rapallo signé entre l'Allemagne et l'Union soviétique prévoyait dans son article 2 la renonciation à toute réclamation contre la Russie provenant des mesures de confiscation visant les biens de l'État allemand et de ses ressortissants qui se trouvaient

la renonciation de ces réclamations était l'existence d'un « lien non purement formel » entre les personnes dépourvues de la possibilité d'effectuer des demandes de restitution, voire d'indemnisation à l'encontre de l'Allemagne, et l'État ayant renoncé à ce droit¹⁶²⁰.

651. Le système de liquidations compensatoires des biens privés japonais se caractérisait par une certaine complexité. À la suite de la capitulation japonaise, les Puissances alliées ont élaboré un programme de réparations dont l'aboutissement était le traité de paix de 1951¹⁶²¹.

sur le territoire soviétique. Article 2 : « L'Allemagne renonce à toute réclamation contre la Russie qui aurait pu résulter de l'application, jusqu'à présent, des lois et mesures de la République fédérale soviétique socialiste de Russie aux ressortissants allemands ou à leurs droits privés et aux droits du Reich et des États allemands, ainsi que les réclamations qui auraient pu résulter de toute autre mesure prise par la République fédérale soviétique socialiste de Russie ou par ses agents contre des ressortissants allemands ou des droits privés, à condition que le gouvernement de la République fédérale soviétique socialiste de Russie ne satisfasse pas aux demandes d'indemnisation de nature similaire faite par un tiers », *Reichs-Gesetzblatt* 28 juillet 1922, vol. II, pp. 677–679. Les commentateurs ont à de nombreuses reprises exercé de critique acerbe contre ce type de disposition mettant en avant son incompatibilité avec la protection du droit à la propriété privée reconnue par la Constitution de Weimar dans l'art. 153. Des dispositions similaires se trouvent dans l'arrangement germano-polonais du 31 octobre 1929, *Deutschen Reichsgesetzblatt* 1930, vol. 2, n. 8, p. 549. Selon l'article 2 de cet accord, le Gouvernement allemand déclarait renoncer « à toutes demandes d'un caractère financier ou concernant des biens ayant trait à la guerre ou au Traité de Paix, soit de ses ressortissants-personnes physiques et morales — qui auraient été ou qui pourraient être adressées directement ou indirectement à la Pologne [...] ». La prétention de l'État de renoncer à l'exercice des droits de ses ressortissants a été commentée par C. Schmitt dans un article consacré au traité germano-polonais. Par cet engagement, l'État est censé avoir abdiqué à l'exercice du *jus protectionis* à l'égard de ses citoyens. L'auteur conçoit même les mesures de représailles ou de rétorsion en tant que manifestation de ce droit de protection. Admettant les répercussions du traité sur le plan interne, il examine la conformité du traité avec certains articles de la Constitution de Weimar. C. Schmitt, « Ratifikation völkerrechtlicher Verträge und innerstaatliche Auswirkungen der Wahrnehmung auswärtiger Gewalt », pp. 124-139, dans *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker und Humblot, 1985, 517 p.

¹⁶²⁰ La question du lien purement formel avec l'État qui renonce à l'exercice de réclamations d'indemnisation dont titulaires seraient ses propres ressortissants s'est posée à l'occasion d'une affaire jugée par la Chambre d'appel (Kammergericht) de Berlin en 1965. En l'occurrence, les requérants, actionnaires de sociétés hongroises, avaient été privés du contrôle de leurs sociétés par les SS, obligés par la suite de fuir à l'étranger. Après la fin de la Seconde Guerre mondiale, les sociétés ont été expropriées. Des demandes relatives à la gestion du crédit de ces sociétés, ont été rejetés par des établissements bancaires allemands au motif que le traité de paix avec la Hongrie de 1947 prévoyait une renonciation à toutes les créances de la Hongrie et des ressortissants hongrois contre l'Allemagne et les ressortissants allemands. En effet, l'art. 30 par. 4 du Traité de paix avec la Hongrie de 1947 prévoyait que « [L]a Hongrie renonce, pour elle-même et pour les ressortissants hongrois, à toutes les créances contre l'Allemagne et les ressortissants allemands qui existaient au 8. 5. 1945, à l'exception des créances résultant de contrats et autres engagements contractés et de droits acquis avant le 1. 9. 1939. Cette renonciation doit être comprise comme incluant les dettes, toutes les créances interétatiques résultant d'accords conclus au cours de la guerre, ainsi que toutes les créances résultant de pertes ou de dommages survenus au cours de la guerre ». Dans le cas d'espèce, les requérants eux-mêmes étaient encore des ressortissants hongrois lorsque le traité de paix hongrois était entré en vigueur et que l'abandon de créance a pris effet. Ils estimaient toutefois, que leur nationalité hongroise n'existait plus que de manière purement formelle, étant donné que l'État hongrois ne les avait pas protégés contre les mesures de persécution entreprises par les SS et qu'un retour après la guerre n'était pas envisageable en vue de l'évolution de la politique interne. Par conséquent, selon eux la Hongrie ne pouvait plus renoncer à leurs droits de manière effective. Par un renvoi explicite à l'affaire Nottebohm de 1955, le *Kammergericht* a interprété le lien de nationalité en tant que relation de droits et d'obligations réciproques, de protection de la part de l'État et de loyauté à l'égard de l'État de la part de ses ressortissants. À l'égard de cette analyse, il a été précisé « qu'un État dont des ressortissants sont menacés de mort, de privation prolongée de liberté ou de déportation pour des raisons politiques de quelque nature que ce soit (y compris raciales) perd également les prérogatives qu'il détient en reniant ses propres obligations découlant de la relation de nationalité ». Dans ce cas, l'État ne pourrait pas non plus renoncer aux droits privés des ressortissants qu'il poursuit ou qu'il abandonne. Malgré cette analyse, la Cour n'a pas admis le caractère purement formel de la nationalité hongroise des requérants puisque le danger encouru de persécution avait déjà cessé depuis le départ des troupes allemandes et les risques d'expropriation des biens privés à la suite de l'établissement du régime communiste « ne pouvait pas être considérée, en soi, comme une mesure de persécution affectant la nationalité ». *Kammergericht*, 1 février 1965, *OLGZ* 1965, p. 207. *Kammergericht* (1. ZS), *Beschluß* vom 1. 2. 1965 - 1 *W Umw.* 892/64.

¹⁶²¹ V. notamment *The United States Initial Post-Surrender Policy for Japan* du 22 septembre 1945. Dans la section 4 intitulée *Reparations and Restitution*, il était précisé que « les réparations pour l'agression japonaise seront effectuées :

En vertu de l'article 14 a, paragraphe 2 du traité de San Francisco, signé le 8 septembre 1951, « chacune des Puissances alliées aura le droit de saisir, conserver, liquider, ou utiliser de toute autre façon tous les biens, droits et intérêts a) du Japon et des ressortissants japonais, b) des personnes agissant aux lieu et place ou pour le compte du Japon ou de ressortissants japonais, et c) d'organismes appartenant au Japon ou à ses ressortissants ou contrôlés par eux, qui, lors de l'entrée en vigueur initiale du présent Traité, se trouvaient sous la juridiction de ladite Puissance alliée »¹⁶²². Le principe était celui de la liquidation des biens japonais à des fins compensatoires. Il doit toutefois être précisé que l'article 14 n'avait pas « l'effet de priver directement les ressortissants japonais de leurs avoirs situés sur un territoire allié » et que, par conséquent, les États devaient fixer les modalités normatives de mise en œuvre de la dépossession des ressortissants japonais¹⁶²³. Il faut souligner que les traités de paix signés par les alliés avec la Bulgarie, la Finlande, la Hongrie, l'Italie et la Roumanie, le 10 février 1947, faisaient une référence précise au montant des réparations en nature à effectuer par les pays vaincus. En revanche, le traité de paix de San Francisco laissait au Japon la possibilité de négocier avec chaque pays pour déterminer le montant précis des réclamations de chaque État créancier¹⁶²⁴. En effet, le traité de San Francisco ne faisait aucune référence à la responsabilité du Japon dans le déclenchement de la guerre et ne comportait aucune restriction quant à la possibilité de réarmement des forces militaires japonaises. Dans les autres traités de paix signés

(a) par le transfert [...] des biens japonais situés en dehors des territoires que le Japon doit conserver, (b) par le transfert des biens ou des équipements et installations existants qui ne sont pas nécessaires à une économie japonaise pacifique ou à l'approvisionnement des forces d'occupation ». Foreign Office, Japanese Government, *Documents concerning the Allied Occupation and Control of Japan*, Vol. 1, (January 1949), p. 105. Le paragraphe 28 de la *Basic Post Surrender Directive* indiquait également le transfert de « biens japonais » à l'étranger et de « biens, usines existantes, équipements et installations » du Japon comme moyens de réparation. Pour la présentation de ces textes juridiques, v. en détail T. Ito, « Japan's settlement of the Post World War II, réparations and claims », *Japanese annual of international law*, 1994, p.38-71, p.40.

¹⁶²² Traité de Paix avec le Japon, 8 septembre 1951, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 136, n. 1832, p. 45.

L'expression « biens, droits et intérêts » était utilisée depuis le traité de paix de Versailles (1919) et était interprétée comme incluant les terres, les maisons, les installations industrielles, les fermes, les mines, les navires, les meubles, les droits de propriété industrielle, les droits d'auteur, les droits de pêche, les crédits, les titres et autres biens et intérêts tangibles et intangibles. Le même article précisait les catégories des avoirs qui échappaient aux mesures de liquidation compensatoire. Il s'agissait « des biens de personnes physiques japonaises autorisées à résider durant la guerre sur le territoire d'une des Puissances alliées, pour autant que ce territoire n'ait pas été occupé par les forces japonaises la disposition visait principalement à protéger les droits de la communauté nipponne installée aux États-Unis) ; — des biens, meubles ou immeubles, affectés à l'usage des missions diplomatiques japonaises ; — des biens appartenant à des organisations religieuses ou philanthropiques et exclusivement utilisés à l'une de ces fins ; — des avoirs passés sous juridiction alliée du fait de la reprise des relations commerciales avec le Japon depuis le 2 septembre 1945 ; — des obligations souscrites par le Japon ou ses ressortissants et libellés en monnaie japonaise, ainsi que tous les droits, titres ou intérêts dans les biens corporels sis au Japon et out intérêt dans des entreprises organisées conformément à la législation japonaise. » D'Argent, *Les réparations de guerre, op.cit.*, p.278.

¹⁶²³ *Idem*, p. 277 et s.

¹⁶²⁴ T. Ito, « Japan's settlement of the Post World War II », *op.cit.*, p.41.

en 1945, les pays de l'axe assumaient une responsabilité pleine et entière pour les dommages encourus. Cette référence justifiait ainsi la « nature unilatérale des réparations »¹⁶²⁵.

652. L'article 16 du traité de San Francisco imposait au Japon l'obligation de compenser les privations indues qu'il avait infligées aux prisonniers de guerre des puissances alliées en utilisant ses avoirs situés dans les pays neutres et dans les pays de l'axe à la fin de la guerre. L'article reconnaissait au Japon la possibilité de transférer ses avoirs et ceux de ses ressortissants sis dans des pays neutres, ou des pays ennemis, ou de payer l'équivalent de ces avoirs, au Comité international de la Croix-Rouge. Cette dernière méthode, qui consistait à verser l'équivalent des avoirs japonais au CICR, a été privilégiée par le Japon. L'intérêt particulier de cette disposition réside dans le fait que le traité portait sur le sort des biens japonais sis à l'étranger sans aucune prise en considération du point de vue des États sur le territoire desquels ils se trouvaient¹⁶²⁶.

653. Alors qu'en vertu de l'article 19 (a) du traité de paix de San Francisco le Japon renonçait à ses réclamations liées à la guerre, l'article 14 (b) du même traité disposait que les Alliés renonçaient aussi à toutes les demandes de réparation et autres réclamations. Le traité de paix contenait ainsi un « article de compensation complète », puisque toute autre réclamation émanant des puissances alliées n'était pas envisageable. Cet article établissait alors un cadre pour les réclamations de réparation adressées au Japon. Cet article « d'indemnisation intégrale », favorable au pays vaincu, figurait aussi dans le traité de paix avec l'Italie, signé en février 1947¹⁶²⁷. Les articles portant sur la saisie des biens privés étaient censés constituer le fondement d'un régime dérogatoire portant préjudice au droit à la propriété privée.

¹⁶²⁵ *Idem*, p.43. Néanmoins, il faut souligner que l'acte d'agression avait été mentionné comme motif pour réclamer des réparations au Japon dans les autres documents relevant des puissances alliées.

¹⁶²⁶ Les pays neutres étaient l'Irlande, la Pologne, l'Espagne, la Suède, la Suisse, l'Afghanistan, le Népal, le Yémen et le Vatican, et les pays de l'Axe étaient l'Allemagne, l'Italie, la Bulgarie, la Finlande, la Hongrie, la Roumanie et la Thaïlande. La Chine n'était pas une partie contractante au traité de paix de San Francisco, mais elle a obtenu le droit de disposer des avoirs japonais conformément à l'article 21 du traité. La disposition des biens japonais dans les « territoires détachés » tels que la Corée et Taïwan, qui étaient des colonies japonaises avant et pendant la guerre, a fait l'objet d'arrangements spéciaux entre le Japon et les autorités de ces régions, conformément à l'article 4 (a). Dans la péninsule coréenne, les biens japonais situés au sud du 38^e parallèle avaient déjà été transférés au gouvernement de la République de Corée avant 1948 par les directives du gouvernement militaire américain, dont la validité a été reconnue par le Japon à l'article 4 (b). V. en détail T. Ito, « Japan's settlement of the Post World war II », *op.cit.*, p.59.

¹⁶²⁷ Le traité de paix avec l'Italie de février 1947, faisait référence à l'obligation de réparation sous des formes telles que le démontage des installations industrielles, la liquidation des biens italiens à l'étranger et le transfert des produits en provenance d'Italie (art. 74 et 79). En vertu de l'art. 80 : « Les Puissances alliées et associées déclarent que les droits qui leur sont attribués en vertu des articles 74 et 79 du présent traité couvrent toutes leurs réclamations et celles de leurs ressortissants pour les pertes ou dommages dus à des actes de guerre, y compris les mesures dues à l'occupation de leur territoire, imputables à l'Italie et survenus en dehors du territoire italien [...] ». Cet article, appelé « article de l'indemnisation intégrale », était important et favorable à l'Italie en ce sens qu'il la protégeait contre toute demande ultérieure persistante d'indemnisation des pertes et dommages de guerre par les Alliés, au-delà de ce qu'il avait été déjà payé conformément au traité. Il est évident que, par rapport à l'art. 232 du traité de paix de Versailles, ne prévoyant pas d'« article de compensation complète », le traité de paix italien était plus favorable aux intérêts du pays vaincu.

iii. Un régime dérogatoire à la protection de la propriété privée étrangère.

654. La nécessité d'adopter des dispositions précises pour encadrer la confiscation des biens ennemis a été soulignée à plusieurs reprises¹⁶²⁸. En effet, un tel régime dérogatoire au principe de protection internationale accordée aux biens étrangers devait être consacré par un texte précis. Un régime spécial primait ainsi sur un régime général respectueux du droit à la propriété privée. L'importance d'un traité international qui réglerait le sort des biens séquestrés pendant des hostilités a été aussi soulignée par la jurisprudence de la Commission franco-italienne de conciliation, instituée en exécution de l'article 83 du traité de Paix signé à Paris le 10 février 1947. Certaines décisions de la Commission présentent un intérêt particulier du fait qu'à l'occasion des litiges sur le sort des biens privés, des considérations plus générales sur les spécificités des traités de paix ont été développées. L'article 79, paragraphe 1 du traité conférait aux Puissances alliées et associées le droit de saisir, retenir ou liquider les biens, droits et intérêts qui, le 15 septembre 1947, jour d'entrée en vigueur du Traité, se trouvaient sur leurs territoires et appartenaient soit à l'Italie soit à ses ressortissants. Les États pouvaient utiliser le montant provenant de la liquidation pour compenser des réclamations à l'égard de l'Italie ou de ses ressortissants. La Commission de conciliation franco-italienne s'est prononcée sur des questions relatives à la liquidation des biens italiens en Tunisie dans sa décision n° 136 du 25 juin 1952¹⁶²⁹. En l'occurrence, le différend portait sur l'interprétation du paragraphe 6 de l'article 79 du traité, selon lequel les mesures de saisie et de liquidation ne s'appliquaient pas sur les biens des personnes physiques qui étaient des ressortissants italiens et étaient autorisés à résider sur le territoire d'une quelconque des Nations-Unies. Le problème portait ainsi sur l'interprétation de cette exception par rapport au régime général de liquidation. Le différend concernait plus précisément les conditions sous lesquelles les cartes de séjour des ressortissants Italiens en Tunisie avaient été obtenues. En fonction de la réponse à cette question préalable, les Italiens en Tunisie pouvaient être exclus du champ d'application du traité de paix de 1947, en tant que « des ressortissants italiens autorisés à résider sur le territoire d'une quelconque des Nations-Unies ». La France, favorable à une interprétation extensive du champ d'application du traité et ayant comme objectif de saisir les biens des Italiens de Tunisie, avait attiré l'attention des membres de

¹⁶²⁸ V. la déclaration du Conseiller du gouvernement britannique : « For these reasons it is now established that any right to final seizure of private enemy property on hand must be the subject of express provision in the peace settlement. If no such provision were made, if for instance the Peace Treaties had no provision enabling the Allies to seize, retain or liquidate ex-enemy property in their territories, the possession and control of such property would automatically become returnable to the owner on the coming into force of the Peace Treaty ». Fitzmaurice, *The juridical clauses of the peace treaties*, *op.cit.*, p. 336.

¹⁶²⁹ Sentence relative au différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c, du Traité de Paix (Biens italiens en Tunisie — Échange de lettres du 2 février 1951), 25 juin 1952, *Recueil des sentences arbitrales*, 1964, pp.389-403.

la Commission sur la nature du traité en tant que traité-loi. À la différence du traité-contrat, dont les dispositions étaient interprétées à la lumière de la volonté commune des parties cocontractantes, le traité de paix imposait certaines obligations de manière unilatérale. Seul l'objectif et l'objet du traité, à savoir la mise en œuvre d'un régime de réparations de guerre, pouvaient guider l'interprétation de ses dispositions.¹⁶³⁰

655. Aux antipodes de cette interprétation se trouvait celle défendue par l'Italie. Selon la thèse italienne, tout ressortissant italien ayant sa résidence en territoire allié le 15 septembre 1947 était exempté de manière explicite des mesures de liquidation. Le simple fait du séjour temporaire devait être jugé suffisant à cet effet. La France considérait que le traité donnait l'autorisation à chaque État de déterminer à titre unilatéral les conditions relatives à l'appréciation de l'établissement de la résidence des ressortissants italiens. Selon la législation interne française, le statut du résident temporaire, dont la situation juridique était précaire, différait substantiellement du statut du résident ordinaire et encore plus du statut du résident privilégié qui jouissait des droits civils, professionnels et sociaux¹⁶³¹. D'après l'argumentation française, seulement les ressortissants italiens relevant de ces deux dernières catégories de résidents étaient concernés par l'exception prévue à l'article 79, paragraphe 6. Par conséquent, cette disposition ne concernait pas les résidents temporaires.

656. La nature juridique du traité de paix en tant que traité-loi était réfutée par l'Italie qui soutenait que les conditions de conclusion d'un traité ne dictent pas une certaine interprétation qui lui serait propre. L'Italie rejetait l'argument Français selon lequel la règle de l'article 79, paragraphe 6 introduisait une exception à la règle générale autorisant la liquidation des biens des ressortissants italiens. D'après la thèse défendue par l'Italie, cet article « constitue le retour à la règle générale, d'après laquelle un État n'a pas le droit de prendre de mesures de caractère collectif général contre la liberté et la propriété des sujets d'un État étranger »¹⁶³².

657. La Commission a retenu l'argument italien concernant la nature du traité de paix, rejetant ainsi toute distinction entre les traités en fonction de leur contenu. Quant aux différentes

¹⁶³⁰ *Idem*, p. 393 : « [O] n ne saurait rechercher le sens et la portée de la disposition litigieuse que dans l'intention de ses rédacteurs et en se référant aux buts qu'ils poursuivaient. Ces buts étaient, en premier lieu, de donner aux Puissances alliées et Associées un gage de l'exécution par le gouvernement italien des obligations mises par ailleurs à sa charge, et en second lieu, de donner aux mêmes puissances le moyen de se garantir à l'avenir, et de sanctionner, pour le passé, les agissements de certaines colonies de ressortissants italiens qui, dès avant la guerre et pendant le conflit surtout, le plus souvent grâce à l'occupation de certains territoires par les forces italiennes, s'étaient faites les agents actifs d'une propagande dangereuse pour l'intégrité des territoires en cause et avaient mis leur influence économique au service des visées impérialistes du régime italien de l'époque. Le moyen le plus efficace pour atteindre ce second but était de procéder à la liquidation des biens des sujets italiens en cause ».

¹⁶³¹ Le régime juridique de différentes catégories était réglé par l'ordonnance du 2 novembre 1945 « relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers ».

¹⁶³² *Idem*, p. 395.

méthodes d'interprétation appliquées en fonction de la nature du traité, la Commission s'est appuyée sur les travaux de l'institut du droit international dans sa session de Bath en septembre 1950. L'Institut de droit international n'avait pas reconnu des différences d'interprétation en fonction de la nature du traité.¹⁶³³ Insistant sur l'incompatibilité entre le caractère unilatéral défendu par la France et la nature contractuelle du traité de paix, la Commission a consacré de longs commentaires sur les particularités relatives à la nature contractuelle du traité de paix. Bien que l'Italie ait été exclue des pourparlers et de la phase d'élaboration du traité, son consentement juridique a été émis. Sa qualité d'État vaincu lui a enlevé la possibilité de contribuer de manière active à la formation du texte, mais son consentement était exprimé de manière explicite. Certes, il s'agissait d'un consentement donné sous la contrainte, mais cette circonstance ne pouvait pas avoir comme conséquence l'élimination totale de son consentement. La Commission a insisté sur le fait que l'État vaincu ne s'est pas soumis à la volonté des États alliés-vainqueurs de manière abstraite, mais à leur volonté « telle qu'elle était manifestée dans le traité de Paix soumis à sa signature ».¹⁶³⁴ C'était leur volonté « extériorisée et concrétisée » qui liait les États signataires et qui devait être prise en compte pour guider l'interprétation du texte¹⁶³⁵.

¹⁶³³ La Commission cite Lauterpacht, qui, à titre de rapporteur dans le cadre de la Commission de l'institut, précisait qu'« il n'y a pas lieu, en matière d'interprétation, d'adopter des méthodes ou des principes différents selon qu'il s'agit de traités-loi des autres catégories de traités », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, vol.I, p. 434.

¹⁶³⁴ Sentence relative au différend concernant l'interprétation de l'article 79, *op. cit.*, p.397.

¹⁶³⁵ Des considérations relatives à l'interprétation des dispositions d'un traité de paix se trouvent aussi dans les décisions de la Commission de Conciliation italo-française relatives aux réclamations d'indemnisation envers l'Italie pour les pertes subies lors de la guerre par la Société italienne *Mineraria e Metallurgica di Pertusol*, Différend *Società Mineraria et Metallurgica di Pertusola* — Décisions nos 47, 95 et 121, 11 May 1950, 8 March 1951 and 3 March 1952, *RSA*, vol. XIII, p.174-201. Pendant la guerre, la société italienne, dont les actions appartenaient à la société française Minière et Métallurgique de *Penarroya*, avait été traitée d'ennemie et placée sous séquestre par un décret italien du 26 juillet 1940. La société italienne avait saisi le gouvernement italien d'une demande d'indemnité au titre de l'article 78 du Traité de Paix. En effet, le 1^{er} paragraphe de l'article 78 du traité de Paix avec l'Italie, signé le 10 février 1947 dans le cadre de la Conférence de Paris, prévoyait l'obligation pour l'Italie de rétablir tous les droits et intérêts légaux en Italie des nations Unies et de leurs ressortissants, tels qu'ils existaient au 10 juin 1940. Le paragraphe 9 du même article disposait que le terme « ressortissants des Nations Unies » comprenait également « toutes les personnes physiques et les sociétés ou associations qui, aux termes de la législation en vigueur en Italie pendant la guerre, ont été traitées comme ennemis ». <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1947italie.htm>. Le problème juridique de cette sentence concernait la détermination des dommages dus à la guerre dont la réparation partielle à deux tiers de la valeur du bien incombait à l'Italie. L'expression perte subie « du fait de la guerre », relevant du paragraphe 4 de l'article 78 devait faire l'objet d'interprétation. Il fallait préciser si l'obligation d'indemnisation, prévue par le paragraphe 4 de l'article 78, concernait « toutes les pertes que la guerre a causées à un ressortissant des Nations Unies en sa qualité de propriétaire, en Italie, le 10 juin 1940, de biens, immobiliers ou mobiliers, corporels ou incorporels », ou seulement « une catégorie déterminée de ces pertes, soit [...] celles qui sont la conséquence de faits de guerre ». La sentence souligne la nécessité d'existence d'un lien de causalité direct établi entre le dommage et la guerre. Certaines réclamations d'indemnisation ont été rejetées parce qu'elles renvoyaient à des dommages qui n'entretenaient pas de rapport direct avec la guerre. Dans ses observations, Périer de Féral, le représentant de la France à la Commission de conciliation, a souligné les particularités d'interprétation des dispositions d'un traité de paix au détriment des intérêts de l'État vaincu. « À de tels Traités, dans lesquels s'affirme la volonté du vainqueur et qui contiennent, presque toujours sans contrepartie, une obligation de faire à la charge du vaincu, doit être donné le nom de "Traité-Loi". Leur interprétation ne peut être valable que si elle est tirée du texte lui-même qui constitue en soit la source du droit ; la valeur des termes employés est ici fondamentale et il doit être admis que ces termes sont pris selon leur acception naturelle dans la langue du vainqueur. Lorsque les termes employés apparaissent clairement avoir été pris dans cette acception naturelle, il n'y a lieu de recourir aux travaux préparatoires que pour une

iv. Une obligation d'indemnisation imposée à l'État ennemi vaincu

658. La confiscation des biens privés dans le cadre du régime de réparations imposé aux États ennemis vaincus au lendemain des Guerres mondiales met en exergue la nécessité de protection des individus dépossédés. L'établissement d'un système d'ingérence systématique à la propriété privée porte préjudice aux intérêts des ressortissants des États ennemis vaincus. Il convient ainsi de s'interroger sur la reconnaissance des droits d'indemnisation dont les titulaires seraient les personnes physiques ou morales ayant subi des pertes patrimoniales justifiées à titre de réparations de guerre. Ces droits d'indemnisation, reconnus au profit des ressortissants ennemis, seraient exercés à l'encontre de leur propre État. Il doit être souligné que l'alinéa i de l'article 297 du traité de Versailles prévoyait que « l'Allemagne s'engage à indemniser ses ressortissants en raison de la liquidation ou de la rétention de leurs biens, droits ou intérêts en pays alliés ou associés ». L'État ennemi serait ainsi obligé d'indemniser ses propres ressortissants en raison du fait que les biens de ces derniers auraient été saisis à titre de réparations de guerre. La demande d'indemnisation adressée contre l'État semble être conforme à la structure *a priori* interétatique des réparations de guerre. L'État par son obligation d'indemniser ses propres ressortissants assumait ainsi son rôle de débiteur à titre d'État ennemi vaincu. Les mesures prises contre la propriété privée pouvaient même être assimilées à des mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique. En vertu de cette qualification, l'État débiteur des réparations de guerre était censé indemniser ses propres ressortissants ayant perdu leurs biens à l'étranger. Les devoirs d'indemnisation qui normalement incombaient aux pays ayant entrepris les actes de liquidation ou de confiscation étaient ainsi assumés par les autorités des États ennemis. Étant donné que les États ennemis vaincus se trouvaient dans un état critique, toute possibilité d'indemnisation des pertes de biens privés subies par leurs propres ressortissants devait être exclue¹⁶³⁶.

659. À l'issue des deux Guerres Mondiales, les vainqueurs avaient obligé les vaincus à indemniser les propriétaires privés. L'imposition d'une telle obligation était censée rendre

vérification et non pour y trouver la justification d'une modification du sens communément admis des termes contestés. Le recours à l'interprétation que le pays vaincu formule d'une disposition ou d'un terme du Traité doit, a priori, être exclu en raison de l'inclination qui le pousse à donner, en toute bonne foi, un sens restrictif à ces dispositions qui sont à son égard génératrices de charges », p. 198.

¹⁶³⁶ G. Sauser-Hal, n'a pas hésité à reconnaître le caractère sophistique de cette argumentation. « La vérité exige qu'on reconnaisse le caractère sophistique de toute cette argumentation. Il lui manque, en effet, pour avoir un caractère d'irréfutabilité de donner au particulier ruiné, la certitude de l'indemnisation par les autorités du pays d'origine. Or, dans tous les traités de paix on proclame la responsabilité des puissances centrales à la fois, et l'insuffisance de leurs ressources pour réparer les dommages causés ; en outre, les puissances alliées et associées se sont arrogé un privilège en premier rang sur tous les biens de leurs adversaires pour le règlement des réparations ; toute atteinte à ce privilège est munie de la sanction efficace du veto de la commission des réparations. Dans cet engrenage de dispositions juridiques, le droit à l'indemnisation des victimes de mesures de liquidation ou de rétention dans les États de l'entente devait presque totalement disparaître ». *Les traités de paix et les droits privés des neutres*, Lausanne, Payot et Cie., 1924, 326 p., p. 34.

licites des actes violant le droit de la propriété privée. En effet, en raison de l'imposition de cette obligation, le caractère confiscatoire de ces mesures a été rejeté par certains auteurs¹⁶³⁷, tandis que d'autres mettaient l'accent sur le caractère « illusoire » de l'obligation d'indemnisation incombant à un État défait¹⁶³⁸. En raison de l'importance d'une indemnisation accordée aux personnes privées, aucune marge d'appréciation de l'obligation d'indemniser n'était reconnue aux gouvernements ennemis¹⁶³⁹. Par le biais de l'imposition de cette obligation, toute qualification d'un acte de saisie, imposé par les vainqueurs, en tant qu'acte de confiscation des biens privés devait ainsi être rejetée¹⁶⁴⁰¹⁶⁴¹. En effet, la reconnaissance d'une réclamation d'indemnisation ne serait pas compatible avec la qualification de la saisie en tant que confiscation.

660. Le reproche de confiscation a été ainsi dissipé par la doctrine française au lendemain de la Première Guerre mondiale¹⁶⁴². Étant donné que les dispositions relatives à la saisie des biens

¹⁶³⁷ Ch.Ch. Hyde, *International law chiefly as interpreted and applied by the United States*, vol. II, p.1737 : « Such utilization of enemy private property is not confiscatory when it serves to release the enemy from the payment of claims against it. The enemy owners must be regarded as benefited by such an accomplishment, and that regardless of whether it is made productive of an undertaking by their own State to re-imburse them on account of their loss. If such a scheme of reimbursement be incorporated in the treaty providing for the terms of settlement, it matters not in legal contemplation whether the undertaking be of substantial value to the owners concerned ».

¹⁶³⁸ G. Scelle dans Ch. Bernard (dir.), *Le séquestre de la propriété privée en temps de guerre : enquête de droit international. Réparation des dommages de guerre*, Paris, Giard, 1927, 120 p., p. 64 : « Les rédacteurs du traité de paix devaient bien se douter que ces indemnisations seraient la plupart du temps impossibles et, au surplus, il se désintéressaient totalement du sort des propriétaires expropriés. On peut même se demander s'ils se faisaient beaucoup d'illusions sur les ressources que les liquidations pourraient apporter au fonds des réparations. Le but poursuivi, c'était bien moins la liquidation de réparation que la liquidation d'élimination ».

¹⁶³⁹ A. Martin, « Private property, rights, and interests in the Paris Peace treaties », *British yearbook of international law*, vol. 24, 1947, pp. 273-300, pp. 278-279 : « As a matter of principle the Treaties do not leave it to the discretion of enemy Governments whether or not these will compensate their own nationals for losses directly attributable to the war: there are imperative provisions for the payment of compensation in respect of private property taken for reparation purposes in enemy or United Nations territory ». La loi n° 5 avait précisé que cette question serait réglée postérieurement par le Conseil de contrôle, op. cit., Art. V, « La question de l'indemnisation d'une personne dont les droits patrimoniaux ou les droits de propriété ont été transférés à la Commission en vertu de la présente loi sera tranchée à un moment et d'une manière qui pourront être déterminés ultérieurement par le Conseil de contrôle ».

¹⁶⁴⁰ V. La note des gouvernements des puissances alliées citée par R. Fuchs, *Die Grundsätze des Versailler Vertrags über die Liquidation und Beschlagnahme deutschen Privatvermögens im Auslande*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1927, viii-326 p., p.42 : « Le mode d'utilisation des biens prévu par le traité ne saurait, ni dans son principe, ni dans ses modalités d'application, être assimilé à une confiscation. Les intérêts privés allemands ne seront lésés par des dispositions prévues que dans la mesure que l'Allemagne décidera, puisque tout ce qui provient ou proviendra des biens allemands sera porté au crédit de l'Allemagne chargée d'indemniser ses ressortissants et viendra en déduction de sa dette vis-à-vis des Puissances alliées et associées ».

¹⁶⁴¹ Ph. Jessup, « Enemy property », *AJIL*, 1955, vol. 49, pp. 57-62, p. 59 : « The theory that private (even though enemy) property is not being confiscated is supported by the so-called Bonn Agreement of the German Federal Republic in 1952 to compensate its nationals for properties held by us to provide a general fund for the satisfaction of American claims. Under current conditions this arrangement is not the subterfuge it was in 1920 when it was clear that German Government could not foot the bill ».

¹⁶⁴² G. Gidel, H. Barrault, *Le traité de paix avec l'Allemagne du 28 juin 1919 et les intérêts privés*, op.cit., pp. 12-13 : « Est-ce à dire que l'on ait abandonné dans le traité de Versailles l'idée si importante du respect de la propriété privée et que la partie X manifeste une régression du droit international sur ce point ? Nullement. La propriété des particuliers demeure respectée et il n'est pas possible de parler d'une prétendue renaissance du droit de butin que consacrerait le traité de Versailles. Sans doute la fortune privée de leurs ressortissants concourt à l'acquittement des obligations qui existent à la charge des empires centraux [...], mais il est expressément prévu que l'Allemagne s'engage à indemniser ses ressortissants. [...] Cette disposition fondamentale consacre expressément le respect de la propriété privée ; il y a là

privés constituait des exceptions par rapport au régime protecteur des biens privés, elles devaient faire l'objet d'une interprétation restrictive¹⁶⁴³. La doctrine américaine n'a pas hésité à exprimer ses réserves quant à la licéité de la pratique de confiscation des biens. Il faut rappeler qu'en ce qui concerne les biens allemands sis aux États-Unis au lendemain de la guerre, il faudrait se rapporter au traité de Berlin conclu entre les deux pays le 25 août 1921. En vertu de ce traité, les biens allemands seraient retenus jusqu'à ce que l'Allemagne propose des indemnités pour les dommages subis¹⁶⁴⁴. La politique de mise sous séquestre était par conséquent privilégiée par rapport à celle de la confiscation. La libération des biens privés dépendait ainsi de la disponibilité de l'État allemand à indemniser les ressortissants américains. En vertu du *Settlement of War claims Act* de 1928, les biens privés allemands séquestrés ont été affranchis. La même loi autorisait la restitution intégrale des biens séquestrés appartenant à des citoyens autrichiens et hongrois, sous condition de paiement par leurs gouvernements respectifs d'une somme suffisante pour le règlement des réclamations présentées par des ressortissants américains contre ces deux gouvernements.

661. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la controverse autour de l'éventuelle illégalité, au regard du droit international, des mesures prises à l'encontre des biens allemands à l'étranger, a cessé depuis que la République fédérale s'était engagée, en vertu de l'article 3, partie VI, du Traité sur le règlement des questions nées de la guerre et de l'occupation relevant des accords de Bonn de 1952, à ne pas soulever des objections à l'avenir contre ces mesures.

662. La licéité de ces mesures a attiré l'attention de la doctrine dont les analyses ont été sans doute imprégnées des considérations nationales¹⁶⁴⁵. Des auteurs favorables à la préservation

une simple avance faite par les ressortissants allemands à l'Allemagne pour l'acquittement de ses propres obligations ou, éventuellement de celles des alliées de l'Allemagne ».

¹⁶⁴³ V. E. Audinet, « De la distinction du national et du ressortissant à l'occasion du séquestre et de la liquidation du domaine de Chambord », *Journal du droit international, Clunet*, 1923, p.785-796, p. 793. Cette position a été même soulignée par la jurisprudence. V. p. ex., CCass Belge, *Procureur général c. Schneider et cons.* Du 20 janvier 1921, *Journal du droit international, Clunet*, 1922, p.1031 : « Attendu que cette mesure d'extrême rigueur que le Traité de Versailles qualifie de "mesure exceptionnelle de guerre" et qui, en vertu de ce traité, peut entraîner le dessaisissement définitif et la confiscation de la propriété privée, n'est susceptible d'aucune extension pour des raisons d'analogie ; qu'au contraire, une loi qui s'écarte à la fois des règles consacrées par les articles 11 et 128 de la Constitution et des principes qui régissent le droit des gens moderne, doit être interprétée restrictivement ».

¹⁶⁴⁴ Référence spéciale se faisait dans le traité de Berlin aux dispositions relatives à la gestion de la propriété du traité de Versailles V. aussi la *Joint Resolution* du Congrès américain, Section n° 5, citée par C. Reuben, *Status of ex-enemy property*, op. cit., p. 7 : « All property of the Imperial German Government, or its successor or successors, and of all German nationals, which was, on April 6, 1917, in or has since that date come into the possession or under control of, or has been the subject of a demand by the United States of America or of any of its officers, agents, or employees, from any source or by any agency whatsoever [...] shall be retained by the United States of America and no disposition thereof made, except as shall have been heretofore or specifically hereafter shall be provided by law until such time as the Imperial German Government (or its successor or successors) shall have made suitable provision for the satisfaction of all claims against said government by persons owing permanent allegiance to the United States ».

¹⁶⁴⁵ V. Dominicé, *La notion du caractère ennemi des biens privés*, op.cit., p. 238 : « Au terme des hostilités, les vainqueurs peuvent saisir définitivement les biens ennemis à des fins de réparations. Ce droit doit résulter du Traité de paix, une règle coutumière étant peut-être en voie de formation qui autoriserait cette saisie dès l'armistice. Les dispositions du traité de paix constitueraient une simple confirmation ». Seidl-Hohenveldern I., Ipsen H.P.,

des biens privés ont critiqué les mesures de confiscation mettant en avant le fait que les biens privés ne pouvaient pas être perçus comme des facteurs ayant des rapports avec le potentiel militaire de l'État allemand¹⁶⁴⁶. La même opposition à l'égard des mesures de confiscation a été exprimée par des auteurs issus des pays neutres¹⁶⁴⁷. Les défenseurs des mesures de confiscation mettaient en exergue le lien indéfectible existant entre l'État et ses ressortissants dans le cadre d'un régime totalitaire¹⁶⁴⁸. Des éléments politiques relatifs à la structure interne d'un État étaient ainsi pris en considération pour la règlementation des questions de réparations de guerre. La distance qui sépare cette position par rapport à la thèse classique d'indifférence du droit international à l'égard de la politique interne d'un État est apparente.

663. Le recours aux mesures de saisie des biens privés au lendemain des deux Guerres mondiales présupposait une qualification juridique, à savoir l'attribution du caractère de ressortissant des Pays ex-ennemis aux propriétaires des biens susceptibles d'être accaparés à titre de réparations de guerre. Cette qualification juridique était une opération de mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective similaire à celui en vigueur lors de la guerre au sens formel du terme. Si la qualification était similaire, le degré de l'atteinte au droit de propriété

Entschädigungspflicht der Bundesrepublik für Reparationsentzogenes Auslandsvermögen, op.cit., p.57 : « En résumé, aucune disposition du droit international coutumier n'autorise les vainqueurs de la Seconde Guerre mondiale à saisir, sans le consentement de l'Allemagne vaincue, les biens privés allemands à l'étranger au-delà de ce qui était nécessaire pour empêcher le commerce avec l'ennemi pendant les hostilités. En particulier, les interventions unilatérales d'un État vainqueur (ou d'un autre État agissant à la demande des États vainqueurs) sur de tels biens à des fins de réparation, qui visaient à détruire définitivement les droits de propriété des propriétaires allemands, constituaient une violation du droit international ». V. aussi H. Mosler, *Proposals for an international code regulating the Handling of Property of enemy nationals*, Heidelberg, International Bar Association, 1956, 37 p., p.33 : « E. After conclusion of active hostilities, the belligerent states must also stop hostilities in the economic sector as soon as possible. The measures taken during the state of war against the property, rights and interests of enemy aliens are to be terminated at this time subject to an adequate period of transition. F. It is unlawful finally to dispose of the property, rights and interests of enemy aliens or to retain them, in order thus to satisfy claims against the enemy state and its nationals or to satisfy the claims for reparations. The intention of the state later to impose consent to these measures on the enemy by treaty does not justify such measures ».

¹⁶⁴⁶ V. le commentaire de G. Graf, *Die Liquidation der deutschen Vermögenswerte in der Schweiz*, Kohlhammer Stuttgart, 1949, pp. 128, p.102 : « En effet, on ne peut pas affirmer que les avoirs privés allemands à l'étranger représentent un danger pour la sécurité future du monde, ni par la personne de leurs propriétaires, qui sont de paisibles commerçants, des retraités ou des industriels, ni par leur importance numérique, sans aucun rapport avec le coût d'une guerre moderne ».

¹⁶⁴⁷ V. Schindler, dans NZZ du 14 juillet 1946, cité par Graf, *op.cit.*, p. 103 : « Les Alliés ne sont pas non plus d'avis que l'accord de Washington a établi de nouveaux principes de droit international public dans le sens de normes objectives et contraignantes. La revendication de l'ensemble des avoirs allemands repose sur un *Diktat* des vainqueurs, dont les effets secondaires ont touché la Suisse. Les diktats ne créent pas de droit objectif. Les alliés ne seraient pas prêts à reconnaître comme contraignantes pour eux les exigences du vainqueur de livrer les avoirs des ressortissants du vaincu après une guerre dans laquelle ils seraient restés neutres ».

¹⁶⁴⁸ Axis victims League, Inc., *An association for restitution and Compensation of rights and interests to Axis victims*, New York, Pamphlet IV, 1945, p. 8 : « There is a lively discussion whether under international law enemy assets can be liquidated. Some invoke classic concept of the non-confiscability of private property, while others contend that liquidation of such property is not confiscation when the obligation will be imposed on Germany to indemnify the people whose property has been taken away; still others defend the point of view that the situation has so much changed in law and in facts that the concept of non-confiscability of property should be revised. [...] The whole totalitarian system of Nazi-Germany and assets abroad changed the concept of "private property" in a sense that only government controlled property remained which is entitled to no protection under international law and the Hague Convention ».

différait. Comme ceci a été démontré, les mesures de gel voire de séquestre ont donné leur place à des mesures de confiscation.

§2 Les critères d'attribution du caractère ennemi aux fins de la saisie des biens à titre de réparations de guerre.

664. La parenté entre des mesures prises en temps de guerre et des mesures servant l'objectif de réparations de guerre conformément à des dispositions relevant des traités de paix est confirmée par l'usage similaire du qualificatif d'ennemi. À l'image des mesures de gel ou de séquestre des biens des civils ennemis, la liquidation des biens se fondait sur l'attribution du caractère ennemi. Le caractère ennemi était attribué à des personnes et à leurs biens malgré la cessation des hostilités. Prenant en considération l'absence d'hostilités, l'usage du terme « biens d'ex-ennemis » aurait été plus pertinent. Il a été précisé que le qualificatif d'ennemi pour cette catégorie de biens n'était employé que par « habitude d'esprit »¹⁶⁴⁹. Les mesures de saisie ont fait l'objet de plusieurs différends élevés devant des juridictions nationales et internationales après les Deux Guerres Mondiales (a, b).

a. Des critères identiques employés pendant et après la Première Guerre mondiale.

665. Les modalités de saisie des biens privés ainsi que l'interprétation du qualificatif d'ennemi se trouvent aussi au cœur de plusieurs sentences émises par les tribunaux arbitraux mixtes, institués au lendemain de la guerre et compétents pour traiter les réclamations d'indemnisation présentées par les nationaux des puissances victorieuses à l'égard des États vaincus. Il faut souligner que ces juridictions spéciales n'étaient pas compétentes pour connaître des litiges nés de l'application des dispositions autorisant la saisie des biens des ressortissants des pays vaincus. Malgré cet encadrement de la compétence des tribunaux, plusieurs notions relatives à la gestion des biens privés ont fait l'objet d'interprétation par ces juridictions. L'usage de critères d'attribution du caractère ennemi, similaires, voire identiques à ceux employés en vertu des actes en vigueur pendant la guerre, fournit des éléments de preuve de la parenté qui existe entre ces deux régimes distincts, dont l'un relève de l'état de guerre au sens formel et l'autre est censé mettre un œuvre des réparations de guerre. Une interprétation large du lien de rattachement à l'État ennemi vaincu, à la fois pour les personnes physiques (i) et les personnes morales (ii), se dégage de la jurisprudence et de la pratique de la période de l'entre-deux-guerres.

¹⁶⁴⁹ P. de Solere, « Condition des biens ennemis », *Répertoire de droit international*, *op. cit.*, p. 486 : « [E] n effet, le qualificatif d'ennemi ne s'emploie que par simplification et généralisation, par habitude d'esprit. Il serait plus juste de parler de biens ex-ennemis, qui ne sont pas encore sous un régime normal, mais qui sont régis par un statut en quelque sorte international, conçu, défini, ordonné dans ses moindres détails comme une conséquence de la guerre, mais sur un autre plan que celui de la belligérance ou de la légitime défense : sur celui du droit ».

i. Une interprétation large du lien existant entre des personnes physiques et l'État ennemi Le caractère d'ennemi attribué aux ressortissants de l'ancien État ennemi.

666. Dans la partie consacrée aux clauses économiques du traité de Versailles, le terme employé est celui des « ressortissants allemands » pour décrire la catégorie des propriétaires allemands dont les biens étaient susceptibles de faire l'objet des liquidations¹⁶⁵⁰. Le même terme se retrouve dans les autres traités de paix¹⁶⁵¹. Selon une partie de la doctrine, le qualificatif « ressortissant » devait être entendu dans son sens le plus large, comprenant tous ceux qui relevaient de la juridiction de l'État¹⁶⁵². La même conception large sur la signification du terme « ressortissant » a été retenue par la jurisprudence interne. Une telle interprétation a été retenue par exemple dans l'affaire concernant la liquidation du fameux château de Chambord, appartenant au prince Elie de Bourbon-Parme et mis sous séquestre déjà depuis 1915¹⁶⁵³. Néanmoins, cette interprétation extensive du terme ressortissant n'a pas été retenue par les tribunaux arbitraux mixtes. En effet, ces derniers avaient jugé que le terme ressortissant avait le même sens que le mot national¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁵⁰ Traité de Versailles, Partie X, Clauses économiques, Section IV — Biens droits et intérêts, Art. 297 par. B.

¹⁶⁵¹ Traité de Saint-Germain-en-Laye, art. 249, relatif aux mesures portant sur les biens, droits et intérêts des ressortissants de l'ancien empire d'Autriche.

¹⁶⁵² Gidel & Barrault, *Le traité de paix avec l'Allemagne*, *op.cit.*, p.65.

¹⁶⁵³ La Chambre des Requêtes de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 mai 1923, a justifié la rétention du patrimoine du Prince. « Attendu que, quels que soient, selon les circonstances, le sens et la portée du mot “ressortissant”, cette expression, dans l'espèce, s'applique nécessairement aux volontaires étrangers qui, enrôlés dans les armées d'un État belligérant, sont devenus des éléments et des agents de sa force et, le cas échéant, les dépositaires momentanés d'une portion de sa puissance ; que par le fait de leur engagement, ces étrangers entrés volontairement au service d'un des États belligérants, se sont soumis à sa souveraineté et à l'application de toutes les lois de la guerre et des mesures qui pouvaient en être la conséquence pour les personnes comme pour les biens ; qu'il est de principe qu'à cet égard, leur condition juridique internationale devient absolument identique à celle des nationaux de cet État, que cette assimilation complète, imposée de tout temps par la nécessité pour chaque État de se défendre contre ceux qui, spontanément, se joignent à ses ennemis, est une règle absolue du Droit public international dont se sont inspirés les rédacteurs de l'art. 17 de la Convention de la Haye du 18 octobre 1907 sur la neutralité terrestre à laquelle l'Autriche a participé comme la France », *Journal du droit international*, *Clunet*, 1923, pp. 928-930.

¹⁶⁵⁴ Sur la question des ressortissants d'un protectorat v. Tribunal arbitral mixte franco-allemand, *Falla-Nataf et frères c. Etat Allemand*, 30 décembre 1927, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix, vol. VII, p.653, cité aussi par Dominicé, *La notion du caractère ennemi des biens privés*, *op.cit.*, p.146 : « Attendu que l'expression ressortissants figurant à l'article 297 du traité de Versailles n'est pas restreinte aux nationaux d'un État, mais que cette expression comprend également tous ceux qui, par quelque rapport juridique autre que la nationalité propre, relèvent d'un État ; attendu que le protectorat constitue un tel rapport juridique ». Sur le cas des ressortissants de la Tchécoslovaquie v. Tribunal arbitral mixte germano-tchécoslovaque, *Gellert c. Kolker*, 24 octobre 1923, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, vol. IV p.515. Il est intéressant de suivre le raisonnement du tribunal sur le rapport entre l'ensemble des ressortissants d'un État — sa population — et l'État lui-même : « Attendu que pendant les délibérations du Traité de Versailles la Tchécoslovaquie existait déjà comme État indépendant, avec son gouvernement, son parlement, sa législation et sa langue propres, que si, en pure théorie de droit international public, il peut être possible de concevoir un État sans ressortissants, on ne saurait admettre que le Traité de Versailles se soit placé à ce point de vue de pure abstraction théorique. Qu'il faut, au contraire, admettre que la volonté de toutes les puissances signataires, c'est-à-dire de l'Allemagne et des Alliés, a été de reconnaître à ceux qui, d'après leur législation, étaient considérés comme Tchécoslovaques, la qualité de ressortissants d'une puissance associée au sens de l'Article 304 b litt.2 ».

667. Il fallait aussi exempter des mesures de liquidation les biens appartenant à des anciens sujets allemands ayant acquis la nationalité d'une Puissance alliée ou associée¹⁶⁵⁵. En effet, aux termes du paragraphe b de l'article 297 du traité de Versailles, les biens des anciens sujets allemands ne pouvaient échapper à la rétention et à la liquidation que si leurs propriétaires avaient acquis de plein droit — c'est-à-dire, par l'effet même du traité — la nationalité de l'une des Puissances alliées. Par ailleurs, dans le cas d'un binational, c'était la nationalité allemande qui devait être prise en considération pour la mise en œuvre de mesures prises contre les biens privés. Une recherche minutieuse des critères de rattachement d'une personne à un ordre juridique était opérée s'agissant du rattachement des personnes morales aux États ennemis vaincus.

ii. La persistance du critère du contrôle pour les personnes morales.

668. Les doutes concernant l'utilité de la notion de nationalité pour les personnes morales qui avaient été exprimés pendant la guerre ont été réitérés après la cessation des hostilités. La seule précision relative à la nationalité des personnes morales se trouvait dans le traité de paix de Brest-Litovsk et le traité de Bucarest¹⁶⁵⁶. Le traité de Versailles faisait référence au critère du contrôle, précisant dans le paragraphe b de l'article 297 que les puissances alliées « se réservent le droit de retenir et de liquider tous les biens, droits et intérêts appartenant (...) à des sociétés contrôlées par (des ressortissants allemands) sur leurs territoires dans leurs colonies, possessions et pays de protectorat, y compris les territoires qui leur ont été cédés en vertu du présent traité ». Cette référence explicite au critère de contrôle démontrait la nécessité de ne pas utiliser des critères de rattachement d'une personne morale à un État applicables en temps de paix. En effet, la prévalence du système de contrôle, à savoir d'un critère non-formel, au détriment du critère de l'incorporation ou du siège de l'entreprise a fait l'objet de plusieurs commentaires de la part des tribunaux mixtes et des juridictions internes qui ont souligné à plusieurs reprises, par ailleurs, l'origine jurisprudentielle anglaise de cette fiction juridique¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁵ Tribunal arbitral mixte germano-polonais, Kunkel c. État polonais, 2 décembre 1925, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes vol. III, p. 974.

¹⁶⁵⁶ Art. 6 du traité supplémentaire germano-ukrainien au traité de Paix de Brest-Litovsk, « Sont également considérées comme ressortissants d'une partie contractante les personnes morales et les sociétés qui ont leur siège sur son territoire ». Traité de Brest-Litovsk du 9 février 1918 entre l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Bulgarie et la Turquie d'une part, et la République ukrainienne d'autre part, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t. X, n. 218, p. 752. Il faudrait aussi signaler qu'aux termes du traité additionnel du 27 août 1918, art. 11, les biens des ressortissants allemands en Russie ne pouvaient être retenus par la Russie que moyennant une indemnisation au comptant.

¹⁶⁵⁷ Arrêt de la CA de Nancy, 1er Ch. 5 février 1921, *Journal du droit international, Clunet*, 1921, p. 956 : « Attendu qu'il n'est pas douteux que l'expression "contrôler" a été employée par les rédacteurs du traité dans le sens anglais ou américain du mot ; attendu qu'en anglais le mot *control* signifie empire, influence, autorité, emprise et le verbe *control* exercer de l'empire sur, gouverner, régler, diriger d'où cette conséquence que contrôler une société signifie exercer sur elle une influence prépondérante ». Pour cet arrêt v. aussi E. Marburg, *Staatsangehörigkeit und feindlicher Charakter*

669. Le critère traditionnellement retenu, à savoir le siège social déterminant la nationalité d'une personne morale, a été abandonné au profit d'un rattachement substantiel des sociétés à un État déterminé¹⁶⁵⁸. La finalité de confiscation des biens privés à titre de réparations de guerre a ainsi exercé d'influence sur les critères retenus pour l'attribution de nationalité à une personne morale¹⁶⁵⁹.

670. Les tribunaux arbitraux mixtes ont pris en considération une série d'éléments qui leur ont permis de déceler le caractère ennemi du contrôle exercé sur une personne morale. L'affaire *Damas-Hamah c. Compagnie du chemin de fer de Bagdad*, jugée par le tribunal mixte franco-allemand, est en ce sens caractéristique. L'affaire concernait une société dont le siège se trouvait à Istanbul et dont 41 % des actions étaient détenues par des Allemands. Le tribunal, après avoir évoqué plusieurs systèmes déterminant la nationalité d'une société, s'est appuyé sur l'article 297 paragraphe B, alinéa 1, du traité de Versailles. Dans sa décision, le tribunal a souligné la nécessité de prendre en compte non pas les « circonstances de pure forme », mais les « réalités tangibles d'ordre économique » pour déterminer la nationalité des sociétés, accordant ainsi « plus d'importance aux intérêts qui y sont représentés qu'aux apparences qui peuvent masquer ces intérêts¹⁶⁶⁰ ». En se prononçant sur le cas d'une société qui avait son siège social en France, mais dont la grande majorité d'actionnaires était des ressortissants allemands, le tribunal arbitral mixte franco-allemand a ainsi émis de doutes quant à la pertinence du critère de siège social pour la détermination de la nationalité des sociétés anonymes. En l'occurrence, la détention de la majorité du capital par les ressortissants d'une puissance ennemie a permis de retenir le caractère d'ennemi à propos de la société en cause¹⁶⁶¹. Il était précisé que la nationalité en tant

juristischer Personen : unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Gemischten Schiedsgerichte, Berlin, F. Vahlen, 1927, xvi-114 p., p. 71.

¹⁶⁵⁸ V. à ce sujet, E. Castellarin, « The mixed arbitral tribunals and the nationality of legal persons: the uncertain first steps of an evolving concept », pp.159-196, dans Ruiz Fabri, M. Erpelding (éd.), *The mixed arbitral tribunals, op.cit.* Sur l'héritage et la contribution de la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes au sujet du critère de contrôle l'auteur indique p.196 : « Apart from technical considerations, the historical reputation of MATs' case law certainly suffered from the context in which it emerged. To some extent, Mats could have been seen as a step towards more effective reparation for individuals. However, they were also based on the asymmetrically drafted provisions of the peace treaties, of which they multiplied the vindictive and punitive dimensions. Although, as has been shown, awards did not systematically tend to broaden their jurisdiction, MATs had difficulty in departing from a form of victors' justice. The fate of the theory of control is a symptom of this phenomenon: it did not go down in history as a tool that eased access to international justice, but as an unwelcome heritage of the war ».

¹⁶⁵⁹ Cette tentative de dévoiler tout lien avec l'État ex-ennemi pouvait conduire jusqu'à l'effacement de la personnalité juridique de la personne. V. A. Pépy, *La nationalité des sociétés*, Paris, Sirey, Tenin, 1920, xi-310 p., p.102 : « La nationalité est l'institution juridique par laquelle l'état assure sa vitalité et poursuit ses fins propres en pourvoyant au recrutement des êtres humains, sur lesquels s'exerce son pouvoir ». p.125 « La société n'a pas d'autre nationalité que la nationalité des personnes qui ont sur elle la haute main, qui lui donnent impulsion, qui sont maîtresses de diriger son action dans un sens ou dans un autre ».

¹⁶⁶⁰ Tribunal arbitral mixte franco-allemand, *Société du Chemin de fer de Damas Hamah c. Compagnie de Chemin de fer de Bagdad*, 31 août 1920, *Journal du droit international, Clunet*, 1923, p. 595, p. 597.

¹⁶⁶¹ Tribunal arbitral mixte franco-allemand, *Société Anonyme du Charbonnage Frédéric Henri c. État Allemand*, 30 septembre 1921, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes* vol. I, pp. 402-403.

que fiction ne déterminait que la sphère privée de la personne morale, à savoir la répartition des bénéfices, la dissolution et les relations avec les actionnaires ou les administrateurs. Le critère du siège social était ainsi attaché à une conception « privatiste » de la nationalité. Le tribunal a rejeté de manière explicite la thèse selon laquelle le caractère ennemi aurait dû être déterminé d'après la loi du siège de la société. Cette loi avait comme objet de « régler en premier lieu les matières du droit privé ».¹⁶⁶² Toutefois, cette solution n'a pas été retenue par d'autres tribunaux arbitraux mixtes¹⁶⁶³.

671. Une restriction du champ d'application du critère de contrôle a été proposée. Selon plusieurs Tribunaux arbitraux mixtes, le critère de contrôle ne concernait que l'opération éventuelle de liquidation. En revanche, les autres questions touchant aux intérêts de la personne morale devaient être résolues en application des critères ordinaires¹⁶⁶⁴.

672. Le choix du critère en fonction de la question juridique a été aussi soutenu par la doctrine. Si la mesure en question relevait de la guerre économique, le critère de contrôle était applicable. En revanche, s'il s'agissait d'une mesure de paix, la nationalité déterminée par le critère du siège social devait primer¹⁶⁶⁵. Niboyet, défenseur fervent du critère du contrôle, considérait que sa détermination met en place un mécanisme permettant le « décrochage » entre la notion d'allégeance politique et le statut juridique¹⁶⁶⁶. En effet, le contrôle d'une société par des ressortissants ennemis était perçu comme une manifestation d'allégeance à l'égard de

¹⁶⁶² *Idem.*

¹⁶⁶³ P. ex. Tribunal arbitral mixte anglo-bulgare, *James Dawson and Son v. Industrie balkanique de commerce*, 18 octobre 1923, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes* vol. III, p. 534 : « Accordingly the Tribunal arrives at the conclusion that the treaty assumes that a company is a national of the power to the laws of which it owes its existence ». Au sujet du critère du contrôle, le tribunal précise que « it nowhere recognizes that the interest in the capital of a company of individual nationals of powers other than that power in accordance with the laws, of which the company is constituted or the control by such nationals of the affairs of a company affords any test as to the nationality of the company itself ».

¹⁶⁶⁴ V. la sentence du Tribunal arbitral mixte germano-belge, *La Suédoise Grammont c. Roller*, 16 octobre 1923, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. III, p. 570. Elle concernait une société dont le siège se trouvait en Belgique, et dont les membres du conseil de direction étaient des Français, et l'administration s'opérait depuis Paris. La défenderesse avait soulevé l'exception d'incompétence du Tribunal en soutenant, en revanche, la thèse de la compétence du tribunal arbitral mixte franco-allemand en s'appuyant ainsi sur le critère du contrôle. Le tribunal a rejeté cette exception en considérant « qu'en l'espèce il ne s'agit pas de séquestre et de liquidation, mais de simples rapports contractuels entre particuliers et que par conséquent il n'y a aucune raison de s'écarter ici des règles généralement admises sur la nationalité des sociétés ».

¹⁶⁶⁵ Marburg, *Staatsangehörigkeit und feindlicher Charakter*, *op.cit.*, p.66 : « La détermination du critère retenu pour les personnes morales dépend de la nature de la disposition. Pour les règles applicables en temps de paix, c'est la nationalité qui est déterminante, tandis que pour les règles relevant de la guerre économique, c'est le critère du contrôle ». *Idem*, p. 70-71 : « Le traité de paix vise à éliminer l'influence économique de l'Allemagne dans les pays étrangers ennemis. Il s'agit de lutter contre l'infiltration économique allemande. L'influence économique de l'Allemagne dans les pays alliés, qui ne cessait de croître avant la guerre, semblait menacer la sécurité de l'État. Aujourd'hui, le traité de paix vise à détruire complètement cette influence, dans la mesure où elle n'a pas déjà été éliminée par la guerre économique. Il s'ensuit que, pour déterminer le contrôle allemand sur une société, ce ne sont pas les aspects juridiques, mais uniquement les aspects économiques qui sont déterminants ».

¹⁶⁶⁶ J. P. Niboyet, *Traité de droit international privé français : La Jouissance des droits. (Condition des étrangers)*, vol. II, Paris, Sirey, 1938, 422 p., p.270.

l'ennemi, et ce même dans les cas où le statut juridique de la société, déterminé par son siège social, ne dictait pas son caractère ennemi.

673. Il peut ainsi être constaté que les pratiques étatiques relatives à la détermination du caractère ennemi d'une personne morale qui étaient suivies pendant la guerre ont été reprises dans la période de l'après-guerre. Cette continuité a été mise en avant par la jurisprudence¹⁶⁶⁷. Il a été précisé que la même logique sous-tendait aussi bien les législations applicables en temps de guerre que les mesures nationales prises conformément aux dispositions des traités internationaux portant sur les biens privés¹⁶⁶⁸.

674. Les juridictions françaises se sont à plusieurs reprises prononcées sur le critère de contrôle dans le cadre de la jurisprudence relative aux actes de liquidation¹⁶⁶⁹. Toute société contrôlée par des ennemis était elle-même considérée comme ennemie et susceptible, à ce titre,

¹⁶⁶⁷ « Attendu que, à cet égard, le traité ne fait que confirmer la pratique suivie pendant la guerre dans les différents États belligérants qui ont traité comme “biens ennemis” non seulement ceux des sujets des Puissances adverses, mais aussi ceux des sociétés sur lesquelles les ressortissants ennemis exerçaient une influence prépondérante, quel que fût le lieu de constitution de ces Sociétés [...] Attendu qu'il pourra en résulter que ces sociétés devront être regardées comme allemandes pour ce qui concerne leur liquidation forcée et notamment pour l'exercice des actions judiciaires en rapport avec cette liquidation » Tribunal arbitral germano-Belge, *Société de Transports Fluviaux en Orient c. Société Impériale ottomane du Chemin de fer de Bagdad*, 10 décembre 1929, *ZaoeRV*, 1931 p. 52. V. aussi le commentaire de Feller, *idem*, p. 55. « Dans cette affaire, la Cour a décidé, en interprétant les articles 74 et 297 du Traité de Versailles, que la théorie du contrôle était implicite dans le Traité de Versailles et s'est appuyée sur la décision anglaise *Daimler Co. Ltd* ». L'auteur détecte des éléments de continuité entre la jurisprudence de guerre et celle de la période d'après-guerre. E. Harriman, « Confiscation of enemy private property », *Boston Univ. Law Review*, 1923, vol. 3, pp. 156-176, p.172 : « It may be that the German Government is not strong enough to control its citizens in this particular, but it is very clear that the property belonging to German nationals seized during the war by the allied and associated powers does furnish a source from which reparations can be obtained which might otherwise be lacking. What possible chance, for example, would the United States have of collecting any reparations for the injuries inflicted by Germany on American nationals, if the property of German nationals in this country had not been seized under the trading with the enemy act, and retained by us, with the consent of Germany, as security for such reparations under the treaty of Berlin? ».

¹⁶⁶⁸ Marburg, *Staatsangehörigkeit und feindlicher Charakter*, *op.cit.*, p.65 : « Après l'expérience de la guerre mondiale, les rédacteurs du traité de paix ont considéré que, pour toutes les questions liées à la fin de la guerre économique, la nationalité des personnes morales devait être prise en compte. Ce n'est pas un critère de rattachement approprié. Le but des dispositions relatives à la guerre économique est principalement d'éliminer l'influence allemande à l'étranger pour une période aussi longue que possible. Ce but n'aurait pas pu être atteint par un rattachement à la nationalité déterminée selon des critères purement formels ».

¹⁶⁶⁹ Néanmoins, il faut noter que le juge interne n'a pas adopté de position univoque quant à l'applicabilité de ce principe. V. parmi les arrêts qui reviennent au critère du siège social, v. Tribunal Commercial d'Oran, 8 Juin 1925, *Journal de droit international, Clunet*, 1926, p.702. V. aussi la réponse du garde des Sceaux, Journal officiel du 5 février 1926 : « il est généralement admis à l'heure actuelle que la nationalité d'une société se détermine par le lieu où elle a véritablement et effectivement son siège social », citée par J. P. Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Revue de droit international privé*, 1927, vol. XXII, pp. 402-417, p.404. Pour les réserves de la doctrine sur l'applicabilité du critère de contrôle v. L. Mazeaud, « De la nationalité des sociétés », *Journal du droit international, Clunet*, 1928, pp.30-66. L'auteur se lance à une interprétation des dispositions de la Convention de Versailles. Il n'entend pas le critère du contrôle comme critère alternatif à la nationalité. « L'existence d'un lien de fond n'est naturellement pas à elle seule attributive de nationalité. Cette troisième condition ne saurait enlever leur importance aux deux autres : loi de constitution et siège social réel. Celles-ci, signes visibles pour les tiers, jouent en quelque sorte le rôle d'une présomption relative de nationalité qui fait preuve jusqu'à ce que soit démontrée l'absence de tout lien de fond. Ainsi apparaît la différence qui sépare le système jurisprudentiel des théories qui prétendent placer le critère de la nationalité des Sociétés dans la nationalité des associés ou des dirigeants ou de la majorité d'entre eux. La nationalité des associés ne doit pas nécessairement se rencontrer ; elle n'est que l'un de nombreux éléments qui sont susceptibles, les uns aussi bien que les autres, de constituer le lien de fond ; loin de supprimer la loi de constitution et le siège social, elle n'est que l'une des circonstances qui en guident le choix ». p. 59. L'auteur, toutefois, en s'appuyant sur l'expérience de la guerre défend avec ferveur l'interdiction d'accès aux industries clefs intéressant la défense nationale des entreprises étrangères ».

de voir ses biens retenus et liquidés par les puissances alliées. Se prononçant de manière directe sur l'application du paragraphe 2 de l'article 297 du traité de Versailles, la Cour d'appel de Douai a précisé, dans une décision du 24 décembre 1923, que par le terme contrôle « il faut entendre la prépondérance de fait, effective, et non la prépondérance nominale de l'un des groupes d'associés sur l'autre ». ¹⁶⁷⁰ En outre, à l'occasion d'un arrêt impliquant une société minière dont le plus grand nombre d'actions appartenait à des Allemands et dont le conseil d'administration comptait une majorité d'allemands pouvant exercer une influence prépondérante dans l'administration et la direction de la société, la Cour d'appel de Nancy a procédé, dans une décision du 5 février 1921, à l'interprétation du terme contrôle, tel qu'il figure dans le paragraphe b de l'article 297 du traité de Versailles ¹⁶⁷¹. En l'occurrence, le critère du contrôle a été invoqué comme motif pour ne pas procéder à la liquidation d'une société qui, malgré les apparences, n'était contrôlée que par des ressortissants neutres ¹⁶⁷².

675. Il paraît ainsi que, à l'issue de la guerre et à la lumière des dispositions du traité de Versailles, des interrogations similaires à celles ayant vu le jour pendant la guerre, portant sur l'allégeance conçue en tant que critère substantiel imposant la reconsidération du caractère formel de la nationalité, ont émergé. Ces considérations ont même abouti à une thèse favorable à la distinction entre la nationalité en tant que notion de droit privé et la nationalité relevant du droit public ¹⁶⁷³. Le critère de contrôle était associé à cette seconde interprétation de la notion de nationalité.

¹⁶⁷⁰ CA, de Douai 1er. Ch. 24 déc 1923, *Revue critique de droit international privé*, 1924, p. 278. En l'espèce, une société en commandite simple constituée en France selon la loi française dont le gérant, de nationalité allemande jouait un rôle subordonné à l'égard de ses associés français a été considérée comme française.

¹⁶⁷¹ CA de Nancy, 1er Ch. 5 février 1921, précité.

¹⁶⁷² V. aussi CA de Paris 1er Ch. 29 mars 1922, *Journal du droit international, Clunet* 1922, p. 427. En l'espèce, le personnel dirigeant d'une société conformément aux prescriptions de la loi allemande était tout entier de nationalité danoise ou suédoise. Le capital social appartenait à des sujets danois et une ressortissante hollandaise. Pour ces raisons la société n'a pas été affectée par les mesures de liquidation.

¹⁶⁷³ C.Cass. Ch. Civ., 27 juillet 1933, *Revue critique de droit international privé*, 1934, Note Niboyet, pp. 109-118. L'arrêt portait sur le droit à la réparation du dommage reconnu au profit des sociétés françaises dont le capital était détenu par des ressortissants étrangers. La distinction a été proposée entre la nationalité en tant que « fiction de droit privé », déterminée par le lieu du siège social et la nationalité relevant du domaine de droit public, en vertu de laquelle les sociétés pouvaient revendiquer des privilèges attachés à la qualité de Français, comme en l'occurrence des réparations pour des dommages de guerre subis. Par conséquent, la question de savoir si la loi du 17 avril 1919 autorise une société en nom collectif, même exclusivement composée d'étrangers, à réclamer la réparation intégrale de dommages causés par la guerre, ne devait pas être résolue d'après les principes du droit privé, prenant en considération le siège de la société. Niboyet dans son commentaire précisait que : « La véritable qualification (de la société en question, en tant que société française) ne correspond pas à la fiction. Est-ce du droit public ou du droit privé ? Nous voici glissant sur un terrain singulièrement mouvant, et qu'il serait plus simple d'éviter, en proclamant que la fiction peut être écartée toutes les fois que la jouissance d'un droit implique véritablement la qualité de Français », p. 118. Portant un regard global sur le critère du contrôle retenu par la jurisprudence pour la première fois lors de la Première Guerre mondiale, il soulignait qu'« [i] l suffit de rappeler que la notion classique et traditionnelle du siège social des sociétés comme éléments tant de leur pseudonationalité, que de leur statut constituait l'objet même du débat. Reçue, à peu près incontestablement, à la veille de la dernière guerre, l'idée fut entamée fortement par la jurisprudence sur les séquestres. Les divers traités de paix mirent à l'ordre du jour, et à la mode, la notion si exacte, si juste et si nuancée du contrôle. Puis, avec la paix l'oubli du passé si immédiat, se fit, et la jurisprudence suivie par la Cour suprême, revint tout naturellement aux idées d'avant-

676. L'opposition entre le siège social en tant que critère relevant du droit privé et le contrôle en tant que critère du droit public a été mise en exergue à plusieurs reprises, même au-delà du sujet de la liquidation des biens ennemis. Le critère de contrôle a ainsi dépassé son champ de référence originaire, à savoir les mesures de guerre économique contre des biens privés ennemis. La distinction entre l'apparence fictive du caractère originel d'une société, déterminé par le pays « où la société s'est constituée et à la législation duquel elle a conformé ses statuts », et la nationalité de ses associés a été ainsi mise en avant dans des arrêts portant sur des demandes de réclamation intégrale de dommages causés par la guerre¹⁶⁷⁴.

677. La question du critère de contrôle s'est posée aussi devant la CPJI dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise¹⁶⁷⁵. En l'occurrence, l'application de l'article 6 de la Convention germano-polonaise de Genève du 15 mai 1922 était en jeu. En vertu de ce traité, la Pologne avait le droit d'exproprier certains biens des ressortissants allemands et des sociétés contrôlées par eux. L'expropriation en question concernait une société qui avait son siège en Allemagne, mais n'était pas contrôlée par des Allemands. Le différend portait ainsi sur l'application éventuelle de la Convention de Genève qui reconnaissait, entre autres, le droit de la Pologne d'exproprier en Haute-Silésie polonaise certains biens des ressortissants allemands ou des sociétés contrôlées par eux, dans des conditions déterminées. En effet, le titre III de la convention reconnaissait, en faveur de la Pologne, un droit d'expropriation qui constituait une exception au principe général des droits acquis. Le titre comprenait la règle générale et des dispositions plus spéciales au sujet de l'expropriation de la grande industrie et de la grande propriété rurale¹⁶⁷⁶. La Cour a affirmé que l'expropriation admise par le titre III de

guerre, comme le fleuve, sortit de son lit normal, y retourne au lendemain d'une inondation. On s'installait alors dans le calme, et paresseuse, mais surtout dangereuse quiétude de la paix ». p. 114.

¹⁶⁷⁴Cour de Paris 1er Ch. 17 déc. 1919, *Société européenne de publicité c. Procureur de la République*, *Journal du droit international*, *Clunet*, 1920, p. 227-237. La CCass a aussi adopté la distinction entre les effets de la nationalité dans les rapports du droit privé et ses effets en matière de droit public En se prononçant sur les réclamations de guerre d'une société dont le siège social se trouvait en France, mais qui était composée exclusivement d'associés de nationalité hollandaise, C.Cass. ch. civ., 25 juillet 2013, *Revue critique de droit international privé*, 1934, pp. 109-114, p. 112 « Att. que, sans doute, aux termes d'une jurisprudence qui ne paraît pas être discutée, la Société *J. — J. Rozendael*, qui a été constituée en France conformément aux lois françaises, et qui a son siège social, son usine et son exploitation en France, est une société française ; — Mais att. que la nationalité des sociétés n'est qu'une fiction de la loi qui détermine leur situation juridique dans les rapports du droit privé, mais qui ne leur confère pas nécessairement, en matière de droit public, tous les avantages concédés à la nationalité ; que la nationalité des sociétés ne se confond pas avec celle des individus, et que la loi, dans un intérêt d'ordre public, a apporté diverses restrictions aux droits qui résulteraient pour elles de la nationalité qui leur est fictivement reconnue ». Qualifiant la nationalité accordée aux personnes morales de fiction de droit, la CC ne pouvait pas admettre qu'un droit à indemnité soit accordé à des associés étrangers. Ce même droit leur était refusé à titre individuel. En raison du contrôle étranger, les personnes morales en question ne pouvaient pas réclamer les bénéfices de la loi du 17 avril 1919, censée concerner de manière exclusive les Français, à titre de membres d'une « communauté de deuils, d'épreuves et de sacrifices ».

¹⁶⁷⁵ CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (fond)*, 25 mai 1926, Série A, N.7, p. 5.

¹⁶⁷⁶ Art. 6 : « La Pologne peut exproprier en Haute-Silésie polonaise les entreprises appartenant à la grande industrie, y compris les gisements, et la grande propriété rurale, conformément aux dispositions des articles 7 à 23. Sous réserve de

la Convention constituait une dérogation aux règles appliquées en matière des droits des étrangers. La Cour a aussi précisé que le terme « liquidation » relevant des traités de paix comprenait toute mesure contraire au « traitement admis par le droit international commun ». La partie défenderesse soutenait que le contrôle était exercé par des ressortissants allemands. Toutefois, la Convention de Genève ne définissait pas l'élément de contrôle. La Cour a ainsi précisé que cette notion était essentiellement économique et désignait l'influence prépondérante sur l'orientation générale des affaires.¹⁶⁷⁷ La Cour a aussi considéré que le seul critère indiscutable était celui de la nationalité des personnes physiques qui exerçaient le contrôle. La controverse entre les parties portait aussi sur le fait que ces dernières s'appuyaient soit sur le Conseil de surveillance, soit sur l'assemblée des actionnaires pour déterminer la nationalité de la personne morale. La Cour a estimé qu'il convenait de tenir compte en première ligne des actionnaires, car c'étaient eux qui exerçaient le pouvoir suprême dans la société. En l'occurrence, la Cour s'est appuyée sur la nationalité polonaise de la majorité des membres de la direction de la Société pour s'opposer aux mesures d'expropriation. La Cour a même consacré une série de réflexions sur le terme de ressortissant. La parenté entre cette notion relative au statut des personnes physiques et celle de contrôle déterminant le statut des personnes morales a été mise en avant. Il a été précisé qu'il n'était guère possible d'étendre la notion de « ressortissant » aux sociétés puisqu'une notion spéciale, à savoir celle de « société contrôlée », a été retenue pour ces dernières¹⁶⁷⁸.

678. L'examen de la jurisprudence internationale et interne postérieure à la Première Guerre mondiale révèle la nécessité d'atteindre la réalité de rattachement à un État ennemi sans considération de liens de rattachement opératoires en temps de paix.

ces dispositions, les biens, droit et intérêts de ressortissants allemands ou de sociétés contrôlées par des ressortissants allemands, ne peuvent pas être liquidés en Haute Silésie polonaise ». *Idem*, p. 21.

¹⁶⁷⁷ *Idem*, p.68.

¹⁶⁷⁸ *Idem*, p.70 : « La Convention de Genève a adopté, en ce qui concerne le régime d'expropriation et pour autant qu'il s'agit de sociétés, le critère du contrôle ; cela n'empêche d'ailleurs pas que d'autres critères éventuellement applicables à la nationalité de personnes morales puissent présenter de l'importance, sous d'autres aspects, dans les rapports internationaux, par exemple, sous l'angle du droit de protection. Du moment que le terme "ressortissant" de la Convention de Genève a généralement trait aux personnes physiques, dont la situation juridique est déterminée par le lien personnel de nationalité qui les unit à l'État, il n'est guère possible d'étendre cette notion, sans des raisons particulières, aux sociétés, même lorsqu'elle sont des personnes morales, pour lesquelles une notion spéciale, celle de "société contrôlée", a été adoptée. » En interprétant de cette manière le critère du contrôle d'une société la Cour a considéré que « [i]l est naturel que la législation applicable à la Société en raison de son siège en Allemagne donne aux autorités allemandes des compétences d'ordre judiciaire et autres ; mais il n'a pas été allégué et il n'y a aucune raison de supposer que ces compétences puissent avoir pour conséquence d'attribuer aux autorités du pays où se trouve le siège, le contrôle tel qu'il est compris par la Convention de Genève ».

b. La persistance des mêmes critères aux fins de la qualification d'ennemi après la Seconde Guerre mondiale.

679. Après la Seconde Guerre mondiale, tout acte de liquidation présupposait une qualification juridique, à savoir l'attribution de la qualité d'« allemand » ou de « japonais », par exemple, au propriétaire des biens en question. L'absence de pratique uniforme quant aux critères d'attribution de cette qualité rend particulièrement perplexe l'étude de cette qualification affectant les personnes ennemies.

680. L'accord de Potsdam, affectant les avoirs allemands à l'étranger, ne proposait pas de critère pour la détermination du caractère allemand¹⁶⁷⁹. Dans la loi n° 5, qui concernait le séquestre des biens extérieurs allemands sis à l'étranger, la détermination du caractère allemand des biens s'opérait en fonction de la nationalité de leurs propriétaires. Quant aux personnes morales, dans le champ d'application de cette loi tombaient celles qui avaient été organisées selon la loi allemande ou avaient leur principal établissement en Allemagne.

681. Inscrit dans le sillage de l'accord de Potsdam, l'accord de Paris, du 14 janvier 1946, prévoyait que les gouvernements signataires pouvaient identifier par leurs propres méthodes les avoirs allemands à l'étranger susceptibles d'être saisis et liquidés à titre de réparations¹⁶⁸⁰¹⁶⁸¹. L'accord portait ainsi sur les avoirs allemands à l'étranger en tant que biens susceptibles d'être affectés aux réparations¹⁶⁸². Il fixait les modalités de saisie et de répartition des avoirs allemands

¹⁶⁷⁹ Point 3 du rapport sur la conférence de Crimée « Nous avons examiné la question des dommages, Nous avons discuté des dommages causés par l'Allemagne aux Nations Unies dans cette guerre et avons estimé qu'il était juste que l'Allemagne soit obligée, dans la plus large mesure possible soit indemnisée de la même manière pour les dommages causés », *Rapport sur la conférence de Crimée (3-11.02.1945)*, documentArchiv.de. Chapitre IV de l'accord de Potsdam « En accord avec la décision de la Conférence de Crimée, selon laquelle l'Allemagne doit être contrainte de payer, dans la mesure du possible pour les pertes et les souffrances qu'elle a causées aux Nations Unies et dont le peuple allemand ne peut se soustraire à la responsabilité ». *Mitteilung über die Dreimächtekonferenz von Berlin, Potsdamer Abkommen (02.08.1945)*, documentArchiv.de.

¹⁶⁸⁰ *Agreement on Reparation from Germany, on the Establishment of an Inter-Allied Reparation Agency and on the Restitution of monetary gold*, Paris 14 janvier 1946, *Nations Unies, Recueil des traités* 1966, pp.71-109 : « Art. 6 German external assets. A. Each signatory government shall, under such procedures as it may choose, hold or dispose of German enemy assets within its jurisdiction in manners designed to preclude their return to German ownership or control and shall charge against its reparation share such assets.[...] C. German assets in those countries which remained neutral in the war against Germany shall be removed from German ownership or control and liquidated or disposed of in accordance with the authority of France, the United Kingdom and the United States of America, pursuant to arrangements to be negotiated with the neutrals by these countries. The net proceeds of liquidation or disposition shall be made available to the Inter-Allied Reparation Agency for distribution on reparation account ».

¹⁶⁸¹ Une distinction était établie entre la catégorie B qui comprenait les industries, les investissements, les navires de commerce et de transport et la catégorie A des biens qui se trouvaient à l'étranger. Les pays avaient pris l'obligation de ne pas permettre l'accaparement de ces biens par des Allemands. Outre les trois puissances alliées occidentales, l'Albanie, l'Égypte, l'Australie, le Canada, la Nouvelle Zélande, l'Inde, Yougoslavie, l'Afrique du Sud, la Tchécoslovaquie étaient liés par le traité.

¹⁶⁸² *Agreement on Reparation from Germany, op.cit.*, art. 6 E : « The German enemy assets to be charged against reparation shares shall include assets which are, in reality, German enemy assets, despite the fact that the nominal owner of such assets is not a German enemy. Each Signatory Government shall enact legislation or take other appropriate steps, if it has not already done so, to render null and void all transfers made, after the occupation of its territory or its entry into war, for the fraudulent purpose of cloaking German enemy interests, and thus having them harmless from the effect of control measures regarding German enemy interests ».

soumis à la juridiction des 19 gouvernements ayant signé cet accord. Bien que le terme « German enemy assets » ne soit pas défini dans le texte, le paragraphe 3 de l'article 6 de l'accord fait référence à des biens qui sont en réalité des avoirs allemands même si, selon les apparences, leur propriétaire ne semble pas être une personne de caractère ennemi.

682. Pour comprendre la raison d'être de cet article, il faut préciser d'emblée que le caractère allemand de certains biens n'était pas toujours évident. Dès 1928, et afin de faire échec aux législations fiscales discriminatoires, les grandes sociétés allemandes transformaient de manière systématique leurs filiales à l'étranger en sociétés ayant la nationalité des pays où elles exerçaient leurs activités. Lorsque la conjoncture internationale s'est aggravée, à partir de 1936, les mesures de camouflage se sont multipliées en vue d'éviter une mise sous séquestre en cas de conflit. À la lumière de ces pratiques, et pour aborder la délicate question des avoirs allemands camouflés, l'accord de Paris stipulait que « chaque gouvernement signataire devra promulguer des textes législatifs et prendre toutes autres mesures appropriées pour annuler tous les transferts effectués (...) dans l'intention frauduleuse de dissimuler des intérêts allemands de caractère ennemi et de les soustraire aux effets des mesures de contrôle ».

683. Les transferts fictifs de biens étaient ainsi visés par cette disposition dont l'application a donné lieu à plusieurs conflits de juridiction portant sur les avoirs allemands à l'étranger. La complexité de ces différends résidait, entre autres, dans le fait que les biens allemands ne se rattachaient pas à un seul État créancier. Le bien allemand pourrait ainsi faire l'objet des revendications simultanées émanant de plusieurs pays. Des conflits surgissaient concernant la détermination du pays signataire qui avait le droit de saisir le bien et d'accaparer la somme provenant de sa liquidation. Faute des règles communes attribuant le caractère ennemi aux biens, les conflits entre plusieurs pays auraient pu être inextricables. D'après la théorie du séquestre territorial, l'État compétent était celui sur le territoire duquel se trouvait matériellement le bien. Selon la théorie du séquestre originel, en revanche, l'objet du droit ou l'objet de l'intérêt qui appartient à l'ennemi ou se trouve sous son contrôle, devait être mis sous séquestre, « au siège du droit de propriété, à l'endroit où fut créée la devise ou à l'endroit où s'exerce le titre de créance »¹⁶⁸³. La responsabilité pour la résolution des conflits inter-séquestres incombait à l'Agence interalliée des Réparations (IARA), instituée par le traité de Paris sur les Réparations du 24 janvier 1946. L'Assemblée de l'IARA s'est prononcée sur cette question dans un projet de traité qui a été adopté le 3 décembre 1947. L'accord a retenu comme

¹⁶⁸³ R. Didisheim, *Les conflits interséquestres, commentaire de l'accord sur la résolution des conflits portant sur les avoirs allemands ennemis, signé à Bruxelles le 5 Décembre 1947*, Bruxelles, Agence interalliée des réparations, 1949, 20 p., p.4

principe général l'application de la théorie du séquestre originel. Il a été apparu « que la saisie sur la base territoriale pourrait provoquer un trouble grave pour l'économie du pays d'origine et qu'il était préférable, pour tout le monde, de sauvegarder la pleine valeur des biens séquestrés en liant leur sort à celui du complexe économique dont ils dépendaient avant la guerre »¹⁶⁸⁴.

684. L'article 11 de l'accord retenait une définition large du contrôle allemand. Le contrôle allemand comprenait tous les cas où des Allemands disposaient de la majorité des votes à l'Assemblée nationale, ou de la majorité des actions d'une société. Il a été aussi précisé que le contrôle allemand de la gestion ou du vote des actionnaires pouvait être constaté par des procédés directs ou indirects. Plusieurs hypothèses d'enchevêtrement des intérêts ennemis avec des intérêts des ressortissants des pays signataires de l'accord ont aussi été envisagées, y compris pour des biens appartenant à des entreprises organisées conformément aux lois de l'Allemagne et dont les actions étaient en partie en possession de ressortissants des puissances alliées¹⁶⁸⁵.

685. Le critère du contrôle était aussi retenu dans d'autres traités signés en matière de réparations de guerre. Par l'accord de Washington du 25 mai 1946, la Suisse assumait l'engagement de liquider les biens de toute nature sis en Suisse appartenant ou contrôlés par des Allemands en Allemagne¹⁶⁸⁶. Le critère de contrôle était affirmé de manière explicite dans l'accord¹⁶⁸⁷. La même importance a été accordée au critère de contrôle, qu'il soit direct ou indirect, par l'accord conclu entre les alliés et la Suède¹⁶⁸⁸. Une référence explicite au critère de contrôle se trouve aussi dans le traité de paix avec le Japon en vertu duquel les Alliés ont

¹⁶⁸⁴ *Idem*, p 7.

¹⁶⁸⁵ *Idem*, p.17 : « De longues discussions ont eu lieu sur la question de savoir si les avoirs des sociétés de droit allemand devaient être saisis entièrement sur la base de la nationalité de la société ou si au contraire la propriété de ces avoirs devait être déterminée sur la base des intérêts privilégiés des associés non allemands. Ces deux points de vue étaient justifiés d'une part par le désir de maintenir au niveau le plus élevé possible la masse des Réparations et d'autre part par le souci d'assurer le respect des droits des ressortissants non ennemis. Il est évident que les ressortissants alliés qui ont investi leurs capitaux dans des affaires allemandes cherchaient à profiter de l'expansion de l'économie allemande et on pourrait admettre qu'à ce titre, ils ont accepté les risques résultant de toute détérioration de cette économie. D'autre part, sur le plan strictement juridique, rien ne les empêchait avant la guerre de placer leurs capitaux en Allemagne. Les gouvernements alliés eux-mêmes encourageaient ces placements, et de ce fait leurs ressortissants pouvaient espérer leur protection en cas de nécessité ».

¹⁶⁸⁶ Traité de Washington, 25 mai 1946, dans O. Böhmer, K. Duden, H. Janssen (éd.), *Deutsches Vermögen im Ausland : internationale Vereinbarungen und ausländische Gesetzgebung*, Bundesministerium der Justiz, Köln, Verlag des Bundesanzeigers, 1951-55, 1 vol. 480 p., pp. 390-391

¹⁶⁸⁷ Dans l'annexe IV, B de l'accord, le terme « Allemands en Allemagne » a été défini de la manière suivante : « L'expression Allemands en Allemagne vise toutes personnes physiques et morales résidant ou constituées en Allemagne ou ayant le siège de leurs affaires en Allemagne, autres que les organismes de toute nature appartenant à ou contrôlés par des personnes qui ne sont pas de nationalité allemande ». Cité par Dominicé, *La notion du caractère ennemi*, *op.cit.*, p.168.

¹⁶⁸⁸ La Suède prenait l'engagement de liquider « tous les biens possédés ou contrôlés, directement ou indirectement, par une personne, ou entité juridique de nationalité allemande en Allemagne, ou susceptible d'être rapatriée en Allemagne, sous réserve des personnes méritant un traitement de faveur ». v. F. Mann, « German external assets », *British yearbook of international law*, 1947, vol. 24, pp. 239-257, p.249.

acquis le droit de saisir et de liquider les biens japonais¹⁶⁸⁹. Hormis ces références explicites au critère de contrôle, le pouvoir juridictionnel des États opérant des saisies des biens était chargé d'identifier le caractère ennemi d'un bien.

686. L'absence d'une référence générale au critère de contrôle dans l'ensemble des traités portant sur les réparations de guerre a donné l'occasion aux juridictions internes d'élaborer des règles internes permettant d'identifier le caractère « allemand ». L'inventivité des pratiques internes se reflète dans le concept américain de l'infection hostile (*enemy taint*). Une demande de restitution des biens en vertu/application de la section 9 (a) du TWEA était à l'origine de l'affaire de la société *Übersee Clark v. Übersee Finanz-Korporation, A. G.*, jugée par la Cour suprême des États-Unis le 8 décembre 1947. En l'espèce, les actions de la Société *Übersee*, instituée en Suisse, appartenaient à un ressortissant du Liechtenstein dont les parents, citoyens allemands, avaient un droit d'usufruit sur ses biens. L'interrogation portait sur l'identification éventuelle d'une « enemy taint », justifiée par l'existence du droit d'usufruit. À cette occasion, la Cour suprême s'est penchée sur le paragraphe 5 b de la loi qui servait de base légale au gel et à la saisie de toute propriété étrangère, indépendamment de son caractère d'ennemi. L'objectif de cette disposition, ajoutée à la TWEA en 1941, était de révéler les intérêts ennemis derrière « les façades innocentes »¹⁶⁹⁰. La question posée à la Cour suprême concernait la reconnaissance du droit pour une société étrangère, dont les biens avaient été saisis en vertu de la nouvelle disposition, de demander la levée du séquestre en vertu de la section 9 de la TWEA. À la suite du refus de la Cour suprême de se prononcer sur les faits, la *District Court*, dans sa décision du 21 février 1949, a dû se prononcer sur la qualification concrète d'une « enemy taint »¹⁶⁹¹. En l'occurrence, la *District Court* s'est lancée à la recherche de « connections or associations with enemy interests ». Dans le cadre de cette recherche, le droit d'usufruit sur la société dont jouissaient les parents du propriétaire de la société a été jugé comme élément déterminant pour la présence de l'« enemy taint ». Le tribunal n'a pas hésité aussi de se pencher sur l'acte de naturalisation du propriétaire, né en Allemagne en 1899 et restant citoyen allemand

¹⁶⁸⁹ Art. 14 (a) (2) (I) : « Sous réserve des dispositions du sous-paragraphe (II) ci-dessous, chacune des Puissances alliées aura le droit de saisir, conserver, liquider ou utiliser de toute autre façon tus biens, droits et intérêts (a) du Japon et des ressortissants japonais [...] (c) d'organismes appartenant au Japon ou à ses ressortissants ou contrôlés par eux ». UN *Recueil des traités*, vol. 136, 1952, p. 45.

¹⁶⁹⁰ « It was notorious that Germany and her allies had developed numerous techniques for concealing enemy ownership or control of property which was ostensibly friendly or neutral. They had, through numerous devices, including the corporation, acquired indirect control or ownership in industries in this country for the purposes of economic warfare. Sec. 5(b) was amended on the heels of the declaration of war to cope with that problem. [...] The property of all foreign interests was placed within reach of the vesting power not to appropriate friendly or neutral assets, but to reach enemy interests which masqueraded under innocent fronts », US Supreme Court, *Clark v. Uebersee Finanz-Korporation, A.G.* 332 US, 480 (1947), pp. 484-485.

¹⁶⁹¹ US District Court for the District of Columbia, 82 F. Supp. 602 (D.D.C. 1949) February 21, 1949.

jusqu'en novembre 1939. Fournissant des éléments démontrant le fort attachement du propriétaire à l'Allemagne, le tribunal a démenti le caractère sérieux de l'acte de naturalisation de ce dernier, opéré après l'éclatement de la guerre. Ce passage de la décision de la Cour démontre la volonté d'opérer un contrôle juridictionnel de l'acte étranger d'attribution de nationalité. Les similitudes avec l'argumentation du Guatemala sur la célèbre affaire Nottebohm, et la nécessité d'affirmation du caractère effectif d'un lien de nationalité, sont manifestes¹⁶⁹². En outre, l'attention de la Cour a été attirée par le fait que le requérant était propriétaire d'actions d'une société hongroise, particulièrement active à l'exploitation des mines de bauxite, matière indispensable pour l'industrie de guerre des pays de l'axe. Le tribunal par sa décision reste fidèle à sa politique de saisir les liens de dépendance sous-jacents des propriétaires de biens saisis avec les pays ennemis en dépassant les rattachements juridiques formels. Les États-Unis ont ainsi rompu avec leur tradition qui s'opposait à la logique qui était favorable au « percement du voile corporatif », selon l'expression utilisée par le juge britannique dans l'affaire *Daimler* étudiée précédemment, et qui a été reprise par les traités de paix de 1919 et les Commissions d'arbitrage mixtes instituées au lendemain de la Première Guerre mondiale.

687. La question de l'identification du contrôle ennemi se trouvait aussi derrière le différend au sujet de la saisie des biens de la société *Interhandel* en 1942 par les États-Unis, porté devant la CIJ. L'enjeu de cette affaire portait sur la détermination de la nationalité d'une société contrôlée par des personnes ennemies et sur la protection conférée aux actionnaires neutres. En l'occurrence, les États-Unis avaient procédé au séquestre considérant que la société *Interhandel*, enregistrée à Bâle, était en réalité contrôlée par l'*I.G. Farben Industrie*, dont le siège se trouvait à Francfort¹⁶⁹³. Il faut souligner que des accords avaient été signés entre la Suisse et les puissances d'occupation de l'Allemagne portant sur les biens privés situés en Suisse et appartenant à des ressortissants Allemands. Conformément à l'accord du 16 février

¹⁶⁹² *Idem*, pp. 606-607 : « The circumstances surrounding the Liechtenstein citizenship of Fritz von Opel, the sole remaining owner of interest in the vested property, are not without significance. It is conceded Fritz von Opel has technical status as a citizen of Liechtenstein, and for the purposes of the suit, it may be conceded his citizenship in that country is not open to collateral attack. But where, as in this case, the vested property is found to be owned by different parties, some of whom clearly are enemies and the sole remaining one of whom is neutral, it seems proper in a determination of enemy taint of the property, to inquire into possible enemy tendencies of the neutral.[...]. It was not until November of 1939, after World War II had begun, that Fritz von Opel took any steps to change his citizenship. At that time, he went through proceedings to become a naturalized citizen of the principality of Liechtenstein. He paid \$10,000 to obtain his citizenship and signed certain formal documents. However, the never has been in Liechtenstein more than a few hours at any one time; his visits have been few and in each instance of short duration; and he has never established a place of abode there. He never has taken an oath of allegiance to Liechtenstein or formally renounced citizenship in Germany. In technical form Fritz von Opel is a citizen of a neutral country, but I find beyond doubt that between 1939, when he became a naturalized citizen of Liechtenstein, and 1941, when war was declared by the United States. He had a continued interest in the welfare of and sympathy for Germany ».

¹⁶⁹³ V. en détail M. Büttner, *Der Interhandel-Fall*, Thèse, Wurtzbourg, 1973, 194 p.

1945, l'Office suisse de compensation s'était prononcé sur la nationalité de la société *Interhandel*, considérant que cette dernière s'était libérée de tout lien de dépendance avec la société allemande et que, par conséquent, le blocage de ses biens n'était pas justifiable.

688. L'accord du 16 février 1945 doit être associé à l'accord de Washington, conclu le 25 mai 1946 entre la Suisse et les Puissances alliées. Ce dernier accord faisait référence à l'obligation de poursuite des recherches sur l'influence allemande sur l'économie suisse. En effet, cet accord bilatéral prévoyait la liquidation par la Suisse des biens se trouvant en Suisse et appartenant à des Allemands résidant en Allemagne ou contrôlés par ceux-ci, ainsi que le déblocage par le Gouvernement des États-Unis des avoirs suisses aux États-Unis. Les décisions relatives au blocage et à la liquidation étaient confiées à la Commission mixte, à laquelle siégeaient des représentants des trois Gouvernements alliés et de la Suisse. En cas de désaccord entre l'Office suisse de compensation et la Commission mixte, l'Autorité suisse de recours devait se prononcer. Était également prévue la possibilité pour les États en cas de désaccord avec les décisions de l'autorité suisse de recours de soumettre le différend à un tribunal arbitral¹⁶⁹⁴.

689. En l'espèce, le désaccord entre l'Office suisse de compensation et la Commission mixte était manifeste. L'Office suisse insistait sur son appréciation en vertu de laquelle tout lien de dépendance de la Société *Interhandel* avec des personnes allemandes était déjà rompue, tandis que la Commission mixte défendait la position contraire. La décision de l'Autorité suisse de recours d'annuler le blocage n'a été soumise à aucune instance arbitrale de la part des États ayant signé l'accord. Le différend concernait par conséquent la reconnaissance, de la part des États signataires, de l'autorité de la chose jugée à la décision prise par l'Autorité suisse de recours. Pour la Suisse, la décision américaine de ne pas se conformer à la décision judiciaire de l'Autorité de recours devait lui donner la possibilité de soumettre la question à une instance arbitrale, comme ceci était prévu dans l'accord¹⁶⁹⁵. Les États-Unis estimaient que la levée du séquestre présupposait l'épuisement des procédures prévues par la *TWEA*. À cet effet, un procès avait été engagé devant les tribunaux des États-Unis qui, à la suite d'un échange des notes entre les deux Gouvernements, a abouti au rejet de la requête d'*Interhandel*. Dans la décision du *District Court*, le rapport de l'office de compensation suisse sur la société *Interhandel* est cité

¹⁶⁹⁴ Selon l'article VI de l'accord de Washington du 25 mai de 1946 : « S'il devait s'élever des divergences d'opinion au sujet de l'application ou de l'interprétation du présent accord et si ces divergences ne pouvaient être résolues autrement, il serait fait appel à l'arbitrage ». Pour une présentation du contenu de l'accord v. CIJ, *Affaire de l'Interhandel, Suisse c. États-Unis d'Amérique*, arrêt du 21 mars 1959, CIJ Recueil 1959, pp. 6-30.

¹⁶⁹⁵ La Suisse invoquait également le Traité d'arbitrage et de conciliation conclu le 16 février 1931 entre la Suisse et les États-Unis dont l'article 1 dispose : « Tout différend, de quelque nature qu'il soit, qui viendrait à s'élever entre les parties contractantes, sera, en cas d'échec des procédés diplomatiques ordinaires, soumis à l'arbitrage ou à la conciliation, suivant ce que décideront alors les parties contractantes ». *Idem*, p.25.

de manière explicite.¹⁶⁹⁶ Le gouvernement américain considérait que la société requérante était contrôlée dès sa création par des entreprises allemandes et que sa mission était de camoufler les intérêts allemands.¹⁶⁹⁷ La demande de levée du séquestre a été ainsi rejetée. Toutefois, en raison du fait que la Cour suprême, dans sa décision du 16 juin 1958, avait accordé un « writ of certiorari » à la demande de l'*Interhandel*, la voie de révision judiciaire semblait être de nouveau ouverte pour la société qui s'estimait lésée. La CIJ, saisie par la Suisse, a rejeté sa compétence au motif du non-épuisement des recours de droit interne. La Cour a précisé que des affirmations gouvernementales concernant le caractère allemand de cette société ne constituaient pas de vrais obstacles pour la saisine des juridictions internes et ne seraient pas en mesure de porter préjudice à l'efficacité éventuelle de ces requêtes contre des actes du pouvoir exécutif.

690. La jurisprudence française s'est également prononcée, à plusieurs reprises, sur l'importance du critère du contrôle pour la détermination du caractère ennemi d'une personne morale. Comme il a été déjà précisé, la notion de contrôle renvoyait à la structure interne de la société et plus précisément à l'allégeance politique de la majorité de ses membres, détenteurs de la majeure partie de son patrimoine. L'allégeance politique, facteur déterminant du contrôle exercé sur une société, se distinguait par rapport au statut juridique d'une personne morale relevant du pays de son siège social¹⁶⁹⁸¹⁶⁹⁹. Le critère du contrôle obligeait à percer les apparences fictives pour déterminer le vrai caractère de la personne morale. La Cour de cassation s'est prononcée en 1956 sur la cession du capital social d'une entreprise allemande à un consortium suisse, opérée en 1939¹⁷⁰⁰. En l'occurrence, le caractère fictif de cette cession avait été admis par le propriétaire de l'entreprise allemande dans une note envoyée aux autorités

¹⁶⁹⁶ US Supreme Court, *Société internationale v. Rogers*, 357 U.S. 197 (1958), p.441.

¹⁶⁹⁷ *Idem*, p.356. L'objectif était « to conceal, camouflage, and cloak the ownership, control and domination by *I.G. Farben* of properties and interests located in countries, including the United States, other than Germany, in order to avoid seizure and confiscation in the event of war between such countries and Germany ».

¹⁶⁹⁸ Le critère du contrôle a été retenu déjà par le Tribunal de la Seine pour les associations, régies par la loi du 1^{er} juillet 1901, dans une décision du 20 avril 1932, *RCDIP*, 1932, p. 680. En l'espèce, l'association était contrôlée par des étrangers et pour cette raison elle n'était pas concernée par certaines dispositions du Code civil applicables aux nationaux. J. P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. VI, Paris, Sirey, 1950, 342 p., pp.304-306.

¹⁶⁹⁹ Trib. Civ. de Mulhouse, *Société Savonnerie Lever c. Sociétés de produits chimiques de la Mer Rouge et divers*, arrêt du 2 mai 1950, *Revue critique de droit international privé*, 1951, pp. 153-158. « Attendu que la Société "Savonnerie Lever" encore qu'elle ait des statuts de droit français et son siège social en France (à Paris) n'est pas moins une Société étrangère du fait qu'elle est d'allégeance politique anglaise pour être soumise à un contrôle anglais », p. 153. Niboyet dans sa note sur l'arrêt approuve la solution du juge en précisant : « L'article 14 du Code civil édicte un privilège de nationalité, tout à fait exorbitant, au profit des Français. Il n'est pas possible que derrière l'écran de la personnalité morale puissent se cacher des intérêts étrangers et que par une hypertrophie de la notion dont les effets doivent être limités, de la personnalité morale, on détache complètement l'être juridique artificiel de la personnalité physique et réelle de ceux qui la constituent. En refusant le bénéfice de l'article 14 du Code civil à une société sus contrôle étranger, le tribunal étranger a fait prévaloir la vérité sur la fiction ». p. 159, *RCDIP*, 1951.

¹⁷⁰⁰ C.Cass. Ch. civ., 21 novembre 1956, *Sté Aéroxon c. Procureur général près la Cour de Colmar et autres*, *Revue critique de droit international privé*, 1957, pp. 38-41.

allemandes le 25 octobre 1939. Les biens du consortium suisse sis en France ont été mis sous séquestre à la suite de la publication, le 11 mai 1944, d'une liste d'ennemis dans laquelle figurait le nom de son président. Malgré la levée de ce séquestre à la suite d'une décision du ministre des Finances, le séquestre a été imposé de nouveau par une ordonnance du 10 janvier 1947. Ce nouveau séquestre était justifié par le fait que les anciens propriétaires allemands restaient toujours les véritables propriétaires de la société. En l'occurrence, la Cour d'appel, confirmant l'ordonnance de séquestre de 1947, avait relevé « la manœuvre », constatant que « les origines du complexe financier *Kaiser-Orion-Aéroxon* prouvent qu'en fait les sociétés suisses, propriétaires du capital social de l'*Aéroxon* n'étaient que des prête-noms d'intérêts manifestement ennemis ». Un signe du lien indéfectible que les anciens propriétaires allemands entretenaient avec la société gérée par le consortium suisse, était, selon la Cour d'appel, le fait les propriétaires en question s'étaient rendus en France pendant la période de l'occupation allemande pour exploiter l'usine. Les juridictions internes françaises se sont aussi appuyées sur l'accord de Washington du 25 mai 1946 portant sur le sort des biens allemands situés en territoire helvétique. En l'occurrence, la Commission instituée par cet accord avait affirmé de manière explicite le caractère suisse du consortium. Toutefois, la Cour d'appel n'a pas retenu la qualification opérée par la Commission. Pour s'opposer aux effets de la décision de la Commission, la Cour d'appel a invoqué l'exception de l'ordre public international, précisant que la Commission mixte n'était pas autorisée à se prononcer sur le capital et les biens d'une société sis en territoire français. La Cour de Cassation a confirmé la validité du raisonnement du juge d'appel précisant qu'il appartenait aux juges du fond, saisis d'une demande de mise sous séquestre des biens d'une société en tant que biens ennemis, « de faire abstraction de l'allégeance de cette personne morale pour ne considérer que la mainmise de l'ennemi sur ces biens »¹⁷⁰¹. Cet arrêt se réfère ainsi expressément au critère de contrôle puisqu'il prend en considération la nationalité de la direction et des détenteurs du capital social. Cette jurisprudence confirme ainsi la place primordiale attribuée au critère de contrôle dans les « hypothèses consécutives à la guerre », à savoir les « séquestres et dommages de guerre »¹⁷⁰².

691. La saisie des biens des ressortissants des pays ennemis caractérise les régimes de réparations de guerre imposés au lendemain des deux Guerres mondiales. Malgré leurs différences significatives, les modalités et les finalités des mécanismes employés restent

¹⁷⁰¹ *Idem*, p. 39

¹⁷⁰² Y. Loussouarn, « Note relative à l'arrêt de la CC du 21 novembre 1956 », *RCDIP*, 1957, pp. 41-42. Cette différence quant au critère retenu a été perçue comme reflétant la distinction « entre le domaine du droit public et celui du droit privé ». p.42. La référence au critère du contrôle est ainsi délimitée *ratione materiae*. Appliquant le contrôle a propos d'une question de séquestre, la CC s'est gardée « de toute attendu général qui risquerait de susciter une systématisation éventuelle ».

identiques. Toutefois, en l'absence d'autres cas d'ingérence aux biens privés à titre de réparations de guerre, l'approche mettant l'accent sur la spécificité historique de ces saisies, inscrite dans un contexte bien particulier, doit être privilégiée.

Conclusion

692. L'objectif du chapitre était de présenter le régime juridique attribué aux États ennemis vaincus des deux Guerres Mondiales. L'attribution de la qualité d'État ennemi semble avoir été le point de convergence de pratiques dont l'objectif était rétablissement de la paix et d'émergence des mécanismes de sécurité collective. En effet, à la fois des traités de paix et des textes d'importance fondamentale pour la communauté internationale institutionnalisée, comme la Charte de l'ONU, attribuaient un statut spécifique aux États ennemis. Il a été démontré que les ambiguïtés liées aux spécificités du statut d'État ennemi étaient multiples. Les incertitudes liées au contenu du terme État ennemi au sens de la Charte demeurent nombreuses. Certes, l'intérêt d'une réflexion sur le statut particulier conféré à des États en 1945 ou même avant l'issue de la Seconde Guerre Mondiale, semble être, actuellement, d'intérêt purement historique. Il n'en reste pas moins que l'étude de ce régime précis pourrait s'avérer utile pour saisir les spécificités d'un autre régime, qui quant à lui pourrait éventuellement être imposé à un État menant une guerre d'agression. Notre étude a démontré que le caractère d'ennemi était conféré à des États accusés d'avoir violé la paix internationale, dans une époque où les règles du *jus contra bellum* n'existaient même pas. Ce rapprochement entre le statut d'État ennemi et le statut d'État agresseur pourrait éventuellement servir de point de départ d'une tentative de construction d'un statut particulier attribué à un État qualifié de cette manière. Il faut par ailleurs souligner que, en cas d'inaction du Conseil de sécurité, le concept même d'État agresseur serait difficilement invocable. La rareté des cas d'attribution du caractère ennemi par le Conseil de sécurité explique l'absence de tout consensus sur les particularités éventuelles d'un régime de responsabilité internationale incombant à l'agresseur. Si la thèse de rapprochement entre le statut d'État ennemi et le statut d'État agresseur est pertinente, les régimes de réparations, établis au détriment des États ennemis au lendemain des Guerres mondiales méritent d'être étudiés en détail. Le régime de réparations éventuellement imposé à un agresseur pourrait présenter des similitudes avec les régimes de réparations imposés aux États ennemis vaincus des Guerres mondiales. Parmi les spécificités de ces régimes de réparation, celle qui attire notre attention pour la présente étude est le rôle vital accordé aux biens des ressortissants des États ennemis. En effet, la liquidation systématique des biens privés a servi comme moyen de paiement des obligations de réparation de guerre incombant aux États ennemis. Conformément à une logique de responsabilité collective, les biens des civils ennemis mis sous séquestre

pendant la guerre ont été liquidés à la suite de la cessation des hostilités. Un régime d'ingérence de caractère provisoire a donné sa place à un régime autorisant la dépossession définitive. Tous les deux se fondaient sur l'attribution du caractère ennemi en fonction des critères identiques.

693. Il faut par conséquent écarter la thèse selon laquelle, l'attribution du caractère d'agresseur à un État engendrerait le déclenchement de sa responsabilité internationale, et rendrait éventuellement licites des actes de saisie des biens de ses ressortissants. Les régimes de responsabilité collective, mis en œuvre à partir de 1919 et de 1945, restent des cas particuliers qui ne pourraient pas être reproduits. La tentative de normaliser une situation d'exception risque de reproduire les conditions qui l'ont rendue en premier lieu possible. La saisie des biens des ressortissants d'un État à titre de réparations de guerre qui lui incombent constitue une pratique incompatible avec l'importance accrue que le droit international contemporain accorde à l'individu. En outre, l'établissement d'un rapport asymétrique entre des anciens belligérants ne serait plus défendable. Indépendamment de l'attribution du caractère d'agresseur, tout accord de paix doit être placé sous la haute surveillance du Conseil de sécurité¹⁷⁰³. Cela offre une

¹⁷⁰³ Les interrogations autour de la possibilité d'entamer des négociations de paix avec l'agresseur en cas de paralysie du CS ont été multipliées à la suite de l'invasion russe en Ukraine. Les voix favorables à la voie de négociations avec l'agresseur ont suscité de nombreuses réactions. V. notamment l'article de Habermas J., « Krieg und Empörung », paru dans le *SDZ* le 29 April 2022 n. 98, p. 12-13. Le philosophe rejetait la thèse selon laquelle une guerre se termine par l'alternative de la victoire ou de la défaite. Il précisait, qu'à la lumière de l'expérience de la guerre froide, cette alternative contre une puissance nucléaire n'est pas envisageable. Soulignant l'importance d'une négociation avec Kremlin, il soulignait la distance qui sépare la figure de l'homme héroïque, incarnée par la population ukrainienne prête à se sacrifier et l'homme post-héroïque de l'occident dont la protection militaire est confiée à des armées professionnelles. L'hypothèse de négociation avec l'État russe a été envisagée par le Professeur Merkel R., dans son article paru dans le *Frankfurter allgemeine Zeitung*, du 28/12/2022, p. 12, intitulé « Négociateur ne signifie pas capituler (*Verhandeln heißt nicht kapitulieren*) ». L'auteur s'est montré favorable à la reconnaissance d'obligations qui incombent à toutes les parties au conflit de s'efforcer de trouver des voies de mettre fin à la guerre, même sans considération des objectifs militaires ou politiques. La prémisses fondamentale de sa réflexion est la reconnaissance de la paix mondiale et non pas de la justice comme condition de stabilité de l'ordre juridique international prévalant sur la justice matérielle. L'auteur souligne que dans les guerres dans le cadre desquelles l'identification de l'agresseur et de l'agressé ne présente pas de difficultés la question de reconnaissance d'une obligation de négociation se pose avec une acuité particulière. En s'appuyant sur le philosophe Mollendorf et le terme *jus ex bello*, censé résumer des considérations relatives à la fin des hostilités indépendamment à la fois du *jus ad bellum* et du *jus in bello*, il renvoie aux obligations *ex-bello* qui incombent aux États belligérants. Il admet, toutefois, que ces obligations pourraient compromettre le droit de l'agressé à se défendre. Cette thèse a été réfutée de manière rigoureuse par d'autres représentants de la doctrine. Peter Strasser, dans sa réponse à Merkel parue dans le *NZZ*, le 30.12.2022 : « Il n'y a pas d'obligation pour l'Ukraine d'accepter un compromis de paix (*Es gibt keine Pflicht der Ukraine zu einem Friedenskompromiss*) », rappelant les accords de Munich de 1938, précise qu'une obligation de négociation serait interprétée comme « avance de confiance irresponsable au profit de l'agresseur ». Il souligne qu'une obligation de compromis de paix ne serait pas éthiquement obligatoire ou même souhaitable, que ce soit d'un point de vue strictement éthique ou d'un point de vue utilitariste. Pour un regard historique sur les chances de négociation de paix avec l'agresseur v. H. Münkler, « Wie beendet man einen Erschöpfungskrieg ? », *Der Spiegel*, Nr. 9, 25 février 2023, p. 110-111. En se penchant sur l'exemple de la guerre de Trente Ans et les négociations de quatre ans ayant abouti aux Traités de Münster et d'Osnabrück, Münkler attire l'attention sur le fait que les opérations militaires n'excluent pas la mise en œuvre de négociations. L'auteur souligne que toute interrogation autour des négociations en vue du rétablissement de la paix doit commencer par une réflexion autour de la nature de la guerre. Il propose la distinction entre une guerre d'épuisement (*Erschöpfungskrieg*) et une guerre visant la défaite militaire (*Niederwerfungskrieg*). La guerre en Ukraine, menée au départ par la Russie selon les modalités d'une guerre de courte durée visant la défaite militaire rapide a changé de nature en devenant une guerre d'épuisement. Selon l'auteur, des négociations de paix sont envisageables pendant cette courte phase, lors de laquelle, les parties belligérantes comprennent l'échec de la guerre visant la simple défaite et hésitent sur l'opportunité d'une guerre d'épuisement. À la suite de la transformation de la nature de la guerre en guerre d'épuisement, toute initiative de négociations est perçue en

garantie aux belligérants, et plus spécialement au belligérant vaincu, d'un traitement équitable. On a ainsi pu affirmer que « les procédures du Conseil de sécurité peuvent donc garantir que ce ne sont pas la haine et l'esprit de vengeance qui déterminent la conduite, mais que les intérêts de toutes les parties concernées sont pris en compte de manière appropriée »¹⁷⁰⁴. Pour les mêmes raisons, doit être écartée l'hypothèse de la résurgence d'une pratique d'ingérence dans les biens privés qui serait similaire à celle ayant vu le jour en Allemagne occupée, à savoir d'une pratique d'ingérence dans les biens privés qui serait mise en œuvre dans le cadre d'une occupation *sui generis* et serait imposée à l'ennemi vaincu.

tant que signe de faiblesse. À la lumière de cette analyse, la seule possibilité pour les États occidentaux à contribuer au retour de la paix dans la région, serait le soutien matériel de l'État ukrainien impliqué dans cette guerre d'épuisement.

¹⁷⁰⁴ C. Tomuschat, « Die Kunst Frieden zu schließen und zu sichern », *Die Friedens-Warte*, 1999, vol. 74, pp. 361-369, p.368 : « Bien sûr, la “grâce de la naissance tardive” ne peut pas servir à rejeter totalement la responsabilité de ce qui s'est passé. Mais des décisions qui excluraient durablement un peuple du cercle des nations seraient, de ce seul fait, injustes et indéfendables ».

Chapitre 2. La saisie des biens des ressortissants de l'État ennemi vaincu dans le cadre d'une occupation *post bellum*

Non seulement le national-socialisme, mais l'Allemagne elle-même faisait l'objet d'un sentiment généralisé qui sous nos yeux était parti de la haine pour se figer dans le mépris. Plus jamais, comme on disait alors, ce pays « ne compromettrait la paix mondiale ». Il vivrait peut-être, mais plus sous cette forme. Transformé en champ de pommes de terre de l'Europe, il offrirait peut-être ses services, mais c'est tout. On parlait beaucoup de la faute collective des Allemands. Ce serait tourner platement le dos à la vérité que de ne pas vouloir reconnaître sans détour que cela me convenait fort bien. (...) Pour moi le crime collectif et l'expiation collective pouvaient se contrebalancer et rétablir l'équilibre de la moralité du monde. *Vae victis castigatisque.*

J. Améry, Par-delà le crime et le châtement, Essai pour surmonter l'insurmontable, trad. Fr. Wuilmart, Actes Sud, 1995, pp. 142-143.

694. La saisie des biens des ressortissants de l'État ennemi vaincu a constitué, au lendemain des deux Guerres Mondiales, un moyen de mise en œuvre des réparations de guerre. Les réparations imposées à l'État ennemi vaincu étaient dictées par une conception de responsabilité collective puisque les biens des ressortissants étaient saisis au nom des créances dont l'État ennemi était théoriquement le débiteur. L'un des mécanismes qui a permis la réalisation de cette politique était celui de l'occupation *sui generis* imposée par les vainqueurs aux vaincus. Cette occupation *post bellum* diffère considérablement de l'occupation militaire. La différence principale réside dans le rapport éminemment asymétrique établi entre l'occupant, à savoir les États vainqueurs, et l'occupé, à savoir l'État ennemi vaincu. Dans le cadre de ce mécanisme, un régime spécial de prérogatives favorables à l'occupant est envisageable. Parmi les prérogatives relevant de ce régime, celles relatives à la saisie des biens privés occupent une place primordiale. Une politique d'ingérence systématique dans des biens privés présuppose ainsi la non-applicabilité des règles portant sur le droit à la propriété privée relevant des Conventions de la Haye de 1899 et de 1907.

695. La fin de la Seconde Guerre mondiale se présente comme le contexte historique particulier lorsqu'un tel régime d'occupation a été imposé aux États ennemis dans le cadre duquel des saisies systématiques des biens privés ont eu lieu. Ce contexte particulier a ainsi permis l'émergence d'un régime juridique d'occupation qui présente des singularités. Les cas emblématiques de régimes d'occupation *post bellum* permettant la saisie des biens privés à titre de réparations de guerre étaient ceux de l'occupation du Japon par les États-Unis et de l'Allemagne par les puissances alliées. Nous devons par conséquent nous focaliser sur les spécificités de ces régimes et examiner la manière dont une politique de saisie des biens privés a été justifiée. Le présent chapitre se focalise sur le cas de l'occupation *post bellum* de l'Allemagne. Ce choix se justifie par plusieurs raisons relatives aux spécificités de la pratique suivie par les puissances alliées d'occupation. La pluralité des régimes, les finalités divergentes

poursuivies par les puissances d'occupation, le caractère hétérogène des régimes de propriété privée sont des facteurs qui esquissent un cadre particulièrement riche pour une réflexion sur les biens des ressortissants ennemis situés dans un État occupé à titre d'ennemi vaincu.

696. Ce choix de focalisation sur un cas précis impose quelques précisions d'ordre méthodologique. À première vue, le choix de se concentrer sur un cas précis alors que le regard porté sur la pratique était jusqu'ici transversal peut paraître étrange. Il importe alors de préciser davantage les raisons justifiant le choix ici retenu. Le cas d'occupation des puissances imposée à l'Allemagne vaincue pourrait servir comme point de référence pour toute réflexion sur une occupation asymétrique imposée à un État vaincu. Le contexte particulier de l'occupation imposée à l'Allemagne a donné naissance à une pratique qui invite à reconsidérer, au-delà de ce cas d'espèce, l'intérêt juridique que présente la notion de biens des ressortissants ennemis. Dans un premier temps, notre attention se focalisera sur la manière dont le statut d'État ennemi a déterminé les particularités du régime d'occupation imposé à l'Allemagne. Les particularités du régime d'occupation serviront comme fondement de légitimation, voire comme fondement légal à la saisie des biens des ressortissants de l'État ennemi (Section I). Par la suite, nous présenterons les défis que présentent pour les biens privés les confiscations entreprises en zone d'occupation soviétique. Ces confiscations, opérées à titre de réparations de guerre, mais aussi de moyen de restructuration socio-économique de la zone soviétique, n'ont pas été par la suite remises en cause. La validité d'un tel régime discriminatoire attaché aux biens des ressortissants ennemis, ancré dans un contexte historique bien précis, n'a pas été contestée (Section II).

Section I Le statut d'Etat ennemi occupé *post bellum* justifiant un régime attentatoire aux biens privés.

Les gens marchent dans les rues, l'air abasourdi. La courte pause dans la marche de l'histoire les rend nerveux. L'écart entre le « plus maintenant » et le « pas encore » les irrite. La scène est lumineuse, mais vide. Où sont les acteurs ? La pièce ne continue-t-elle pas ? Les magasins sont fermés. Dans les vitrines et sur les portes, sur les panneaux et les affiches il est indiqué : « stock épuisé ».

7 mai 1945

E. Kästner, *Notabene*, Fischer, p.113

697. Le régime discriminatoire imposé à l'agresseur vaincu se concrétise dans des prérogatives conférées aux puissances d'occupation. Si un statut particulier est conféré à l'agresseur, un régime d'occupation particulier peut lui être imposé (§1). De ce régime relèvent les actes de saisie des biens des ressortissants de l'État ennemi occupé *post bellum*, effectués à titre de réparations de guerre (§2).

§1 Le caractère spécial d'une occupation postérieure à la capitulation de l'ennemi : un régime discriminatoire au détriment de l'ennemi vaincu

698. En effet, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, les prérogatives de puissance occupante exercées au détriment de l'Allemagne vaincue et occupée, n'étaient pas conformes

à l'institution de l'*occupatio bellica*. Il a été soutenu que cette occupation, à la différence de l'institution ordinaire d'occupation en droit international, avait un « caractère thérapeutique »¹⁷⁰⁵. L'élément novateur consiste en l'émergence d'une troisième zone qui dépasserait la distinction radicale entre paix et guerre, et dont relève l'institution d'occupation *sui generis*¹⁷⁰⁶. Les règles de l'institution de l'occupation militaire remontaient à une époque de séparation radicale entre la guerre et la paix en tant que régimes juridiques. La critique adressée par une partie de la doctrine à cette nouvelle version d'occupation non justifiable et non conforme au droit a été féroce¹⁷⁰⁷. Il faut souligner qu'au sein de cette institution dont la finalité était l'administration transformative, ont été identifiées les prémisses des formes ultérieures d'administration territoriale internationale¹⁷⁰⁸. L'institution de l'occupation *sui generis* était ainsi conforme à la prétention des États vainqueurs d'exercer un pouvoir suprême sur le territoire de l'État vaincu. Entre la cessation effective des hostilités et le rétablissement de la paix au sens plein et entier du terme, une forme mixte et transitoire d'occupation a émergé. Cet état intermédiaire d'une *occupatio post bellum et ante pacem* se caractérise par la finalité de l'occupation qui n'est plus liée aux opérations militaires : le but de l'occupation n'est pas d'utiliser le territoire occupé comme base de source de matières premières ou de site de production¹⁷⁰⁹. En effet, l'occupation belligérante diffère de l'occupation survenue après la défaite du fait que les effets de la première sont provisoires dès lors que le sort de la guerre n'est pas censé être encore scellé. La question qui se pose alors est celle des limites mises aux prérogatives des puissances occupantes dans le cadre de l'imposition d'un régime d'occupation postérieure à la capitulation de l'État ennemi¹⁷¹⁰.

¹⁷⁰⁵ M. McDougal, Fl. Feliciano, *Law and minimum world public order*, *op.cit.*, p.223. L'objectif étant « modification and reconstruction of certain basic enemy political, economic, social and legal institutions, the reorientation of mass and elite perspectives, the removal or limitation of enemy potential for war ». Krakau, *Feindstaatenklauseln*, *op.cit.*, p. 45 : « Le droit de disposition du vainqueur se réfère à la détermination finale du statut et des frontières, le "pouvoir suprême" qui en découle au pouvoir de quasi-gouvernement sur les affaires courantes. Du point de vue du contenu, la nouvelle manifestation du pouvoir du vainqueur — l'occupation "thérapeutique" à long terme au lieu de la disposition ponctuelle immédiate du vaincu — n'a pas de limite pratique, sauf par les principes de droit et d'humanité les plus généraux ».

¹⁷⁰⁶ G. Sauser-Hall, « L'occupation de l'Allemagne par les Puissances alliées », *Annuaire Suisse de droit international*, 1946, pp.9-63, p.36 : « qu'on se trouve en présence d'une occupation sui generis qui tient de l'occupation bellica par sa genèse, de l'occupation tutélaire par ses conditions et du trust international par son but ».

¹⁷⁰⁷ Pour une critique à cette théorie v. St. von der Beck, *Die Konfiskationen in der Sowjetischen Besatzungszone von 1945 bis 1949*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, 419 p., p. 168 : « Les puissances occupantes devaient donc en principe se conformer aux prescriptions d'une *Occupatio Bellica*. L'hypothèse d'une "troisième voie", au sens d'une *occupatio sui generis* avec des pouvoirs pratiquement illimités, suit au contraire le principe de "la force prime le droit", qui est étranger au droit international et qui semble certes apte à décrire l'aspect réel de l'occupation alliée de l'Allemagne, mais pas à le justifier ».

¹⁷⁰⁸ V. J. Kranz, « La frontière polono-allemande après 1945, un contentieux historique dans une perspective contemporaine », p. 103-123, dans SFDI, *Droit des frontières internationales*, Pédone 2016, Paris, 322 p., p.107.

¹⁷⁰⁹ W. Grewe, *Ein Besatzungsstatut für Deutschland*, *op. cit.*, pp.16 et s.

¹⁷¹⁰ Pour une analyse détaillée v. J. Fried « Transfer of civilian manpower from occupied territory », *AJIL*, 1946, pp. 303-331, p. 328 : « Under belligerent occupation, the occupant's limited powers derive from the physical fact of military occupation; under the post-surrender occupation, the right to occupy derives from the occupant's unlimited powers ».

699. Les accords de Yalta de 1945, relatifs au sort de l'Allemagne défaite, prévoyaient l'institution d'un régime d'occupation.¹⁷¹¹ La thèse des représailles a aussi été proposée par la doctrine pour justifier le comportement des puissances occupantes et les particularités du régime institué. Néanmoins, la logique des représailles repose sur l'idée que ces dernières sont révocables dès lors qu'il y a cessation du comportement prétendument illicite, à savoir les violations du *jus in bello* et du *jus ad bellum* imputées à la Troisième Reich. Cette hypothèse n'était plus envisageable à la suite de la capitulation allemande. Les particularités du régime d'occupation imposé à l'agresseur vaincu (a), justifiaient les prérogatives spéciales des puissances d'occupation (c). Plusieurs théories ont été proposées pour offrir un fondement solide aux prérogatives quasi souveraines confiées aux puissances d'occupation (b).

a. Le caractère discriminatoire du régime d'occupation imposé à l'agresseur.

700. L'expression « régime d'occupation imposé à l'agresseur » se caractérise sans doute par une antinomie intrinsèque. D'une part, l'institution d'occupation renvoie au cadre normatif d'un conflit armé international alors que, d'autre part, la qualification d'agresseur attribuée à l'État ennemi déploie tous ses effets discriminatoires à la suite de la cessation des hostilités. Cela est dû au fait que le régime discriminatoire est imposé et mis en œuvre contre l'agresseur lorsque ce dernier est déjà vaincu. Le régime d'occupation imposé aux États ennemis vaincus de la Seconde Guerre mondiale en constitue l'exemple emblématique.

701. L'institution de l'occupation belligérante présuppose la persistance du conflit armé et la reconnaissance de l'autorité du gouvernement de l'État soumis à l'occupation. Il faut souligner que les règles de l'occupation — notamment les articles de la Convention de la Haye ainsi que de la IV^{ème} CG — fondées sur la précarité intrinsèque à toute situation d'occupation, ne s'appliquent pas à l'hypothèse de la subjugation de l'État vaincu. Les règles de l'institution de l'occupation internationale s'appliquent, toutefois, aussi longtemps que la guerre se poursuit, même en cas de cessez-le-feu ou d'armistice, car ces formes de cessation des hostilités ne mettent pas fin à la guerre. Si l'occupation du territoire ennemi est consécutive à une reddition totale et inconditionnelle, la subjugation complète du territoire, la disparition de l'armée et du gouvernement ainsi que la cessation de toute lutte ôtent à l'occupation son caractère précaire et le droit de l'occupation n'a plus vocation à s'appliquer.

702. La question de la subjugation en tant qu'institution juridique pourrait se poser en cas de guerre de légitime défense menée contre l'agresseur. La subjugation de l'agresseur, conçue en tant qu'institution intrinsèquement discriminatoire, aurait comme conséquence la cession de

¹⁷¹¹ Krakau évoque l'effet déclaratoire de ces accords. *Feindstaatenklauseln*, *op.cit.*, p.38.

l'application des règles de l'occupation à ce dernier. Telle a été la pratique suivie après la reddition de l'Allemagne et du Japon en 1945. Toutefois, des réserves ont été émises de la part de la doctrine concernant la nature juridique du concept de subjugation. Une comparaison a ainsi été faite entre la subjugation et l'annexion. Il a été souligné que la licéité de la subjugation ne pourrait pas être déduite de la licéité éventuelle de l'annexion par un raisonnement *a maiori ad minus*, puisque la subjugation était présentée comme un *aliud* par rapport à l'annexion. En effet, cette dernière offre des garanties juridiques à la population du territoire annexé dans la mesure où celle-ci « acquiert, par l'incorporation, la nationalité de l'État annexant et acquiert ainsi un nouveau statut juridique »¹⁷¹². Le territoire de l'État devient ainsi partie intégrante du territoire du conquérant et bénéficie théoriquement d'une nouvelle protection de son intégrité vis-à-vis de tout tiers. En revanche, la subjugation, au sens de la simple prise en charge du pouvoir étatique, prive la population de l'État subjugué de tout statut juridique ainsi que de toute protection juridique certaine. Les ressortissants de l'État subjugué deviennent des simples « objets » d'un pouvoir étatique qui leur est étranger¹⁷¹³. En considération de la « singularité historique de la situation » en 1945, un « espace de non-droit » pouvait ainsi être créé dans lequel les Alliés auraient pu agir à leur guise¹⁷¹⁴.

b. Les finalités spécifiques du régime d'occupation *sui generis* imposé à l'ennemi vaincu.

703. Les objectifs assignés au régime d'occupation étaient l'éradication du militarisme et du nazisme allemands. Il était précisé de manière explicite dans l'accord de Potsdam que les Alliés pouvaient prendre, d'un commun accord, toutes les autres mesures nécessaires pour que l'Allemagne ne puisse plus jamais menacer ses voisins ou le maintien de la paix dans le monde entier¹⁷¹⁵. Les mêmes objectifs étaient fixés par les États-Unis lors de l'imposition du régime d'occupation *sui generis* au Japon. Parmi ces objectifs, figuraient la démocratisation de l'État despotique, la dissolution de *Zaibatsu*¹⁷¹⁶, à savoir des structures économiques traditionnelles servant de support pour l'économie japonaise, ainsi que la réforme du système agraire¹⁷¹⁷. Les

¹⁷¹² Grewe, *Ein Besatzungsstatut für Deutschland*, *op.cit.*, p.65.

¹⁷¹³ *Idem*, : « La subjugation est présentée en tant que forme d'assujettissement connue par le droit international colonial primitive des temps passés. Pour rejeter le caractère juridique de la subjugation en tant qu'institution, et pour mettre en exergue ses aspects atroces, l'auteur fait référence au gouvernement général établi par le régime national-socialiste sur les territoires polonais occupés », p. 67

¹⁷¹⁴ Expressions utilisées par Chr. Tomuschat, « Die Vertreibung der Sudetendeutschen Zur Frage des Bestehens von Rechtsansprüchen nach Völkerrecht und deutschem Recht », *ZaoeRV*, 1996, pp.1-69, p.37.

¹⁷¹⁵ BVerfG, 112, 1, *Bodenreform III*, 26 octobre 2004, p. 30 : « Le traité de Potsdam prévoyait que l'objectif de la politique d'occupation menée par les puissances alliées serait la transformation du système politique, sociale et économique du pays ».

¹⁷¹⁶ Les *Zaibatsu* constituaient des entités économiques contrôlées par des familles qui en raison de leur puissance économique jouaient un rôle considérable à la détermination de la politique gouvernementale. Les autorités d'occupation américaine ont affirmé leur objectif à dissoudre ces ensembles.

¹⁷¹⁷ V. E. Martin, *The allied occupation of Japan*, New York, American institute of pacific relations, 1948, xiv-155 p.

pouvoirs exercés par les forces d'occupation correspondaient à un régime de subjugation de l'État ennemi¹⁷¹⁸¹⁷¹⁹.

704. L'occupation *sui generis* était le résultat de la soumission à la volonté des États victorieux. Il s'agissait d'une modification radicale de l'institution de l'occupation et de l'acceptation de plusieurs exceptions¹⁷²⁰¹⁷²¹. La doctrine a voulu insister sur le besoin d'identifier un régime pour l'Allemagne qui n'entraînerait pas la perte de tout statut reconnu par le droit international.¹⁷²² Le terme « occupation mixte » a été proposé pour démontrer la différence qui sépare ce régime tant par rapport à l'occupation militaire que par rapport à

¹⁷¹⁸ V. Le rapport officiel de SCAP (*Supreme Commander for the Allied Powers*), *Economic and scientific section*, Natural Resources Division, Report no. 127, Japanese land reform program, pp. 13-14, passage cité par N. Ando, *Surrender, occupation, and private property in international law : an evaluation of US practice in Japan*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1991, xvi-208 p., p.30 : « The Potsdam Declaration [...] stated : The Japanese Government shall remove all obstacles to the revival and strengthening of democratic tendencies among the Japanese people. Freedom of speech, of religion, and of thought, as well as respect for fundamental human rights shall be established'. Any appraisal of the land tenure system inevitably indicated its conflict with this objective. The Japanese had promised to correct such situations; the Instrument of Surrender pledged the Japanese Government to take whatever action might be required by the Allied Powers for the purpose of giving effect to the Potsdam Declaration ».

¹⁷¹⁹ Dans le message adressé par le Président Truman, qui a pour objectif d'éclaircir l'autorité du SCAP vis-à-vis du gouvernement japonais : dans US Department of State, *Occupation of Japan-Policy and Progress*, US Gov.Print.Off., 1946, 173 p., p.88. V à ce sujet Ando, *Surrender, occupation, op.cit.*, p.130 : « The authority of the Emperor and the Japanese Government to rule the State is subordinate to you as the Supreme Commander for the Allied Powers. You will exercise your authority as you deem proper to carry out your mission. Our relations with Japan do not rest on a contractual basis, but on an unconditional surrender. Since your authority is supreme, you will not entertain any question on the part of the Japanese as to its scope [...] In addition to the conventional powers of a military occupant of enemy territory, you have the power to take any steps deemed [...] proper by you to effectuate the surrender and the provisions of the Potsdam Declaration ».

¹⁷²⁰ H. J. Schlochauer, « Zur Frage eines Besatzungsstatuts für Deutschland », *Archiv des Völkerrechts*, 1948, vol. 2, pp. 188-218, p.188.

¹⁷²¹ Sur la singularité du régime d'occupation imposée à l'Allemagne s'est exprimée le *British commander-in-chief General Sir Brian Robertson*, cité par J. Kunz, « The status of occupied Germany under international law: a legal dilemma », *Western political quarterly*, 1950, vol. 3, pp. 538-565, p.554 : « The present occupation of Germany has no precedent...was never envisaged by the authors of the Hague Convention. In view of the supreme authority vested in the four commanders-in-chief, there is no limit on their powers save those which they choose to adopt. Any allegation that measures taken by British Military Government constituted a violation of the said articles or of International Law are misconceived and beside the point ».

¹⁷²² R. Laun, « Der gegenwärtige Rechtszustand Deutschlands », *Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentliches Recht, Sonderdruck* 1948, p.9-21, p. 12 : « Le droit international général ne reconnaît pas le fait qu'il existe un vide sur le monde, un territoire où le droit international ne s'applique pas ». Le rejet d'une condition hors du droit qui permettrait aux États alliés de réglementer les rapports avec l'Allemagne est partagé par Schlochauer, « Zur Frage eines Besatzungsstatus für Deutschland », *op.cit.*, p.201 : « La situation de l'Allemagne à la fin de la Seconde Guerre mondiale étant sans précédent dans l'histoire du droit international public, on a souvent qualifié la situation de l'Allemagne de cas particulier et l'occupation du territoire allemand d'occupation *sui generis*. Cette conception impliquerait l'apparition d'un vide juridique et la création d'un droit spécial pour l'Allemagne. En revanche, pour des raisons de principe, et notamment pour la question du statut d'occupation, il semble d'une importance décisive que l'Allemagne, même après la défaite totale à l'issue d'une guerre totale, ne soit pas soumise à un droit spécial dans un espace vide de droit international public ou à un pouvoir de disposition des Alliés uniquement limité par l'autolimitation. La déclaration expresse de non-annexion des puissances victorieuses prévoit au contraire la protection juridique des règles du droit d'occupation développées dans le droit international classique, dans la mesure où elles peuvent s'appliquer à la situation donnée ». Pour Grewe, *Ein Besatzungsstatus, op.cit.* pp.23-24 : « Lors de la conférence de Yalta, les puissances victorieuses se sont engagées à créer un ordre mondial de droit consacré à la paix, à la sécurité et au bien-être général de l'humanité. Dans cette optique, il serait incompréhensible qu'elles nient à l'Allemagne leur attachement au droit international. La capitulation inconditionnelle de l'Allemagne ne les libère pas de cet engagement. Or, tout système juridique implique à la fois des droits et des obligations pour toutes les personnes concernées. Un ordre qui donnerait à l'un des partenaires des pouvoirs illimités et à l'autre aucune protection juridique ne serait pas un ordre de droit, mais un régime arbitraire ».

l'occupation de paix qui présuppose, quant à elle, un traité de paix ou tout autre accord¹⁷²³¹⁷²⁴. Les interrogations concernant des institutions comme celle de l'occupation d'intervention (ii)¹⁷²⁵ ou de l'occupation fiduciaire (i) n'ont pas vraiment de fondement en droit international. Il nous semble en effet difficile d'admettre la thèse, soutenue par une partie de la doctrine, selon laquelle l'Allemagne a été occupée pour son seul profit, soumise à une institution de trust. Une analyse plus détaillée de ces positions doctrinales s'impose (iii, iv).

i. La thèse de l'occupation fiduciaire.

705. Le terme de curatelle a été proposé à la place du terme d'occupation militaire. Le terme d'occupation fiduciaire a été employé pour désigner cette institution¹⁷²⁶. L'institution de *trusteeship*, employée comme idée à plusieurs reprises dans les cas des Nations Unies, présuppose l'existence d'un fiduciaire (*Treuhandgeber*) qui serait, en l'occurrence, la

¹⁷²³ Concernant l'occupation française du Ruhr v. art. 428 du traité de Versailles et l'accord du 28 juin 1919. Cette occupation entraine dans la catégorie des occupations de garantie. Le terme a été déjà proposé par Robin R., *Les occupations militaires en dehors des occupations de guerre*, Larose et Tenin, Paris, 1913, pp.ii-824, p.697 : « L'occupation militaire qui a seulement pour objet de garantir la fidèle exécution d'un traité, n'est qu'une voie de contrainte indirecte, une sorte de gêne, de charge imposée au débiteur pour l'obliger à exécuter ses obligations ; et il en est de même de l'occupation de fait, à titre de mesure coercitive pour contraindre un État à remplir ses devoirs internationaux. Peu importe que, dans un cas, le gage soit donné, livré par le débiteur (par suite d'une forte pression d'ailleurs), tandis que dans l'autre il est saisi, appréhendé d'autorité par l'État créancier. Le but poursuivi est le même et, étant donné ce but, on ne conçoit pas que l'exercice de la souveraineté appartienne, dans une mesure quelconque, à l'occupant. Puisqu'il s'agit d'une remise ou d'une prise de gage, celui-ci ne saurait avoir que les droits d'un créancier sur le gage qui est entre ses mains, c'est-à-dire un simple pouvoir de rétention jusqu'à l'exécution de l'obligation, un droit de détention, matérielle qui, en l'espèce, consistera dans le droit de mettre garnison sur le territoire occupé. (une forme de gage immobilier) ».

¹⁷²⁴ Pour une typologie des régimes d'occupation et leur analyse v. J. Kunz, « The status of occupied Germany under international law: a legal dilemma », *Western political quarterly*, 1950, vol. 3, pp. 538-565, not. pp.359-360. L'auteur considère que le régime d'occupation imposé à l'Allemagne se caractérise des traits qui sont uniques dans l'histoire. L'auteur considère aussi que le régime n'est pas comparable à celui imposé contre le Japon. Il rejette toute analogie avec le régime d'occupation imposé par la Grande-Bretagne en Afrique ou par l'Allemagne en Danemark. Sur cette dernière v. A. Ross, « Denmark's legal status during the occupation », *op. cit.* Sur les particularités de l'occupation imposée au lendemain de la Première Guerre mondiale sur le territoire de la Ruhr v. K. Heyland, *Die Rechtsstellung der besetzten Rheinlande nach dem Versailler Friedensvertrag und dem Rheinlandabkommen*, Kohlhammer, Berlin, 1923, vi-271 p.

¹⁷²⁵ R. Stödter, « Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands », *op. cit.*, p.117 : « Cette occupation est en même temps une intervention politique qui, par ses effets, équivaut à une révolution. Pour cette situation qualifiée de particulière, on a créé la figure juridique singulière de l'*occupatio interveniens*, dont la nature doit être caractérisée par la position intermédiaire entre une annexion privant le pays et le peuple y habitant de leur lien organisationnel et l'occupation politiquement indifférente, dominée par des objectifs militaires immédiats, relevant du règlement de la Haye sur la guerre terrestre ». Même s'il accepte le terme de guerre d'intervention l'auteur ne considère pas que son invocation pourrait être suffisante pour ne pas appliquer le droit humanitaire. « L'hypothèse selon laquelle la guerre menée par les Alliés contre l'Allemagne était une guerre d'intervention ne peut pas conduire à l'élimination du droit de la guerre, et notamment à l'abrogation de dispositions essentielles du droit international de l'occupation ».

¹⁷²⁶ G. Sauser-Hall, « L'occupation de l'Allemagne par les Puissances alliées », *op.cit.*, p.36. M. Rheinstein, « The legal status of occupied Germany », *Michigan law review*, 1948 pp.23-40. En s'opposant à l'emploi juridique du terme, Stödter considère que cette notion ne relève pas de la dogmatique du droit internationale mais de la politique du droit international (*Völkerrechtsdogmatik-Völkerrechtspolitik*), R. Stödter, « Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands », *op. cit.*, p.118. Il rejette la thèse de l'occupation fiduciaire parce qu'elle présuppose une relation conventionnelle, à savoir un contrat p.118 : « Or, la base d'une relation fiduciaire est en général une relation contractuelle. Dans le cas de l'Allemagne, cette condition fait défaut. Il n'existe pas non plus de base juridique de droit international public dont on pourrait déduire une relation fiduciaire quasi légale. Elle ne pourrait pas non plus être créée par une volonté correspondante des Alliés. La volonté unilatérale d'un belligérant, même s'il est composé de nombreux États, ne peut être considérée comme une règle objective de droit international ». L'auteur procède aussi à une analogie avec les régions coloniales en soulignant que l'Allemagne ne pourrait pas être assimilée à ces pays dans le cadre d'une relation qui serait similaire à celle des mandats ».

« communauté internationale » dans son ensemble¹⁷²⁷. Comme il ressort de la Convention de la Haye, les prérogatives spécifiques d'une puissance militaire d'occupation sont déterminées par la finalité de préservation de l'armée d'occupation, au détriment parfois des intérêts de la population civile du territoire occupé. En revanche, la séquestration fiduciaire de l'autorité de l'État devait servir les intérêts de la population du territoire occupé. En l'occurrence, la souveraineté législative allemande, assumée par les puissances d'occupation, ne devait pas être utilisée pour poursuivre les intérêts propres aux puissances d'occupation sur le sol allemand. Selon la finalité de l'occupation fiduciaire, le nouvel ordre juridique allemand devait se développer selon ses propres nécessités internes et selon les besoins du peuple allemand. Les contradictions inhérentes à l'invocation de l'institution juridique de l'occupation fiduciaire pour le cas de l'Allemagne ont été remarquées par la doctrine¹⁷²⁸. La doctrine a aussi employé le terme de détournement de pouvoir pour qualifier les prérogatives exercées par les puissances occupantes¹⁷²⁹.

706. La jurisprudence s'est aussi penchée sur le terme d'occupation fiduciaire¹⁷³⁰. La jurisprudence interne allemande a souligné le double caractère du régime d'occupation en interprétant la déclaration de Berlin du 5 juin 1945¹⁷³¹. L'argument de l'occupation fiduciaire a

¹⁷²⁷ Decken emploie le terme de « Verwesung » (décomposition) pour décrire la perte de la souveraineté allemande de la part de l'État Allemand S. Decken, « Die Grenzen der Geltung der Haager Landkriegsordnung », *German yearbook of international law*, 1948, p.22-26, p.24. A. Steiniger, « Ausschließbarkeit des Rechtsweges bei Staatshaftungsklagen durch neues Landesrecht? », *Neue Justiz*, 1947, pp.146-150, not. p.148. Il nomme le pouvoir exercé par les Alliés *Vormundschaft* (tutelle). Des auteurs ont attiré l'attention sur les similitudes du régime d'occupation imposé à l'Allemagne avec celui imposé à Cuba lors de son occupation par les États-Unis en 1902. P. ex., G. Zinn, « Das staatsrechtliche Problem Deutschland », *Süddeutsche Juristen Zeitung*, 1947, pp.4-12, p.10 « détenue en trust pour les habitants de Cuba à qui elle appartient légitimement ».

¹⁷²⁸ F.A. Mann, « Deutsches Vermögen im Ausland », *Neue juristische Wochenschrift*, 1947/48, pp. 601-608, p. 608. L'auteur attire l'attention sur l'existence d'un conflit d'intérêts : « En se fondant sur le droit du Conseil de contrôle de disposer des biens allemands à l'étranger, ils agissaient formellement comme le gouvernement de l'Allemagne, mais poursuivaient matériellement leurs propres intérêts, diamétralement opposés aux intérêts de l'Allemagne ». La thèse de la tutelle a été rejetée par des auteurs qui se sont appuyés sur les mesures de confiscation des biens privés prises par l'Union soviétique. Von der Beck, *op.cit.*, p 163 : « une utilité étrangère de ces mesures [n'est] reconnaissable sous aucun aspect possible, car les bouleversements de la structure de la propriété (*Umwälzungen der Eigentumsstruktur*) menés isolément dans la zone soviétique ne servaient ni les intérêts du Reich allemand, ni ceux de la communauté internationale, mais résultaient uniquement de l'orientation politique de l'Union soviétique stalinienne et de ses objectifs ».

¹⁷²⁹ V. Grewe, *Besatzungsstatut, op.cit.*, p. 52 : « Il y a détournement de pouvoir, pour utiliser ce terme précis de la doctrine juridique française, dans le cas d'une séquestration fiduciaire de la souveraineté de l'État, chaque fois que les fonctions de la souveraineté de l'État séquestrée sont utilisées pour satisfaire les intérêts économiques ou militaires ou d'autres intérêts de puissance des puissances occupantes au détriment du pays occupé. Le procès de Nuremberg a établi que l'Allemagne s'était rendue coupable d'un tel abus de pouvoir pendant la guerre, par exemple aux Pays-Bas ou en Norvège, où elle a procédé à une sorte de séquestration du pouvoir gouvernemental. De lourdes peines ont été prononcées contre les coupables. En déduire que les limites de la séquestration fiduciaire n'existent pas pour les puissances d'occupation opérant en Allemagne reviendrait à enterrer définitivement le droit international ».

¹⁷³⁰ Décision de l'*Obergericht* du canton de Zurich, du 1 décembre 1945, *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*, 1946, p. 209 : « Or, la situation qui prévaut aujourd'hui en Allemagne s'apparente le plus à une sorte d'administration fiduciaire du pouvoir étatique allemand par les puissances d'occupation ; on peut aussi dire que l'État allemand a la capacité juridique, mais pas la capacité d'agir, et qu'il a donc besoin d'un représentant ».

¹⁷³¹ BGH, Décision du 20 mai 1954, GSZ 6/53, *Neue juristische Wochenschrift*, 1954, p. 1073. En faisant référence à la déclaration de Berlin qui octroie aux puissances occupantes le pouvoir de manière temporaire, la Cour précise le sens du double caractère du régime : « Celle-ci reposait en partie sur l'exercice des droits que l'occupation guerrière (*occupatio*

été invoqué dans un recours devant la Cour constitutionnelle par les représentants d'une société dont les installations avaient été démantelées jusqu'en 1948. Ces actes ont été perçus par les requérants en tant que prérogatives d'un « pouvoir étatique allemand exercé à titre fiduciaire »¹⁷³². Toutefois, la Cour constitutionnelle n'a pas retenu la thèse de l'occupation fiduciaire soulignant que les mesures prises par les puissances alliées n'étaient pas conformes aux intérêts de la population locale¹⁷³³. En raison du fait que les autorités allemandes avaient agi en tant qu'organes d'exécution des puissances d'occupation, l'engagement de la responsabilité de l'État allemand pour les préjudices subis a été exclu.

ii. La thèse de l'occupation d'intervention.

707. Le bouleversement allemand de 1945 n'a pas pris la forme d'un coup d'État ou d'une révolution, mais d'une intervention déclenchée de l'extérieur. La finalité du régime d'occupation imposé était la consolidation et la promotion du nouvel ordre démocratique allemand. L'un des termes proposés pour décrire ce régime particulier, non assimilable à l'occupation de guerre, était celui de l'occupation d'intervention¹⁷³⁴. Cette occupation d'intervention n'était pas susceptible d'engendrer l'annexion. Elle ne visait pas à créer un protectorat, une suzeraineté ou toute autre relation de dépendance permanente. Elle n'avait donc pas pour but de soumettre l'État concerné à la domination ou au contrôle permanent de la puissance intervenante. Elle visait plutôt à établir un nouveau système politique autonome dans cet État qui était censé rester une entité politiquement indépendante¹⁷³⁵. L'intervention ne devait pas se transformer en une annexion déguisée et dissimulée qui aurait procuré à la puissance dominante les avantages d'une annexion sans lui imposer les obligations qui y sont liées. Une telle politique trouvait ses limites dans les principes universellement reconnus de l'organisation

bellica) conférait aux puissances occupantes. L'autorité de l'État allemand n'a pas été supprimée dans son essence. Mais dans la mesure où les puissances d'occupation ont revendiqué et exercé un pouvoir suprême plus étendu en Allemagne, cela ne peut être interprété juridiquement que dans le sens où, pour l'État allemand resté capable formellement d'agir, mais devenu incapable *de facto* d'agir, le pouvoir étatique allemand a été provisoirement exercé à titre fiduciaire par les puissances d'occupation. [...] Dans la mesure où les puissances d'occupation exerçaient ce pouvoir étatique, elles exerçaient donc le pouvoir étatique allemand ». La Cour constitutionnelle s'est aussi prononcée dans le sens du caractère double de l'occupation. V. BVerfG 1, 351.

¹⁷³² BVerfG 41, 126, *Reparationsschäden*, 14 janvier 1976, p.139, « pouvoir d'État allemand exercé à titre fiduciaire (*treuhänderisch ausgeübte deutsche Staatsgewalt*) ».

¹⁷³³ BVerfG 27, 253, *Kriegsfolgeschäden*, 3 décembre 1969, pp.272-273.

¹⁷³⁴ G. Zinn, « Das staatsrechtliche Problem Deutschland », *op.cit.*, p.8 ; v. aussi A. Steiniger, « Das Besatzungsstatut », *Neue Justiz* 1947, pp. 205-207. Toutefois, il faut préciser que le terme occupation d'intervention n'a pas été inventé pour le cas de l'Allemagne vaincue. Le terme a été utilisé par Robin dans sa typologie de régimes d'occupation non-identifiables à l'occupation militaire. « Dans l'occupation d'intervention, les pouvoirs de l'occupant [...] comportent une certaine immixtion dans l'administration du pays occupé : ce qui s'explique par le but même de ces occupations. Mais ils n'ont rien de fixe : leur étendue varie suivant les circonstances dans lesquelles se produit l'occupation. Tantôt, c'est la mise en tutelle du gouvernement de l'État occupé et la quasi-omnipotence de l'occupant ; tantôt, au contraire, celui-ci se borne à assurer la police et le rétablissement de l'ordre ». Robin, *Des occupations militaires en dehors des occupations de guerre*, *op.cit.*, p. 714.

¹⁷³⁵ Grewe, *Besatzungsstatut*, *op.cit.*, p. 25 et s.

constitutionnelle et du mode de gouvernement démocratiques. L'autonomie constitutionnelle du peuple allemand et la nécessité du fonctionnement démocratique de ses organes mettaient des bornes aux pouvoirs des puissances d'occupation.

iii. L'État ennemi occupé, un État mis sous séquestre.

708. L'interrogation sur les compétences des puissances alliées présuppose la réponse à la question préalable de la détermination du statut de l'Allemagne vaincue et de son identité en tant qu'État souverain. Il a été soutenu que la prise en charge par la puissance victorieuse du pouvoir étatique d'un État vaincu avait conduit à une mise sous séquestre des pouvoirs de ce dernier. Le terme de séquestre renvoie à la prise en charge par la puissance victorieuse du pouvoir étatique d'un État vaincu par la guerre. Selon cette hypothèse, ce pouvoir était exercé temporairement au nom de la puissance victorieuse, mais dans l'intérêt de l'État séquestré¹⁷³⁶. La mise sous séquestre ne serait qu'une forme de concrétisation de l'intervention. Puisque l'intervention avait éliminé les anciens organes de l'État allemand, la mise sous séquestre du pouvoir étatique allemand par les organes d'occupation était nécessaire.

iv. La thèse de la *debellatio*.

709. Au lendemain de la guerre, Kelsen, prenant en compte les objectifs des puissances alliées et leur volonté à mener des politiques internes de restructuration de l'État ennemi vaincu, a proposé la *debellatio* comme fondement possible des prérogatives revendiquées par les puissances alliées¹⁷³⁷. Par la fondation d'un nouvel État non contraint à signer un *Diktat*, comme au lendemain de la Première Guerre mondiale, aucune continuité avec le Troisième Reich ne pouvait être établie. La thèse de la *debellatio* était corroborée par la thèse du *condominium* dont les titulaires seraient les puissances alliées¹⁷³⁸. Le rejet de la thèse de la *debellatio* signifiait que

¹⁷³⁶ Grewe, *Besatzungstatut*, *op.cit.*, : « Il est conforme à la nature du droit international public traditionnel, en tant que droit fondé sur la coordination et l'égalité des États, qu'une telle reprise du pouvoir étatique repose généralement sur un accord contractuel, c'est-à-dire qu'elle prend la forme d'une cession administrative. Un droit international qui se rapproche des formes structurelles fédérales et qui autorise l'intervention politique pour préserver l'homogénéité démocratique de la communauté internationale doit également autoriser dans la même mesure la séquestration, qui est une forme juridique caractéristique des communautés fédérales ». p. 146. Pour une présentation de la pensée de Grewe dans le contexte de l'Allemagne occupée v. en détail, R. Lambertz-Pollan, *Auf dem Weg zu Souveränität und Westintegration (1948-1955)*, *der Beitrag des Völkerrechtlers und Diplomaten Wilhelm Grewe*, Baden-Baden, Nomos, 2016, 780 p., p.103-190

¹⁷³⁷ En faveur de la condition de *debellatio* s'est prononcée la Cour spéciale de Cassation danoise, dans une décision du 27 juin 1949 qui a souligné la disparition de l'autorité étatique. In re Flesche (1949), décision du 27 juin 1949 in (1949), *Annual digest of public international law cases*, p.266-267, (N. 87).

¹⁷³⁸ H. Kelsen, « The international legal status of Germany to be established immediately upon termination of the war », *AJIL*, 1944, vol. 38, pp. 689-694, et après la déclaration de Berlin, H. Kelsen, « The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin », *AJIL*, 1945, vol. 39, pp. 518-526. Ces thèses ont été adoptées aussi certains représentants de la doctrine française, v. J.V.A. Cuny, *La capitulation sans conditions de l'Allemagne et ses précédents historiques*, Berlin, Impr.Nationale, 1947, 70 p. ; M. Virally, *L'administration internationale de l'Allemagne : du 8 mai 1945 au 24 avril 1947*, Pedone, Paris, 1948, 180 p. Pour une critique de la thèse de *Condominium* v. E. Menzel, « Deutschland ein Kondominium oder Koimperium », *Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentliches Recht*, 1948, pp.43-86.

les prérogatives des puissances alliées devaient être appréciées à la lumière des règles de l'*occupatio bellica*.

710. Plus précisément, dans le cas de la *debellatio*, l'autorité suprême sur l'État vaincu s'exerce par le biais d'autres méthodes que celle de l'annexion de l'État conquis. En effet, toute défaite militaire complète n'est pas censée entraîner *ipso facto* la disparition de l'existence étatique du vaincu. L'effondrement objectif des capacités militaires de l'adversaire doit être accompagné d'un élément subjectif supplémentaire, à savoir de la volonté d'anéantissement du vaincu par le vainqueur. Un élément objectif et un élément subjectif sont ainsi présumés être les conditions constitutives de la *debellatio*¹⁷³⁹.

711. Le statut attribué à l'État allemand au lendemain de la guerre présente plusieurs particularités. Certes, et au-delà de la cession d'une partie de son territoire à l'est, l'Allemagne n'a pas fait l'objet d'une annexion dans sa totalité¹⁷⁴⁰. Malgré toutefois la non-annexion des parties de son territoire par les puissances d'occupation, un changement radical du titulaire du pouvoir souverain a eu lieu. En effet, les compétences du gouvernement allemand avaient été attribuées au Conseil de contrôle allié. Néanmoins, malgré ce changement radical en termes d'exercice de souveraineté, des éléments de continuité de la structure étatique ne faisaient pas défaut. Le constat de l'existence de signes de continuité étatique serait incompatible avec l'affirmation de la théorie de *debellatio*. La thèse de la continuité de l'existence de l'État allemand s'appuyait sur la distinction entre condominium et coimperium ou sur la distinction entre souveraineté et exercice de souveraineté. En effet, en vertu de la déclaration du 5 juin

¹⁷³⁹ Dans le cas de la *debellatio* ou de la capitulation inconditionnelle, le vaincu était livré au libre pouvoir de décision du vainqueur. L'institution romaine de la capitulation inconditionnelle, la *deditio*, marquait la fin de l'état de guerre et conduisait à l'autodestruction juridique de l'État, à sa soumission au pouvoir de disposition illimité de l'adversaire supérieur. Tite Live nous a transmis le formulaire de *deditio* dans le premier livre de son œuvre historique, qui traite de la période royale. Le roi romain présente le vaincu à la communauté de Collatia, Liv.1, 38, De Tite Live, *Histoire romaine*, tr. Nisard M., Firmin Didot Frères, Paris, 1869, p. 36 : « Voici comment les habitants se rendirent, et la formule dont on usa en cette circonstance. Le roi, s'adressant aux députés, leur demanda : "Êtes-vous les députés et les orateurs envoyés par le peuple collatin, pour vous mettre, vous et le peuple de Collatie, en ma puissance ? — Oui. — Le peuple de collatin est-il libre de disposer de lui ? — Oui. — Vous soumettez-vous à moi et au peuple romain, vous, le peuple de Collatie, la ville, la campagne, les eaux, les frontières, les temples, les propriétés mobilières, enfin toutes les choses divines et humaines ? — Oui. — Eh bien ! j'accepte en mon nom et au nom du peuple romain". Comme les Collatins, les Carthaginois ont remis, par leur *deditio*, le pouvoir absolu de disposer de leur communauté entre les mains des Romains. Le Sénat avait le choix entre remettre au peuple vaincu sa capacité de droit international ou l'éliminer. V. en détail L. De Libero, "Vernichtung oder Vertrag? Bemerkungen zum Kriegsende in der Antike", pp.3-23, p.20, dans Wegner B. (éd.), *Wie Kriege enden*, *op.cit.*

¹⁷⁴⁰ Dans les déclarations alliées du 5 juin à Berlin, les puissances alliées ont précisé de manière explicite que l'exercice de leur prérogative n'aurait pas pour effet d'annexer l'Allemagne. « Première déclaration, préambule, Les gouvernements des États-Unis, de l'Union des républiques socialistes soviétiques et du Royaume-Uni, et le gouvernement provisoire de la République française, assument par la présente l'autorité suprême à l'égard de l'Allemagne, y compris tous les pouvoirs détenus par le gouvernement allemand, par le haut commandement allemand, et par tout gouvernement ou autorité d'État, municipal ou local. La prise de cette autorité et de ces pouvoirs n'a pas pour effet d'annexer l'Allemagne ». <https://www.laguerrefroide.fr/DOCUMENTS/DOC-2442.pdf>

1945, les États alliés se considéraient titulaires de l'autorité suprême et non pas de la souveraineté.

712. Il se pose alors la question du contenu qu'il convient d'attribuer au terme d'autorité suprême et, surtout, de son rapport avec le contenu des prérogatives conférées dans le cadre de l'occupation de guerre. Le Conseil de contrôle présentait la particularité de constituer un organe d'occupation interallié et d'être parallèlement titulaire de l'autorité suprême du pays. Ce double rôle confié à cet organe constitue un défi pour le cadre ordinaire, déjà esquissé, des compétences attribuées à la puissance d'occupation. En effet, certains auteurs ont insisté sur le double rôle des organes d'occupation, dont les limites étaient esquissées par les intérêts du peuple allemand¹⁷⁴¹.

c. Le pouvoir suprême exercé par les puissances alliées au nom de l'État ennemi.

713. La réglementation juridique de l'institution de l'occupation militaire n'aurait pas pu servir les prétentions des puissances alliées, à savoir la capitulation totale et la disparition du gouvernement central. Néanmoins, le sens juridique exact du terme « capitulation totale » n'est pas facilement identifiable. Le seul objectif derrière l'utilisation de ce terme était l'effacement des limites qui pourraient être fixées aux prérogatives confiées aux puissances occupantes¹⁷⁴². Les tribunaux militaires alliés qui ont été institués en Allemagne se sont prononcés contre l'application des conventions de la Haye dans le cas de l'occupation allemande¹⁷⁴³. La

¹⁷⁴¹ H. von Mangoldt, *Grundsätzliches zum Neuaufbau einer deutschen Staatsgewalt*, Hamburg, Gesetz und Recht Verlag, 1947, 16 p., p.10 : « Il en résulte donc une situation juridique singulière, dans laquelle certains organes des puissances d'occupation peuvent agir tantôt en tant que pouvoir d'État allemand, tantôt en tant que puissance d'occupation, tandis que d'autres n'agiront qu'en cette dernière qualité ». F. Klein, « Das Besatzungsstatut für Deutschland », *Süddeutsche Juristen-Zeit.*, 1949, pp.737-754, p.742 : « Selon l'opinion majoritaire, la souveraineté d'occupation des Alliés en Allemagne est à la fois une compétence d'occupation militaire et une souveraineté appartenant à l'État allemand. Les organes de contrôle des Alliés sont par conséquent d'une part une autorité d'occupation militaire et d'autre part un administrateur de la souveraineté d'État allemande. Le régime d'occupation en Allemagne est donc, de par sa nature juridique, à double voie, une sorte de tête de Janus, et les puissances occupantes et leurs organes de contrôle occupent par conséquent une position juridique singulièrement double et exercent une double fonction ». A. J. Merkl rejetait la thèse de l'abolition de la personnalité juridique de l'État allemand par le recours à cette « occupation totale » (*totale Besatzung*). Les autorités allemandes subsistants étaient ainsi qualifiées de mandataires des puissances occupantes, voire « des mains prolongées des occupants au sens figuré du terme » (im Bilde gesprochen verlängerte Hand), v. A. J. Merkl, « Deutschland und die Verfassung der UN in völkerrechtlicher Sicht », pp. 645-652, dans *Gesammelte Schriften*, II vol. t. II, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 806 p., p. 646.

¹⁷⁴² H. J. Schlochauer, « Zur Frage eines Besatzungsstatuts für Deutschland », *op.cit.*, p.192 : « L'expression "unconditional surrender", inventée par les Alliés, n'est pas un terme de droit international, mais le terme générique d'une exigence politique. Les Alliés voulaient éviter de s'engager, comme ils l'avaient fait lors de la précédente guerre mondiale dans les principes de Wilson, sur certains principes pour le règlement de la paix et en particulier pour l'élaboration du traité de paix avec l'Allemagne. La notion d'"unconditional surrender" ne peut donc pas avoir d'effet rétroactif sur le statut juridique de l'Allemagne dans le sens d'un effacement de sa personnalité juridique ».

¹⁷⁴³ V. p. ex. Control Commission, Cour d'appel de la zone britannique, Décision du 31 décembre 1949 : « There was no Government in Germany after the occupation of the country by the Allied Forces. The so-called Doenitz Government never had any authority from the German people to represent them. With the collapse of German armed resistance there resulted...the complete collapse of governmental structure and disintegration of administrative organization...The Control Council and the Zone and Sector Commanders in their respective spheres are neither mere de facto authorities set up by a belligerent occupant with limited powers nor are they ruling the occupied territory adversely to any existing German Government, for there is no other German Government; but they are for the time being, the supreme organs of

répartition des compétences des puissances entre-elles a été particulièrement perplexe étant donné que les affaires relevant de l'État allemand dans sa globalité étaient soumises au Conseil de contrôle auquel siégeait des représentants des pays alliés¹⁷⁴⁴. Selon le paragraphe 5 de la déclaration de Berlin du 5 juin 1945, les gouvernements des quatre puissances victorieuses avaient pris en charge « the supreme authority with respect to Germany, including all the powers possessed by the German Government ». Il paraît que le titre juridique de ce pouvoir suprême était, tout simplement, le droit du vainqueur.¹⁷⁴⁵ Cette interprétation a été par ailleurs adoptée par la Cour constitutionnelle allemande qui, dans son arrêt du 29 juillet 1952, relatif à l'accord de Petersburg portant sur la limitation des futurs démontages, a précisé que les Hauts Commissaires alliés n'ont pas conclu l'accord en question en tant que représentants de leurs États respectifs, mais dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir suprême sur l'Allemagne¹⁷⁴⁶. Lors de la conférence de Potsdam des quatre puissances victorieuses, tenue du 17 juillet au 2 août 1945, les Alliés avaient réaffirmé que les commandants en chef des forces armées, en tant que membres du Conseil de contrôle, exerçaient le pouvoir suprême de gouvernement en Allemagne. Ce pouvoir suprême était exercé, d'une part, selon les principes directeurs de chaque gouvernement respectif dans chaque zone d'occupation et, d'autre part, conjointement pour les questions concernant l'Allemagne dans son ensemble¹⁷⁴⁷.

Government in Germany. For these reasons we cannot agree that they are restricted by the limitations placed by the Hague Convention on a belligerent occupant... We are satisfied that Section III of the Hague Regulations does not apply and has never, since the Allies assumed supreme authority over the occupied territory, applied, to the present occupation of Germany ». *Dalldorf, and others v. Director of Prosecutions* 1949, *Ann. Dig.* 1955, p.435-439, p.437-8.

¹⁷⁴⁴ F.A. Mann, « Deutschlands heutiger Status », *Süddeutsche JuristenZeitung*, 1947, pp.465-480, p.472 : « Chacun des quatre commandants en chef est le mandataire des quatre gouvernements dont il exerce le pouvoir, mais il n'est pas soumis au contrôle des quatre gouvernements, mais aux instructions de son propre gouvernement. Il n'est pas non plus soumis au Conseil de contrôle, dont la compétence est limitée aux questions qui concernent l'Allemagne dans son ensemble ». Il faut préciser que dans la déclaration de Potsdam du 5 juin 1945, il a été précisé que l'exercice de l'autorité suprême n'était pas l'équivalent de l'annexion.

¹⁷⁴⁵ « Le pouvoir suprême de la déclaration du 5 juin 1945 a donc été repris après la fin des opérations militaires et la capitulation inconditionnelle des forces allemandes, non pas sur la base d'une conquête temporaire, mais sur la base d'une victoire accomplie ». Kaufmann E., *Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung*, Stuttgart, Koehler, 1948, 84 p., p.9.

¹⁷⁴⁶ BVerfG I, 351, p. 367 : « La situation juridique de l'Allemagne sous l'occupation alliée est sans précédent dans l'histoire du droit international. À la suite de la défaite militaire, à l'occupation totale du territoire allemand et à l'élimination du gouvernement allemand, les Alliés ont pris le pouvoir suprême en Allemagne dans la déclaration des quatre puissances du 5 juin 1945 ».

¹⁷⁴⁷ La proclamation no 1 du 30 août 1945 concernant le *Conseil de contrôle*, précisait l'étendue des compétences exercées par les puissances occupants. Il y était indiqué que l'autorité suprême pour les affaires concernant l'Allemagne dans son ensemble était confiée au Conseil de contrôle (*Angelegenheiten, die Deutschland als Ganzes angehen*), *Proklamation Nr. 1 des Alliierten Kontrollrates Aufstellung des Kontrollrats*, <https://www.verfassungen.de/de45-49/kr-proklamation1.htm>. V. a Proclamation no 2 du 20 septembre 1945, par. V, 14, a : « Il ne peut être disposé en aucune manière des biens, avoirs, droits, titres et intérêts à l'étranger de toutes les personnes résidant ou exerçant une activité professionnelle en Allemagne sans l'autorisation des représentants alliés ». *Kontrollratsproklamation Nr. 2, Zusätzliche an Deutschland gestellte Forderungen, Proklamation Nr. 2 des Kontrollrats in Deutschland (1945)*, <https://www.verfassungen.de/de45-49/kr-proklamation2.htm>.

714. Les puissances militaires ont eu recours, dans la mesure où leurs besoins militaires rendaient nécessaires certaines interventions dans le droit allemand, aux ordonnances ou décrets militaires.

715. Il faut préciser qu'une extension exponentielle des prérogatives de la puissance occupante n'aurait pas été conforme au droit international¹⁷⁴⁸. L'étendue des prérogatives octroyées aux puissances d'occupation en vertu du droit international a été examinée à l'occasion de la réforme monétaire de 1948. La Cour Constitutionnelle, en se prononçant sur sa licéité, a interprété cette réforme en tant que moyen au service de l'objectif de reconstruction économique, conforme à l'article 43 de la IV Convention de la Haye de 1907, selon lequel la puissance occupante peut prendre des mesures « en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics »¹⁷⁴⁹. Le Conseil d'État français s'est aussi prononcé sur la qualité des compétences reconnues au profit du commandant en chef français, en s'appuyant sur la déclaration de Berlin, la loi no 53 du commandement suprême interallié relative au contrôle des transactions en Allemagne, ainsi que sur l'ordonnance no 28 du 29 décembre 1945 sur le commerce extérieur, en vertu de laquelle un office de commerce extérieur de la zone française d'occupation avait été constitué. Le Conseil d'État a précisé que le commandant en chef français devait être regardé « comme exerçant une attribution qui se rattache au gouvernement de l'Allemagne et qu'il n'agit pas en cette matière comme autorité de l'État français »¹⁷⁵⁰. Un tel organe était ainsi susceptible d'intervenir en double qualité, tantôt comme autorité d'occupation, tantôt comme autorité exerçant le pouvoir suprême de l'État occupé. Dans cette dernière hypothèse, en cas de dommages découlant d'un acte illicite, la responsabilité de l'État d'occupation ne pouvait pas être engagée¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴⁸ R. Stödter, « Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands », *op.cit.*, p.122 : « L'attribution de pouvoirs étendus à l'occupant n'est possible que si elle s'accompagne de la définition de certaines obligations qui en sont le corollaire. L'occupant n'est pas un roi Midas qui a le pouvoir de se prononcer sur tout ce qu'il touche ».

¹⁷⁴⁹ BVerfG 27, 253, *Kriegsfolgeschäden*, 3 décembre 1969. En l'espèce, le 1er avril 1945, les autorités d'occupation britanniques avaient réquisitionné des maisons individuelles et des appartements appartenant aux requérants ou à leurs prédécesseurs légaux afin d'y installer un camp de personnes déplacées (*displaced persons*). Aux victimes ont été livrées des attestations fixant le montant d'indemnisations pour les dommages mobiliers. A ce moment est survenue la réforme monétaire. La Cour a considéré que le principe d'égalité n'est pas violé en raison du fait que reposant sur des considérations sociales le législateur

¹⁷⁵⁰V. p. ex. CE, 29 juin 1951, *Société Bonduelle*, *Rec. Lebon*, pp. 376 et s., J.C.P., 1952.2.7032, note M. Virally.

¹⁷⁵¹ CE, section, 10 juillet 1954, *Kelm*, *Recueil Lebon*, 1954, pp.469 et s. En l'occurrence, le différend concernait un véhicule automobile allemand acquis dans la zone française d'occupation par un membre de l'armée française. « Considérant qu'il résulte de l'instruction que la réquisition du véhicule du sieur Kelm a été ordonnée pour les besoins de l'armée française d'occupation en vertu de l'art. 4 de l'ordonnance n.5 du 4 septembre 1945, relative au contrôle de l'économie allemande à l'intérieur de la zone française d'occupation, prise par le commandant en chef français en Allemagne par application des dispositions de la déclaration du 5 juin 1945, faite à Berlin par les représentants des commandements suprêmes alliés, et du décret du 15 juin qui a créé un commandement en chef chargé d'assurer l'exercice du gouvernement sur les territoires allemands occupés par les forces françaises ; que les actes accomplis par le commandant en chef français dans l'exercice des pouvoirs que lui confèrent les actes internationaux susmentionnés ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de l'État français ; que le requérant n'est, dès lors, pas fondé à soutenir que c'est à tort que le ministre de la Défense nationale a rejeté sa demande d'indemnité ». Le commissaire du

716. Les alliés ont souligné, à de nombreuses reprises, que leur comportement ne pouvait pas être déterminé par des règles précises¹⁷⁵². Toutefois, les vainqueurs avaient décidé en 1945 que le peuple allemand ne devait pas être anéanti en tant que tel, mais qu'il devait subsister et ne pas perdre sa place parmi les peuples libres et pacifiques du monde. Il s'ensuit qu'il était interdit, du point de vue du droit international, de faire valoir des demandes de réparation d'une ampleur et d'une forme destructives pour l'existence même du peuple allemand. Cette finalité devait guider les décisions des puissances victorieuses dont les prérogatives ne devaient pas priver « l'État allemand subsistant — mais en même temps transformé et renouvelé — du droit fondamental à l'honneur, à l'existence et à l'autodétermination. Des auteurs critiques à l'égard des prérogatives des puissances d'occupation ont souligné qu'une discrimination politique permanente, ainsi que l'érosion des fondements de l'existence allemande par le recours à des annexions, des démontages, des confiscations et des réparations intolérables, seraient incompatibles avec le principe d'autodétermination. Le droit à l'autodétermination était aussi violé par l'expulsion arbitraire des millions d'Allemands de leur ancien sol natal ou par l'interdiction de l'auto-organisation démocratique autonome¹⁷⁵³.

717. Les particularités du régime d'occupation esquissent un statut spécial attribué à l'ennemi vaincu. L'attribution de ce statut à ce dernier était justifiable par référence à sa qualité d'agresseur ennemi vaincu. Cette qualification constituait ainsi le fondement juridique de la mise en œuvre d'un régime de responsabilité sous forme de réparations de guerre. Néanmoins, la controverse autour de la licéité de ces mesures persistait pendant longtemps.

gouvernement auprès du CE explique « En effet, comme les représentants français dans les pays de protectorat ou sous mandat ou même sur certains autres territoires étrangers, ce commandant en chef agit en une double qualité, tantôt comme autorité française, tantôt comme autorité étrangère. S'il intervient au premier titre, l'État français encourt normalement la responsabilité de ses fautes de service ; si au contraire, il se comporte comme autorité allemande, l'État français ne peut en aucun cas avoir à indemniser les conséquences dommageables de ses actes », p. 471.

¹⁷⁵² À une plainte de l'État d'Essen contre le démontage de l'industrie Krupp, l'*Oberbefehlshaber* de la zone britannique Général Robertson avait répondu au maire de la ville : « Il n'y a pas de gouvernement allemand : le pouvoir suprême en Allemagne est exercé par les quatre commandants en chef, chacun dans sa propre zone d'occupation et également ensemble pour toutes les affaires concernant l'Allemagne dans son ensemble. En vertu du pouvoir suprême qui leur a été conféré, il n'y a pas de limite à leurs pouvoirs, à l'exception de ceux qu'ils se fixent eux-mêmes ». Cité par von der Boeck, *Die Konfiskationen*, *op.cit.*, pp.166-167. Dans les directives qui concernaient l'occupation américaine de l'Allemagne, on trouve des traces du plan Morgenthau dont l'objectif principal était la transformation de l'État allemand à un État agraire. Directive JCS 1067 du 14 mai 1945 qui a été opératoire jusqu'au 17 juillet 1947 : « Germany will not be occupied for the purpose of liberation but as a defeated enemy nation », cite par F.W. Rothenspieler, *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht*, *op.cit.*, p. 104. La thèse de la responsabilité collective est manifeste. Point n. 16 : « except as may be necessary to carry out these objectives, you will take no steps (a) looking towards the economic rehabilitation of Germany, or (b) designed to maintain or strengthen the German economy ». Le caractère punitif de cette direction était évident.

¹⁷⁵³ Grewe, *Besatzungsstatut*, *op.cit.*, p.182.

§2 Les atteintes au droit à la propriété privée des ressortissants de l'État occupé *post bellum* à titre de réparations de guerre.

718. Après l'examen des traits spécifiques du régime d'occupation imposé à l'État allemand, en vertu de sa qualité d'État ennemi, il convient de se pencher sur l'identification des prérogatives, dont les titulaires seraient les puissances alliées, en matière de gestion, voire de saisie des biens des ressortissants allemands. L'intérêt porte sur les mesures prises à l'égard des biens appartenant à la population de l'État vaincu. Notre étude se focalisera sur les mesures visant les biens allemands dans le cadre de l'institution spéciale de l'occupation imposée à l'État ennemi. La mise en place d'un régime de réparations fondé sur la saisie et le transfert des industries privées constitue le point culminant du détournement des prérogatives exercées par les puissances d'occupation¹⁷⁵⁴ (a). Ces actes entrepris par les autorités d'occupation ont été reconnus comme valides par l'ordre juridique allemand (en l'occurrence la RFA, pour la RDA *infra*) (b).

a. Des actes de confiscation de biens privés non conformes au droit de l'occupation belligérante.

719. Il faut se demander si la pluralité des missions confiées aux puissances alliées, exerçant leurs prérogatives à titre de puissances d'occupation sur les États ennemis vaincus, avait des conséquences sur la gestion des biens privés. Outre la saisie des biens ennemis sis sur les États créanciers, les réparations en nature, ou « les dations en paiements », les réparations ont pris la forme des démontages d'industries¹⁷⁵⁵. Les nombreux prélèvements effectués sur l'économie allemande depuis 1945 devaient être crédités sur le compte des réparations, qu'il s'agisse de réparations au sens formel ou d'autres interventions non-autorisées par le droit international, à savoir des démontages d'industries de paix et, plus généralement, des actions de la puissance occupante dépassant les prérogatives du cadre des compétences esquissés par la Convention de la Haye de 1907¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵⁴ La Cour constitutionnelle allemande, dans sa première décision sur la réforme agraire, que nous examinerons en détail plus loin, a précisé que la destruction systématique des entreprises industrielles allemandes, la confiscation des biens allemands sis à l'étranger, l'enlèvement de la flotte de commerce et en général la réduction drastique du potentiel économique allemand, suivie par l'abaissement du niveau de vie de la population allemande ne pouvaient pas être perçus comme des manifestations d'« exercice normal de la puissance publique allemande et allaient manifestement à l'encontre de l'intérêt allemand » BVerfG 41, 126, *Reparationsschäden*, 14 janvier 1976, p. 159.

¹⁷⁵⁵ Pour cette qualification v. D'Argent, *Les réparations de guerre*, *op. cit.*, pp.826-827. L'auteur précise qu'« [o] pérant des "réparations en nature" (ou, plus correctement, des dations en paiements), les "démontages" entendaient aussi éviter la répétition des difficultés économiques nées de la mise en œuvre du traité de Versailles, qui avait imposé à l'Allemagne d'importants paiements monétaires ».

¹⁷⁵⁶ W. Grewe, *Ein besatzungsstatut für Deutschland*, *op.cit.* p. 219 « Le transfert d'entreprises aux mains des forces d'occupation, le démantèlement d'industries de paix, le vol de brevets allemands, de secrets de fabrication, etc. font partie de ces interventions inadmissibles. Dans la mesure où de telles interventions illicites ont eu lieu et ne peuvent pas être annulées, leur contre-valeur totale doit être déterminée de manière impartiale et créditée sur le compte de réparation ». La démilitarisation, impliquant le pouvoir de démanteler l'industrie de guerre, se concrétisait aussi à la

720. Toutes les atteintes à la substance de l'économie allemande, à l'exception du démantèlement des industries de guerre pures, auraient dû être considérées comme inadmissibles puisqu'elles nuisaient la capacité même de l'Allemagne à verser les réparations de guerre¹⁷⁵⁷. Selon Kaufmann, les puissances victorieuses ont pris les mesures de réparation dans l'exercice du pouvoir suprême qu'elles ont assumé en Allemagne après l'effondrement du *Reich*. Cet auteur considérait que les mesures en question étaient justifiées en raison de « l'objectif politique de briser la volonté de l'adversaire » et à la « signification politique de la capitulation militaire »¹⁷⁵⁸.

721. Toutefois, si le vainqueur n'est pas autorisé à décider unilatéralement de l'ampleur des réparations et de leur mode d'exécution, il ne peut pas non plus être titulaire du droit d'instituer un régime d'occupation spéciale ayant pour objectif la réclamation des réparations de guerre. Un tel objectif dépasse les limites de ses prérogatives codifiées par la Convention de La Haye relative à l'occupation de guerre. La référence à la théorie du *ius postliminium* n'était pas en mesure de dissiper le doute quant au caractère illicite des actes des puissances d'occupation.

i. Le rejet de la théorie du *ius postliminium*.

722. La réflexion autour des prérogatives des puissances d'occupation sur les biens privés renvoie à l'institution du *ius postliminium*. Le *ius postliminium* constituait un titre de réclamation de la restitution des biens accaparés lors d'une occupation de guerre à la suite de la cessation de cette dernière. Le droit de postliminie était ainsi « une fiction juridique en vertu de laquelle les choses ou les personnes tombées au pouvoir de l'ennemi, recouvrent leur état primitif lorsqu'elles rentrent sous la puissance de la nation à laquelle appartenaient avant la guerre »¹⁷⁵⁹. En droit romain, cette règle concernait indistinctement les objets mobiliers et les

prise de contrôle de l'industrie de paix disponible afin que sa production soit destinée à d'usages exclusivement pacifiques. Grewe insiste sur le fait que : « Compte tenu de l'ampleur extraordinaire des possibilités de contrôle offertes par l'organisation industrielle moderne, il faut partir du principe qu'en cas de doute, le rôle de contrôle est suffisant et que le démantèlement est superflu. Le démontage aurait donc dû être limité à l'industrie de guerre proprement dite. Les industries de paix, qui peuvent être reconverties dans la production de guerre ou qui sont indirectement importantes pour la production de guerre, n'auraient pas dû être démontées, mais seulement contrôlées. Un démantèlement dans le seul but de réduire la capacité industrielle allemande n'est pas justifié par l'objectif de démilitarisation de l'Allemagne. Il n'y a pas non plus d'autre raison discutable du point de vue du droit international. Le droit d'occupation devrait donc partir du principe de l'arrêt immédiat de tous les démantèlements » p. 211.

¹⁷⁵⁷ *Idem*, p.220 : « La valeur des installations et des machines démontées est minime par rapport à la destruction de valeur et aux coûts de démontage pour le bénéficiaire. L'utilité pour lui serait bien plus grande si les installations en question pouvaient fonctionner en Allemagne pour le compte des réparations. Le véritable objectif des démontages n'est donc pas, dans une large mesure, d'obtenir des réparations, mais de nuire à la force de réparation de l'Allemagne. La valeur des installations et des machines démontées est minime par rapport à la destruction de valeur et aux coûts de démontage pour le destinataire. L'utilité pour lui serait bien plus grande si les installations en question pouvaient fonctionner en Allemagne pour le compte des réparations. Le véritable objectif des démontages n'est donc pas, dans une large mesure, l'obtention de réparations, mais la réduction de la capacité de production allemande, non pas pour des raisons de sécurité, mais pour des raisons de concurrence avec l'industrie allemande. Il n'y a pas de légitimité en droit international pour des interventions motivées par de telles raisons ».

¹⁷⁵⁸ E. Kaufmann, « Die Reparationsschäden », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1963, Band 88, pp. 1-37, p. 8.

¹⁷⁵⁹ C. Calvo, *Dictionnaire de droit international public*, Paris, Pedone, 1885, vol.ii, 374 p., p.94.

immeubles, prévoyant leur restitution à leurs anciens propriétaires¹⁷⁶⁰. On pourrait en déduire la règle selon laquelle, « les biens immeubles dont l'ennemi s'était emparé retournent à leurs propriétaires légitimes d'avant la guerre, si l'ennemi vient à être repoussé »¹⁷⁶¹. Le *ius postliminium* pourrait se concrétiser en vertu des dispositions de traités de paix portant sur les actes accomplis par une puissance occupante et prévoyant la restitution des biens saisis. Cette restitution serait fondée sur l'affirmation de la nullité des actes de la puissance occupante. En revanche, la mise en œuvre de l'institution du *ius postliminium* a été exclue dans le cas de conquête d'un territoire par le vainqueur. L'adversaire vaincu ne serait pas ainsi en mesure d'annuler les faits accomplis pendant la période de conquête qui peuvent même être confirmés par un traité de paix. De toute manière, à la lumière du droit international contemporain et des limites que celui-ci pose, en vertu des Conventions de la Haye et de Genève, toute référence au *ius postliminium*, comme institution restreignant les pouvoirs de l'autorité occupante, semble n'avoir qu'un intérêt historique.

ii. La licéité incertaine des actes des puissances d'occupation.

723. Le régime exceptionnel d'une occupation sui generis imposée à l'État ennemi soulevait plusieurs questions liées à l'identification du fondement précis de chaque acte. L'une des questions les plus épineuses était celle de la compétence des puissances d'occupation de réglementer le sort des biens des Allemands sis à l'étranger. Un conflit de compétences pouvait ainsi éclater puisque les prétentions de réglementation formulées par les puissances d'occupation ne coïncidaient pas nécessairement avec les plans de gestion ou encore de saisie des biens des Allemands de chaque État tiers. En effet, les puissances d'occupation avaient la compétence de réglementer le sort des biens privés allemands sis à l'étranger en vertu la loi no 5 du Conseil de Contrôle¹⁷⁶². En revanche, les États sur les territoires desquels se trouvaient

¹⁷⁶⁰ Sur l'influence exercé par le droit romain sur les institutions du droit international public v. A. Nussbaum, « The significance of roman law in the history of international law », *University of Pennsylvania, law review*, 1952, pp. 678 — 687.

¹⁷⁶¹ *Idem*, p.687.

¹⁷⁶² Loi no 5 du Conseil de contrôle, en date du 30 octobre 1945, relative à la prise en charge et au recensement des avoirs allemands à l'étranger, entrée en vigueur le 4 novembre 1945, dans *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, n. 2, 30 novembre 1945, p.27 : « En vertu de la décision du Conseil de contrôle de prendre en charge le contrôle de tous les biens allemands à l'étranger et de soustraire de tels biens à leurs propriétaires allemands, afin de promouvoir ainsi la paix internationale et la sécurité générale en éliminant le potentiel de guerre allemand, et conformément aux décisions de la Conférence de Potsdam et aux principes politiques et économiques qui doivent s'appliquer à ce problème, le Conseil de contrôle promulgue la loi suivante "Article I. Il est constitué une Commission des biens allemands à l'étranger (ci-après dénommée 'la Commission'), composée des représentants des quatre puissances occupantes en Allemagne. Pour l'application des dispositions de la présente loi, la Commission est constituée en tant qu'organe interallié du Conseil de contrôle et est dotée de tous les pouvoirs et de toutes les compétences nécessaires. Article II. Tous les droits et revendications de quelque nature que ce soit sur des biens quelconques situés hors d'Allemagne et qui sont possédés, détenus ou contrôlés par une personne de nationalité allemande se trouvant en Allemagne sont transférés par les présentes à la Commission. Article III Tous les droits et intérêts de quelque nature que ce soit sur des biens situés hors d'Allemagne et appartenant à, détenus ou contrôlés par une personne de nationalité allemande située hors d'Allemagne ou par une succursale d'une entreprise quelconque ou par une entité ou autre

les biens des Allemands se prévalaient de leur compétence territoriale. Le pouvoir fondé sur le titre territorial de l'État dans lequel se trouvaient les biens entraînait ainsi en conflit avec le pouvoir exercé par l'État en vertu d'un lien personnel avec ses propres ressortissants¹⁷⁶³. Ce pouvoir personnel était attribué au Conseil de contrôle qui assurait l'ensemble des compétences du gouvernement allemand. C'est à titre de la compétence personnelle sur les ressortissants allemands résidant à l'étranger que cette prérogative de régler leur situation patrimoniale pouvait être exercée¹⁷⁶⁴. Certains auteurs ont même considéré que l'État, et en l'occurrence le Conseil, en s'appuyant sur sa compétence personnelle, pouvait non seulement réclamer le retour de ces biens, mais aussi demander aux personnes concernées la remise de leurs biens privés¹⁷⁶⁵. Cette réclamation ne pouvait pas toutefois avoir des effets sur le territoire de l'État étranger¹⁷⁶⁶. Par conséquent, des doutes légitimes ont été exprimés quant à la question de savoir si la

personne morale constituée en vertu de la loi allemande ou ayant son siège social en Allemagne, sont transférés par les présentes à la Commission”.

¹⁷⁶³ H. Drost, « Die Rechtslage des deutschen Auslandsvermögens », *Archiv des Völkerrechts*, 1950, 2 Band, pp. 298-304, p.303 : « Un État dans lequel se trouvent des biens appartenant à des étrangers peut-il être légalement obligé, par une loi de l'État d'origine de ces étrangers, de saisir ces biens et de les transférer à cet État ? Le point de départ pour répondre à cette question ne peut être que le fait que chaque État est souverain dans l'organisation de son ordre juridique, à moins qu'une norme de droit international ne le lui interdise à certains égards. Cela vaut également pour l'ordre juridique national, en particulier pour les dispositions relatives aux conditions d'acquisition ou de perte des droits patrimoniaux. Si un État doit être obligé d'adopter une certaine réglementation en faveur de certains étrangers, il faut prouver qu'il existe une norme de droit international public qui fonde une telle obligation juridique. Une telle norme juridique n'a jamais été reconnue par la jurisprudence internationale — aucun juge international n'a jusqu'à présent soutenu la position selon laquelle un État indépendant est juridiquement obligé d'exproprier certains étrangers ou même de transférer leurs biens à un autre État simplement parce que cet autre État, en tant qu'État d'origine de ces étrangers, l'exige — et une telle norme juridique ne peut pas non plus être tirée du droit international conventionnel ou coutumier en tant que conviction juridique générale. Elle n'existe pas. Par conséquent, chaque État est libre de décider dans quelle mesure il applique dans sa législation les expropriations exigées par les lois d'autres États ».

¹⁷⁶⁴ Bluntschli interprète le *jus avocandi* en tant que manifestation de la compétence personnelle. Il s'agit de la compétence de l'État à faire appel à ses ressortissants résidant à l'étranger pour contribuer à des opérations militaires de l'État. L'auteur reconnaît aussi, à titre exceptionnel, la possibilité de réclamer des taxes par ces mêmes personnes. V. *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten*, Nördlingen, 1868, pp. 217-218. Il s'agit en l'occurrence d'une extension de la compétence personnelle de l'État qui pourrait même atteindre les biens de ses propres ressortissants. Pour cette raison, la compétence territoriale sur les étrangers pourrait être qualifiée de « limitée ». Verdross, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1937, xv-362 p., p. 219 : « L'étranger sur le territoire national est donc soumis en partie à la souveraineté territoriale de l'État de résidence et en partie à la souveraineté personnelle de son État d'origine ».

¹⁷⁶⁵ Verdross, *Idem*, p.137-138 : « En effet, un État peut exiger de ses ressortissants qu'ils reviennent de l'étranger, leur demander de rapatrier leurs biens dans leur État d'origine et les obliger à payer des impôts personnels. [...] Le droit international lui interdit seulement de leur ordonner de violer les normes de l'État de résidence fondées sur la souveraineté territoriale, puisque l'étranger est également soumis à la souveraineté territoriale de l'État de résidence. Par une telle mission, l'État d'origine se rendrait donc coupable d'une ingérence dans l'ordre interne de l'État de résidence. Il n'en résulte toutefois pas que la souveraineté territoriale prime sur la souveraineté personnelle. Au contraire, elles se limitent mutuellement, car l'État de résidence ne peut pas non plus imposer aux étrangers des obligations qui seraient contraires à la souveraineté personnelle de leur État d'origine ».

¹⁷⁶⁶ Pour une affirmation de la prééminence du titre territorial v. Drost, *Die Rechtslage des deutschen Auslandsvermögens, op.cit.*, p. 301 : « La propriété et les autres droits patrimoniaux n'existent pas en droit international. Ils s'acquièrent exclusivement dans le cadre de l'ordre juridique d'un État, sur la base de l'ordre juridique interne de cet État. Les droits patrimoniaux qu'un Allemand possède à l'étranger sont des droits subjectifs selon l'ordre juridique de l'État de résidence. Cela vaut non seulement pour les biens qui y sont acquis, mais aussi pour ceux qui y sont transférés depuis leur pays d'origine. En effet, dès lors qu'ils sont transférés sur un territoire national, ces biens sont soumis à l'ordre juridique de cet État, ne bénéficient pas seulement de la protection juridique, mais deviennent matériellement l'objet de droits patrimoniaux selon l'ordre juridique de l'État de résidence ».

réglementation du sort des biens privés sis à l'étranger pouvait légalement se fonder sur la loi no 5 du Conseil¹⁷⁶⁷.

724. Pour dissiper ces doutes, la doctrine a formulé la théorie selon laquelle les biens privés sis à l'étranger seraient englobés sous le terme de « biens nationaux », comportant à la fois les biens privés et les biens publics¹⁷⁶⁸. À la lumière de cette théorie, l'État, par une sorte d'identification avec ses propres ressortissants, était en mesure de réglementer leur sort en privilégiant le lien personnel qui l'unit avec ses nationaux, propriétaires des biens en cause. Cette théorie est fondée sur une conception relative au peuple identifié à l'État selon laquelle les individus feraient partie de la « chose publique »¹⁷⁶⁹.

725. Faute de cadre juridique précis, toute controverse relative à la licéité des actes entrepris par les États occupants, qu'il s'agisse des actes fondés sur des règles applicables sur le territoire occupé ou des traités signés au nom de cet État, pourrait être résolue par le biais d'une reconnaissance de validité *a posteriori* effectuée par l'État occupé. Cette reconnaissance pourrait avoir des effets sur les obligations incombant à l'État occupé au sujet de l'indemnisation des propriétaires dépossédés.

b. La reconnaissance de la licéité des confiscations par les autorités allemandes.

726. La reconnaissance d'un éventuel droit à l'indemnisation au profit des personnes dépossédées présupposait une affirmation claire sur la nature légale de l'acte dictant la saisie définitive. Il fallait préciser, au préalable, si l'acte de confiscation était imputable à l'État occupé ou aux pays occupants (i). La question de la validité des actes se posait avec acuité. La non-contestation de la validité des actes de confiscation par les autorités allemandes (ii) était interprétée en tant que signe d'approbation de leurs effets. Jugées conformes à l'ordre public allemand (iii), les confiscations étaient ainsi insérées dans le programme de réparations ordonné

¹⁷⁶⁷ À ce sujet v. la déclaration du gouvernement suédois adressé aux alliés relative aux prérogatives en matière de gestion de biens privés. Cité par G.J. Roos, *Zur Konfiskation privater deutscher Auslandsvermögen*, p. 151 : « Il est certes bien connu que les États occupés ont pris le pouvoir gouvernemental en Allemagne et qu'ils assument par conséquent, sous certains rapports, la responsabilité d'un gouvernement en Allemagne. Cependant, même un gouvernement national allemand ne devrait pas avoir le pouvoir légal de s'approprier et de disposer de la propriété privée allemande dans d'autres pays, en vertu du droit en vigueur dans la plupart des pays, y compris la Suède ».

¹⁷⁶⁸ B. Meier, *Der Staatsangehörige und seine Rechte, insbesondere seine Vermögensrechte im System des Völkerrechts*, Jena, G. Fischer, 1927, xvi-160 p., p.40 : « L'établissement d'un lien direct entre l'État et le patrimoine de ses ressortissants confère un contenu et une signification juridiques à la notion de "patrimoine national" (en tant que somme des patrimoines des individus appartenant à l'État et des relations patrimoniales de l'État relevant du droit international public), qui n'est autrement qu'une notion économique ».

¹⁷⁶⁹ V. Meier, *Idem*, p.19 : « Mais si le peuple de l'État, en tant que somme de toutes les personnes appartenant à l'État, est une composante personnelle de l'État, ces personnes doivent être considérées individuellement comme des composantes de la personnalité de l'État (*Teile der staatlichen Persönlichkeit*), comme des éléments constitutifs de l'État », p.34 : « Le ressortissant doit [...] être considéré, en droit international, comme une partie de la personnalité étatique elle-même. Par conséquent, si des biens lui appartiennent au niveau national, ils "appartiennent" logiquement à l'ensemble de l'État en tant que personne en droit international ».

par les puissances occupantes. Toute demande d'indemnisation intégrale pour les pertes subies était rejetée (iv).

727. L'obligation d'indemnisation incombait aux puissances d'occupation si ces dernières avaient dépassé leurs propres compétences¹⁷⁷⁰. Comme il a été déjà souligné, dans le cadre d'une occupation *sui generis* imposée à l'État ennemi, les puissances d'occupation réclamaient l'ensemble des pouvoirs. Par conséquent, la validité des actes émis par ces dernières ne pouvait pas être aisément contestée. Il faut rappeler qu'en vertu du préambule de la déclaration de Berlin du 5 juin 1945, les quatre puissances alliées exerçaient « l'autorité suprême en Allemagne y compris tous les pouvoirs détenus par le gouvernement allemand, par le haut commandement allemand et par tout gouvernement ou autorité de niveau régional, municipal ou local ». Compte tenu du caractère *sui generis* de l'occupation, les prérogatives des puissances d'occupation n'étaient pas censées être régies par des règles issues du droit allemand interne¹⁷⁷¹. Les puissances alliées s'étaient ainsi substituées à l'État allemand. Dès lors que leurs actes étaient imputables à l'État allemand, l'obligation de verser des indemnisations incombait à ce dernier¹⁷⁷². La responsabilité d'indemnisation incombait ainsi à l'État ennemi occupé pour des actes opérés par les puissances d'occupation. Cette imposition d'une obligation

¹⁷⁷⁰ Si les pays occupants agissaient en dehors de leur sphère de compétence, ils étaient censés assumer la responsabilité pour les actes entrepris. La nature de l'acte et son rapport aux compétences attribuées aux puissances d'occupation faisait souvent l'objet d'interprétation par le pouvoir judiciaire des différents États occupants. Le Conseil d'État s'est prononcé le 21 décembre 1955 sur un recours contre une décision par laquelle « la délégation supérieure pour le Gouvernement militaire de Württemberg, agissant en application des instructions du général commandant en chef français en Allemagne, a ordonné l'arrêt de la partie disponible d'une usine, en vue de son démontage et de son transfert, au titre des réparations dues par l'Allemagne » CE, 21 décembre 1955, *Soc. Des Ets Kienzle Uhrenfabrik, Recueil Lebon*, 1955, p.631 et *Chronique de jurisprudence, AFDI*, 1956, 729. Le Conseil d'État avait précisé que cette décision de confiscation avait été prise « pour l'application de l'accord de Potsdam du 2 août 1945 et de l'accord de Paris du 21 décembre 1945 dans le cadre des pouvoirs conférés au commandant en chef français en Allemagne conformément aux déclarations faites à Berlin le 5 juin 1945 par les représentants des gouvernements alliés ». Par conséquent, en l'occurrence, les autorités d'occupation avaient agi dans leurs propres sphères de compétences. Dans un autre cas, les prérogatives de la puissance d'occupation ont été examinées par la Court of Claims des États-Unis, à la suite de la demande d'indemnisation adressée par un propriétaire naturalisé américain en 1944 et dont les biens sis en Autriche ont été saisis par l'armée américaine à titre des biens ennemis. En se prononçant sur cette demande, la Cour a décidé de lui accorder une indemnisation complète en appliquant le 5ème amendement et considérant que la propriété ne se trouvait pas en « territoire ennemi ». US Court of Claims, *Seery v. U. S.*, January 11, 1955 130 Ct.Cl. 481, *International law reports*, 1958, pp. 398-404 : « Austria was, after the surrender of Germany, a nation liberated from a German occupation which had never been recognized as lawful by our Government. The property in question, then, was no more subject to uncompensated confiscation than it would have been had it been located in Holland or France or the Philippines. The fact that the Allies chose to maintain occupation forces in Austria to prevent possible pro-Nazi uprisings, and perhaps to keep watch over each other, seems to us not to be material ». La Cour a ainsi examiné la finalité de la présence de l'armée américaine sur le sol autrichien en la dissociant de toute opération militaire. En l'occurrence, la puissance d'occupation avait toutefois dépassé ses propres compétences.

¹⁷⁷¹ Pour la réception du droit allemand interne par les puissances d'occupation v. en détail BVerfG 2,237, *Hypothekensicherungsgesetz*, 24 avril 1953, p. 248. Les articles de la Constitution n'avaient plus la portée juridique des règles constitutionnelles, BVerfG 94, 12, *Bodenreform II*, 18 avril 1996, p. 48. Théoriquement, après la chute du régime national-socialiste, la protection de la propriété privée figurant dans l'article 153 de la Constitution de Weimar aurait dû retrouver sa force normative. Selon cet article, la propriété était garantie par la Constitution et une expropriation ne pouvait avoir lieu que pour le bien de la collectivité moyennant une juste indemnité.

¹⁷⁷² E. Kaufmann, « Die Reparationsschäden », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1963, Band 88, pp. 1-37, p. 9.

d'indemnisation à l'État occupé ennemi pour des actes accomplis au bénéfice des puissances d'occupation renvoie de nouveau au caractère asymétrique du rapport établi avec l'ennemi vaincu.

728. La reconnaissance d'un devoir d'indemnisation incombant à l'État ennemi présupposait la reconnaissance de la validité des actes émanant des autorités d'occupation. L'obligation d'indemnisation des propriétaires dépossédés en raison des actes imputables aux puissances d'occupation a trouvé un fondement légal précis lorsque la RFA a signé le traité pour le règlement des questions nées de la guerre et de l'occupation (*Überleitungsvertrag*), à Paris le 23 octobre 1954¹⁷⁷³. Ce traité faisait partie des accords de Paris qui ont mis fin au régime d'occupation de la RFA en lui octroyant les droits d'un État souverain. L'article 3 de la partie générale de l'*Überleitungsvertrag* prévoyait que « tous les droits et obligations découlant des mesures législatives judiciaires ou administratives prises par les autorités d'occupation (étaient et restaient) en vigueur »¹⁷⁷⁴. Le second paragraphe du même article portait sur le contenu des traités internationaux signés par les puissances d'occupation agissant au nom de l'État ennemi occupé. Il y était précisé que « tous les droits et obligations découlant des traités et accords internationaux conclus par les autorités d'occupation ou par un ou plusieurs des gouvernements des trois puissances avant l'entrée en vigueur du présent traité pour une ou plusieurs des trois zones d'occupation occidentales (...) [étaient et restaient] en vigueur comme s'ils découlaient de traités et d'accords internationaux valables conclus par la République fédérale »¹⁷⁷⁵. Des précisions plus détaillées concernant la reconnaissance des actes émanant des autorités d'occupation et portant sur les biens privés se trouvaient dans la 6^{ème} partie du traité, consacrée aux réparations¹⁷⁷⁶. En vertu de l'article 3 de cette partie, la RFA assumait l'obligation de ne pas s'opposer aux mesures de confiscation prises à l'égard des biens allemands, situés à l'étranger ou même sur son propre territoire, à des fins de réparation de guerre et conformément à des dispositions relevant du droit de la guerre ou à d'autres conventions conclues par les puissances d'occupation avec d'autres États alliés, des États neutres ou des anciens alliés de

¹⁷⁷³ Convention sur le Règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation (texte amendé conformément à l'annexe IV du protocole sur la cessation du régime d'occupation dans la RFA, signé à Paris le 23 octobre 1954), *Überleitungsvertrag*, *Bundesgesetzblatt*, 1955, II, no 8, p.405, Art. 5 : « La République fédérale prendra des mesures pour indemniser les anciens propriétaires des biens confisqués en vertu des mesures visées aux articles 2 et 3 de la présente partie ».

¹⁷⁷⁴ D'après W. Lewald, « Das Privatrecht der deutschen Reparationsleistung », *Neue juristische Wochenschrift*, vol. 29, Heft 13, mars 1962, pp. 561-564, p.562 avec l'article 3 de la 6^{ème} partie de l'*Überleitungsvertrag* : « Le gouvernement fédéral renonce définitivement à faire valoir ses droits à réparation en vertu du droit international public par le biais de la protection diplomatique vis-à-vis des puissances alliées et prive ainsi définitivement les "anciens" propriétaires de leurs titres de propriété ou des droits à indemnisation qui leur restaient après l'expropriation vis-à-vis des Alliés ».

¹⁷⁷⁵ *Bundesgesetzblatt*, 1955, II, no 8, p.405.

¹⁷⁷⁶ *Idem*, pp. 439-441.

l'Allemagne. Cet article était l'équivalent d'un acte de reconnaissance de la validité de tout acte relevant du statut d'occupation sui generis imposé à l'État ennemi. A cet article renvoyait de manière explicite l'article 5 du même texte, en vertu duquel la RFA assumait l'obligation de « prendre des mesures pour indemniser les anciens propriétaires des biens confisqués »¹⁷⁷⁷. L'obligation d'indemnisation était ainsi étroitement liée à la reconnaissance de la validité des actes entrepris par les Puissances d'occupation. La reconnaissance d'une obligation d'indemnisation incombant à la RFA était conçue comme une garantie de sécurité juridique et de préservation de l'ordre juridique antérieurement établi par les puissances d'occupation.

729. La nature du traité et les particularités de la reconnaissance d'une obligation d'indemnisation en faveur des propriétaires dépossédés ont été examinées par la Cour constitutionnelle fédérale. L'argumentation retenue par cette dernière était fondée sur la thèse que la reconnaissance d'une obligation d'indemnisation présuppose la reconnaissance de la validité de l'acte primaire de dépossession.

i. Des actes de dépossession entrepris ou autorisés par les puissances d'occupation et reconnus par la RFA.

730. La Cour constitutionnelle a considéré que l'*Überleitungsvertrag* avait opéré une sorte de transformation de la nature juridique des actes de confiscation ou de liquidation des biens entrepris par les autres États¹⁷⁷⁸. Le Gouvernement allemand, de sa part, insistait sur la différence entre la reconnaissance et l'acceptation de ces mesures. Il a précisé que, en vertu du traité, il avait assumé l'obligation de « se conformer » aux mesures prises qui avaient eu comme effet la dépossession des ressortissants allemands. Le terme d'acceptation (*Hinnahme*) renvoyait à une certaine pression qui lui était exercée de la part des alliés¹⁷⁷⁹. La Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la nature juridique de l'*Überleitungsvertrag* dans sa décision relative à la conformité par rapport à la Constitution de l'accord de Petersburg du

¹⁷⁷⁷ Les traités de paix conclus par les Alliés avec la Bulgarie (article 25, paragraphe 3), la Hongrie (article 29, paragraphe 3), l'Italie (article 79, paragraphe 1) et la Roumanie (article 27, paragraphe 3), en février 1947, contenaient des articles qui obligeaient les gouvernements respectifs à s'engager à indemniser leurs ressortissants dont les avoirs sur les territoires des pays alliés avaient été confisqués ou liquidés par les Alliés conformément aux traités de paix.

¹⁷⁷⁸ La Cour a considéré que la ratification du traité, transforme « le contenu du traité international en droit interne dans la mesure où il le rend obligatoire pour les organes de l'État et, s'il concerne le comportement juridique des citoyens, pour ces derniers », BVerfG 6, 294, *Washingtoner Abkommen*, 21 mars 1957.

¹⁷⁷⁹ Le chef du département des affaires juridiques du service pour les affaires étrangères Berger a rejeté la thèse selon laquelle le gouvernement allemand avait reconnu la validité de ces mesures et par conséquent renoncé à la protection de la propriété privée de ses ressortissants. Il a précisé dans une interview : « Une telle conception ne tient pas compte du libellé de l'article 3, sixième partie. En effet, dans celui-ci, le gouvernement fédéral s'est seulement engagé à ne pas s'opposer aux mesures confiscatoires, en d'autres termes à les accepter. Cette disposition ne limite pas la possibilité pour la République fédérale de s'efforcer de récupérer les biens privés. [...] Dans le cadre de ces négociations, le gouvernement fédéral estime qu'il ne peut pas reconnaître (*anerkennen*) les mesures de spoliation des biens privés allemands, mais qu'il doit seulement accepter (*hinnehmen*) de telles mesures conformément au traité sur le règlement des questions nées de la guerre et de l'occupation », cité par V. H. Alexy, « Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1958 », *ZaoERV* 1959-1960, pp.657-658.

22 novembre 1949. En se penchant sur l'article 59 de la Loi fondamentale, relatif à la représentation internationale de la Fédération et l'engagement international de l'État allemand, la Cour a considéré que cet accord, censé par ailleurs être le premier document de modification du statut d'occupation imposée à l'Allemagne et ainsi le premier pas normatif vers la restauration de la souveraineté allemande, n'avait pas le statut d'un traité international. Cela s'expliquait par le fait que l'accord avait été signé entre le gouvernement fédéral et la Haute Commission des alliés, qui, quant à elle, ne pouvait pas être assimilée à un État. À la différence de cet accord, l'*Überleitungsvertrag* a été signé entre, d'une part, le gouvernement fédéral et, d'autre part, la Grande-Bretagne, la France et les États-Unis en tant qu'États¹⁷⁸⁰.

731. Il a ainsi été soutenu que l'*Überleitungsvertrag* avait eu comme résultat la reconnaissance des mesures qui étaient auparavant illicites. Par conséquent, le moment d'éradication des revendications patrimoniales pour des actes accomplis déjà illicites était la signature de l'*Überleitungsvertrag*. L'engagement explicite de ne pas donner suite à des réclamations relatives aux biens liquidés en vue des réparations a enlevé tout intérêt à la discussion concernant la licéité de ces mesures¹⁷⁸¹. L'obligation de reconnaître les saisies des biens allemands opérées en vertu des accords conclus entre les puissances d'occupation et des États tiers impliquait aussi l'obligation de non-exercice de la protection diplomatique au profit de ses ressortissants dépossédés.

ii. L'obligation de non-exercice de la protection diplomatique : une conséquence de la reconnaissance de la licéité des actes de saisie des biens des ressortissants à l'étranger.

732. Des traités bilatéraux reprenant les dispositions de l'*Überleitungsvertrag*¹⁷⁸² ont été signés avec la Suède¹⁷⁸³, le Portugal¹⁷⁸⁴, l'Espagne¹⁷⁸⁵, la Suisse¹⁷⁸⁶ et, plus tard, avec les Pays-

¹⁷⁸⁰ BVerfG, 1, 351, pp.366,367.

¹⁷⁸¹ Mann F.A., *Zum Privatrecht der deutschen Reparationsleistung*, op.cit., p.5 : « Enfin, il importe peu de savoir si le point de vue largement défendu en Allemagne, selon lequel la confiscation des biens allemands à l'étranger à des fins de réparation est contraire au droit international en tant que confiscation sans indemnisation, est correct. Comme nous le verrons, l'*Überleitungsvertrag* a mis un terme à la discussion sur cette question. Il n'est donc plus possible ni nécessaire aujourd'hui de parler de violation du droit international ou de confiscation sans indemnisation, ou de mettre en doute la légalité et l'efficacité des mesures prises ».

¹⁷⁸² Le traité lui-même prévoyait la possibilité de négociation des traités bilatéraux avec d'autres États concernant le sort des biens allemands sis à l'étranger. Art. 3 par. 3 : « En ce qui concerne les avoirs allemands à l'étranger revendiqués au Portugal, en Espagne, en Suède et en Suisse, au sujet desquels des accords conclus par les Trois Puissances sont ou seront en vigueur, la République fédérale peut, pour l'exécution de ces accords, conclure avec les États précités des conventions sur la nature et le montant de l'indemnité à verser aux anciens propriétaires allemands des valeurs dans ces pays. Les trois puissances ont le droit de participer aux négociations y afférentes ».

¹⁷⁸³ Traité du 22 mars 1956, *BGBI.* 1956, II, 815.

¹⁷⁸⁴ Traité du 3 avril 1958, *BGBI.* 1959, II, 269

¹⁷⁸⁵ Traité du 8 avril 1958, *BGBI.* 1959, II, 256.

¹⁷⁸⁶ Traité du 26 août 1952, *BGBI.* 1953, II, 15. La Cour Constitutionnelle s'est prononcée sur les mesures de liquidation prévues dans cet accord. La Cour s'est penchée sur la question, si le gouvernement fédéral par son engagement, avait contribué à la liquidation des biens et par conséquent l'article 14 de la loi fondamentale avait été violé ou si le gouvernement s'était simplement conformé aux mesures inévitables (als unabwendbare Maßnahme hingegenommen wurde). BVerfG 6, 294, p.298.

Bas¹⁷⁸⁷. En dépit de ces accords, de nombreuses et sérieuses réserves ont été exprimées quant à la licéité de la dépossession des ressortissants allemands. Une partie de la doctrine s'est montrée hostile à cette politique de violation de la propriété privée sise en pays neutres¹⁷⁸⁸. Saisir les avoirs allemands à l'étranger portait préjudice à deux grands principes juridiques, dont le premier est un principe de droit international public, à savoir le principe de la neutralité, et le deuxième est un principe de droit privé, à savoir le principe du respect de la propriété privée. En vertu des dispositions des traités en question, l'État allemand renonçait à l'exercice de la protection diplomatique et assumait l'obligation de ne pas mettre en œuvre la responsabilité internationale des États qui avaient procédé à la confiscation ou à la liquidation des biens allemands. L'État allemand s'était ainsi engagé à ne pas contester les effets juridiques du traitement discriminatoire réservé par certains ordres juridiques étrangers à l'égard de ses propres ressortissants. La protection diplomatique exercée en faveur de ses propres ressortissants a été ainsi exclue. Des interrogations ont ainsi émergé quant à la violation d'un droit subjectif public relatif à la protection diplomatique. La thèse prédominante rejetait l'existence d'une telle obligation incombant à l'État¹⁷⁸⁹. L'interrogation quant à la licéité de cet acte de renonciation à l'égard du droit international doit toutefois se distinguer par rapport à l'appréciation de la licéité de cet acte au regard du droit interne. La question relevant du droit interne serait ainsi de savoir si « le souverain est parfaitement libre à sacrifier certains des droits de ses ressortissants au nom du retour à la "paix", ou si ce sacrifice est subordonné à certaines conditions ou indemnités »¹⁷⁹⁰. Dans les accords en question et les lois de ratification respectives, la République fédérale s'était engagée à indemniser intégralement les propriétaires allemands pour les pertes subies dans ces pays¹⁷⁹¹. La non-contestation des mesures entreprises par les puissances d'occupation ou des mesures prises par des États tiers conformément à des traités conclus avec les puissances d'occupation soulevait plusieurs problèmes du point de vue du droit interne.

¹⁷⁸⁷ BGBl. 1963, II, 629. Sur la question du fondement de compétence des Puissances alliées pour la conclusion des traités avec les États neutres, v. R. Stödter, *Deutsche Vermögenswerte im neutralen Ausland, völkerrechtliche Bemerkungen zu ihrer Beschlagnahme in Schweden*, Bremen, Studiengesellschaft für privatrechtliche Auslandsinteressen, 1950, 90 p., p.87 : « Les puissances occidentales ont donc difficilement pu agir pour elles-mêmes à Washington en tant que titulaires du pouvoir d'occupation établi en Allemagne, et encore moins en tant que titulaires des pouvoirs du gouvernement allemand ». En revanche, la *Supreme authority with respect to Germany* » a été reprise conjointement par les quatre grandes puissances dans la déclaration de Potsdam du 5 juin 1945, p.88.

¹⁷⁸⁸ G. Graf, *Die Liquidation der deutschen Vermögenswerte in der Schweiz*, *op.cit.*, p.102 : « La loi no 5 du Conseil de contrôle doit être considérée comme incompatible avec le droit international, tant du point de vue des Conventions de la Haye que du droit coutumier et des règles généralement reconnues ».

¹⁷⁸⁹ Pour la doctrine allemande sur la question v. W. Geck, « Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht », *ZaeRV*, 1956-1957, pp. 476-545, p.517.

¹⁷⁹⁰ P. D'Argent, *Les réparations de guerre*, *op.cit.*, p.841.

¹⁷⁹¹ K. Pfeiffer, *Gleichheitsgrundsatz und Reparationsentschädigung*, Köln, Heymanns, 1968, 121 p., not. pp.55-89.

iii. La conformité des actes entrepris ou autorisés par les puissances d'occupation avec l'ordre juridique allemand.

733. Par sa décision de reconnaître la validité des actes relevant des puissances d'occupation, la RFA visait à rétablir son statut en tant qu'État souverain. À cette fin, la validité des mesures exceptionnelles relevant d'un régime d'occupation *sui generis* imposé à l'État ennemi devait être garantie. Les juridictions internes ont dû se pencher sur plusieurs cas où les requérants, à titre d'anciens propriétaires dépossédés, contestaient la conformité avec la Loi fondamentale de la reconnaissance de la validité des actes de confiscation entrepris à titre de réparations. Des arguments liés à la spécificité du statut de l'État ennemi et ancrés dans le contexte précis de l'époque ont été mobilisés pour disperser ces doutes de compatibilité.

734. La Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la conformité de l'*Überleitungsvertrag* avec la Loi fondamentale dans une décision du premier Sénat du 3 décembre 1969. La RFA, ayant le statut d'un État « vaincu et soumis » (*besiegter und unterworfenen Staat*), a conclu ce traité pour « obtenir le statut d'un partenaire relevant du même rang » (*gleichgeordneter Vertragspartner*). À la lumière de ces précisions, la Cour a exclu toute possibilité d'adresser des reproches au choix des autorités fédérales d'avoir conclu ce traité qui ainsi a créé une situation juridique qui « était plus proche » à la Loi fondamentale que la situation initiale¹⁷⁹². Cette expression avait été déjà utilisée par la Cour constitutionnelle dans sa décision du premier Sénat du 4 mai 1955 relative à la conformité avec la Loi fondamentale du traité signé le 23 octobre 1954 portant sur le statut de la région du Saar. Dans cette décision, la Cour avait affirmé que « les traités internationaux qui démantèlent progressivement un ordre juridique d'occupation existant dans une partie de l'Allemagne ne peuvent pas être qualifiés d'inconstitutionnels si la situation qu'ils créent est “plus proche de la Loi fondamentale” que celle qui existait auparavant. Des restrictions des normes constitutionnelles peuvent, par conséquent, être acceptées dans de tels traités pour une période transitoire, si elles sont en relation directe avec la réglementation qui tend à se rapprocher de la situation pleinement conforme à la Constitution »¹⁷⁹³. On pourrait ainsi identifier derrière ce raisonnement de la Cour une opération de mise en balance de plusieurs principes, conférant une importance primordiale à la création des conditions d'application de la Loi fondamentale dans son ensemble. L'importance de la cessation du régime d'occupation en vertu de l'*Überleitungsvertrag* primait sur la violation éventuelle sectorielle de certains droits.

¹⁷⁹² BVerfG 27, 253, p. 282.

¹⁷⁹³ BVerfG 4, 157, *Saarstatut*, 4 mai 1955. L'expression utilisée est « *näher dem Grundgesetz steht* ». Il a, toutefois, été précisé qu'aucune atteinte ne pouvait être portée aux principes constitutionnels non-dérogéables. BVerfG 4, 157, 176-177.

735. En effet, l'interdiction de procéder à la réclamation des biens saisis par les États étrangers selon l'*Überleitungsvertrag* aurait pu violer l'article 14 de la Loi fondamentale relatif au droit à la propriété. Conformément à cette approche, la renonciation à toute réclamation aurait pu être qualifiée d'étape inhérente à un acte d'expropriation contraire au paragraphe 3 de l'article 14 de la Loi fondamentale qui prévoit une indemnisation pour tout acte d'expropriation. Les doutes par rapport à la pertinence de cette hypothèse ont été dispersés par l'ajout de l'article 79, paragraphe 1, alinéa 2 et de l'article 142a dans la Loi fondamentale lors de la révision de 1954¹⁷⁹⁴.

736. Les dispositions relatives à la renonciation à des réclamations d'indemnisation relevant d'autres traités signés avec la RFA ont fait l'objet de recours constitutionnels par des propriétaires dépossédés. En effet, un recours a été exercé contre la loi de ratification des accords bilatéraux entre la RFA et la Suisse au sujet des biens allemands sur le territoire helvétique¹⁷⁹⁵. Parmi ces accords, conclus le 26 août 1952, figurait celui portant sur les avoirs allemands qui donnait la possibilité aux propriétaires des avoirs allemands en Suisse de revendiquer de nouveau leurs biens. Une condition nécessaire à cette fin était le versement d'un montant de la part des anciens propriétaires. En cas de non-versement du montant nécessaire, les autorités suisses procédaient à la liquidation des biens et le gouvernement fédéral recevait par la suite le produit de la liquidation avec l'obligation de mettre la contre-valeur intégrale à la disposition des propriétaires. La conformité des trois conventions bilatérales avec la Loi fondamentale et les conventions internationales a été contestée par un propriétaire des biens immobiliers sis en Suisse. En l'espèce, le requérant considérait que les dispositions de la loi de ratification des accords bilatéraux portaient atteinte au droit de propriété et au principe d'égalité que consacre la Loi fondamentale. Son argumentation s'appuyait aussi sur la protection du droit à la propriété garantie par le premier protocole additionnel de la CEHD. Le requérant soutenait que ces accords avaient placé les propriétaires allemands devant une alternative : verser le montant requis pour réclamer de nouveau les biens dont ils étaient déjà propriétaires ou subir

¹⁷⁹⁴ Art. 79 par. 1 al. 2 : « En ce qui concerne les traités internationaux ayant pour objet un règlement de paix, la préparation d'un règlement de paix ou l'abolition d'un régime d'occupation, ou qui sont destinés à servir la défense de la République fédérale, il suffit, pour mettre au clair que les dispositions de la Loi fondamentale ne font pas obstacle à la conclusion et à la mise en vigueur des traités, d'un supplément au texte de la Loi fondamentale qui se limite à cette clarification ». Art. 142a : « Les dispositions de la présente Loi fondamentale ne font pas obstacle à la conclusion et à la mise en vigueur des traités signés à Bonn et à Paris les 26 et 27 mai 1952 (Traité sur les relations entre la République fédérale d'Allemagne et les Trois Puissances et Traité instituant la Communauté européenne de défense), ainsi que de leurs accords complémentaires et annexes, notamment le protocole du 26 juillet 1952 ». Pour la présentation de la doctrine allemande favorable à la thèse reconnaissant l'obligation d'assurer une indemnisation aux propriétaires allemands, H. Rumpf, « Die Regelung der deutschen Reparationen nach dem Zweiten Weltkrieg », *Archiv des Völkerrechts*, 1985, vol. 23, pp. 74-101, p.91.

¹⁷⁹⁵ BVerfG, 6, 290. Ces accords conclus le 26 août 1952 s'inscrivaient dans le sillage de l'accord d'Washington du 25 mai 1946 déjà évoqué.

la liquidation de l'ensemble de leurs biens en Suisse¹⁷⁹⁶. Par ailleurs, en vertu de ces accords, la RFA s'était engagée à ne soulever aucune objection aux actions entreprises par les autorités suisses concernant les biens allemands en Suisse¹⁷⁹⁷. Cette renonciation explicite de la part de la RFA à tout droit de contestation des politiques menées par la Suisse était perçue par le requérant comme l'équivalent d'un acte d'expropriation. Cette argumentation était fondée sur la thèse que les biens allemands n'étaient pas soumis à des risques d'expropriation par les autorités suisses, étant donné que l'accord de Washington, toujours en vigueur d'un point de vue formel, n'était pas appliqué par les autorités suisses. Par conséquent, la RFA aurait dû indemniser les propriétaires dont les biens sis en Suisse étaient soumis au nouveau régime en vertu des accords bilatéraux de 1952. Le gouvernement fédéral, de sa part, considérait la demande comme irrecevable, soutenant qu'une loi de ratification d'un traité international, adoptée en vertu de l'article 59, paragraphe 2, de la Loi fondamentale, est un acte de gouvernement insusceptible de faire l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle. En outre, le Gouvernement fédéral estimait que le recours n'était pas fondé puisque l'accord était censé introduire des mesures de protection favorables aux citoyens allemands. Selon cette interprétation, les accords en question ne portaient pas une nouvelle atteinte à la situation juridique des propriétaires allemands dont les biens se trouvaient en Suisse. Bien au contraire, et selon le gouvernement fédéral toujours, ces accords constituaient un moyen d'amélioration de la situation juridique de ces derniers. Le gouvernement allemand soulignait aussi que l'obligation de non-contestation des actes entrepris contre les biens privés situés en Suisse était déjà en vigueur au moment de la signature des accords bilatéraux. L'interprétation de non-justiciabilité des lois de ratification des traités internationaux n'a pas été retenue par la Cour. La Cour a estimé qu'une loi de ratification était en mesure de porter atteinte aux droits fondamentaux. Conformément à ce constat, l'examen de la loi de ratification d'un traité sous l'angle du droit constitutionnel n'est pas exclu du fait que le traité a entre-temps pris effet en droit international. La Cour a souligné que l'hypothèse d'un traité contraignant en droit international et non conforme aux règles constitutionnelles était pleinement envisageable¹⁷⁹⁸. Dans un tel cas, l'État pourrait être tenu, en vertu du droit international, d'exécuter le traité

¹⁷⁹⁶ Loi sur les trois accords entre la République fédérale d'Allemagne et la Confédération suisse concernant les avoirs allemands en Suisse, le règlement des créances de la Confédération suisse sur l'ancien Reich allemand et la compensation des charges allemandes. *BGBL*, 7 mars 1953. Art. 3 par. 1 : « Pour les avoirs en Suisse qui, conformément à l'article 3, 4, ou 6 de la Convention sur les avoirs allemands en Suisse, sont à la disposition de leurs propriétaires à la suite du versement d'une contribution par eux, les taxes compensatoires, prévues par la loi du 14 août 1952 sur la compensation des charges, sont réputées acquittées par la contribution versée ».

¹⁷⁹⁷ Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la Confédération suisse concernant les avoirs allemands en Suisse, *BGBL*, 10 mars 1953, p.15 et s., Art. 10, p. 18.

¹⁷⁹⁸ BVerfG 6, 294, p. 295.

conclu, et en même temps assumer l'obligation de remédier, dans la mesure du possible, à la situation incompatible avec les règles constitutionnelles. La Cour, rejetant tout argument relatif à l'application rétroactive du premier protocole additionnel de la CEDH, ratifiée par la RFA postérieurement aux actes contestés, a procédé à l'examen de la situation juridique dans laquelle se trouvaient les propriétaires allemandes au moment de la conclusion des accords pour apprécier les conséquences de ces derniers sur l'état patrimonial des propriétaires allemands. La Cour n'a pas retenu l'argument du requérant selon lequel la Suisse avait déclaré son intention à ne pas mettre en œuvre des mesures de liquidation des biens privés¹⁷⁹⁹. Par la suite, la Cour n'a pas retenu non plus l'argument concernant la violation de l'article 14 de la Loi fondamentale relatif à la protection de la propriété privée. À supposer même que l'accord ait été conçu comme moyen d'expropriation de biens privés, il n'en reste pas moins que, en l'espèce, le paragraphe 3 de l'article 14 avait été respecté. En effet, l'expropriation en question a été permise « en vue du bien de la collectivité ». Grâce aux accords bilatéraux, la RFA a obtenu plusieurs avantages, surtout en matière de droits de propriété industrielle¹⁸⁰⁰. En outre, la libération des propriétaires des biens saisis en Suisse de leurs obligations relevant de la législation relative à la péréquation des charges, pouvait être interprétée comme constituant une indemnité octroyée aux propriétaires dépossédés. Selon cette argumentation, l'article 14 n'avait pas été violé par les dispositions des accords bilatéraux. La Cour, en se penchant sur l'argument relatif à la renonciation de la mise en œuvre du mécanisme de protection diplomatique, a souligné que la RFA, en concluant cet accord, « n'a pas manifestement négligé de manière arbitraire son devoir de protection à l'égard de ses propres ressortissants, mais l'a au contraire respecté »¹⁸⁰¹. Selon la Cour, aucun droit fondamental du requérant n'avait été violé étant donné que ce dernier n'avait pas la possibilité, en vertu du droit suisse, de soulever des objections contre une liquidation ou de faire valoir un droit à une indemnisation. Il a été aussi rappelé que l'article 3 de la loi no 63 excluait la possibilité de faire valoir, sur le fondement du droit allemand et devant les tribunaux allemands, des éventuelles prétentions patrimoniales.

737. Ces considérations ont été suivies par une observation de portée générale que la Cour a formulée concernant la protection du droit à la propriété privée en droit international. Selon la Cour, il n'est pas concevable qu'il existe une règle internationale dont le niveau de protection serait supérieur par rapport à celui de l'article 14 de la Loi fondamentale. Par conséquent, la

¹⁷⁹⁹ BVerfG 6, 294, p. 296-7.

¹⁸⁰⁰ BVerfG 6, 294, p. 297.

¹⁸⁰¹ BVerfG 6, 294, p. 299.

non-violation de l'article 14 fournissait des indices suffisants pour écarter l'hypothèse d'une violation de règles internationales relatives à la protection de la propriété privée.

738. La protection du droit à la propriété privée était assurée par l'*Überleitungsvertrag* et les traités grâce à l'obligation d'indemnisation qui incombait à l'État allemand. Le rapport asymétrique préjudiciable à l'État ennemi réapparaît alors de nouveau. L'État allemand se reconnaissait débiteur à l'égard de ses propres ressortissants pour des actes entrepris ou dictés par les puissances d'occupation agissant à sa place.

iv. Les caractéristiques de l'obligation d'indemnisation incombant à l'Etat allemand : le rejet d'une indemnisation intégrale.

739. Comme il a été déjà évoqué, l'article 5 de la 6^{ème} partie de l'*Überleitungsvertrag* prévoyait la prise des mesures en faveur des anciens propriétaires des biens saisis au titre de réparations de guerre. L'étendue de l'obligation d'indemnisation, prévue à l'article 5, a été controversée. Selon le gouvernement fédéral, la République fédérale n'était liée par le droit international ni en ce qui concerne la forme, ni en ce qui concerne le type et l'étendue de la réglementation à adopter¹⁸⁰². Le caractère nécessairement équivalent de cette indemnisation par rapport à la valeur du bien saisi a été refusé par l'Allemagne. Kaufmann et Wolff, en tant que membres de la délégation allemande aux accords de Paris de 1954, se sont penchés sur les travaux préparatoires du traité pour rejeter la thèse des alliées qui réclamaient une indemnisation équitable¹⁸⁰³. La disposition du traité ne prévoyait que l'obligation d'indemnisation incombant à l'État allemand. La forme et le montant précis de l'indemnisation devaient, par conséquent, faire l'objet d'une loi interne.¹⁸⁰⁴ L'État allemand réclamait l'application de sa loi sur la péréquation des charges qui ne prévoyait pas d'indemnisation intégrale pour les pertes de biens subies. Néanmoins, les finalités et les modalités de la loi sur la péréquation des charges diffèrent substantiellement de celles de l'*Überleitungsvertrag*¹⁸⁰⁵.

¹⁸⁰² B. Wolff, *Zur Frage der Abgeltung von Reparationsschäden*, op.cit., p.110.

¹⁸⁰³ Wolff, *Idem*, et E. Kaufmann, *Zur Abgeltung der Reparationsschaden eine kritische Stellungnahme zur amtlichen Begründung der Regierungsvorlage eines Reparationsschädengesetzes*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1964, 47 p.

¹⁸⁰⁴ Wolff, *Zur Frage der Abgeltung von Reparationsschäden*, op.cit., p. 90. L'auteur précise que si l'indemnisation était intégrale, les conséquences pour l'État allemand auraient été néfastes étant donné que mêmes les personnes déplacées de l'est auraient eu des revendications similaires en invoquant le principe d'égalité de l'art. 3 de la loi fondamentale. Le principe de l'égalité avait une importance particulière parce que les traités signés entre les États neutres et les alliés prévoyaient une indemnisation complète. P. ex le traité de Washington signé avec la Suisse le 25 mai 1946, op. cit., prévoyait dans son art. 2 l'indemnisation au montant de la valeur des biens en monnaie allemande. Art. 2 : « Les Allemands concernés par ces mesures seront indemnisés en monnaie allemande pour l'équivalent de leurs valeurs liquidées en Suisse ».

¹⁸⁰⁵ Pour l'appréciation de la finalité de cette loi v. R. Laun, R. Naumann, C. Parry, *Die Entschädigungsansprüche der aus Estland und Lettland umgesiedelten Deutschen gegen die Bundesrepublik Deutschland*, Gutachten, 1 janvier 1954, Gronemann, Walsrode/Hann, 63 p., p. 55 : « La loi de péréquation des charges vise [...] à compenser les dommages et les pertes, mais pas à éteindre totalement ou partiellement les droits existants ou déjà nés, fondés sur des traités

En effet, la loi de péréquation des charges, publiée au journal officiel de la République fédérale le 18 août 1952, ne prévoyait pas d'indemnisation équivalente aux biens expropriés et privilégiait les personnes sinistrées qui avaient fui de l'Est et avaient par conséquent abandonné leurs biens et leur domicile. En application des principes d'équité, la loi de 1952 reconnaissant un droit à l'obtention de prestations au profit des certaines catégories de sinistrés¹⁸⁰⁶.

740. En revanche, la doctrine a soutenu la thèse selon laquelle l'article 5 contenait l'obligation d'accorder une indemnisation au moins égale aux exigences de l'article 14 de la Loi fondamentale, relatif au droit à la propriété¹⁸⁰⁷. L'indemnisation devait ainsi être équivalente à la valeur des biens perdus¹⁸⁰⁸. Au sujet de l'identification des anciens propriétaires, auxquels des droits subjectifs d'indemnisation étaient conférés, la référence était assez vague. Dans l'article 5, l'usage du verbe « veiller » (*Vorsorge treffen*) laissait des doutes quant à la nature précise de cet engagement juridique¹⁸⁰⁹. La différence de cette formule par rapport à l'article 27 du traité de l'État autrichien mérite d'être soulignée. Ce dernier article employait un verbe plus contraignant pour désigner l'obligation d'indemnisation des anciens propriétaires dépossédés (l'État s'engage/*verpflichtet sich*)¹⁸¹⁰. Il faut rappeler que la même

internationaux ». La différence entre une loi d'indemnisation pour des raisons des réparations de guerre et la loi de péréquation est aussi accentuée par H. Raschhofer, *Die Vermögenskonfiskationen der Ostblockstaaten*, Frankfurt am Main, Metzner, 1956, 38 p. L'auteur précise que la loi de péréquation a un caractère d'aide financier aux personnes expulsées et n'est pas comparable à une indemnisation qui aurait comme condition la reconnaissance de validité de l'acte d'expropriation, p. 19 : « Le régime d'indemnisation de la loi de péréquation des charges laisse intacts les droits patrimoniaux sur les biens spoliés. [...] Selon les dispositions de cette loi, le lien juridique entre la personne expulsée et les biens qu'elle a laissés derrière elle n'est pas rompu, mais continue d'exister ».

¹⁸⁰⁶ Loi sur la péréquation des charges du 14 août 1952 (*Gesetz über den Lastenausgleich-LAG*), *Bundesgesetzblatt*, 1952 Teil I, pp. 446-533. Dans son préambule la loi prévoyait qu'en « reconnaissance du droit de la partie de la population particulièrement frappée par la guerre et par ses suites, à compensation des charges basées sur les principes de justice sociale et les possibilités économiques et à une aide nécessaire en vue de la réadaptation des sinistrés, la présente loi est promulguée ». V. A. Blocq, *Aperçu de la législation allemande sur la péréquation des charges et de ses incidences sur les étrangers et leurs biens*, Thèse, Poitiers, 1956, 246 p. La loi prévoyait plusieurs catégories des propriétaires au profit desquels un droit à de prestations devait être reconnu art. 11-13-14. La première catégorie comprenait les propriétaires relevant des régions rattachées à l'Allemagne après le 31 décembre 1937, tels que l'Autriche, la Tchécoslovaquie ou l'Alsace Lorraine. La deuxième catégorie comprenait les personnes ayant subi des dommages dans les territoires à l'est de l'Allemagne, selon les frontières au 31 décembre 1937, à savoir la région située à l'est de la ligne Oder Neisse. La troisième catégorie comprenait toute personne ayant subi de dommage matériel lié à la guerre et survenu sur le territoire de la RFA ou à Berlin de l'ouest.

¹⁸⁰⁷ I. Seidl-Hohenveldern, H.P. Ipsen, *Entschädigungspflicht der Bundesrepublik für Reparationsentzogenes Auslandsvermögen*, *op.cit.*, p.143.

¹⁸⁰⁸ Höhenveldern pour défendre sa position favorable à l'indemnisation équivalente renvoie à la décision de la CIJ du *Détroit de Corfou* selon laquelle le calcul de l'indemnisation devait avoir lieu au moment où le dommage s'est déroulé, ainsi qu'à la sentence de Max Huber concernant les réclamations britanniques dans la zone espagnole au Maroc. L'arbitre s'était penché sur le lien entre le dommage survenu et l'indemnité réclamée. *Idem*, p.144. Favorables à une indemnisation complète sont aussi R. Stödter, *Deutsche Vermögenswerte im neutralen Ausland*, *op.cit.*, p.22 et H. Benter, *Deutsches Vermögen im neutralen Ausland*, Göttingen, Institut für Völkerrecht, 1964, xxix-214 p., p.148.

¹⁸⁰⁹ La République fédérale veillera (*die Bundesrepublik wird Vorsorge treffen*) à ce que les anciens propriétaires des valeurs confisquées en vertu des mesures visées aux articles 2 et 3 de la présente partie soient indemnisés.

¹⁸¹⁰ Toutefois, la comparaison de la version anglaise de ces deux textes nous impose d'y apporter des nuances. En effet, la formule de deux textes paraît identique. Quant à l'art. 5 VI de l'*Uberteilungsvertrag* : « The Federal Republic shall ensure that the former owners of property seized pursuant to the measures referred to in Articles 2 and 3 of this Chapter shall be compensated ». Selon l'article du *Staatsvertrag*, la République fédérale « shall ensure that the former owners[...]

formule (s'engage/*verpflichtet sich*) a été employée dans l'article 297i du traité de Versailles. Une formulation de tonalité contraignante aurait pu fonder une argumentation visant à reconnaître des droits subjectifs au profit des propriétaires dépossédés. Toutefois, et sous l'influence d'une doctrine hostile à cette reconnaissance¹⁸¹¹, les juridictions internes ont rejeté la possibilité de faire fonder de tels droits¹⁸¹². En revanche, la position favorable à l'émergence d'un droit subjectif de réclamations d'indemnisation a été retenue par les juridictions autrichiennes¹⁸¹³.

741. À ce sujet, la Cour constitutionnelle allemande a souligné, dans sa décision du premier Sénat du 3 décembre 1969, qu'une indemnisation intégrale des dommages patrimoniaux aurait conduit à un résultat incompatible avec les finalités de la Loi fondamentale¹⁸¹⁴. La faillite de l'État imposait la reconsidération des limites de son obligation de réparation des préjudices subis par ses propres ressortissants. Une compensation intégrale n'était pas justifiable en raison du fait que « les dommages dus à l'occupation, conçus en tant que conséquences de la dernière guerre, et faisant partie du complexe global des dommages de guerre et des dommages consécutifs à la guerre » devaient être réglés de manière appropriée « en tenant compte de la capacité financière et des aspects sociaux »¹⁸¹⁵. Il a été précisé que « l'ampleur considérable de

shall be compensated», v. l'argumentation de K. Pfeiffer, *Gleichheitsgrundsatz und Reparationsentschädigung*, Heymann, Köln, 1968, 121 p., p.34.

¹⁸¹¹V. G. Erler, *Das Rechtsproblem der Bundesentschädigung für innerdeutsche Reparationsdemontagen*, Göttingen. Musterschmidt-Verlag, 1958, 86 p., p.22 : « Il n'est pas possible de déduire de cette seule disposition un droit subjectif direct de la personne lésée, compte tenu de la formulation vague qui laisse en suspens l'étendue et le règlement de l'indemnisation demandée, même s'il convient de noter que le texte anglais utilise l'expression beaucoup plus forte "ensure", c'est-à-dire "assurer", au lieu de "prendre des précautions (*Vorsorge treffen*)" ».

¹⁸¹²OLG Köln, décision du 20.5. 1955, *NJW* 1955, 1635. Cette position avait été déjà défendue par le *Reichsgericht* dans sa décision du 29 mars 1928 concernant l'art. 297 i du traité de Versailles. Citée par K. Pfeiffer, *Gleichheitsgrundsatz und Reparationsentschädigung, op.cit.*, p.34.

¹⁸¹³ L'art. 27 du Traité d'État autrichien (*Staatsvertrag*) de 1955 prévoyait que « [I] es Puissances alliées et associées déclarent leur intention de remettre les biens, droits et intérêts autrichiens, tels qu'ils se trouvent actuellement sur leurs territoires, ou, dans la mesure où ces biens, droits et intérêts ont fait l'objet d'une mesure de liquidation, d'utilisation ou d'une autre forme de dévolution, de restituer le produit provenant de cet acte. Les puissances alliées et associées sont disposées à conclure des accords avec le gouvernement autrichien à cet effet. Par. 2 Sans préjudice des dispositions qui précèdent, la République populaire fédérative de Yougoslavie se voit accorder le droit de saisir, de retenir ou de liquider les biens, droits et intérêts autrichiens qui se trouvent sur le territoire yougoslave au moment de l'entrée en vigueur du présent Traité. Le Gouvernement autrichien s'engage à indemniser les ressortissants autrichiens dont les biens sont saisis en vertu du présent paragraphe ». *Der österreichische Staatsvertrag vom 15. Mai 1955, ZaoerV*, 1955-56, p.594-621. Cet article a fait l'objet d'interprétation par la Cour suprême autrichienne. Elle s'est prononcée sur la question de l'indemnisation à la lumière de la différence des termes employés dans le traité de l'État et l'Überleitungsvertrag. OGH, 4.2.1960, *Juristische Blätter*, Wien, 1961, no 83, pp. 27 et s., p. 30 : « Alors que la République fédérale, dans une version prudente, s'est seulement engagée à vouloir prendre des mesures de précaution, le gouvernement autrichien s'est déjà engagé concrètement et clairement, dans l'article 27, à verser une indemnisation aux citoyens autrichiens. La Cour conclut donc que, tant selon les principes du droit international que selon les principes autrichiens, étatiques et constitutionnels, l'article 27 du *Staatsvertrag* devrait, en tant que loi matérielle, conférer aux citoyens individuels un droit d'action directe (*Anspruchsberechtigung*) à l'encontre de la République d'Autriche ».

¹⁸¹⁴ Il a été soutenu, qu'à l'époque, les ressortissants allemands ne pouvaient pas invoquer la violation du premier protocole de la CEDH. Les dispositions protectrices ne concernaient que les étrangers V. à ce sujet K-H. Böckstiegel, « Gilt der Eigentumsschutz der Europäischen Menschenrechtskonvention auch für Inländer? », *NJW* 1967, pp. 905-909.

¹⁸¹⁵ BVerfG 27,253, p. 269

ces dommages et la situation économique et financière résultant de l'effondrement total du *Reich* allemand rendaient d'emblée impossible une compensation intégrale des dommages »¹⁸¹⁶. L'impossibilité d'une indemnisation intégrale était justifiée par l'invocation explicite de l'état de faillite dans lequel se trouvait l'État au lendemain de la guerre¹⁸¹⁷. Une argumentation similaire a été suivie par la Cour fédérale de justice. Cette juridiction mettait en exergue l'état de faillite dans lequel se trouvait l'État allemand au lendemain de la guerre¹⁸¹⁸. Par ailleurs, le montant de réparation devait être déterminé en fonction du lieu sur lequel se trouvaient les biens confisqués. Pour les biens sis en Suisse, en Suède et au Portugal, pays avec lesquels des traités spéciaux avaient été conclus, les intérêts des propriétaires dépossédés ont été mieux protégés¹⁸¹⁹.

742. La réticence à reconnaître des droits individuels d'indemnisation au profit des propriétaires allemands dépossédés semble être justifiée par la volonté de mettre en œuvre un régime de responsabilité collective. En effet, les biens privés ennemis ont été saisis à titre de réparations de guerre. Il semble ainsi qu'il existe un lien entre la justification de ces mesures et la non-reconnaissance des droits d'indemnisation. Les victimes de ces mesures étaient ainsi impliquées dans une relation spécifique avec l'État qui, tout en se considérant responsable pour pallier les pertes subies, cherche des moyens pour repousser les indemnités réclamées. Selon la logique sous-tendant les traités de paix, c'est l'État ennemi tout entier qui est débiteur face aux États vainqueurs. En opérant une hiérarchisation entre les intérêts de la Nation et les intérêts

¹⁸¹⁶ BVerfG 27, 253, p. 284.

¹⁸¹⁷ BVerfG 15, 126, p. 135

¹⁸¹⁸ Le Bundesgerichtshof dans sa décision du 13. 10 1969 a confirmé la compatibilité de ce règlement avec les articles 3 et 14 de la loi fondamentale. NJW 1970, p. 191 : « Les mesures de réparation mises à la charge de la requérante sont une conséquence directe de la Seconde Guerre mondiale, qui s'est terminée par l'effondrement total du *Reich* allemand et qui, par ses effets, a mis le *Reich* en état de "faillite". C'est pourquoi le règlement des dommages de réparation fait partie des tâches que le législateur fédéral devait accomplir pour remédier à la situation d'effondrement et de faillite de l'État dans le cadre de la création et de la fondation d'un nouvel ordre étatique. L'ampleur des dettes laissées par le Reich et des dommages causés par la guerre et ses conséquences directes était telle qu'il n'était pas envisageable d'honorer toutes les dettes du *Reich* et de compenser intégralement l'ensemble des dommages. Les efforts du législateur fédéral ne pouvaient donc qu'aboutir à une péréquation des charges entre les créanciers du *Reich* et les victimes de la guerre et de son effondrement (réfugiés, personnes déplacées, victimes de la guerre, dommages matériels de guerre, etc.[...] Il convient donc de s'en tenir à la conclusion que les enlèvements en question par la puissance occupante à des fins de réparation ne constituent pas des mesures d'expropriation au sens de l'article 153 de la Constitution de Weimar et de l'art 14 de la Loi fondamentale et n'ont pas donné lieu à un droit à indemnisation en vertu de ces dispositions. La question de savoir si les saisies étaient légales ou illégales au regard du droit international public peut rester ouverte. En effet, tout comme l'expropriation — légale —, l'intervention assimilable à une expropriation suppose une « action » menée par une autorité allemande. [...] Il n'existe pas de principe général de droit international public qui permettrait à une victime d'un dommage de guerre de faire valoir un droit direct à l'indemnisation contre son pays d'origine, indépendamment d'une base juridique nationale correspondante ».

¹⁸¹⁹ Dans sa décision du 21 mars 1957, déjà analysée, la Cour constitutionnelle fédérale a examiné et approuvé la compatibilité avec l'article 14 de la Loi fondamentale des dispositions des trois accords signés, entre la Suisse et la République fédérale le 26 août 1952, relatives à l'indemnisation des propriétaires allemands dont les biens confisqués se trouvaient en Suisse. BVerfG 6, 294. Pour une réflexion générale sur le régime distinct d'indemnisations de certaines catégories des propriétaires allemands v. K. Pfeiffer, *Gleichheitsgrundsatz und Reparationsentschädigung*, op.cit., p.114.

individuels de ses ressortissants, l'État ennemi, conçu comme État débiteur, ne conteste pas les mesures de saisie prises à l'étranger contre ses propres ressortissants. Le mécanisme de protection diplomatique est ainsi rendu inopérant et les actes de saisie imputés aux États vainqueurs ne sont pas susceptibles d'être contrôlés. Un pouvoir large et discrétionnaire est ainsi reconnu au profit des États vainqueurs-créanciers. Ce caractère discrétionnaire est justifiable en fonction de la finalité des mesures de dépossession, à savoir les réparations de guerre. Les actes d'occupation *sui generis* entreprises par les puissances alliées, ainsi que la reconnaissance postérieure de leur validité par l'État jadis occupé, conçue comme condition de réacquisition de son statut en tant qu'État pleinement souverain, esquissent les contours d'un régime asymétrique ancré dans un contexte bien particulier imposé à l'État ennemi.

743. De ce contexte relèvent aussi les mesures prises par les États-Unis lors de l'occupation *post bellum* imposée au Japon de 1945 jusqu'au Traité de paix de San Francisco, entrée en vigueur en 1952¹⁸²⁰. En effet, les considérations liées aux compétences de l'État occupant, au

¹⁸²⁰ A la différence des autres traités de paix, le traité de San Francisco ne contenait aucune disposition en vertu de laquelle le Japon aurait assumé l'obligation d'indemniser ses ressortissants affectés par les mesures alliées de saisie et de liquidation de leurs biens. V. en détail D'Argent, *Les réparations de guerre*, *op.cit.*, p.766 : « Les raisons d'une telle différence sont peu claires, encore qu'il semble que ce soit le gouvernement japonais lui-même qui ait demandé à ses anciens ennemis de ne pas devoir contracter un tel engagement en faveur de ses nationaux, afin de ne pas mettre en péril son récent redressement économique ». Pour une présentation détaillée de la question d'indemnisation des ressortissants japonais v. K. Hirober, « Waiver of war claims in Japan problems relating to article 19a of the Treaty of Peace with Japan », *Japanese annuary of international law*, 1978, p.38-53. Le gouvernement japonais insistait sur l'absence d'obligation légale à son égard, tant que le traité ne contenait aucune disposition sur l'indemnisation. Pour les arguments présentés par le Gouvernement japonais devant une commission parlementaire au sujet de l'absence de clause d'indemnisation dans le traité dans la séance du 9 novembre 1951 v. T. Ito, « Japan's settlement of the Post World War II, réparations and claims », p.57. Les Japonais qui avaient perdu leurs biens à l'étranger suite à des mesures de disposition prises conformément à l'art. 14 a 2 du Traité et ceux qui avaient été rapatriés des « territoires détachés » du Japon, tout en étant obligés d'y abandonner leurs biens, ont réclamé d'indemnisations. Ils ont affirmé que le Gouvernement avait sacrifié les propriétaires de biens privés à l'étranger en profitant de leurs biens pour payer une partie de ses réparations, qui auraient dû être supportées également par tout le peuple japonais. La position du gouvernement japonais, qui mettait l'accent sur l'absence de son obligation légale d'indemniser, était fondée sur la prémisse selon laquelle la perte des avoirs privés à l'étranger, se présentait comme « dommage inévitable après la défaite militaire » *Idem*, p.58. L'interrogation portait sur la possibilité du Japon de renoncer, en vertu du traité de San Francisco, à son droit souverain de protection diplomatique de ses sujets et à l'obligation qui lui incomberait d'indemniser les Japonais dépossédés, malgré l'absence de toute disposition dans le traité y faisant référence. En signant le traité de paix, le Japon s'engageait à ne pas se plaindre du traitement discriminatoire réservé à ses propres ressortissants. Qualifiant l'acte de dépossession dont le fondement se trouvait dans l'art. 19a du traité, de privation de propriété privée à des fins d'utilité publique, les ressortissants japonais ont exercé des recours contre l'État en réclamant d'indemnisations. Les requérants japonais considéraient que l'État était obligé, en vertu de l'article 29 (3) de la Constitution, relatif à la protection de la propriété privée, de compenser les pertes causées par l'article 19 (a) du traité de paix. Les juridictions internes japonaises n'ont pas reconnu d'obligation d'indemnisation incombant au gouvernement japonais, estimant que ce dernier n'avait pas commis de faute en signant un traité de paix, jugé si fondamental pour la survie de l'État japonais. Toute appréciation relative à la licéité du sort des biens privés se fondait sur des considérations générales portant sur les particularités d'un traité de paix, signé par un État vaincu V. le raisonnement adopté par la haute Cour de Tokyo dans l'affaire Inao Horimoto qui a insisté sur le fait que l'acceptation de l'art. 19 du traité de San Francisco ne constituait pas un cas d'usage illégal de la puissance publique. P. 214 : « La conclusion du traité de paix n'est pas une manifestation illégale de la puissance publique. Si un pays vaincu ne peut pas conclure un traité de paix parce que cela est contraire à sa constitution, il est impossible de parvenir à la paix, et par conséquent le pays sera détruit ou, du moins, perdra sa souveraineté. Par conséquent, en ce qui concerne les traités de paix, bien qu'ils puissent avoir des irrégularités formelles d'inconstitutionnalité, il a été compris jusqu'à présent que les tribunaux et autres organes de l'État doivent les reconnaître comme des faits accomplis comme dans le cas des révolutions ; il a été compris aussi que le pouvoir de conclure un traité par nécessité n'est pas limité par les constitutions en temps de guerre au sens de l'urgence nationale, ou qu'un traité de

paix a priorité sur les pouvoirs constitutionnels en application de la théorie de la supériorité du droit international. La situation du Japon lors de la conclusion du Traité de paix n'est pas différente des cas ci-dessus. Étant donné que le traité de paix est un accord international que le Japon a accepté "contre son gré et par la force" afin de recouvrer son indépendance, après avoir accepté la déclaration de Potsdam et s'être rendu sans condition, même si le traité contient certaines dispositions qui affectent les droits des ressortissants autrement garantis par la Constitution japonaise, l'acte de conclusion du traité de paix ne peut être considéré comme un acte illégal à la lumière de la Constitution japonaise et d'autres lois et règlements», Tokyo High Court, *Inao Horimoto v. Japan*, 8 avril 1959, *Japanese annuary of international law*, 1965, pp. 209-222. L'« infériorité » de l'État vaincu était ainsi reflétée dans les dispositions du traité. En outre, il a été précisé que la protection constitutionnelle à l'égard de la propriété privée nécessitait des dispositions concrètes législatives, sur lesquelles pouvaient s'appuyer les requérants. A défaut d'actes de concrétisation de la protection constitutionnelle, les demandes d'indemnisations ont été rejetées comme non-fondées Hiroshima District Court, *Kazuo Katayama v. Japan*, 10 octobre 1960, *Japanese annuary of international law*, 1963, pp.125-132. « Le Japon a signé le Traité de paix, y compris l'article 19 (a), afin de contrôler l'urgence sans précédent de la guerre perdue. Il est difficile de conclure que l'État doit automatiquement indemniser les requérants en vertu de l'article 29, paragraphe 3 de la Constitution. Une demande concrète de dommages et intérêts contre l'État ne peut pas être établie uniquement par une disposition de la Constitution. Il doit y avoir une loi spéciale établissant les conditions et les procédures d'indemnisation ». Japan Supreme Court, *Kazuo Katayama v. Japan*, 4 juillet 1969, *Japanese annuary of international law*, 1970, pp.83-88 « Les dommages causés par l'appropriation de biens d'outre-mer à des fins de réparation conformément à l'article 14 (a) 2 (1) du Traité de paix ne peuvent qu'être considérés comme une sorte de dommage de guerre résultant du fait de la défaite et à la lumière de la situation particulière et exceptionnelle dans laquelle se trouvait le Japon au moment de la conclusion du Traité susmentionné. Et compte tenu de l'absence, dans le même traité, d'une disposition relative aux réparations comme dans le cas du traité de paix avec l'Italie, et du fait que l'indemnisation du dommage susmentionné dépassait entièrement le champ d'application de l'article 29, paragraphe 3, de la Constitution, il n'y a pas lieu d'appliquer la même disposition au dommage ». L'État pouvait ainsi disposer des biens privés, malgré la contrariété de ces mesures à des règles relevant du droit interne. Ces décisions internes des juridictions japonaises s'avèrent particulièrement intéressantes puisqu'elles ont offert la possibilité à des juges internes de se prononcer sur l'existence de règles relevant du droit international portant à la fois sur le *jus in bello* et le *jus post bellum*. V. Notamment l'affaire Tokyo District Court, *Shimoda and others v. Japan*, December 7, 1963, *Japanese annuary of international law*, 1964, pp. 212-252. L'affaire portait sur les demandes d'indemnisation adressées à l'État japonais par des personnes ayant subi des préjudices par les bombes atomiques versées par les Américains. La Cour s'est lancée dans une tentative de justification de cet outil de guerre dans le cadre d'une guerre totale en vue de la capitulation définitive de l'adversaire. Bien que les demandes d'indemnisation aient été rejetées, la Cour n'a pas pu proposer une définition juridique du terme de guerre totale. « Si l'on comprend le concept de guerre totale comme signifiant que toutes les personnes qui appartiennent à un belligérant sont plus ou moins combattantes, et que tous les moyens de production nuisent à l'ennemi, il s'ensuit la nécessité de détruire tout le peuple et tous les biens de l'ennemi ; et il devient absurde de distinguer entre objectif militaire et objectif non militaire. Cependant, la défense du concept de guerre totale, ces derniers temps, a pour but de souligner le fait que l'enjeu d'une guerre n'est pas seulement décidé par les forces armées et les armes, mais que les autres facteurs, c'est-à-dire principalement les facteurs économiques comme les sources d'énergie, les matériaux, la capacité de production de l'industrie, la nourriture, le commerce, etc. ou les facteurs humains comme la population, la force de travail, etc. Le concept de guerre totale n'est pas préconisé dans un sens aussi vague que celui indiqué ci-dessus, et il n'existe aucun exemple réel d'une telle situation. Par conséquent, il est faux de dire que la distinction entre objectif militaire et objectif non militaire a disparu à cause de la guerre totale », pp. 239-240. V. aussi l'arrêt Tokyo high Court 1965, *Fujimoto Akiyama v. Japan*, 30 January 1965, *Japanese annuary of international law*, 1969, p.174-177. En l'occurrence, des dépôts bancaires privés et d'autres biens, qui se trouvaient au Canada, ont été placés sous le contrôle du gouvernement canadien en tant que biens ennemis. Le gouvernement canadien avait obtenu par la suite le droit de disposer de ces biens en vertu des dispositions de l'art. 14 a 2. 1. du traité de paix avec le Japon. Les requérants soutenaient que le gouvernement japonais, en vertu de l'art. 29 (3) de la Constitution du Japon, était tenu d'indemniser les appelants pour les biens susmentionnés, étant donné que le gouvernement avait utilisé ces biens pour couvrir une partie des obligations du Japon à l'égard des puissances alliées pour la réparation des dommages de guerre. La Cour a précisé p. 175 « qu'il existe depuis longtemps une coutume internationale selon laquelle l'État conquérant réclame à l'État conquis de l'argent ou d'autres biens au nom des réparations, afin de compenser les dommages humains ou matériels subis par l'État conquérant et causés dans le processus de la guerre ». En interprétant la disposition de la Constitution du Japon, la Cour a abouti au constat que l'art 29 par. 3 « ne fait que clarifier un principe ou une politique générale selon lequel le gouvernement japonais doit garantir le droit de posséder ou de détenir des biens, et que, si des biens privés devaient être pris pour un usage public, cela devrait se faire moyennant une juste compensation. Il est difficile de considérer que cette disposition prévoit directement des demandes spécifiques d'indemnisation ». Il a été jugé que des demandes spécifiques d'indemnisation présupposent la promulgation d'une loi. Le même différend a été porté devant la Cour suprême japonaise qui dans sa décision du 27 novembre 1968 a invoqué l'argument de l'urgence pour rendre légitime la liquidation des biens privés japonais. « Tous les Japonais étaient obligés d'endurer et de tolérer des sacrifices de vie, de corps et de biens, d'une manière ou d'une autre. Il s'agissait d'une période d'urgence impliquant la vie et la mort d'une nation en guerre, puis sous occupation. Tous les membres de la nation ont dû faire et tolérer de tels sacrifices, qu'il s'agisse d'un sacrifice ou d'un dommage de guerre. Il convient de considérer que la Constitution

statut incertain de l'État ennemi vaincu occupé et à la reconnaissance de la validité des mesures d'ingérence dans la propriété privée, sont aisément transposables dans ce contexte. En revanche, le régime d'occupation imposé par les Soviétiques dans la zone allemande occupée par eux, devenue par la suite la RDA, présente une complexité unique et mérite de ce fait d'être plus longuement étudié. Notre étude se penchera ainsi sur l'examen de ses spécificités et celles des mesures entreprises contre les biens privés à titre de réparations de guerre.

Section II Les confiscations des biens des ressortissants ennemis en zone soviétique : un mécanisme de reconfiguration radicale des structures de l'Etat ennemi occupé

744. L'ingérence dans les biens des ressortissants de l'État ennemi vaincu a atteint son sommet dans le cas de la zone d'occupation soviétique. Les actes de confiscation pris par cette puissance d'occupation et justifiables à titre de réparations de guerre pourraient être interprétés en tant qu'actes dictés par l'objectif de transformation de la structure de l'État occupé¹⁸²¹. La complexité des actes de confiscations opérées en zone soviétique est due à plusieurs facteurs. Tout d'abord, l'administration de l'occupation soviétique différait de celle mise en œuvre dans les autres zones. Les organes relevant de l'occupation soviétique ont été séparés des structures d'occupation mises en place par les autres puissances alliées. En effet, l'administration militaire soviétique en Allemagne (ci-après : SMAD), à savoir le plus haut organe exécutif, législatif et judiciaire de la zone soviétique, a été créée dès le 6 juin 1945. Selon l'ordre no 1, la mission de cette autorité était de « contrôler le respect des conditions découlant de la capitulation inconditionnelle pour l'Allemagne, d'administrer la zone d'occupation soviétique en

n'envisage pas l'indemnisation des pertes résultant de l'appropriation des biens d'outre-mer, dont les pertes sont considérées comme une sorte de dommage de guerre ». En dernière analyse, ce type de dommage de guerre, comme tout autre type de dommage de guerre, est un sacrifice contraignant qui doit être toléré et enduré plus ou moins de la même manière par tout le peuple japonais. [...] Par conséquent, abstraction faite de la question de savoir si le Gouvernement envisagera ou non de prendre des mesures politiques en ce qui concerne ces dommages résultant de la perte d'avoirs à l'étranger, la présente demande d'indemnisation fondée sur l'art. 29, par. 3, n'est pas fondée sur ses prémisses » Japan Supreme Court, *Fujimoto Akiyama v. Japan*, 27 novembre 1968, *Japanese annuary of international law*, 1969, pp. 121-123. Pour un aperçu de cette jurisprudence v. T. Webster, « Japan's transnational war réparations litigation : an empirical analysis », *Harvard international law journal*, 2022, vol. 63, pp. 181-244. L'auteur présente le raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire *Fujimoto Akiyama c. Japon*, v. p. 196 : « In a unanimous decision from the Grand Bench, the Court wrote that Japan, as a defeated nation, could neither negotiate with the Allied Powers on an equal footing nor turn down their demands ; it simply had to cede assets within the territory of Allied states. The Court articulated the « theory of endurance » or « doctrine of suffering » (*ju'ninron*). During the War, all Japanese citizens endured sacrifices to life, body, and property. In the absence of specific legislation from the Diet, war victims had simply to endure the suffering. Since then, the Supreme Court has repeatedly invoked the doctrine to reject claims for war reparations by Japanese citizens ».

¹⁸²¹ Les réclamations de réparations de l'URSS pouvaient être satisfaites par des saisies effectuées dans la zone d'occupation russe en Allemagne ainsi que par la liquidation des biens allemands situés à l'étranger. À cet effet, des traités ont été conclus avec des puissances ennemies au sujet des compétences de l'Union soviétique sur le sort des biens allemands étrangers. V. Traité de paix avec la Bulgarie, 10 février 1947, art. 24 « La Bulgarie reconnaît que l'Union soviétique a un droit sur tous les actifs allemands en Bulgarie qui ont été transférés à l'Union soviétique par le Conseil de contrôle pour l'Allemagne et s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour faciliter de tels transferts ». Cette disposition est identique à l'art. 28 du traité de paix avec la Hongrie et l'article 26 du traité avec la Roumanie de la même année.

Allemagne et de faire appliquer les décisions convenues du Conseil de contrôle sur les questions fondamentales militaires, économiques et autres, communes à l'Allemagne »¹⁸²². La scission entre les autorités d'occupation soviétique et les autres puissances alliées a été achevée en 1948, lorsque l'Union soviétique a abandonné le Conseil de contrôle, organe censé représenter l'Allemagne occupée dans son ensemble.

745. En outre, la complexité des confiscations en zone soviétique est due à la relation particulière que les puissances d'occupation entretenaient avec la RDA en tant qu'État souverain fondé en 1949¹⁸²³. Cette date marque la fin d'occupation de l'Allemagne de l'Est. Par conséquent, cette date sert comme repère chronologique pour la distinction entre, d'une part, les actes relevant de la compétence des autorités d'occupation — à savoir, les actes accomplis entre 1945 et 1949 — et, d'autre part, les actes attribuables aux autorités de la RDA, à savoir ceux accomplis après 1949. L'objectif de la présente section n'est pas de présenter en détail l'arsenal normatif en matière de saisie des biens qui a été mobilisé par les autorités soviétiques d'occupation. Ce dernier consiste en un ensemble assez hétérogène d'ordres militaires et d'instructions émises par la SMAD. La thèse de la conformité de ces dispositifs avec les règles du droit international régissant à l'époque l'institution d'occupation de guerre doit à notre sens être écartée. Les règles en matière de gestion des biens privés reflètent plutôt le caractère *sui generis* de cette occupation qui a complètement bouleversé les structures sociales du pays occupé¹⁸²⁴. L'attention doit être attirée par la manière dont la validité de ces mesures a été reconnue, surtout pendant les années ayant suivi la réunification allemande. Le contrôle de la validité de ces mesures de confiscation a eu lieu à l'occasion de plusieurs demandes d'indemnisation formulées par des propriétaires dépossédés aux années 1945-1949. La jurisprudence relative aux réclamations d'indemnisation offre ainsi des éléments

¹⁸²² Ordre no 1 : Sur l'organisation de l'administration militaire pour gérer la zone d'occupation soviétique en Allemagne, 9 juin 1945, (*Befehl Nr. 1 : Über die Organisation der militärischen Administration zur Verwaltung der sowjetischen Okkupationszone in Deutschland*) http://www.documentarchiv.de/ddr/1945/smad-befehl_nr01.html. U. Böhm, *Die Enteignung von Großbetrieben und der Aufbau einer sozialistischen Planwirtschaft in der Sowjetischen Besatzungszone*, Thèse, Berlin, 2006, 341 p., pp. 42-43.

¹⁸²³ Le secteur soviétique d'occupation est devenu la DDR le 7 Octobre 1949. Quant à la RFA, le statut d'occupation a été abrogé le 5 mai 1955. Les accords de Paris, conclus le 23 octobre 1954 entre les Gouvernements Américain, Britannique et Français d'une part, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne d'autre part et ratifiés par les Parlements de tous les pays signataires ont restitué à la République fédérale d'Allemagne sa souveraineté.

¹⁸²⁴ U. Böhm, *Die Enteignung von Großbetrieben...*, *op. cit.*, p. 103. Ordre (*Befehl*) 124 SMAD, et Ordre (*Befehl*) 126. P. 108 : « Les autorités allemandes de la zone soviétique se sont officiellement référées à la loi no 10 du Conseil de contrôle et à la directive no 38 du Conseil de contrôle pour les séquestres effectués après les ordres no 124 et 126, bien que la loi no 10 du Conseil de contrôle n'ait été promulguée que six semaines après les ordres no 124 et 126. La SMAD et surtout le KPD/SED considéraient les ordres de séquestration comme mesures d'exécution de la loi no 10 du Conseil de contrôle. [...] Selon l'opinion des puissances occidentales, les ordres SMAD no 124 et 126 n'étaient conformes ni à l'accord de Potsdam, ni à la loi no 10 du Conseil de contrôle, ni à la directive no 38 du Conseil de contrôle et constituaient, par conséquent, une violation des dispositions relatives à la décartellisation. Une différence décisive entre les ordres no 124 et 126 et la loi no 10 du Conseil de contrôle résidait dans le fait que cette dernière prévoyait la mise en œuvre d'une procédure légale de confiscation dans le cadre d'une procédure pénale ».

d'interprétation de la politique de dépossession suivie par les autorités d'occupation. La volonté qui se déduit des décisions du juge allemand est de ne pas mettre en doute la validité des actes de confiscation entrepris lors de l'occupation soviétique. Ces actes, ancrés dans un contexte historique bien précis, restent ainsi valides tout en étant attentatoires à plusieurs principes relevant de l'État de droit. Ce régime dérogatoire mis en place entre 1945 et 1949 correspond à la notion de « biens des ressortissants ennemis », telle qu'elle a été développée dans le cadre de la présente étude. Il est ainsi possible d'affirmer que, derrière la non-remise en cause des actes de confiscation entrepris par les autorités soviétiques, se trouve l'approbation de la mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective imposé à l'ennemi vaincu et préjudiciable aux droits et intérêts de ses ressortissants. Les atteintes aux biens des ressortissants de l'État ennemi s'insèrent dans ce cadre de réparations de guerre qui mettent en œuvre un régime de responsabilité collective. Si la notion de biens des ressortissants ennemis reste ancrée dans un cadre historique particulier, ses effets continuent à être toujours tangibles. Cela se prouve par le fait que le contentieux en matière de réclamations d'indemnisation pour des confiscations opérées dans un passé lointain est, malgré tout, assez récent. En effet, la réunification allemande a donné l'occasion aux juges internes de se prononcer sur la valeur normative des actes découlant du contexte bien particulier des années 1945-1949. Des règles dérogatoires formant un régime d'exception préjudiciable aux biens des ressortissants de l'État ennemi ont ainsi été examinées de nouveau. La reconnaissance de la validité des actes en question ou, plutôt, le rejet de toute réclamation d'annulation de leurs effets peuvent être interprétés en tant que signes d'approbation d'un régime bien spécifique attaché aux biens des ressortissants ennemis. Notre étude se focalisera ainsi sur la manière dont des mesures dérogatoires d'ingérence aux biens privés, non justifiables à l'aune des règles nationales et internationales en vigueur aujourd'hui, sont toujours reconnues comme valides (§1). La non-remise en cause de leur validité engendre le rejet des réclamations d'indemnisation formulées par les héritiers des anciens propriétaires dépossédés. Si les confiscations ont été entreprises par ou sous les auspices des autorités soviétiques d'occupation, seul un droit à des prestations compensatoires est reconnu (§2). Cette réticence à ne pas remettre en cause des actes de confiscation s'explique probablement par une reconnaissance implicite de la légitimité des mesures visant les biens des ressortissants ennemis.

§1 Des confiscations attribuables aux autorités soviétiques et reconnues comme valides par l'État occupé.

Pour identifier les particularités des confiscations entreprises en zone d'occupation soviétique, il importe de prendre en considération leurs finalités. Leur non-remise en cause a été imposée

à l'État occupé qui se considérait non-obligé d'assumer la protection des propriétaires dépossédés.

a. Des actes entrepris par ou ordonnés par l'administration militaire soviétique.

Les confiscations entreprises par les autorités soviétiques ou dictées par ces autorités (ii) se caractérisaient d'un double objectif. D'une part, la mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective et d'autre part la réformation des structures sociales (i) de cette zone d'occupation conformément aux directives de l'économie centralisée en vue de la fondation d'une nouvelle structure étatique.

i. La réforme agraire : un projet de restructuration sociale fondé sur une conception de responsabilité collective.

746. L'objectif de la mise en œuvre des actes de confiscation dans la zone soviétique était, d'une part, de servir comme moyen de réparations de guerre imposées à l'ennemi vaincu et, d'autre part, de contribuer à la restructuration socio-économique du pays occupé¹⁸²⁵. Ce double objectif caractérisait la réforme agraire entreprise dans la zone d'occupation soviétique en septembre 1945 (*Bodenreform*). Conformément à cette réforme, les biens de plus de cent hectares ont été expropriés sans indemnisation. La réforme agraire prévoyait la confiscation des terres¹⁸²⁶ ou des biens industriels. Il faut préciser que les actes sur lesquelles reposait la réforme agraire ont été édictés par des organes allemands¹⁸²⁷. Les mesures prises par les administrations

¹⁸²⁵ Ordre no 124 de l'administration militaire soviétique concernant la mise sous séquestre et l'administration temporaire de certaines catégories d'avoirs, 30 octobre 1945, (*Befehl Nr. 124 der Sowjetischen Militär-Administration (SMA) betreffend Auferlegung der Sequestration und Übernahme in zeitweilige Verwaltung einiger Vermögenskategorien*), <https://d-d-r.de/verordnungsblatt-der-provinz-sachsen-nr-4-5-6-1945-seite-10.html> ; Ordre no 126 de l'Administration militaire soviétique (SMA) concernant la confiscation des biens du NSDAP, 31 octobre 1945, (*Befehl Nr. 126 der Sowjetischen Militär-Administration (SMA) betreffend Konfiszierung des Vermögens der NSDAP*), <https://d-d-r.de/verordnungsblatt-der-provinz-sachsen-nr-4-5-6-1945-seite-12.html>. Pour l'ensemble des ordres du Oberste Chef de l'Administration militaire soviétique (Sowjetische Militäradministration in Deutschland- SMAD, 1945-1949, v. J. Fotzik, *Inventar der Befehle des obersten Chefs der Sowjetischen Militäradministration in Deutschland, 1945-1949*, Saur, München, 1995, 229 p.

¹⁸²⁶ Dans le cadre de la réforme agraire, les terrains de plus de 100 hectares ont été expropriés. Ces terrains ont été rassemblés dans un fonds agraire étatique qui s'est chargé de la redistribution de ces terres à des paysans.

¹⁸²⁷ V. p. ex. le décret relatif à la réforme agraire de la province de Saxe du 10 septembre 1945 (*Verordnung über die landwirtschaftliche Bodenreform*). Dans son premier article il était précisé que « [l]a réforme agraire démocratique est une nécessité économique et sociale nationale incontournable. La réforme agraire doit assurer la liquidation de la grande propriété féodale et mettre fin à la domination des junkers et des grands propriétaires de terre. Parce que cette domination a toujours été un bastion de la réaction et du fascisme dans notre pays et l'une des principales sources d'agression et de guerres de conquête contre d'autres peuples ». Le décret procédait à une distinction en fonction de la taille de la propriété privée. Le paragraphe 3 de l'article 2 disposait que « l'ensemble des terres féodales et des grandes propriétés foncières de plus de 100 hectares, avec toutes les constructions, le bétail et les biens mobiliers, toutes les exploitations annexes et tous les biens agricoles, seront également saisis sans indemnisation ». En revanche, pour les parcelles de terre moins importantes, le paragraphe 2 du même article prévoyait la saisie sans indemnisation pour les catégories de personnes suivantes « A. Les propriétés des criminels de guerre et des coupables de guerre avec tous les biens agricoles qu'elles contiennent. B. les biens fonciers et agricoles appartenant aux dirigeants nazis et aux défenseurs actifs du parti nazi et de ses branches, ainsi qu'aux dirigeants de l'État hitlérien. Ceci inclut toutes les personnes qui étaient membres du gouvernement du Reich, des gouvernements régionaux et du Reichstag nazi pendant la période de domination nazie ». G. Fieberg. H. Reichenbach (éd.), *Enteignung und offene Vermögensfragen in der ehemaligen DDR, Dokumentation*, Köln, Kommunikationsforum GmbH, Recht, Wirtschaft, Steuern, 1991, vol. I, doc. 2.8.1. Pour le cas de l'Etat de

allemandes des provinces de l'Est ont été confirmées postérieurement par la SMAD¹⁸²⁸. Si les actes n'ont pas été dictés directement par l'occupant, l'influence importante exercée sur les organes de l'État ennemi défait par les autorités soviétiques ne faisait pas de doute. Comme l'indiquait la devise « Junkerland in Bauernhand » (la terre des junkers aux mains des paysans), l'objectif était la liquidation de la grande propriété foncière féodale qui avait été toujours « un bastion de la réaction et du fascisme et l'une des principales sources d'agression (...) contre les autres peuples »¹⁸²⁹.

747. À partir des biens fonciers expropriés, un fonds foncier a été constitué qui a été utilisé pour distribuer des terres aux paysans sans terre ou pauvres en terre, aux ouvriers agricoles, aux réfugiés et aux personnes déplacées.¹⁸³⁰ Les bénéficiaires devaient payer pour le terrain une somme équivalente à la valeur d'une récolte annuelle. Les exploitations agricoles nouvellement créées ne pouvaient pas être partagées ou vendues, ni être louées ou mises en gage, en totalité ou en partie¹⁸³¹. Les nouveaux rapports de propriété ont été cristallisés dans l'article 24 de la Constitution de la RDA qui prévoyait que les propriétés foncières privées de plus de cent hectares étaient dissoutes et morcelées sans aucun dédommagement. Il semble que ce processus de collectivisation ait constitué un élément d'importance fondamentale pour la refondation de l'économie entière du pays.

748. Ces mesures de restructuration sociale ont été interprétées comme des conséquences directes de la Seconde Guerre mondiale, au même titre que les modifications des frontières

Thüringen *idem*, doc. 2.10.1 Pour le cas de l'Etat de Mecklenburg-Vorpommern, *idem*, doc. 2.7.1. Pour une analyse de ces différents acts émis par les autorités allemandes v. von der Beck, *op. cit.*, pp. 69 et s.

¹⁸²⁸ Cette confirmation a été effectuée par l'ordre SMAD no 110 du 22 octobre 1945, qui accordait aux administrations provinciales et aux administrations des Länder le droit de promulguer des lois et des règlements ayant force de loi s'ils n'étaient pas contraires aux instructions du Conseil de contrôle ou de la SMAD. L'ordre déclarait en même temps rétroactivement valables les règlements déjà pris, sous condition de non-contrariété avec les actes du Conseil de contrôle ou les ordres émis par la SMAD. SMAD no 110 Ordre du chef suprême de l'administration militaire soviétique en Allemagne accordant aux administrations provinciales et aux administrations des Länder fédéraux le droit de promulguer des lois et des règlements ayant force de loi dans la zone d'occupation soviétique de l'Allemagne. (*Befehl des obersten Chefs der Sowjetischen Militärverwaltung in Deutschland über die Einräumung des Rechts an die Provinzialverwaltungen und Verwaltungen der föderalen Länder; in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands Gesetze und Verordnungen zu erlassen, die Gesetzeskraft haben*).

¹⁸²⁹ BVerfG, 112, 1, *Bodenreform III*, 26 octobre 2004, p.4. Sur la finalité de l'occupation militaire soviétique, Böhm U., Die Enteignung von Großbetrieben, *op.cit.*, p.42 : « En 1944, lors d'un entretien avec Milovan Djilas, adjoint du président yougoslave Josip Broz Tito, Staline expliqua ainsi la politique soviétique d'après-guerre : "Cette guerre n'est pas comme dans le passé ; quiconque occupe un territoire lui impose aussi son système social. Chacun introduit son propre système dans la mesure où son armée peut avancer. Il ne peut en être autrement" ».

¹⁸³⁰ Pour une présentation détaillée de la *Bodenreform* v. BVerfG 84, 90, *Bodenreform*, 22 January 1991, p. 97

¹⁸³¹ Le parlement de la RDA avait adopté le 6 mars 1990 la loi sur les droits des propriétaires de terrains visés par la réforme agraire, appelée « loi Modrow » qui prévoyait la levée de toute restriction imposée aux détenteurs en les transformant à des propriétaires La loi relative à la fondation et aux activités d'entreprises privées, adoptée le 7 mars 1990, prévoit dans son article 17 que : « les anciennes entreprises avec participation de l'état et les anciennes entreprises privées qui sont devenues la propriété du peuple sur la base de la résolution du Présidium du Conseil des ministres du 9 février 1972 [...] sont à convertir à nouveau en sociétés de personnes ou en sociétés individuelles, sur la demande des anciens commanditaires ou détenteurs privés ou de leurs héritiers ». P. Collas, « Réunification, constitution et propriété en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, n. 8, pp. 633-658, p.650.

après 1945. Le caractère arbitraire des confiscations mises en œuvre a été souligné à plusieurs reprises par la doctrine. L'attention de cette dernière a été attirée par le fait que la confiscation avait un caractère totalement arbitraire affectant les « ennemis de classe »¹⁸³². Le concept d'« ennemi de classe » renvoie à une politique discriminatoire opératoire au niveau du droit interne. En l'occurrence, le ciblage des propriétaires des biens fonciers considérables était dicté, d'une part, par la finalité de restructuration des rapports socio-économiques et, d'autre part, par la finalité de mettre en œuvre un régime de punition collective. En effet, conformément à la conception soviétique concernant la culpabilité pour la guerre, les ennemis de classe étaient également ceux qui portaient la responsabilité pour l'éclatement de la guerre. Par conséquent, les « ennemis de classe » étaient aussi les ressortissants ennemis du pays vaincu qui devaient subir les conséquences d'un régime de responsabilité collective. Les deux qualités étaient interchangeables.

ii. Des confiscations imputées aux autorités d'occupation.

749. Il doit être rappelé que l'Allemagne, en vertu de l'*Überleitungsvertrag*, s'était engagée à ne pas émettre d'objections aux mesures prises à l'encontre des biens confisqués à des fins de réparation de guerre. Toutefois, l'Union soviétique n'avait pas signé cet accord. Par conséquent, des réclamations d'indemnisation pouvaient être faites à son encontre pour les actes de dépossession entrepris dans sa zone d'occupation. Une condition préalable à toute demande de restitution, voire d'indemnisation était l'identification de l'État que se trouvait derrière l'acte de dépossession. Il fallait, par conséquent, déterminer, à partir d'un critère précis, l'État qui se trouvait à l'origine des actes de confiscation. Pour cela, une distinction a été proposée entre le droit d'occupation direct (*unmittelbares Besatzungsrecht*) et le droit d'occupation dissimulé (*verdecktes Besatzungsrecht*)¹⁸³³. Même des actes relevant du droit d'occupation dissimulé étaient imputables à la puissance d'occupation. Conformément à cet objectif, la notion « *besatzungshoheitliche Grundlage* » a été proposée¹⁸³⁴. Contrairement à la notion

¹⁸³² *Idem*, p.637 : « Il s'agissait d'un règlement de compte sans précédent, d'une opération de persécution d'un groupe social, frappé de l'estampille d'"ennemi de classe", qui s'inscrivait dans la transformation révolutionnaire de l'ordre économique et social entreprise à l'époque ». Hans Herbert von Armin, « Entzug der Grundrechte aus Opportunität? Der Rechtsstaat darf sich nicht auf Unrecht gründen », *Frankfurter allgemeine Zeitung* du 6/9/1990, p.8 : « La perfidie de l'action présentée comme une réforme agraire réside dans le fait que le groupe des propriétaires fonciers possédant plus de 100 hectares a été mis dans le même sac que les groupes de criminels de guerre et de dirigeants nazis, sans compter la délimitation arbitraire et jamais vérifiée par les tribunaux de tous ces termes. Même les propriétaires terriens qui possédaient plus de 100 hectares ont été considérés comme collectivement coupables afin de pouvoir les punir en les privant de tous leurs biens, s'ils n'avaient pas été expulsés ou déportés dans des camps de concentration. Même les personnes directement impliquées dans la résistance contre Hitler, dont les biens avaient été confisqués par les nazis après l'échec de l'attentat de 1944, ont été expropriées une nouvelle fois par le parti communiste en 1945 ».

¹⁸³³ Von der Beck, *op. cit.*, p.146.

¹⁸³⁴ La Cour constitutionnelle a précisé que ce terme « englobe notamment les cas dans lesquels des biens ont d'abord été séquestrés en vertu de l'ordre no 124 de la SMAD et ont ensuite été expropriés par des autorités allemandes conformément aux prescriptions d'organes allemands » BVerfG 94, 12, *Bodenreform II*, 18 avril 1996, p.31.

« besatzungsrechtliche Grundlage » qui renvoyait aux prérogatives traditionnelles conférées aux puissances d'occupation en vertu du droit international, la notion « besatzungshoheitliche Grundlage » renvoyait à des mesures dictées par la puissance d'occupation agissant à titre de souverain. Ces actes pouvaient être dictés par la puissance d'occupation et mis en œuvre par les autorités de l'État occupé. Cette fiction s'est avérée particulièrement utile pour esquisser le champ des compétences des autorités soviétiques. Les expropriations pouvaient ainsi être fondées, d'un point de vue formel, sur des ordres émanant des autorités d'occupation ou sur des actes juridiques des autorités allemandes relevant de la zone d'occupation soviétique. Les actes relevant de cette seconde catégorie avaient été édictés par des autorités allemandes sous l'influence des puissances d'occupation. La Cour Constitutionnelle a exprimé des doutes concernant l'influence soviétique sur les mesures de confiscation, mais elle a toutefois admis le lien intrinsèque entre ces mesures et la politique menée par la puissance d'occupation. Les actes de confiscation ne reposaient que partiellement sur le droit d'occupation puisqu'ils avaient été fixés par des actes relevant des autorités allemandes¹⁸³⁵. Toutefois, étant donné que ces actes avaient été pris sous pression de la part de l'URSS, ils étaient imputables à cette dernière. Cette solution, dictée par l'exécutif, a été adoptée également par la Cour constitutionnelle¹⁸³⁶. Par conséquent, les confiscations entreprises dans le cadre de la réforme agraire ont été imputées à l'administration de l'État occupant¹⁸³⁷. L'imputation de ces actes à la sphère de responsabilité de la puissance occupante n'a pas été mise en doute, malgré le fait que ces confiscations, menées avec l'accord des autorités allemandes locales, n'avaient pas été effectuées au profit de la puissance occupante stricto sensu, mais en vue de la restructuration de la société allemande¹⁸³⁸.

¹⁸³⁵ BVerfG, 84, 90, p. 113-114 : « Il n'est pas non plus certain que la puissance d'occupation soviétique ait donné des instructions concernant la mise en œuvre de la réforme agraire ou exercé des pressions en ce sens, et, le cas échéant, dans quelle mesure. (Certes, certains rapports indiquent que le texte des dispositions relatives à la réforme agraire a été rédigé à l'avance en russe [Kruse, Hsg. Weißbuch über die Demokratische Bodenreform, in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, 1988, p. 16]. Néanmoins, la réforme agraire doit également être considérée comme une mesure relevant de la souveraineté de l'occupant, car le déroulement des événements montre en tout cas qu'elle n'a pas seulement été acceptée par la puissance d'occupation soviétique, mais qu'elle correspondait à sa volonté déclarée »

¹⁸³⁶ BVerfG 84, 90, p. 127 : « Les confiscations effectuées à la suite de l'ordre no 124 de la *SMAD* ont eu lieu sur la base de la souveraineté de l'occupation (*auf besatzungshoheitlicher Grundlage*), étant donné qu'elles ont été rendues possibles de manière ciblée par des actes de la puissance d'occupation soviétique et qu'elles dépendaient de sa décision. Les autorités allemandes n'auraient pas eu la possibilité d'accéder aux objets séquestrés par la puissance occupante si ceux-ci ne leur avaient pas été remis à cette fin par la puissance occupante. L'influence déterminante de la puissance d'occupation se manifeste en outre dans le fait que la *SMAD* a expressément confirmé les expropriations effectuées dans l'ordre no 64 du 17 avril 1948. Le fait que les services allemands aient participé à ces expropriations d'un commun accord n'exclut pas qu'elles soient fondées sur des décisions prises par l'occupant. Aucune influence n'est exercée par le fait que les expropriations en question n'avaient pas été effectuées au profit de la puissance occupante ».

¹⁸³⁷ *Idem* : « Le déroulement des événements montre en tout cas qu'elle (la réforme agraire) n'a pas seulement été acceptée par les autorités d'occupation soviétiques, mais qu'elle correspondait à leur volonté déclarée. Cela ressort avant tout du fait que la *SMAD*, par ordre du 22 octobre 1945, a donné force de loi aux dispositions adoptées jusqu'alors par les administrations régionales et provinciales qu'elle avait mises en place et auxquelles elle n'avait pas encore formellement conféré de pouvoirs législatifs, confirmant ainsi expressément les dispositions relatives à la réforme agraire ».

¹⁸³⁸ BVerfG, 112, 1, p. 9.

b. La reconnaissance de la validité des actes de confiscation.

750. La reconnaissance de ces actes avait une connotation politique importante (i, iii). L'acceptation des effets des confiscations soviétiques entreprises entre 1945 et 1949 sur le territoire de la future RDA et leur non-contestation représentait ainsi une obligation incombant à l'État allemand (iv, v). Seules des prestations compensatoires (ii) ont été fournies aux propriétaires dépossédés malgré leurs tentatives à réclamer une indemnisation intégrale auprès des juridictions allemandes (vi).

i. La reconnaissance de la validité des actes de confiscation comme condition politique de la réunification allemande.

751. Lors des négociations du traité deux plus quatre, l'Union soviétique avait exercé des pressions pour que la validité des actes de confiscation entrepris dans le cadre de la réforme agraire ne soit pas contestée par l'Allemagne réunifiée¹⁸³⁹. En vertu de la déclaration commune des deux gouvernements allemands du 15 juin 1990, les expropriations entreprises sur la base du droit d'occupation ou sous l'autorité de la puissance d'occupation (*Enteignungen auf besatzungshoheitlicher Grundlage*), entre 1945 et 1949, ne pouvaient plus être annulées. La raison invoquée à cette fin était que les gouvernements de l'Union soviétique et de la RDA ne voyaient aucune possibilité de revenir sur les mesures prises à une époque si lointaine. Le gouvernement fédéral a pris acte de cette situation au regard de l'évolution historique et a exprimé l'avis selon lequel une décision finale sur des éventuelles compensations de l'État devait être réservée à un futur parlement allemand de l'ensemble du pays.

ii. Des prestations compensatoires au lieu d'une indemnisation voire d'une restitution.

752. A la place d'une restitution voire une indemnisation intégrale, pour ces actes de dépossession, des « prestations compensatoires » (*Ausgleichsleistungen*) étaient prévues¹⁸⁴⁰.

¹⁸³⁹ Mémoire adressé à l'ambassade de RFA à Moscou du 24 avril 1990 : « Rien, dans le projet de traité entre la RFA et la RDA, ne saurait autoriser une mise en question de la légalité des mesures et ordonnances prises en matière de dénazification, de démilitarisation ou de démocratisation, prises par les quatre puissances, en commun ou chacune dans sa zone d'occupation d'alors. Le bien-fondé en droit de ces résolutions, notamment en matière de propriété et en matière agraire, est soustrait à toute nouvelle vérification ou révision de la part d'un tribunal allemand ou d'autres organes d'État allemands. ». Cité par P. Collas, idem, p. 643. V. les décisions de la Cour administrative fédérale qui refuse de consacrer « des considérations juridiques qui sont nécessairement liées à une évaluation de la responsabilité de la puissance occupante dans l'acte d'expropriation réalisé ». BVerwG, Décision du 28 septembre 1995, *Zeitschrift für Vermögens — und Immobilienrecht*, 1996, p. 88.

¹⁸⁴⁰ « Dans le cadre de la résolution des questions patrimoniales en suspens, les deux gouvernements partent du principe qu'il convient de trouver un équilibre socialement acceptable entre les différents intérêts. La sécurité juridique et l'unicité du droit ainsi que le droit à la propriété sont des principes qui guident les gouvernements de la République démocratique allemande et de la République fédérale d'Allemagne dans la résolution des questions patrimoniales en suspens. C'est la seule façon de garantir durablement la paix juridique dans une Allemagne future. [...] Les expropriations effectuées sur la base de la souveraineté ou de la juridiction d'occupation (de 1945 à 1949) sont irréversibles. Les gouvernements de l'Union soviétique et de la République démocratique allemande ne voient aucune possibilité de revenir sur les mesures prises à l'époque. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne en prend acte au regard de l'évolution historique. Il estime qu'une décision finale sur d'éventuelles compensations publiques doit être réservée à un futur parlement panallemand (*gesamtdeutsches Parlament*). » Cité dans BVerfG 84 90, p. 91-92

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante de la Cour Constitutionnelle, les prestations compensatoires, en tant que concrétisation des missions de l'État social, ne devaient être accordées qu'aux personnes physiques, à l'exception des personnes morales¹⁸⁴¹. À l'exception des biens confisqués entre 1945 et 1949, il a été convenu que les biens fonciers expropriés devaient être en principe restitués aux anciens propriétaires ou à leurs héritiers, à moins que la restitution ne soit plus possible par la nature de la chose en raison d'un changement de son affectation, ou que des tiers aient entre-temps acquis de bonne foi la propriété ou des droits d'usage sur les biens immobiliers à restituer. Pour ce dernier cas, la déclaration commune prévoyait une indemnisation.

iii. La concrétisation juridique d'une obligation politique.

753. La déclaration commune, qui n'était au départ qu'une déclaration d'entente et d'intentions politiques, a été reproduite dans l'annexe III du traité d'unification¹⁸⁴². Conformément à l'article 41 du traité, l'annexe est devenue partie intégrante de ce même traité et a ainsi acquis une valeur juridique contraignante. Selon le premier alinéa de l'article 41 « la déclaration commune du 15 juin 1990 du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et du gouvernement de la République démocratique allemande, sur le règlement des questions patrimoniales pendantes (...) fait partie intégrante du présent traité »¹⁸⁴³.

754. Cet article doit être interprété à la lumière de l'article 135a de la loi Fondamentale qui prévoit la possibilité pour le législateur fédéral de ne pas exécuter « les obligations des *Länder* et communes (ou groupements de communes) découlant de mesures prises par ces sujets de droit (...) en exécution d'ordres des puissances d'occupation ». L'exclusion de toute possibilité

¹⁸⁴¹ En ce qui concerne l'exclusion des personnes morales, la Cour constitutionnelle allemande a indiqué, dans une décision du 13. 1. 1976, que le principe de l'égalité sociale s'applique dans les relations entre les titulaires originaires de droits fondamentaux, mais pas dans les relations entre les personnes physiques et les entités juridiques autonomes qu'elles ont créées sous la forme de personnes morales pour mieux organiser et défendre leurs intérêts économiques. BVerfG 41, 126, p. 174 et s.

¹⁸⁴² Pour une présentation des négociations ayant abouti à la déclaration commune v. W. Schäuble, *Der Vertrag, wie ich über die deutsche Einheit verhandelte*, Stuttgart, Verlags-Anstalt, 1991, pp.317, p.256 : « J'ai insisté en juin 1990 pour que le texte de la déclaration commune ne reprenne pas le terme de compensation (*Entschädigung*), qui aurait sans doute suscité des attentes plus élevées, mais celui de prestations compensatoires (*Ausgleichsleistungen*). Une limitation à la compensation est ainsi toujours envisageable ».

¹⁸⁴³ La déclaration conjointe se réfère aux expropriations déroulées entre 1945 et 1949. Einigungsvertrag, Gesetz zu dem Vertrag vom 31 August 1990 zwischen der BRD und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertragsgesetz- und der Vereinbarung vom 18 September 1990, *Bundesgesetzblatt*, 1990, II, p. 885, art. 41 : « (1) La déclaration commune du 15 juillet 1990 du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et du gouvernement de la République démocratique allemande concernant le règlement des questions patrimoniales en suspens fait partie intégrante du présent traité. (2) Conformément à des dispositions légales particulières, il n'y a pas de restitution de droits de propriété sur des terrains ou des bâtiments si le terrain ou le bâtiment concerné est nécessaire à des fins d'investissement urgentes — à définir plus précisément — en particulier pour la création d'un établissement industriel, et si la réalisation de cette décision d'investissement mérite d'être encouragée sur le plan économique, en particulier si elle crée ou garantit des emplois. L'investisseur doit présenter un plan indiquant les principales caractéristiques du projet et s'engager à réaliser le projet sur cette base. La loi doit également régler l'indemnisation de l'ancien propriétaire. (3) Par ailleurs, la République fédérale d'Allemagne n'adoptera pas de dispositions législatives qui seraient contraires à la déclaration commune visée au paragraphe 1 ». v. aussi Collas, *op.cit.*, p.460.

de restitution des biens expropriés a été interprétée par les gouvernements allemands comme une condition indispensable pour que l'Union soviétique donne son accord à la réunification. Ainsi, afin de répondre aux exigences soviétiques, les ministres des affaires étrangères des deux États allemands ont confirmé dans une lettre commune la validité des confiscations opérées par ou sous les directives des autorités soviétiques¹⁸⁴⁴.

755. Dans la lettre commune adressée aux ministres des Affaires étrangères des quatre puissances alliées, les ministres des Affaires étrangères de l'ex-République démocratique allemande et de la République fédérale d'Allemagne confirmaient la réglementation des questions de propriété qui faisait partie de la déclaration du 15 juin 1990. Les deux gouvernements ont souligné l'importance de la garantie de la paix juridique de manière durable (*Rechtsfrieden*). La Cour Constitutionnelle a même précisé que la lettre commune devait être utilisée en tant que moyen d'interprétation du traité de Moscou du 15 juin 1990, conformément au paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel « tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion d'un traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité » relève du contexte d'un traité qui est déterminant pour l'interprétation d'un traité. Le lien intrinsèque entre l'obligation de ne pas revenir sur les confiscations et le contenu du traité était ainsi souligné¹⁸⁴⁵.

iv. La validation des actes illicites par le traité de réunification.

756. Plusieurs anciens propriétaires ont soutenu que l'extinction de tout droit à une indemnisation pour les pertes subies du fait des autorités d'occupation soviétique entre 1945 et 1949 a été opérée par le traité relatif à la réunification. L'article 41 du traité de l'Union constituait ainsi un nouveau fondement pour l'exclusion de toute réclamation de la part des particuliers¹⁸⁴⁶. L'article 143 de la Loi fondamentale est venu par la suite « couvrir constitutionnellement » la solution retenue par l'article 41 du traité de l'Union¹⁸⁴⁷. Ce renvoi explicite de l'article 143 à l'article 41 marqua l'impossibilité de revenir sur la question des

¹⁸⁴⁴ BVerfG 84, 90, p. 109.

¹⁸⁴⁵ BVerfG 112, 1, par. 16-17.

¹⁸⁴⁶ Th. Schweisfurth, *SBZ-Konfiskationen privaten Eigentums 1945 bis 1949 : völkerrechtliche Analyse und Konsequenzen für das deutsche Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 95 p., p.61 : « L'exclusion de la restitution des biens expropriés à leurs propriétaires implique la saisie définitive de ces biens par les deux États allemands. L'exclusion de la restitution est donc une nouvelle mesure autonome qui va au-delà des "mesures de jadis" et qui vise à créer une base juridique pour les spoliations de biens intervenues entre 1945 et 1949 », p.62 « En conclusion, le contenu matériel de l'article 41 (1) du Traité d'unification consiste à créer une base juridique pour les confiscations, dépourvues jusqu'alors de fondement juridique ».

¹⁸⁴⁷ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 512 p., p.398. Art.143, par. 3 : « Nonobstant les alinéas 1 et 2, l'article 41 du traité d'Union et les règles prises pour sa mise en œuvre sont également applicables, même lorsqu'ils prévoient que des atteintes à la propriété sur le territoire mentionné à l'article 3 dudit traité ont un caractère définitif. » L'article 135a habilitait le législateur fédéral à « prévoir que ne seront pas, ou pas intégralement exécutées [...] les obligations des Länder et communes (ou groupements de communes) découlant de mesures prises par ces sujets antérieurement au 1^{er} août 1945, soit en exécution d'ordres des puissances d'occupation [...] ».

propriétés confisquées dans la zone soumise à l'occupation soviétique¹⁸⁴⁸. Par conséquent, l'obligation de ne pas remettre en question les décisions relatives à la question des biens confisqués a acquis le statut de règle constitutionnelle. Un cadre normatif particulier était ainsi créé par des règles constitutionnelles spécifiques¹⁸⁴⁹.

v. Des réserves concernant l'obligation de non-contestation des actes de confiscation prévue par la Loi fondamentale.

757. Le choix d'inclure cette obligation dans la Loi fondamentale a été critiqué par une partie de la doctrine. L'inclusion de cet article dans le texte constitutionnel a été perçue comme une inversion des valeurs fondamentales de l'ordre juridique et comme une rupture avec les exigences élémentaires de la justice¹⁸⁵⁰. Il a été soutenu que les droits fondamentaux et, plus précisément, le droit à la propriété privée et le principe d'égalité avaient été rendus inapplicables spécialement aux personnes ayant subi les effets de la réforme agraire¹⁸⁵¹. Par ailleurs, les conditions matérielles dans lesquelles les confiscations se sont produites ont été soulignées par une partie de la doctrine qui les a même qualifiées de crimes internationaux¹⁸⁵².

¹⁸⁴⁸ V. la note déposée auprès de l'ambassade de la république fédérale allemande à Moscou le 28 avril 1990 : « Rien dans le projet de traité entre la République fédérale d'Allemagne et la RDA ne peut justifier de remettre en cause la légalité des mesures et des règlements que les Quatre Puissances ont pris, ensemble ou chacune dans leur ancienne zone d'occupation, en matière de dénazification, de démilitarisation et de démocratisation. La légalité de ces décisions, notamment en ce qui concerne les questions de propriété et les questions foncières, n'est pas soumise à un nouveau contrôle ou à une révision par les tribunaux allemands ou d'autres organes de l'État allemand ». Et la déclaration commune des gouvernements de deux États allemands le 15 juin 1990 : « Les expropriations effectuées sur la base du droit d'occupation ou de la souveraineté d'occupation (1945-1949) sont irréversibles. Les gouvernements de l'Union soviétique et de la République démocratique allemande ne voient aucune possibilité de revenir sur les mesures prises à l'époque. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne en prend acte au regard de l'évolution historique. Il estime qu'une décision définitive sur d'éventuelles compensations de l'État doit être réservée à un futur parlement représentant l'ensemble de l'Allemagne ». Cité par G. Gornig, « Erwerbsmöglichkeit von zwischen 1945 und 1949 enteigneten Vermögensgütern durch bevorzugte Personen und ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht », *Zeitschrift für Vermögens — und Immobilienrecht*, 1993, pp. 136-142. En vertu de l'article 41 I du traité d'unification la déclaration commune du 15 juin 1990 a été ajoutée au traité. L'article 41III oblige la République fédérale de ne pas décréter des dispositions qui seraient contraires à la déclaration commune.

¹⁸⁴⁹ Art.135a, art. 143 de la Loi fondamentale.

¹⁸⁵⁰ J. Wasmuth, « Zur Verfassungswidrigkeit des Restitutionsausschlusses für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage », *Neue juristische Wochenschrift*, 1993, pp. 2476-2484, p.2484

¹⁸⁵¹ H. von Armin, « Entzug der Grundrechte aus Opportunität?... », *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁵² St. von der Beck, pp.191-192 : « La caractéristique décisive des confiscations dans la zone soviétique est leur instrumentalisation comme moyen de lutte pour un changement radical de la société sur le territoire d'un État occupé. Les mesures prises par la puissance occupante visaient à détruire la structure sociale d'un peuple vaincu et soumis à la guerre, qui s'était développée au fil des siècles, et à la remplacer par un système correspondant à sa propre vision idéologique, en discriminant massivement des couches entières de la population. L'objectif de liquidation sociale et, dans certains domaines, physique de groupes entiers de population s'est manifesté de manière particulièrement flagrante et inhumaine dans les mesures de la réforme agraire démocratique. Il apparaît ainsi clairement que l'ensemble des opérations de confiscation ne concerne pas seulement le domaine de la protection de la propriété en vertu du droit, mais qu'il s'agit également d'atteintes graves au patrimoine culturel et sociologique du peuple allemand, réalisées en violation massive des droits de l'homme à la vie, à la santé, à la liberté et enfin à la propriété ». B. Mahlzahl, *Bedeutung und Reichweite des Eigentumsschutzes in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007, 436 p., p.108 « Ainsi, les confiscations ont été utilisées avant tout comme un moyen de bouleverser l'ordre social en tant que tel, et ont donc été dirigées contre les "ennemis du peuple" par excellence. Cela se traduit notamment par le fait que les mesures ne se limitaient pas à la confiscation des terres, mais que tous les biens qui s'y trouvaient étaient confisqués par la force. De cette manière, les personnes concernées ont été privées de leurs moyens de subsistance. [...]

Le constituant a été ainsi critiqué pour sa tentative de constitutionnaliser ces procédés afin de dissiper tout doute sur leur conformité à la loi fondamentale. Cette modification constitutionnelle était ainsi interprétée comme une atteinte directe au principe de la séparation des pouvoirs puisqu'elle empiétait sur la compétence du pouvoir judiciaire qui se trouvait démuné de moyens d'opérer un contrôle de constitutionnalité de la loi ratifiant le traité d'unification.

758. L'interrogation autour du « caractère inconstitutionnel d'une disposition constitutionnelle » renvoyait à la question de la distinction entre d'une simple modification constitutionnelle par rapport à une modification engendrant une abrogation de la Constitution. Par dérogation à la Constitution était désigné le cas d'une loi constitutionnelle adoptée par la majorité requise par la Constitution qui toutefois s'écartait d'une règle constitutionnelle sans précédemment l'abroger ou la modifier.¹⁸⁵³ Dans le cas d'une telle dérogation, une disposition est prise dans un cas d'espèce. Pour saisir la nature juridique de ces dérogations, la doctrine a proposé le concept de « mesures » (*Maßnahmen*) qui se distinguent par rapport aux normes¹⁸⁵⁴. La situation réglée par ces « mesures » présente les caractéristiques d'une situation anormale et non prévue¹⁸⁵⁵. La reconnaissance de la licéité des confiscations remontant aux années 1945-1949 pourrait ainsi être interprétée comme une « mesure » ou une « loi-mesure » apte à réglementer une situation juridique bien précise. La Cour constitutionnelle a adopté, dans sa jurisprudence, le terme *Maßnahmegesetz* pour qualifier l'article 134 de la Loi fondamentale, relatif au transfert des biens du Reich aux nouvelles structures de l'État fédéral. Une telle intervention ponctuelle a été jugée inévitable et son caractère transitoire a été reconnu de manière explicite¹⁸⁵⁶. La « mesure » de reconnaissance de la validité des actes de confiscation soviétiques aurait ainsi un caractère ponctuel dû à sa nature en tant que disposition transitoire.

Les confiscations de biens ont finalement été utilisées comme un moyen d'expulser une population indésirable en la privant de ses moyens de subsistance physique ».

¹⁸⁵³ H. Ehmke, « Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1953/1954, pp. 358-418, p.386 ; C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 2013, 576 p., p.238 : « Dérogation (*Durchbrechung*) de la constitution, c'est-à-dire atteinte à des dispositions des lois constitutionnelles dans un ou plusieurs cas particuliers déterminés, mais à titre exceptionnel, c'est-à-dire à la condition que les dispositions auxquelles on déroge conservent par ailleurs toute leur validité ; elles ne sont donc ni supprimées durablement ni temporairement suspendues ».

¹⁸⁵⁴ Schmitt, *idem*, p.246.

¹⁸⁵⁵ Schmitt estime que les mesures sont dominées par le principe d'opportunité (*Zweckmäßigkeit*) et non de légalité (*Rechtmäßigkeit*). V. Selon la traduction de Deroche L. p. 245 « Si de telles mesures dérogatoires sont prises dans l'intérêt de l'existence politique de l'ensemble, cela révèle la supériorité de l'existence sur la simple normativité ». Cette rupture de la Constitution est qualifiée d'acte de souveraineté puisque ces décisions essentiellement politiques échappent à la délimitation normative et aux règles relatives au pouvoir constituant dérivé. « Ces "actes de souveraineté apocryphes", en soi inadmissibles, ne peuvent être acceptés que dans la mesure où il n'y a pas d'abus et où la mesure de ce qui est admissible dans la pratique n'est pas dépassé ». H. Ehmke, « Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung », *op.cit.*, p.389.

¹⁸⁵⁶ Il est indéniable qu'une loi de réglementation au sens de l'article 134 de la Loi fondamentale a le caractère d'une loi portant sur un état de fait concret et donc d'une « loi de mesures ». Des lois de ce type ne sont cependant pas exclues par

759. Cette approche soulevait toutefois la question des limites matérielles au pouvoir constituant dérivé. En effet, l'idée qu'une disposition constitutionnelle puisse être contraire à la Constitution présuppose l'identification de règles ayant une valeur constitutionnelle plus importante que d'autres. Cette hypothèse se trouve aux antipodes de toute conception positiviste qui, par principe, n'admet aucune limite matérielle au pouvoir constituant dérivé¹⁸⁵⁷.

760. Les mêmes interrogations relatives à la « violation » de la Loi fondamentale par une disposition constitutionnelle ont été soulevées à l'occasion de l'adoption de l'article 142a. Cet article, entré en vigueur le 26 mars 1954 et abrogé le 24 juin 1968, disposait que « les prévisions de la loi fondamentale ne font pas obstacle à la conclusion et à la mise en vigueur des traités signés à Bonn et à Paris les 26 et 27 mai 1952 (Traité sur les relations entre la République fédérale d'Allemagne et les Trois Puissances et Traité instituant la Communauté européenne de défense), ainsi que de leurs accords complémentaires et annexes, notamment le protocole du 26 juillet 1952 ». Il faut rappeler que les accords de Bonn et de Paris auxquels renvoie cet article reconnaissaient la validité des liquidations réalisées par les créanciers de l'Allemagne à titre des réparations¹⁸⁵⁸.

761. Les similitudes entre l'ancien article 142a et l'article 143, paragraphe 3 de la Loi fondamentale sont manifestes puisqu'il s'agit, dans les deux cas, des dispositions d'origine infraconstitutionnelle qui atteignent, par le biais d'un acte de reconnaissance du constituant, le statut des règles constitutionnelles¹⁸⁵⁹. L'article 142a doit être interprété à la lumière du premier

la Loi fondamentale, elles sont même inévitables en tant que dispositions transitoires. BVerfG 15, 126, *Staatsbankrott*, 14 novembre 1962, p. 147.

¹⁸⁵⁷ A ce sujet v. la présentation des thèses divergentes sous la république de Weimar dans H. Ehmke, « Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung », *op.cit.* Et pour une analyse plus détaillée v. H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1953, 144 p. L'auteur présente son argumentation consistant à établir des bornes au pouvoir constituant dérivé. Cette thèse repose sur la manière dont il entend la Constitution en tant qu'ensemble matériel (*ein materielles Ganzes*) visant à délimiter et rationaliser le pouvoir et offrant les garanties pour un processus de vie politique libre (*Lebensprozess*).

¹⁸⁵⁸ Convention sur le Règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation (texte amendé conformément à l'annexe IV du protocole sur la cessation du régime d'occupation dans la RFA, signé à Paris le 23 octobre 1954), *Überleitungsvertrag, Bundesgesetzblatt*, 1955, II, no 8, p.405. Partie IX, Art. 1 : « Sous réserve des dispositions d'un règlement de paix avec l'Allemagne, les ressortissants allemands soumis à l'autorité de la République fédérale ne peuvent exercer aucune action contre les États qui ont signé ou adhéré à la Déclaration des Nations Unies du 1er janvier 1942 ou qui étaient en état de guerre avec l'Allemagne ou les États visés à l'article 5 de la Cinquième Partie du présent Traité, ni contre leurs ressortissants, aucune prétention de quelque nature que ce soit pour des mesures prises par les gouvernements de ces États ou avec leur autorisation entre le 1er septembre 1939 et le 5 juin 1945 en raison de l'état de guerre existant en Europe, et personne ne pourra faire valoir de telles prétentions devant un tribunal de la République fédérale ». Cette disposition a été perçue par la doctrine comme motif et justification pour ne pas régler la question des réparations B. Wolff, *Zur Frage der Abgeltung von Reparationsschäden*, *op.cit.*, p.95-96 : « Le règlement de la question des réparations a été reporté, certes pour une durée indéterminée, probablement *ad calendas graecas*. En tout cas, la question des réparations est restée en suspens, tant sur le plan formel que matériel. Pour autant qu'on puisse l'ignorer aujourd'hui, il ne faut guère s'y attendre. Il est peu probable que cette question soit reprise matériellement lors de négociations ultérieures, y compris lors de négociations sur un traité de paix avec l'Allemagne réunifiée ».

¹⁸⁵⁹ U. Hufeld, *Die Verfassungsdurchbrechung: Rechtsproblem der deutschen Einheit und der europäischen Einigung: ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 269 p., p.177. L'auteur précise que la technique de l'art. 143 par. 3 rappelle la formation de l'art. 142a en 1954. La seule différence résidait dans le fait

paragraphe de l'article 79 de la Loi fondamentale, aux termes duquel « en ce qui concerne les traités internationaux ayant pour objet un règlement de paix, la préparation d'un règlement de paix ou l'abolition d'un régime d'occupation (...) il suffit, pour préciser (*zur Klarstellung*) que les dispositions de la Loi fondamentale ne font pas obstacle à la conclusion et à la mise en vigueur des traités, de compléter le texte de la Loi fondamentale en se limitant à cette précision ». Ce paragraphe reconnaît ainsi en amont le caractère constitutionnel des dispositions des traités poursuivant un objectif particulier, à savoir règlement la paix, la préparation d'un règlement de paix ou l'abolition d'un régime d'occupation. Il a été soutenu que, par cette modification de la Loi fondamentale, le Constituant s'habilitait à empiéter sur le champ des compétences de la Cour Constitutionnelle en lui enlevant toute possibilité de contrôler la conformité des traités de Bonn et de Paris avec la Loi fondamentale¹⁸⁶⁰. Une telle autohabilitation (*Selbstermächtigung*), avait comme conséquence, selon certains, la prédominance de la politique sur le droit¹⁸⁶¹. A l'image de l'article 142a, l'article 134 est également ancré dans un contexte bien précis¹⁸⁶². La légitimité de son inclusion dans la Loi fondamentale est ainsi fondée sur son caractère transitoire et sur le contexte particulier d'une époque précise.

vi. Le rejet de toute obligation d'indemnisation ou de restitution incombant à l'État allemand par le juge allemand.

762. Les tribunaux allemands se sont prononcés à plusieurs reprises sur la légalité de la *Bodenreform*, à l'occasion de réclamations d'indemnisation, ou encore de restitution des biens de la part d'anciens propriétaires dépossédés. Nous devons ainsi examiner les arguments juridiques employés pour l'appréciation de légalité de ces mesures, et le refus de reconnaître des devoirs d'indemnisation incombant à l'État allemand réunifié.

que l'art. 142a déclarait deux traités internationaux *in toto* compatibles avec la Loi fondamentale. En revanche, l'art. 143 par. 3 se réfère à une disposition concrète.

¹⁸⁶⁰ V. Les articles 92 et 93 de la Loi fondamentale relatifs à l'organisation judiciaire et aux compétences de la Cour constitutionnelle. Ehmke, *op.cit.*, considérait que l'ajout de cette disposition dans le texte constitutionnel constituait une dérogation de la Constitution (*Verfassungsdurchbrechung*). Cette incompatibilité reposait entre autres sur l'affirmation que les articles de la sixième partie de l'*Überleitungsvertrag* réglementant le transfert des biens à l'étranger violaient le par. 3 de l'art. 14 de la Loi fondamentale. Pour la défense de la thèse contraire et un examen minutieux des thèses « d'inconstitutionnalité » de cette disposition constitutionnelle v. L. Meyer-Arndt, « Rechtsfragen der Grundgesetzänderung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1957, pp.275-300, surtout p.296 et s.

¹⁸⁶¹ Les dangers inhérents à ce problème est l'émergence de « Constitutions secondaires » (*Nebenverfassungen*) qui ne contiennent que des dispositions spéciales non comparables avec les articles abstraits d'un texte constitutionnel. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller Verlag, 1991, xvi-319 p., p. 275, par. 697, 698. L'auteur considère que derrière la clarification se trouve en réalité une dérogation déguisée (*verschleierte*) de la Constitution.

¹⁸⁶² Les similitudes avec le par. 2 de l'art. 178 de la Constitution de Weimar sont apparentes. Le deuxième alinéa de ce paragraphe précisait que les dispositions du traité de paix signé à Versailles le 28 juin 1919 « ne sont pas affectées par la Constitution ».

763. À l'occasion des recours de propriétaires expropriés, la Cour Constitutionnelle a dû se prononcer sur l'opposition « des droits de l'individu — en l'occurrence le droit de propriété — à la prérogative de l'État de déclarer pour raisons politiques que l'on ne peut pas réintégrer les anciens propriétaires spoliés dans leurs biens »¹⁸⁶³. Les requérants estimaient que leur dépossesion avait été achevée par la renonciation de la part de la RFA de procéder à la restitution de leurs biens. Ils considéraient que les expropriations sans indemnisations ne représentaient pas des actes achevés puisque, au moment de leur mise en œuvre, aucune indemnisation n'avait été offerte. Il a ainsi été reproché à la RFA d'avoir procédé, par la signature du traité de la réunification, à l'appropriation des terres saisies sans indemnisation¹⁸⁶⁴.

764. Il a été demandé à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur les allégations selon lesquelles le traité d'unification aurait violé certains principes ou droits garantis par la Loi fondamentale. Les requérants considéraient que le traité avait comme effet de modifier la loi fondamentale, contrairement à l'article 79, alinéa 3 qui fixe les limites matérielles du pouvoir constituant dérivé. Plus précisément, selon les requérants, le traité d'unification portait préjudice au droit à la propriété (article 14), au principe d'égalité (article 3) et au principe de l'État de droit (article 20, alinéa 1). Il importe de préciser que le grief tiré de la violation du principe d'égalité s'appuyait sur la différence de traitement relative aux droits d'indemnisation que la Loi fondamentale établissait en fonction de la date de l'acte de dépossesion (avant ou après 1949). L'argument relatif à la violation du principe d'État de droit concernait l'interdiction, supposée arbitraire, d'indemniser les dommages dus à l'occupation soviétique.

765. Le Premier Sénat de la Cour, dans sa décision du 23 avril 1991, a fondé son raisonnement sur le champ d'application *ratione temporis* et *ratione loci* de la Loi fondamentale. La loi fondamentale ne s'appliquait pas sur des actes survenus sur le territoire de la RDA avant la réunification. L'exclusion de restitution, prévue par le traité de réunification, concernait donc non seulement les expropriations qui ont été initiées directement par les forces d'occupation soviétiques, mais également celles qui ont été effectuées dans le cadre de la réforme agraire par des organes allemands sous la direction de la puissance d'occupation. Les expropriations de cette dernière catégorie, même si elles ont été exécutées directement par des organes allemands, elles « reposaient en fin de compte sur le pouvoir suprême de l'occupant »¹⁸⁶⁵.

¹⁸⁶³ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op.cit.*, p.398.

¹⁸⁶⁴ BVerfG 84, 90, p.106.

¹⁸⁶⁵ BVerfG 84, 90, p. 115 : « elles reposaient en fin de compte — même si elles ont été exécutées directement par les seuls services allemands — sur des compétences reconnues aux autorités d'occupation, car la puissance d'occupation disposait encore à cette époque de la plus haute autorité (*die oberste Hoheitsgewalt*) ».

766. Le gouvernement allemand a souligné le fait que, au moment des négociations du traité de réunification, l'Union soviétique considérait la non-remise en question des effets de la réforme agraire comme une condition indispensable pour donner son consentement à la réunification allemande. La RFA devait ainsi approuver cette exigence soviétique pour ne pas entraver le processus d'unification. Par conséquent, selon la Cour, la compétence du Gouvernement fédéral pour conclure le traité et son devoir d'y intégrer les modifications de la loi fondamentale imposées par l'unification découlait de son obligation constitutionnelle de parvenir à l'unité allemande. La Cour n'a pas admis la violation du principe d'égalité. Elle a considéré que la différence de traitement entre, d'une part, les expropriations réalisées entre 1945 et 1949 et, d'autre part, celles réalisées ultérieurement, pour lesquelles un droit à restitution était prévu, était justifiée par le fait que « l'intangibilité des expropriations intervenues entre 1945 et 1949 était une condition préalable non négociable de l'unité allemande, que le gouvernement fédéral a dû accepter au nom de l'objectif constitutionnel majeur de la réunification »¹⁸⁶⁶. La Cour a ainsi ajouté que la demande d'un traitement égal entre les propriétaires dépossédés avant et après 1949 aurait comme seul effet l'exclusion pure et simple de tout droit à restitution des biens. Aucun avantage n'aurait pu être tiré pour les requérants par un tel traitement égal¹⁸⁶⁷. Il semble alors que des considérations politiques liées aux thèses défendues par les différents gouvernements au moment de la négociation du traité d'unification aient été au fondement de cette discrimination jugée ainsi non-arbitraire¹⁸⁶⁸.

767. Quant à l'obligation d'indemnisation pour les pertes subies, la Cour a rappelé que, dans sa jurisprudence relative au droit des conséquences de la guerre, elle avait estimé que le législateur de la République fédérale était « certes tenu, en vertu de l'ordre des valeurs de la Loi fondamentale, notamment au regard du principe de l'État social exprimé à l'article 20, paragraphe 1, de la Loi fondamentale, de prévoir à cet égard une compensation des charges au niveau national, mais il n'est pas tenu de répondre des dommages consécutifs à la guerre de la même manière que si ceux-ci avaient été causés par les organes de l'État de la République

¹⁸⁶⁶ BVerfG 84, 90, p.110.

¹⁸⁶⁷ BVerfG 84, 90, p.111 : « Les requérants n'auraient rien gagné à une telle "égalité de traitement" (*Gleichbehandlung*). Le principe de l'égalité de traitement ne saurait avoir pour but d'empêcher le législateur d'organiser la compensation jugée nécessaire de manière aussi optimale que les circonstances le permettent.

¹⁸⁶⁸ La position adoptée en l'occurrence par la Cour devait être examinée quant à sa conformité avec l'interprétation du principe d'égalité qui serait violé « lorsqu'un groupe de destinataires de la norme est traité différemment par rapport à d'autres destinataires de la norme, bien qu'il n'existe pas entre les deux groupes de différences d'une nature et d'une importance telles qu'elles pourraient justifier le traitement inégal » BVerfG, 79, 87, *décision du 9 novembre 1988*, p. 98. A ce sujet v. M. Herdegen, *Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag*, Heidelberg, Decker & Müller, 1991, 32 p., p.20. L'auteur considère « qu'il n'y a pas de raisons liées aux biens confisqués ou à leurs propriétaires qui justifieraient une discrimination (dans la mesure où il ne s'agissait pas de personnes responsables d'actes injustes commis par les Nazis).

fédérale »¹⁸⁶⁹. La seule obligation qui incombait à l'État fédéral était la péréquation des charges au niveau interne. À la lumière de l'état de faillite à la suite de la défaite militaire, d'autres aspects sociaux pouvaient être privilégiés par le législateur sans aucune violation des dispositions de la Loi fondamentale¹⁸⁷⁰. En vertu du principe de l'État social, l'État avait ainsi l'obligation de répartir les charges supportées par certaines catégories de personnes au moyen d'une loi établissant des droits concrets d'indemnisation ou de compensation pour les victimes.

768. Une large marge de manœuvre a été ainsi reconnue au profit du législateur en matière de réglementation de la compensation des charges et, de ce fait, les prestations de compensation pouvaient être déterminées en fonction d'autres charges financières¹⁸⁷¹. La marge d'appréciation quant au montant de l'indemnité à payer permettait au législateur de prendre en considération les besoins des États fédérés concernant leur reconstruction. Pour cette raison, aucune obligation constitutionnelle d'une réparation dont la valeur aurait été l'équivalent d'une restitution ne pouvait être établie. Il a été également précisé que le législateur pouvait prendre en considération le volume global des dommages à réparer qui ne se limitent pas aux seuls dommages subis par la propriété privée.

769. La Cour s'est prononcée aussi sur le paragraphe 3 de l'article 143 de la Loi fondamentale. Cette disposition validait, au niveau constitutionnel, les atteintes au droit de propriété en lien avec le traité d'unification. Le caractère particulier de cette modification de la Constitution par l'ajout de cet article a été mis en avant. La Cour a précisé que cette disposition n'avait pas comme effet de modifier la garantie de protection du droit de propriété pour l'avenir et ne portait aucun préjudice aux conditions d'expropriation énoncées dans le paragraphe 3 de l'article 14. La disposition en question a été interprétée comme étant une « réglementation transitoire liée à l'extension du champ d'application de la Loi fondamentale au territoire adhérent ». Elle concernait de manière exclusive des faits concrets liés au passé (*vergangenheitsbezogen*)¹⁸⁷². Il a été souligné que le paragraphe 3 de l'article 143 ne visait « qu'à maîtriser une situation particulière enracinée-ancrée dans le passé »¹⁸⁷³. Sans effectuer un contrôle précis de compatibilité de cette disposition avec la Loi fondamentale, la Cour a affirmé que le Constituant « n'aurait pas été autorisé à s'affranchir des limites fixées par la Loi fondamentale ». Par conséquent, aucune violation de l'article 79 paragraphe 3, fixant les limites

¹⁸⁶⁹ BVerfG 84, 90, p. 125.

¹⁸⁷⁰ La Cour affirme qu'en raison de la situation économique désastreuse du pays, il n'existe pas d'obligation constitutionnelle originelle (*originäre verfassungsrechtliche Verpflichtung*) de procéder à une réparation dont la valeur serait équivalente à une restitution. BVerfG 84, 90, p.131.

¹⁸⁷¹ *Idem*.

¹⁸⁷² BVerfG 84, 90, p.119-120.

¹⁸⁷³ BVerfG 84, 90 p.110. L'expression utilisée est la suivante « eine in der Vergangenheit wurzelnde Sonderlage ».

matérielles du pouvoir constituant dérivé, n'avait été commise par l'adoption du paragraphe 3 de l'article 143.¹⁸⁷⁴ En s'appuyant sur sa propre jurisprudence, la Cour a affirmé que « tout comme le pouvoir constituant originaire, le pouvoir constituant dérivé ne doit pas négliger les principes fondamentaux de justice (*Gerechtigkeitspostulate*) »¹⁸⁷⁵. Tout en reconnaissant l'intangibilité des principes fondamentaux relevant des articles non-susceptibles de modification, la Cour a admis que le Constituant n'est pas empêché de « modifier pour des raisons appropriées les modalités de mise en œuvre de ces principes dans le droit positif »¹⁸⁷⁶. Une distinction semble parcourir le raisonnement du juge, à savoir celle entre les atteintes aux droits ou principes intangibles et les moyens de mise en œuvre ou de concrétisation de ces principes.

770. La Cour a aussi précisé que, même en absence de l'article 143 paragraphe 3, aucune protection n'aurait pu être accordée aux propriétaires dépossédés¹⁸⁷⁷. En effet, les confiscations de biens ordonnées par un État étranger devaient être tenues pour effectives au regard du droit allemand, dès lors que l'État concerné n'avait pas outrepassé les limites de sa souveraineté territoriale. L'absence d'indemnisation de l'expropriation, dans la mesure où cette dernière concernait des biens situés sur le territoire de l'État expropriant, ne suffisait donc pas en soi pour dénier toute validité aux expropriations en question¹⁸⁷⁸. En effet, l'acceptation de l'expropriation opérée par un État étranger — en l'occurrence la zone d'occupation soviétique, voire la RDA à peine créée — n'est limitée que par la réserve d'ordre public. Néanmoins, l'ordre public n'est invocable que si, et dans la mesure où, il existe un lien suffisant avec le territoire national (*Inlandsbeziehung*) et le temps de prise de la décision (*Gegenwartsbeziehung*). Si l'Union soviétique exerçait des « pouvoirs souverains sur le territoire occupé » équivalents à ceux exercés sur son propre territoire, son titre territorial aurait été déterminant et, dans cette hypothèse, la RFA devait reconnaître la validité de ces actes. En revanche, aucun effet n'aurait dû être reconnu aux actes de confiscation dans l'hypothèse où l'Union soviétique aurait dépassé ses propres compétences relevant de l'occupation *sui generis* mise en œuvre dans sa zone de contrôle¹⁸⁷⁹. Il est ainsi évident que ce raisonnement renvoyait

¹⁸⁷⁴ BVerfG, 84, 90, 120.

¹⁸⁷⁵ BVerfG, 84, 90, 121.

¹⁸⁷⁶ BVerfG, 84, 90, 121.

¹⁸⁷⁷ BVerfG 84, 90, p. 124.

¹⁸⁷⁸ BVerfG 84, 90, p. 123.

¹⁸⁷⁹ En règle générale, si les mesures dépassent les compétences reconnues à l'égard de l'autorité occupante par le droit international, elles ne doivent pas être reconnues. A. McNair, *The legal effects of war*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1966, ii-469 p., p.370 : « In so far as the occupant acts within the scope of the authority permitted to him by international law, it is customary for the legitimate government, if and when it reacquires possession of the territory, to recognize his measures and give effect to rights acquired thereunder, while if the occupant acts unlawfully, his measures will not receive that recognition ».

au problème de l'identification des compétences exercées par l'Union soviétique entre 1945 et 1949. En revanche, l'ordre public international aurait été invocable en cas de violations graves des droits de l'homme par des actes émanant de l'État agissant sur son propre territoire¹⁸⁸⁰. Des actes portant préjudice au droit de propriété n'auraient pas pu être qualifiés ainsi et, par conséquent, l'ordre public ne pouvait pas faire obstacle à la reconnaissance des actes de confiscation dans l'ordre juridique allemand¹⁸⁸¹.

771. La Cour constitutionnelle s'est interrogée aussi sur les droits des personnes dépossédées en vertu du droit international d'expropriation tel qu'il est reconnu dans l'ordre juridique interne en vertu de l'article 25 de la Loi fondamentale¹⁸⁸². Il a été explicitement affirmé que le droit international public ne contient aucune règle juridique selon laquelle l'État occupé aurait été tenu, indépendamment de sa situation juridique nationale, d'indemniser les dommages causés par des puissances occupantes sur son propre territoire. Cette exclusion de toute obligation d'indemnisation vaut à la fois pour les actes imputables à une puissance étatique étrangère et pour les actes entrepris par des gouvernements de l'État allemand qui étaient en place avant l'entrée en vigueur de la loi fondamentale¹⁸⁸³.

772. Le degré de pression exercée par l'Union soviétique pour ne pas réviser les actes de confiscation accomplis entre 1945 et 1949 a été de nouveau examiné par la Cour constitutionnelle dans une décision du Premier Sénat de la Cour constitutionnelle du 18 avril 1996. À l'origine de la saisine de la Cour se trouvent les déclarations du dernier président de

¹⁸⁸⁰ Il est aussi souvent souligné que l'intensité du lien avec le for doit s'apprécier en fonction de l'importance des règles bafouées. B. Mahlzahl, *Bedeutung und Reichweite des Eigentumsschutzes in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, *op. cit.*, p.115 : « Il convient en effet de noter que l'intensité du lien avec le for exigée est inversement proportionnelle à l'importance de la divergence entre le droit étranger et l'ordre juridique allemand. Les exigences relatives au lien avec le for sont d'autant plus faibles que la contradiction avec l'ordre juridique allemand est manifeste et flagrante ». En l'occurrence, l'auteur considère que le lien pouvait être faible puisque l'atteinte à la propriété privée était susceptible d'être qualifiée d'atteinte sévère à une règle de jus cogens, *Idem*. V. aussi G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, vol.1, 1958, 730 p., p.271 : « Les tribunaux allemands et les tribunaux d'autres pays ne sont pas tenus de considérer comme juridiquement valables, dans leur domaine de compétence, les confiscations de biens allemands en Pologne, en Tchécoslovaquie et dans d'autres pays européens après la Seconde Guerre mondiale. Les expulsions et expropriations massives qui y ont été effectuées constituent une telle violation de l'ordre public international qu'elles ne doivent pas être reconnues juridiquement ».

¹⁸⁸¹ Il a été souligné que le degré d'arbitraire n'était pas suffisant pour ne pas admettre la reconnaissance des effets d'un acte de confiscation. G. Gornig, « Erwerbsmöglichkeit von zwischen 1945 und 1949 enteigneten Vermögensgütern durch bevorzugte Personen und ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht », *op. cit.*, p.141 : « Par ailleurs, il conviendrait de se demander dans quelle mesure le droit de propriété, dans son domaine essentiel, possède une valeur de dignité humaine garantie par le droit naturel, qui était également valable pour la période de 1945 à 1949, indépendamment du droit positif. [...] On aurait du mal à admettre la thèse selon laquelle le droit de propriété émane directement du droit naturel ».

¹⁸⁸² Art. 25 de la Loi fondamentale : « Les règles générales du droit international public font partie du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral ».

¹⁸⁸³ BVerfG 84, 90, p. 126. La Cour a précisé que même en cas de reconnaissance d'une obligation d'indemnisation incombant au pouvoir occupant, titulaire de cette créance serait l'État occupé et non pas ses propres ressortissants. En effet, et comme il est de manière détaillée expliqué par la Cour, en cas de violation des règles relevant du règlement de la Haye sur la guerre terrestre, la responsabilité internationale de l'État de l'État occupant peut être engagée. Toutefois, le droit à réparation n'existe que dans le rapport interétatique et ne pourrait pas servir comme fondement à des réclamations éventuelles des personnes dépossédées.

l'Union soviétique Gorbatschow dans une interview publiée dans le *Frankfurter allgemeine Zeitung* du 27 août 1994. L'ancien président avait démenti la thèse selon laquelle l'URSS aurait exigé comme condition indispensable pour l'aboutissement des négociations l'interdiction des restitutions de biens confisqués pendant l'époque de l'occupation militaire soviétique.¹⁸⁸⁴ Cette affirmation a été réfutée de manière explicite par le ministère fédéral de la Justice qui considérait toujours que le caractère non réversible des expropriations de 1945 à 1949 s'expliquait par la qualité de l'Union soviétique en tant qu'État vainqueur de la Seconde Guerre mondiale. Selon l'argumentation déployée par le ministère allemand, la non-réversibilité ne pouvait pas être séparée de la légitimité des mesures de confiscations qui s'inscrivaient dans le cadre général de dénazification, de démilitarisation et de démocratisation de la société allemande.¹⁸⁸⁵

773. Le raisonnement opéré par la Cour en 1996 ressemble à celui déployé en 1991 lors de la première décision portant sur la réforme agraire. La finalité de la réunification a été appréciée comme étant plus importante que toute violation du principe d'égalité entre des personnes dont les biens étaient concernés par des mesures de saisie avant ou après 1949. Pour dissiper les doutes quant à une certaine dégradation de la position juridique des anciens propriétaires, due à l'exclusion des droits à la restitution des biens confisqués entre 1945 et 1949, la Cour constitutionnelle a souligné que les intérêts des anciens propriétaires n'auraient pas pu être satisfaits même en cas d'échec de la réunification¹⁸⁸⁶. Par conséquent, le traité de réunification ne leur avait pas porté préjudice. La Cour a aussi opéré un contrôle des limites de l'appréciation opérée par le Gouvernement lors des négociations du traité de réunification. Elle a toutefois précisé qu'elle ne serait ni en mesure, ni habilitée à examiner si le gouvernement fédéral avait correctement identifié le « cadre de négociation objectivement disponible » et s'il a obtenu le meilleur résultat de négociation possible. La substitution de sa propre appréciation à celle du gouvernement fédéral devait ainsi être exclue.¹⁸⁸⁷ Selon la Cour, en vue de la réalisation de la réunification allemande, le Gouvernement fédéral ne pouvait pas mettre en péril cet objectif constitutionnel en restant inflexible sur certaines positions au cours des négociations. Eu égard à cet objectif et à son importance primordiale, l'exclusion de restitution pour les expropriations antérieures à 1949, « même si elle est ressentie comme une grave injustice par les personnes

¹⁸⁸⁴ BVerfG, 94, 12, p. 18-19. L'ancien président a aussi précisé que lors des négociations menées avec le chancelier Kohl, le ministre des Affaires étrangères Genscher et les ministres présidents Modrow et de Maizière, cette question n'avait pas du tout été abordée.

¹⁸⁸⁵ BVerfG 94, 12, p. 30.

¹⁸⁸⁶ BVerfG 94, 12, p. 35.

¹⁸⁸⁷ BVerfG 94, 12, p. 35.

concernées », ne pouvait pas être remise en cause.¹⁸⁸⁸ La Cour a considéré que les droits des intéressés n'auraient pas pu peser autant que l'intérêt de réunification du pays. Il est précisé que le législateur aurait pu accepter l'exclusion du droit de restitution ou d'indemnisation, afin de réaliser la réunification du pays, même en l'absence de l'article, 143 paragraphe 3 de la Loi fondamentale¹⁸⁸⁹. Les éléments d'un raisonnement fondé sur les prémisses de la proportionnalité sont apparents. Si l'exclusion de la restitution était indispensable pour la réalisation de l'unité de l'Allemagne, il s'agissait bien d'un motif « solide, mais singulier et insusceptible d'être invoqué à d'autres instances ».¹⁸⁹⁰

774. L'interrogation portait aussi sur l'existence même d'un droit dont titulaires auraient été les personnes dépossédées par les actes des soviétiques accomplis entre 1945-1949. La Cour a émis des doutes concernant l'existence d'un tel droit¹⁸⁹¹. La décision de l'État allemand d'insérer dans la loi fondamentale l'article 143, paragraphe 3 aurait violé les droits de ses ressortissants seulement si un tel droit leur était reconnu antérieurement¹⁸⁹². Pour répondre à cette question, la Cour s'est appuyée sur les règles du droit international public. La Cour semble ne pas avoir retenu la thèse selon laquelle une violation du droit d'occupation codifié par la Convention de la Haye de 1899 faisait naître des droits au profit des personnes lésées par les actes non conformes aux règles internationales¹⁸⁹³. Des considérations émanant du droit

¹⁸⁸⁸ BVerfG 94, 12, p. 34.

¹⁸⁸⁹ BVerfG 94, 12, p. 46-47

¹⁸⁹⁰ Expression utilisée par Hufeld U., *Die Verfassungsdurchbrechung, op.cit.*, p.179 : « [Es handelt sich gewiss] um einen tragfähigen, allerdings singulären, sozusagen verbrauchten Rechtfertigungsgrund ».

¹⁸⁹¹ H.D. Horn, « Der Eigentumsschutz des Grundgesetzes im völker — und europarechtlichen Kontext der Wiedergutmachung vor-rechtsstaatlichen Unrechts », pp.79-105, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Wurswiek (éd.), *Eigentumsrecht und Enteignungsrecht*, Teil 1, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, 322 p., p. 80 : « La question était et reste donc de savoir si les droits de propriété préexistants ont été anéantis par les expropriations effectuées sous la compétence de l'occupant (*besatzungshoheitlichen Enteignungen*). Ce n'est que si la réponse était affirmative que les personnes concernées n'auraient plus de position juridique sur laquelle le législateur allemand aurait pu intervenir ».

¹⁸⁹² BVerfG 94, 12, p. 112 : « Les arguments de droit international ne rendent pas la réglementation contestée inconstitutionnelle. A cet égard, on fait principalement valoir que les expropriations en question, dans la mesure où elles sont imputables à l'Union soviétique, auraient violé le Règlement de la Haye. Une violation de l'article 46, selon lequel la propriété privée "ne peut" être "confisquée" par l'occupant, n'aurait cependant pu fonder une position juridique qui aurait été affectée par la réglementation contestée que si l'article était en mesure de permettre des recours individuels réclamant la nullité des mesures d'expropriation. [...] Il est également douteux qu'une violation des règles de la Haye en matière de guerre terrestre ait entraîné la nullité de la mesure en question. Enfin, on peut se demander si des droits de restitution à l'encontre de la puissance d'occupation soviétique auraient pu être pris en considération et si l'exclusion de la restitution aurait pu y porter atteinte ».

¹⁸⁹³ L'interrogation autour du respect du droit de la guerre par l'Union soviétique s'est posée à plusieurs reprises. Les mêmes interrogations sont survenues au lendemain de la cessation des hostilités et lors d'établissement de la zone d'occupation soviétique. Pendant la guerre, le commissariat responsable pour les affaires étrangères avait déclaré que l'Union soviétique était prête à respecter les conventions de la Haye sous réserve de réciprocité. Note de Molotov du 27 avril 1942 dans D. Geyer, B. Meissner, *Sowjetunion, Völkerrechtstheorie und Vertragspolitik*, Osteuropa Handbuch, Köln, Böhlau-Verlag, 1976, 334 p., p. 127 : « Le gouvernement soviétique, fidèle aux principes d'humanité et à ses obligations internationales, n'a pas l'intention, même dans les circonstances actuelles, d'exercer des représailles contre les prisonniers de guerre allemands et continuera à respecter les engagements pris par l'Union soviétique en ce qui concerne le régime des prisonniers de guerre, tel qu'il a été établi par le règlement de la Haye de 1907, bien que ce règlement, également signé par les Allemands, ait été délibérément violé par eux dans tous ses aspects ». V. en détail E. Tomson, *Kriegsbegriff und Kriegsrecht der Sowjetunion*, BRD, Berlin, 1979, 310 p. Sur l'engagement de l'union

international public ont joué un rôle fondamental dans la troisième décision de la Cour portant sur la réforme agraire.

775. Plus précisément, le second Sénat de la Cour constitutionnelle a dû se prononcer de nouveau sur ce sujet le 26 octobre 2004¹⁸⁹⁴. La Cour a examiné la possibilité d'une violation des droits subjectifs émanant des règles de droit international¹⁸⁹⁵. D'après les requérants, les expropriations liées à la réforme agraire entreprises entre 1945 et 1949 n'avaient pas entraîné la perte définitive de propriété au sens juridique du terme pour les personnes concernées. Qualifiés d'actes de puissance d'occupation non conformes avec le droit international, les actes de confiscation avaient comme seul effet la perte de la possession des biens (*Besitzverlust*). Par conséquent, les effets de ces actes pouvaient toujours être renversés au moyen d'une réglementation juridique conclue entre la puissance occupante victorieuse et l'État souverain vaincu. Selon ce raisonnement, ce n'était que par le traité d'unification entre la RFA et la RDA que les appropriations au titre de la réforme agraire ont été déclarées intangibles¹⁸⁹⁶. En raison de l'exclusion de la possibilité de restitution ou d'indemnisation, la violation des normes impératives du droit international général était reprochée à la RFA. Les requérants considéraient que le traité d'unification, en approuvant les actes de confiscation, avait perpétué la violation des règles impératives découlant du droit international coutumier. En invoquant l'article 25 de la Loi fondamentale, ils défendaient la thèse selon laquelle la RFA aurait dû être empêchée de conclure le traité d'Union.

776. La thèse radicalement opposée était défendue par la Direction générale des finances qui s'est exprimée dans le cadre de ce recours¹⁸⁹⁷. En s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour fédérale administrative ainsi qu'aux décisions de la Commission européenne des droits de l'homme, le gouvernement a précisé que la RDA était déjà au moment de la conclusion du traité un État souverain au sens du droit international public, habilité à ce titre à se prononcer sur le maintien des expropriations effectuées auparavant par la puissance occupante. En l'occurrence,

soviétique par les Conventions de la Haye v. La déclaration faite par l'Union soviétique à l'institut intermédiaire internationale du 2 avril 1924 cité par B. Meissner, « Sowjetunion und Haager Landkriegsordnung », *Osteuropa-Recht*, 1955, pp. 96-100, p.96 : « Une abrogation générale de tous les traités conclus par la Russie sous l'ancien régime et sous le gouvernement provisoire n'eut jamais lieu, mais il ne s'en suit pas que tous les traités soient susceptibles d'être reconfirmés, et il y aurait lieu d'examiner cette question du point de vue de la clause *rebus sic stantibus* pour chaque État cocontractant séparément ».

¹⁸⁹⁴ BVerfG 112, 1, *Bodenreform III*, 26 octobre 2004

¹⁸⁹⁵ BVerfG 112, 1, p. 22.

¹⁸⁹⁶ BVerfG 112, 1, p. 13-14.

¹⁸⁹⁷ BVerfG 112, 1, p. 16-17.

la RDA, en adoptant sa constitution du 7 octobre 1949, a laissé subsister les effets des expropriations liées à la réforme agraire¹⁸⁹⁸.

777. En se prononçant sur ce point, la Cour a considéré que l'article 14 de la loi fondamentale ne concernait pas les expropriations entreprises entre 1945 et 1949, et que les éventuelles revendications n'étaient pas fondées en droit. Selon la Cour, si la jouissance du droit à la propriété n'est pas assurée à long terme, le point de rattachement nécessaire pour la revendication du droit fondamental de propriété selon l'article 14 de la Loi fondamentale fait défaut¹⁸⁹⁹. Il a été précisé que, même si le droit à la propriété a le même rang en matière de droits de l'homme que les autres libertés, « il reste dépendant d'un ordre juridique existant qui l'aménage et le garantit ».¹⁹⁰⁰ Un tel ordre juridique a été créé par les puissances d'occupation soviétique. La rupture du lien entre le propriétaire et l'objet de la propriété a été ainsi affirmée indépendamment de la question de légalité de la privation. Par ailleurs, étant donné que l'expropriation avait eu lieu en dehors du champ d'application temporel ou territorial de la loi fondamentale, l'article 14 de cette dernière n'était pas invocable. La Cour a précisé qu'au moment de l'entrée en vigueur de la loi fondamentale, aucun bien concret qui devait être protégé (*kein konkretes Schutzobjekt*) n'était présent¹⁹⁰¹. La protection du droit à la propriété semble ainsi être conditionnée à l'existence d'un bien concret et non pas d'une réclamation abstraite qui remonte dans le temps. La Cour a expliqué que « la question de savoir si une personne bénéficie d'une position juridique déterminée ne (pouvait) être résolue qu'au regard d'un ordre juridique concret »¹⁹⁰². Par conséquent, les actes de dépossession ayant privé de manière définitive les propriétaires de leur position juridique, émanant d'un autre ordre juridique concret, ne pouvaient pas être appréciés à l'aune de la Loi fondamentale.

778. Il faut souligner que cette position n'a pas été accueillie favorablement par certains représentants de la doctrine. Il a été soutenu que la violation de l'article 14 de la Loi fondamentale ne présuppose pas l'existence des positions patrimoniales concrètement déterminées dès l'entrée en vigueur du traité d'unification. D'après cette thèse, la protection des créances conformément à l'article 14 impose des limites à la reconnaissance des effets

¹⁸⁹⁸ *Idem*. Pour les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme v. *requêtes n.18890/91, 19 048/91, 190 49/91, 19 342/92, 19 549/92, Gisela Mayer, Hans Cristoph Weidlich et Bernd Joachim Fullbrecht et al. c. Allemagne*, 4 mars 1996, NJW 1996, p. 2292.

¹⁸⁹⁹ BVerfG 112,1, p. 20-21 : « Celui qui est exclu à long terme de la disposition de sa propriété de manière légitime en vertu du droit international public par une autorité souveraine étrangère perd son statut juridique de propriétaire. Si la jouissance de la propriété est exclue à long terme par des mesures prises à cet effet par une autorité étatique étrangère, mais territorialement compétente, il manque un élément de rattachement (*Anknüpfungspunkt*) pour le droit fondamental de propriété de l'article 14 de la Loi fondamentale ».

¹⁹⁰⁰ BVerfG 112, 1, p. 20.

¹⁹⁰¹ BVerfG 15, 126, p.143.

¹⁹⁰² BVerfG 84, 90, p. 122-123.

d'une mesure d'expropriation entreprise par un État étranger¹⁹⁰³. Il a été reproché à la Cour d'avoir esquissé les contours de « l'ordre juridique concret » de l'époque de l'exécution des mesures de privation de propriété entre 1945 et 1949 en se référant exclusivement aux ordres de la *SMAD* relatifs à la réforme agraire et aux expropriations industrielles. Cette focalisation sur ces mesures dénaturait la spécificité de « l'ordre juridique concret » qui, en l'occurrence, était le régime de droit international public d'occupation de guerre. La légalité des actes entrepris entre 1945 et 1949 aurait dû s'apprécier par référence à ce régime¹⁹⁰⁴.

779. L'attention de la Cour a été aussi attirée par le caractère impératif de la protection accordée à la propriété privée. La Cour, en se penchant sur cet aspect, a précisé que, au moment de l'entrée en vigueur des actes de confiscation, la protection de la propriété assurée par un État à l'égard de ses propres ressortissants, ne relevait pas des règles impératives internationales. Même l'hypothèse de l'émergence de règles qualifiées de *jus cogens superveniens* a été écartée de manière explicite par la Cour. La référence à l'article 17, paragraphe 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'AG des Nations unies, selon lequel personne ne peut être arbitrairement privé de sa propriété, a été suivie par la remarque qu'il ne s'agissait pas d'un texte juridiquement contraignant. En outre, « la divergence d'opinions entre l'ouest et l'est » a été interprétée par la Cour comme la raison pour laquelle la propriété n'a pas non plus été mentionnée dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966. Cette hésitation de la communauté internationale à s'engager par voie conventionnelle a conduit la Cour au constat qu'une règle de droit international de caractère coutumier relative à la protection de la propriété en faveur non seulement des ressortissants étrangers, mais aussi des ressortissants d'un État n'existait pas¹⁹⁰⁵. En s'appuyant sur la protection du droit à la propriété par le premier protocole additionnel de la CEDH, la Cour a souligné qu'était exclue aussi bien l'applicabilité *ratione temporis* de la Convention pour des confiscations ayant été menées avant l'entrée en vigueur de la Convention que son applicabilité *ratione personae* pour des actes non imputables à la République fédérale. La privation de propriété a été considérée comme un acte unique sans « effet durable au sens juridique du terme »¹⁹⁰⁶.

¹⁹⁰³ Pour cette analyse v. Herdegen M., *Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag*, *op.cit.*, p.16-17. L'auteur considère que le législateur doit tenir compte de l'idée de valeur (*Wertgedanke*) de l'article 14 lorsque les obligations de protection du droit à la propriété remontent dans une période antérieure à l'élaboration et l'application de la Constitution.

¹⁹⁰⁴ Th. Schweisfurth, « Von der Völkerrechtswidrigkeit der SBZ-Konfiskationen 1945-1949 zur Verfassungswidrigkeit des Restitutionsausschlusses 1990 », *Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht*, 2000, pp. 505-521, p.508.

¹⁹⁰⁵ BverfG 112, 1, p. 34.

¹⁹⁰⁶ BverfG 112,1, p. 43.

780. En se prononçant sur la licéité des actes de confiscation mis en œuvre ou dictés par les autorités soviétiques, la Cour a précisé « qu'il ne pouvait pas être exclu que ces actes aient été contraires aux principes élémentaires du droit parce qu'ils étaient dirigés, sans distinction de responsabilité individuelle, contre un groupe de personnes désignées comme "ennemi de classe" et visaient à leur destruction économique, voire physique »¹⁹⁰⁷. N'attachant aucun effet à cette appréciation relative au caractère illicite des mesures de confiscation, la Cour a précisé qu'il n'était pas nécessaire, en l'occurrence, de se prononcer sur les limites de la compétence du régime d'occupation¹⁹⁰⁸. Par ailleurs, la Cour s'est prononcée sur le rapport entre le vainqueur et le vaincu à la suite d'une guerre et sur les différentes réclamations au sujet d'indemnisation pour des actes commis lors des hostilités. Elle a précisé que, « c'est en règle générale le vainqueur qui demande des indemnités au vaincu (réparations), sans que les violations du droit de la guerre ne soient clairement prises en compte et surtout sans que le vainqueur ne verse des dommages et intérêts pour les violations du droit qu'il a commises »¹⁹⁰⁹. Après la réunification, la discussion au sujet de la validité de ces mesures semblait être close. Toutefois, des mesures ont été prises en vue de la réparation des dommages subis par les actes relevant des autorités d'occupation soviétique.

§2 Des réclamations de réparation pour les pertes subies entre 1945 et 1949

781. Après la réunification, certaines lois ont été votées portant sur les réparations des préjudices dus aux actes pris par, ou sous l'influence directe, des autorités d'occupation. La reconnaissance éventuelle d'un droit de réparation n'était pas le produit d'une volonté de remettre en cause leur validité. En outre, seul un droit à des prestations compensatoires (a) était reconnu en faveur des héritiers des propriétaires dont les biens avaient été spoliés par des actes émanant ou dictés par les puissances d'occupation (b). Plusieurs conditions devaient être remplies pour qu'un droit à des prestations compensatoires puisse être reconnu (c).

Le caractère exceptionnel d'un régime des biens des ressortissants ennemis était ainsi réaffirmé par une réglementation exceptionnelle des réclamations reconnues en faveur des propriétaires dépossédés.

a. La reconnaissance d'un droit à des prestations compensatoires au lieu d'un droit de restitution ou d'indemnisation

782. Le 23 septembre 1990, la Chambre du peuple de la RDA a adopté la loi sur le règlement des questions patrimoniales en suspens — *Vermögensgesetz (VermG)* — dont la validité au sein

¹⁹⁰⁷ BVerfG 112, 1, p. 31.

¹⁹⁰⁸ BVerfG 112,1, p.31.

¹⁹⁰⁹ BVerfG 112, 1, p. 32.

du nouvel ordre juridique de l'Allemagne réunifiée a été reconnue le 3 octobre 1990. En vertu de cette loi, une distinction radicale a été établie entre les confiscations opérées entre 1945 et 1949 et celles réalisées après 1949. Pour les confiscations après 1949, la loi réglementant les questions de propriété en suspens prévoyait la restitution des biens confisqués, y compris des entreprises, sous réserve des droits acquis de bonne foi par un utilisateur postérieur¹⁹¹⁰. En cas d'impossibilité de restitution, une indemnité devait être versée à l'ancien propriétaire¹⁹¹¹. Le paragraphe 8 de l'article 1 portait sur les confiscations opérées de 1945-1949. Il était précisé que toute réclamation d'indemnisation relative aux actes de confiscation pris en vertu des règles du droit d'occupation ou dictés par les puissances d'occupation ne relevait pas du champ d'application de la loi. Le législateur n'a pas ainsi voulu reconnaître des droits de restitution ou d'indemnisation au profit des propriétaires dépossédés par des actes relevant directement ou indirectement des autorités d'occupation soviétiques.

783. Il est évident que le législateur allemand revendiquait une marge de manœuvre particulièrement large en ce qui concerne la réparation des atteintes au droit de propriété qui ne lui étaient pas imputables. En effet, il n'existait pas d'obligation générale de la République fédérale d'Allemagne de compenser les préjudices dont la racine se trouve dans les actions entreprises par une puissance étrangère.

784. Le 27 septembre 1994, le parlement allemand a adopté deux lois dont l'objet était la réglementation des conséquences juridiques des expropriations pour lesquelles la restitution n'était pas envisageable¹⁹¹². La loi contient des dispositions détaillées sur les catégories des personnes physiques et morales pouvant faire des réclamations et établit des critères pour la détermination du montant de chaque demande d'indemnisation ou compensation. Une distinction, quant aux modalités d'indemnisation, a été prévue en fonction de la date de la dépossession et du lieu où elle s'était produite. La loi prévoyait l'indemnisation pour les expropriations ayant eu lieu en RDA après 1949, en cas d'impossibilité de restitution. La partie de la loi consacrée aux compensations étatiques pour les confiscations décidées ou dictées par les puissances d'occupation concernait ainsi la période de 1945 à 1949. Cette loi, fondée sur le

¹⁹¹⁰ Loi sur le règlement des questions patrimoniales en suspens (*Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen*), *Bundesgesetzblatt*, 1990, partie II, pp. 889, modifiée le 3 août 1992 *BGBI.* 1992, I, p.1446.

¹⁹¹¹ Dans les versions initiales de la loi sur le patrimoine de 1990, de 1994 et de 1997 l'article 9 prévoyait qu'en cas d'impossibilité de restitution, l'Indemnisation pouvait se faire par le transfert de terrains de valeur comparable (*durch Übereignung von Grundstücken mit möglichst vergleichbarem Wert*). Par une loi du 15 septembre 2000 cet article a été abrogé.

¹⁹¹² Loi sur l'indemnisation en vertu de la loi sur les questions patrimoniales en suspens et sur les compensations de l'État pour les expropriations sur la base du droit de l'occupation ou des compétences souveraines des puissances d'occupation (*Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen und über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage (EALG)*), du 27 septembre 1994, *Bundesgesetzblatt*, I, 1994, p.2624.

principe de l'État social, prévoyait ainsi des prestations compensatoires au profit des anciens propriétaires ou de leurs héritiers. La loi de 1994 ne contient pas de définition précise des mesures relevant de la compétence de la puissance d'occupation. La formulation « Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage » couvre en tout cas le droit d'occupation direct, c'est-à-dire l'activité normative des puissances d'occupation ainsi que les confiscations correspondant à la volonté générale de l'occupant indépendamment de l'absence d'un fondement normatif précis¹⁹¹³. Une exception au principe de non-restitution des biens expropriés par l'Union soviétique figure dans l'article 5, paragraphe 2 de la loi, selon lequel les biens meubles devaient être restitués aux anciens propriétaires. Cette loi reflète le point de vue soviétique selon lequel les confiscations dans l'industrie au bénéfice des *Länder* de la zone d'occupation soviétique, et celles opérées dans le cadre de la réforme agraire démocratique, ne pouvaient pas être remises en cause.

785. La conformité de cette loi avec la loi fondamentale a fait l'objet d'une décision de la Cour constitutionnelle à la suite de sa saisine le 29 juin 1995. Les requérants étaient des personnes physiques ou morales qui, elles-mêmes ou leurs prédécesseurs en droit, avaient subi des dommages pécuniaires en raison des persécutions nazies, des actes entrepris sous la responsabilité des forces d'occupation soviétiques ou sous la responsabilité de la RDA. Ils estimaient que les montants versés à titre d'indemnisation ou de compensation étaient inférieurs par rapport à la valeur actuelle des biens expropriés. Les personnes dépossédées en vertu d'actes pris sous l'instigation des puissances d'occupation soviétiques ont invoqué aussi le principe d'égalité, considérant qu'ils avaient été victimes d'une discrimination. Pour fonder leur argument relatif à la discrimination, ils invoquaient l'accord sur le règlement de certains litiges relatifs aux biens, signé entre le gouvernement fédéral et les États-Unis d'Amérique le 13 mai 1992. En vertu de cet accord, une somme forfaitaire avait été prévue pour indemniser les personnes dépossédées. Toutefois, la même protection n'avait pas été accordée aux personnes dont les biens avaient été confisqués dans le cadre de la réforme agraire mise en œuvre dans la zone d'occupation soviétique. Un deuxième argument relatif au caractère discriminatoire de la loi concernait les personnes morales. Les requérants soulignaient, d'une part, que l'exclusion des personnes morales du bénéfice des prestations compensatoires les plaçait dans une situation défavorable par rapport aux personnes physiques qui avaient été dépossédées entre 1945 et 1949

¹⁹¹³ Dans sa décision du 23 avril 1991 la BVerfG explique que certains actes ont été pris en vertu de la plus haute autorité des organes d'occupation (*oberste Hoheitsgewalt*). Ces actes, bien qu'ils aient été formellement édictés par des organes allemands, relevaient de la responsabilité de l'occupant. BVerfG 84, 90, *Bodenreform I*, 23 avril 1991, p. 115. Pour une analyse v. N. Härting, « Zum "Generellen Willen" der sowjetischen Besatzungsmacht », *Zeitschrift für Vermögens — und Immobilienrecht*, 1995, pp. 634-637.

et qui entraient dans le champ d'application de la loi sur les prestations compensatoires. Il faut ici rappeler que ces prestations n'étaient prévues que pour des personnes physiques. D'autre part, les requérants s'estimaient traités moins favorablement que les personnes morales expropriées après 1949 qui pouvaient réclamer leurs droits en vertu de la loi de 1990. Aucun motif ne pouvait, selon eux, justifier ces discriminations à l'égard des personnes morales ayant subi des pertes patrimoniales entre 1945 et 1949.

786. Dans sa défense, le gouvernement a souligné la prise en compte des « intérêts de la collectivité dans son ensemble » qui ne lui permettaient pas « de consacrer des parts considérables du budget fédéral à la réparation de dommages qui n'ont pas été causés par la République fédérale »¹⁹¹⁴. Le gouvernement, afin de défendre la loi sur la péréquation des charges, a d'ailleurs précisé qu'une réparation intégrale pour les préjudices patrimoniaux subis l'aurait conduit à méconnaître son obligation de réparer des dommages plus importants subis par des personnes touchant à leur liberté, à leur santé ou même à leurs perspectives de vie (*Lebenschancen*)¹⁹¹⁵. Quant à l'exclusion des réparations pour les personnes morales, le gouvernement a précisé que la finalité de sa politique était d'aider les personnes ayant subi « des coups du destin (*Schicksalsschläge*) sans en être responsables »¹⁹¹⁶. Il a précisé que la perte de patrimoine de la part d'une personne morale ne pouvait pas se caractériser par une telle intensité.

787. La Cour constitutionnelle fédérale, dans sa décision du 22 novembre 2000, a rejeté les recours, soulignant qu'un remboursement équivalent à la valeur actuelle des biens n'était pas possible, compte tenu des moyens financiers à la disposition de l'État¹⁹¹⁷. La Cour a considéré que la péréquation des charges découlait de l'article 20 de la Loi fondamentale. L'obligation pour l'État de supporter ces charges résultait « d'un destin à assumer par l'ensemble de la société »¹⁹¹⁸. Pour justifier les mesures de péréquation des charges, la Cour a précisé que les

¹⁹¹⁴ BVerfG 102, 254, *Entschädigungs-, Ausgleichsleistungsgesetz*, 21 novembre 2000, p. 286.

¹⁹¹⁵ *Idem*. Pour justifier son choix de péréquation des charges au détriment d'une solution privilégiant l'indemnisation complète le gouvernement s'est appuyé sur l'arrêt du 4 5 1955 de la Cour constitutionnelle fédérale BVerfG 4, 157, *Saarstatut*, 4 mai 1955. Dans cette décision, déjà évoquée, la Cour a estimé que les traités internationaux qui démantèlent progressivement un ordre juridique d'occupation existant dans une partie de l'Allemagne ne peuvent pas être qualifiés d'inconstitutionnels si la situation qu'ils créent est « plus proche de [celle envisagée par] la Loi fondamentale » (*näher beim Grundgesetz steht*) que celle qui existait auparavant., BVerfG 4,157, p. 170 : « Des restrictions des règles constitutionnelles, comme en l'occurrence du par. 3 de l'art. 14 pourraient être acceptées dans de tels traités pour une période transitoire si elles sont en relation directe avec une réglementation qui, dans toute sa tendance, tend à se rapprocher de la situation pleinement conforme à la Constitution ». V. sur cet aspect précis, K. Pfeiffer, *Gleichheitsgrundsatz und Reparationsentschädigung*, *op.cit.*, p.117.

¹⁹¹⁶ BVerfG 102, 254, p. 292-293.

¹⁹¹⁷ *Idem*, p. 278 : « Le fait de ne pas calculer le montant de l'indemnisation uniquement en fonction de la valeur des biens perdus, mais aussi en fonction des indemnisations pour d'autres injustices commises, découle également de considérations de justice importantes (*gewichtige Gerechtigkeitsüberlegungen*) de la part du législateur ».

¹⁹¹⁸ BVerfG 112,1, p. 39. La Cour a employé à de nombreuses reprises la notion de communauté de destin (*Schicksalgemeinschaft*) des ressortissants allemands pour rendre légitime le choix de la péréquation des charges

personnes qui ont subi des dommages patrimoniaux et contestent la conformité avec la Loi fondamentale de la loi de 1994 n'avaient pas besoin d'aides immédiates à la réinsertion dans la société — comme c'était le cas après la fin de la guerre — et que, par conséquent, le principe de l'État de droit et le principe de l'État social étaient respectés par une loi qui exige des prestations de la part de l'ensemble des membres de la société « dans les limites de ce qui peut être raisonnablement exigé »¹⁹¹⁹.

788. L'argument des requérants relatif à la violation du principe d'égalité a été aussi examiné par la Cour. La Cour a défendu la marge de manœuvre en vertu de laquelle le législateur peut opter pour la reconnaissance des droits à des prestations compensatoires et non pour des droits à une indemnisation équivalente à la valeur des biens confisqués entre 1945 et 1949. La Cour, retenant une formulation dont la tonalité jusnaturaliste est évidente, a souligné que la marge de manœuvre du législateur ne s'arrête que lorsque le traitement inégal n'est plus compatible « avec une approche orientée vers l'idéal de la justice » (*am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise*). En l'occurrence, une raison découlant de la nature du différend étant compréhensible de manière objective rendait conforme à la Loi fondamentale un régime *prima facie* discriminatoire¹⁹²⁰. Pour cette raison, la comparaison entre le traitement moins favorable des personnes ayant perdu leurs biens lors de la réforme agraire et celui réservé à d'autres catégories de propriétaires — dont ceux concernés par l'accord germano-américain de 1992 — n'était pas pertinente¹⁹²¹.

789. Des requêtes déposées par des ressortissants allemands relatives à l'exclusion de toute restitution ou à l'octroi de prestations compensatoires au lieu d'indemnisations intégrales ont été examinées par la Commission de la CEDH. Les recours ne concernaient pas les mesures de confiscation en tant que telles, étant donné que ces dernières ne tombaient pas dans le champ d'application de la convention *ratione temporis*. L'interrogation portait sur la conformité avec la Convention des lois prévoyant l'indemnisation partielle des propriétaires dépossédés pendant la période 1945-1949 par des décisions émanant ou étant dictées à l'instigation des forces d'occupation soviétique. La Commission n'a pas examiné les griefs portant sur la négation des droits à indemnisation qui étaient fondés sur des faits survenus avant l'entrée en vigueur de la Convention et a considéré que les autorités allemandes ne pouvaient pas être tenues responsables pour des actes de privation de la propriété accomplis par les Soviétiques ou sous

BVerfG 27, 253, 270 Les conséquences de la Seconde Guerre mondiale et des politiques d'occupation après la fin de la guerre devaient être supportées par les membres de la « communauté marquée par le même destin ».

¹⁹¹⁹ BVerfG 102, 254, p. 301.

¹⁹²⁰ BVerfG, 102, 254, p. 299.

¹⁹²¹ BVerfG, 102, 254, p. 312.

pression des puissances d'occupation, nonobstant la reconnaissance postérieure des effets de telles décisions par la RDA et la RFA.

790. La décision *Weidlich, Mayer and others* du 4 mars 1996 portait sur la loi d'indemnisation (*Entschadigungs- und Ausgleichleistungsgesetz*). La Commission s'est penchée, pour la première fois, sur l'exclusion d'une partie des propriétaires du champ d'application de la loi portant sur les indemnisations, exclusion qui était prévue par l'article 143, paragraphe 3 de cette dernière et avait été confirmée par la décision de la Cour relative à la *Bodenreform*. En l'occurrence, les requérants considéraient que l'expropriation de leurs biens entre 1945 et 1949 était contraire au droit international public ainsi qu'au droit de la RFA, et qu'elle constituait une violation continue de leurs droits de propriété. Quant à l'engagement pris à l'égard de l'Union soviétique de ne pas revenir sur les confiscations déjà accomplies lors de la réforme agraire, ils soulignaient que l'Union soviétique avait cessé d'exister et que, par conséquent, cet engagement n'était plus en vigueur.

791. Les requérants invoquaient l'article 1 du Premier protocole additionnel portant sur le droit à la propriété, ainsi que l'article 14 de la Convention, relatif à l'interdiction de discrimination¹⁹²². L'exclusion expresse de tout droit de restitution était interprétée par les requérants comme une approbation des confiscations illégales. Ils considéraient que, d'après l'article 25 de la loi fondamentale, les règles générales du droit international public faisaient partie du droit interne. Leurs recours étaient également fondés sur un grief tiré de la violation du principe de non-discrimination en raison de l'existence, pour les personnes dont les biens ont été confisqués après 1949, d'un droit de restitution ou de demande de réparation.

792. Le gouvernement défendeur alléguait que l'Allemagne devait respecter les engagements qui lui incombent à l'égard de la Russie et que les expropriations étaient interprétées par l'Union soviétique en tant que « sanction des criminels de guerre et des nazis ainsi que mesure instituant un nouvel ordre de paix sociale »¹⁹²³. La Commission a rejeté sa compétence *ratione personae, temporis* et *materiae*. Aucune propriété existante n'a été reconnue au moment du traité d'unification et du règlement des prétentions patrimoniales avec l'exclusion de toute possibilité de restitution. Aucun exercice effectif du droit à la propriété ne pouvait être approuvé et par conséquent le droit des anciens propriétaires ne pouvait pas être érigé en droit protégé en vertu du premier protocole. La violation s'était produite une seule fois et aucune durée ne

¹⁹²² Article 14 : « La jouissance des droits et des libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

¹⁹²³ Com.EDH, requêtes n.18890/91, 19 048/91, 190 49/91, 19 342/92, 19 549/92, *Gisela Mayer, Hans Cristoph Weidlich et Bernd Joachim Fullbrecht et al. c. Allemagne*, 4 mars 1996, p. 86-95, p.92, Annuaire de la CEDH, 1996.

pouvait être reconnue à cette violation¹⁹²⁴. La Commission s'est penchée brièvement sur l'argument des requérants d'après lequel les expropriations en cause étaient contraires au droit international. La question de savoir « si un acte prétendument accompli en violation des Règlements de la Haye doit être considéré comme nul, ou s'il oblige simplement l'État responsable à verser une indemnité » a été qualifiée de « douteuse ». Par ailleurs, rappelant sa jurisprudence en vertu de laquelle « ni l'espoir de faire reconnaître la survivance d'un ancien droit de propriété qui n'est plus susceptible d'exercice effectif depuis longtemps, ni une créance conditionnelle qui devient caduque du fait de la non-réalisation de la condition, ne constituent des “biens” au sens de l'art. 1 du Protocole additionnel », la Commission a précisé que les requêtes en question ne concernaient pas des « biens actuels ». Elle a souligné que, au sein de l'ordre juridique allemand, ces actes de confiscation « étaient jugés conformes à la loi » et que, par conséquent, il ne pouvait pas être affirmé que les dispositions du traité d'unification avaient « légalisé la privation de propriété subie par les requérants et qu'elles en constituaient donc le fondement au regard du droit allemand ». Étant donné que les requérants n'avaient pas de « biens actuels », la réglementation du traité d'unification concernant les questions de propriétés ne constituait pas d'ingérence dans les droits reconnus par l'article 1 du Protocole additionnel. Quant à l'interdiction de discrimination, la Commission a rappelé que l'article 14 n'a pas d'existence indépendante et que, en absence de violation de l'article 1 du PA, les requérants ne pouvaient pas être considérés comme des victimes d'un traitement discriminatoire¹⁹²⁵. À la prévision d'un droit à un dédommagement limité en vertu de la loi de compensation du 27 septembre 1994, reconnu aux propriétaires de biens expropriés, les requérants ont identifié une violation de l'Article 14 de la Charte.

793. Le même raisonnement a été adopté par la CEDH dans l'arrêt *Maltzan c. Allemagne*. En l'espèce, les requérants soutenaient que la loi sur le patrimoine du 23 septembre 1990, la loi sur les indemnisations et compensations du 27 septembre 1994 et l'arrêt de principe de la Cour du 22 novembre 2000 portaient atteinte à leur droit de propriété garanti par l'article 1 du premier protocole additionnel. Ils considéraient qu'au moment de la réunification ils avaient un droit de propriété ou une espérance légitime d'obtenir soit une restitution de leurs biens, soit des

¹⁹²⁴ *Idem*, p.93 : « Certes, elles (les expropriations) ont continué à produire des effets après les dates susmentionnées et également après le 3 octobre 1990, lorsque le Traité d'unification est entré en vigueur et que le territoire ou les biens en question étaient situés est devenu partie intégrante de la République fédérale d'Allemagne, à l'égard de laquelle la Convention et ses protocoles sont applicables. Toutefois, la Commission rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle la privation de la propriété ou d'autres droits réels constitue, en principe, un acte instantané et n'engendre pas une situation continue d'“absence de droit” ».

¹⁹²⁵ Sur la dépendance du traitement discriminatoire de la jouissance d'autres droits reconnus par la Charte v. CEDH, *Inze c. Autriche*, requête n. 8695/79, 28 octobre 1987, par. 36.

compensations ou indemnités adéquates. Le refus de restitution ou de réparation adéquate constituait, selon leur argumentation, l'équivalent d'une expropriation en violation du droit de propriété garanti par le premier protocole additionnel. Par ailleurs, les requérants se considéraient victimes d'une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention puisque, contrairement à d'autres catégories des personnes dépossédées, la possibilité de restitution de leurs biens avait été exclue. La Cour a précisé que les mesures prises contre les biens privés s'inscrivent dans le contexte d'une occupation sui generis reconnu sur le plan international.¹⁹²⁶ Après avoir nié sa compétence *ratione temporis* et *ratione personae* pour examiner les circonstances des confiscations ou les effets continus produits jusqu'au jour de la saisine, la Cour s'est penchée sur l'existence d'une espérance légitime des requérants d'obtenir soit la restitution de leurs biens, soit des compensations pour les expropriations entre 1945-1949 ou des indemnités pour les expropriations après 1949. La Cour s'est appuyée, de manière explicite, sur la décision Mayer et autres de la Commission pour rejeter toute allégation concernant les demandes de restitutions des biens perdus entre 1945 et 1949. S'alignant sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la CEDH a reconnu au profit du pouvoir exécutif une ample marge d'appréciation concernant la possibilité de préciser les modalités de restitution, d'indemnisation ou de compensation dans le cadre du règlement global suivant la réunification allemande. Il a été précisé que la Convention n'impose aux États contractants « aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages résultant d'actes commis à l'instigation d'une force d'occupation étrangère ou par un autre État »¹⁹²⁷. La seule croyance au changement des lois en vigueur en leur faveur ne pourrait pas être une forme d'espérance légitime au sens de l'article 1 du premier protocole additionnel. L'espérance légitime, à la différence d'un simple espoir, devrait être de « nature plus concrète » et être fondée sur une disposition précise ou une jurisprudence solide¹⁹²⁸. Les requérants héritiers des victimes d'expropriations entre 1945 et 1949 estimaient avoir subi une discrimination par

¹⁹²⁶ CEDH, *von Maltzan et autres c. Allemagne*, requêtes n. 71 916/01, 71 917/01, 10 260/02, 2 mars 2005, par. 80 : « [C]ette occupation de l'Allemagne n'était pas une occupation de guerre "ordinaire", mais une occupation sui generis, consécutive à une guerre, et à une capitulation sans conditions, conférant des pouvoirs de souveraineté aux forces occupantes. Ce régime particulier a été généralement reconnu sur le plan international ».

¹⁹²⁷ *Idem*, par.111 : « [D]ès lors qu'un État choisit de réparer les conséquences de certains actes incompatibles avec les principes caractérisant un régime démocratique, mais dont il n'est pas responsable, il dispose d'une ample marge d'appréciation dans la mise en œuvre de cette politique ».

¹⁹²⁸ *Idem*, par.112-113 : « En l'espèce, ni la déclaration commune ni le premier arrêt de principe de la Cour constitutionnelle fédérale sur la réforme agraire n'ont conféré aux requérants des droits qui iraient au-delà de ceux conférés par les lois litigieuses. La cour en déduit que les requérants n'ont pas montré qu'ils étaient titulaires de créances suffisamment établies pour être exigibles et qu'ils ne peuvent donc pas se prévaloir de "biens" tels qu'envisagés par l'article 1 du Protocole n. 1. Dès lors, ni les lois litigieuses ni les arrêts ou décisions de la Cour constitutionnelle fédérale s'y rapportant n'ont pu constituer une ingérence dans la jouissance de leurs biens, et les faits invoqués échappent au champ d'application de l'article 1 du Protocole no 1 ».

rapport à ceux qui ont été victimes d'expropriations entre 1949 et 1990 et auxquels un droit de récupération de leurs biens a été reconnu en vertu de la loi sur le patrimoine. En outre, ils considéraient avoir subi une discrimination par rapport à ceux qui ont pu bénéficier d'une réhabilitation pénale assortie d'une restitution de leurs biens. La Cour a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle l'article 14, interdisant toute distinction en termes de jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention, n'a pas d'existence indépendante et ne saurait s'appliquer que lorsque les faits du litige impliquent la violation d'une autre disposition de la Convention. La non-violation de l'article 1 du premier protocole excluait la possibilité pour les requérants d'invoquer une violation de l'article 14¹⁹²⁹.

b. Le droit à des prestations compensatoires reconnu en cas d'attribution de la confiscation aux autorités d'occupation.

794. Les lois promulguées après 1990 dans l'Allemagne réunifiée prévoyaient un système de réparations de préjudices à deux vitesses. Si la confiscation était entreprise par les autorités d'occupation soviétique ou sous l'influence de ces dernières seul un droit à des prestations compensatoires était reconnu. En revanche, dans toute autre hypothèse, le droit à la restitution du bien, voire à l'indemnisation était reconnu aux propriétaires dépossédés ou à leurs héritiers. L'attribution de la confiscation aux autorités d'occupation était ainsi une condition pour la réclamation des prestations compensatoires et impliquait l'exclusion de toute possibilité de réclamer la restitution du bien ou de demander une indemnisation. À la suite de recours exercés par les descendants d'anciens propriétaires dépossédés, l'administration et les juridictions internes se sont penchées sur plusieurs cas de confiscations opérées entre 1945 et 1949. La question soulevée était celle de la détermination de l'organe auquel la confiscation était imputable. Il est évident que les requérants soutenaient une approche restrictive des compétences de la puissance d'occupation soviétique. Ils voulaient défendre la thèse selon laquelle leurs biens avaient été confisqués par des organes allemands sans l'intervention des puissances d'occupation. En revanche, l'État allemand, afin de rejeter toute demande de restitution voire d'indemnisation et de justifier sa décision de n'accorder que de prestations compensatoires, défendait une approche extensive des prérogatives octroyées à la puissance d'occupation.

795. Plusieurs recours d'indemnisation ont été exercés auprès de l'administration allemande à la suite de la réunification. Les requérants réclamaient la restitution ou l'indemnisation pour les pertes subies, considérant que dans certains cas les confiscations opérées entre 1945 et 1949

¹⁹²⁹ L'article 8 de la Convention a été invoqué aussi par l'un des requérants, qui considérait que l'interdiction de restitution des biens en cas de réhabilitation administrative était contraire à la protection de la vie privée et familiale.

n'étaient pas attribuables à l'occupant. Les requérants ont exercé des recours pour excès de pouvoir contre le rejet de ces réclamations. Les juridictions administratives internes ont dû ainsi se prononcer sur la légalité interne et externe des actes de confiscation.

796. Les requérants insistaient sur des aspects techniques relatifs à la compétence des organes d'occupation. Ils estimaient que s'ils arrivaient à démontrer l'incompétence des organes relevant de l'administration militaire soviétique, la confiscation aurait été imputée aux organes allemands. Il leur aurait ainsi été possible de réclamer la restitution voire l'indemnisation pour leur bien spolié et pas seulement un simple droit à des prestations compensatoires¹⁹³⁰.

¹⁹³⁰ A l'épicentre de l'interrogation autour de la licéité des actes des autorités d'occupation, se trouvaient les listes de personnes dont les biens devaient être confisqués, établies par le Conseil municipal du Grand Berlin (*Magistrat von Groß Berlin*), organe étroitement surveillé par les quatre puissances d'occupation. Ce conseil devait assurer les besoins les plus urgents de la population après les ravages causés par les raids aériens et la transformation de la ville de Berlin en champ de bataille. À la suite de l'imposition du blocus aérien de Berlin, les représentants des secteurs occidentaux de Berlin se sont retirés du Conseil Municipal du Grand Berlin et le Conseil, renommé Conseil démocratique (*Demokratischer Magistrat*) le 30 novembre 1948, ne gérait désormais que la partie orientale de la ville, ses membres étant exclusivement les représentants du secteur soviétique. Cet organe avait ainsi assumé la responsabilité d'établir les listes des biens qui devaient être confisqués ou en revanche restitués à leurs anciens propriétaires. L'interrogation portait ainsi sur la compétence de cet organe de se prononcer sur les confiscations des biens en région berlinoise, étant donné que des expropriations décidées unilatéralement pour le secteur soviétique auraient violé le statut quadripartite de l'ensemble de Berlin et donc le droit interallié de l'occupation. Le Conseil démocratique de Berlin, après avoir constaté l'absence de volonté de la part des autorités d'occupation interalliées d'entreprendre les confiscations selon les dispositions de la loi du 27 mars 1947 du Conseil du grand Berlin, a publié la loi du 8 février 1949, relative à la confiscation des biens des criminels de guerre et d'activistes du régime national-socialiste, Loi sur la confiscation des biens des criminels de guerre et des militants nazis (*Gesetz zur Einziehung von Vermögenswerten der Kriegsverbrecher und Naziaktivisten*), 8 février 1949, *Verordnungsblatt Groß— Berlin Teil 1 Nr. 5/1949*, p.33. Par. 8 : « La confiscation est notifiée à la personne concernée par la publication d'une liste ou par la notification d'un avis de confiscation. Dans le cas d'une publication par inscription sur la liste, le jour de la publication dans le *Verordnungsblatt für Groß— Berlin* est considéré comme le jour de la notification de l'avis de confiscation. La personne concernée a le droit de faire opposition à l'avis de confiscation dans un délai de quatre semaines à compter de la date de notification. L'opposition doit être motivée dans un délai supplémentaire de quatre semaines. Une commission du Conseil municipal de Berlin statue définitivement sur le recours. L'acte réglementaire d'application de cette loi, publié le lendemain, précisait les noms des personnes physiques et morales dont les biens devaient être confisqués. V. *Communiqué sur les biens confisqués en vertu de la loi sur l'expropriation (Bekanntmachung über nach dem Enteignungsgesetz eingezogene Vermögenswerte - Liste 1)*, 9. Februar 1949, *Verordnungsblatt Groß-Berlin Teil 1 Nr. 8/1949*, p.43. L'inscription dans cette liste a ainsi fait l'objet de contestations auprès des autorités administratives après 1990. En effet, les personnes dont les biens avaient été spoliés ou leurs héritiers contestaient pour différentes raisons les confiscations ayant suivi la publication des listes par le Conseil démocratique de Berlin. Ils avaient comme objectif de faire reconnaître l'incompétence de l'organe relevant de l'administration militaire soviétique ayant inscrit leur nom ou celui de leur antécédant sur la liste. Il faut préciser que les confiscations étaient dictées conformément à l'ordre n.124 du 30 octobre 1945. Cet ordre a été abrogé par l'administration militaire soviétique par l'ordre n.64 du 17 avril 1948. Ordre no 64 de l'Administration militaire soviétique en Allemagne sur la clôture des procédures de séquestre dans la zone d'occupation soviétique de l'Allemagne (*Befehl Nr. 64 der Sowjetischen Militär-Administration (SMA) über die Beendigung der Sequesterverfahren in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands*), 17. April 1948, *Verordnungsblatt Nr. 15/1948*, p.140

. Par conséquent, toute liste établie après cette date aurait été invalide du point de vue des ordres soviétiques et imputables ainsi aux organes allemands. Cette argumentation se trouve à l'origine du recours contre le rejet d'indemnisation de la part de l'administration pour la confiscation des biens d'une société située dans l'ancien secteur soviétique de Berlin et dont le nom figurait sur la liste publiée le 9 février 1948. En l'occurrence, l'Office régional pour le règlement des questions patrimoniales en suspens (*Landesamt zur Regelung offener Vermögensfragen*) a rejeté cette demande au motif qu'une restitution était exclue en vertu de l'article 1 VIII, point a), de la Loi sur le règlement des questions patrimoniales en suspens (*Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen*), l'expropriation ayant eu lieu sur la base du droit d'occupation. Ce recours a été examiné aussi par la Cour administrative fédérale qui à cette occasion s'est prononcée de nouveau sur le caractère constitutionnel de l'exclusion d'indemnisation pour les personnes dépossédées pendant la période de 1945 à 1949, v. BVerwG, *Enteignung von Vermögenswerten auf besatzungshoheitlicher Grundlage*, décision du 29 avril 1994, *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, pp. 2777-2779. Il a été affirmé que la Cour administrative

797. Toutefois, cette argumentation n'a pas été souvent retenue par les juridictions administratives qui ont précisé que le constat éventuel du caractère illicite d'une mesure mise en œuvre par la puissance d'occupation n'exerçait aucune influence sur l'imputation de cet acte aux organes relevant de l'occupant.

798. Les requérants procédaient aussi à une interprétation extensive des prérogatives des organes relevant de la RDA. S'ils arrivaient à prouver que la confiscation avait été opérée par les organes de cet État, ils pourraient réclamer la restitution de leur bien voire l'indemnisation pour la perte subie. Toutefois, les juridictions administratives ont retenu une interprétation large des prérogatives de la puissance d'occupation. Un lien indirect avec les organes relevant de l'administration militaire soviétique était ainsi suffisant pour exclure tout droit à la restitution ou à l'indemnisation. Il a été indiqué que plusieurs confiscations relevaient « de manière objective de la responsabilité de la puissance occupante »¹⁹³¹. Cette interprétation large du lien

fédérale n'aurait pas le droit, conformément à l'article 100 I de la Loi fondamentale, de demander à la Cour constitutionnelle de se prononcer de nouveau sur la constitutionnalité de l'exclusion de la restitution des biens expropriés sur la base du droit que si, après la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 23 avril 1991, des faits nouveaux avaient été apparus, de nature à justifier une nouvelle décision. Or, de tels faits, en l'occurrence, n'existaient pas. D'après le raisonnement de la Cour, l'interrogation autour du respect des limites de compétence de l'organe ayant ordonné la confiscation, n'exerçait pas d'influence déterminante sur la possibilité d'imputation de cet acte à l'Union soviétique. Si l'acte était imputable aux puissances d'occupation soviétique, la réclamation d'indemnisation ne serait pas fondée en droit puisque ces actes ne relevaient pas du champ d'application de la loi de 1990.

¹⁹³¹ Cette argumentation a été retenue par la Cour administrative fédérale dans le cadre d'un recours exercé par les descendants d'un propriétaire dont les biens confisqués étaient enregistrés sur la liste n. 3 du Conseil démocratique publié le 14 novembre 1949, et comprenant au total 1580 biens appartenant à des personnes physiques ou morales. Expropriations à partir de la liste 3 de Berlin. En vertu de la loi sur la confiscation des biens des criminels de guerre et des activistes nazis du 8 février 1949, le Conseil du Grand Berlin a décidé de confisquer sans indemnisation les biens des personnes et entreprises figurant sur la liste 3 publiée ci-après, en tant que biens des criminels de guerre et des activistes nazis, et de les considérer patrimoine du peuple, v. *Bekanntmachung über weitere Einziehungen sequestrierter Vermögenswerte — Liste 3 — vom 14. November 1949*, *VOBl. Groß— Berlin Teil 1* Nr. 54/1949, p.425, <https://d-d-r.de/verordnungsblatt-fuer-gross-berlin-teil-1-nr-54-1949-seite-425.html> En l'occurrence, Le requérant alléguait que les confiscations des biens relevant de la liste 3 étaient imputables au seul Conseil et qu'elles ne reposaient pas de manière déterminante sur une décision de la puissance d'occupation BVerwG, décision du 13 février 1995, *Besatzungshoheitliche Grundlage der Enteignungen aufgrund der Berliner Liste 3*, *Neue juristische Wochenschrift*, 1995, pp.1303-1306. En outre, ces confiscations ont eu lieu après la création de la RDA le 7 octobre 1949. Après cette date, un transfert complet de compétences avait eu lieu et à partir de ce moment, les autorités allemandes n'exerçaient plus de compétences dérivées, relevant de la puissance occupante. Depuis lors, la responsabilité de l'exercice du pouvoir d'État incombait en premier lieu aux organes de la RDA. Selon l'argumentation de l'administration reprise par le tribunal administratif, le législateur, par sa référence générale à la période entre 1945 et 1949, n'a pas voulu déterminer de manière rigide les conditions de l'exclusion de la restitution selon des critères temporels et par une référence à une date précise, mais selon des critères objectifs. Pour cette raison, il s'est abstenu d'attribuer à la date de la création de la RDA la fonction d'une date de référence au-delà de laquelle une expropriation sur la base du droit d'occupation ou de la souveraineté de l'occupant ne pourrait plus être présumée. La Cour a entendu par « expropriations attribuées à la puissance occupante », les expropriations qui n'ont pas été effectuées par une décision de la puissance d'occupation soviétique, mais qui résultaient des souhaits ou des suggestions de celle-ci ou qui correspondaient à sa volonté générale. Selon la Cour, les confiscations entreprises par des autorités allemandes devaient également lui être imputées. Cela vaut même si les autorités allemandes avaient interprété de manière excessive et appliqué de manière arbitraire les bases de l'expropriation créées avec l'accord de la puissance occupante. Chaque fois qu'un lien d'imputation existe de manière objective, l'acte doit être attribué à la puissance d'occupation. L'Union soviétique a également assumé la responsabilité de l'application de la loi du 8.2.1949, qui s'est étendue au-delà de la date de création de la RDA, le 7.10.1949, jusqu'à la publication des listes 3 (« sur d'autres confiscations en vertu de la loi du 8.2.1949 ») et 4 (« sur d'autres libérations d'avoires séquestrés »), en novembre 1949, v. *Communiqué sur de nouvelles confiscations de biens séquestrés (Bekanntmachung über weitere Freigaben sequestrierter Vermögenswerte - Liste 4)*, *14 November 1949 Verordnungsblatt Groß— Berlin Teil 1* Nr. 53/1949, p. 401, <https://d-d-r.de/verordnungsblatt-fuer-gross-berlin-teil-1-nr-53-1949-seite-401.html>. Le Conseil du

objectif d'imputation à la puissance occupante a été aussi reprise par la Cour constitutionnelle¹⁹³².

799. Toutefois, l'existence d'un lien objectif d'imputation d'un acte à la puissance d'occupation n'a pas été toujours affirmée par les juridictions internes. L'hypothèse d'une rupture du lien avait été admise dans le cas du non-respect d'une interdiction d'expropriation émise par la puissance d'occupation soviétique. Le lien d'imputabilité pouvait par conséquent être brisé par un acte qui serait attribuable de manière exclusive aux autorités allemandes¹⁹³³¹⁹³⁴.

Grand Berlin a décidé, en vertu du par.4 de la loi sur la confiscation des biens des criminels de guerre et des activistes nazis du 8 février 1949, de restituer à leurs propriétaires les biens figurant sur la liste 4 publiée ci-dessous, qui étaient jusqu'à présent sous administration fiduciaire. Le principe de base de l'interprétation de l'article 1 VIII al. a de la loi de 1990 par la jurisprudence administrative est la phrase selon laquelle il faut toujours considérer que la confiscation relève de la compétence de l'occupant « si elle a été rendue possible par des actes de la puissance d'occupation soviétique et si elle se fonde essentiellement sur sa décision » Cette phrase est issue d'une formulation de la Cour constitutionnelle fédérale dans l'arrêt sur la réforme agraire du 23 avril 1991, BVerfG 84,90, p.111 (*wenn die Enteignung durch Akte der sowjetischen Besatzungsmacht gezielt ermöglicht wurde und maßgeblich auf deren Entscheidung beruhte*).

¹⁹³² BVerfG, décision du 28 novembre 1996 - 1 BvR 1249/94, NJW 1997, p.449-450. La Cour a précisé que les mesures rendues possibles de manière ciblée par des actes de la puissance d'occupation soviétique peuvent être considérées comme des mesures de confiscation entreprises par les autorités d'occupation. Elle a affirmé de nouveau, en s'inscrivant sur la ligne argumentative de la Cour administrative fédérale, que c'est qui importe est le constat objectif d'un lien d'imputation à la puissance occupante. Quant à la violation du droit de propriété, la Cour a insisté sur le fait que les propriétaires initiaux des biens en cause n'avaient pas conservé des droits sur leurs biens confisqués d'après la loi du 8 février 1949. D'après la Cour, ils n'ont pas pu démontrer comment « la demande juridique de reconnaissance de leurs droits de propriété (*Rechtsanspruch auf Anerkennung ihrer Eigentumsrechte*) aurait pu se concrétiser de manière effective avant la réunification ». Pour une critique à cette décision R. Wassermann, « Wie lange noch Sonderrecht für die in der SBZ Enteigneten? », *Neue juristische Wochenschrift*, 1997, pp. 438-439. L'auteur souligne que « le droit à deux vitesses (*Zwei-Klassen-Recht*) en matière de réparation du droit d'expropriation est maintenu tel qu'il a été établi en 1990, malgré l'opposition de très nombreux députés du *Bundestag* : Pour les expropriations antérieures à l'établissement de la RDA, la restitution est exclue, alors que pour les expropriations ultérieures, la phrase "la restitution prime l'indemnisation" s'applique en principe. Les décisions de Karlsruhe n'ont cependant pas apporté la paix juridique. Les débats sur l'élimination du traitement spécial et discriminatoire des personnes expropriées sous le régime d'occupation se poursuivent au contraire sur le plan politique avec une intensité accrue ». L'ancien président de la Cour administrative fédérale, Horst Sendler, a tenu compte de certaines exigences de la RDA dans un article sur la question de la constitutionnalité de l'exclusion de la restitution. H. Sendler, « Restitutionsausschluß verfassungswidrig, Die öffentliche Verwaltung, 1994, pp.401-410, p.407 : « La République fédérale devrait-elle jouer sa meilleure carte jusqu'au bout et se donner la réputation d'être une sorte de puissance coloniale aux allures de seigneur ? On peut douter qu'il ait été politiquement sage d'imposer à la RDA des politiques que ses représentants ne voulaient pas et auxquelles ils s'opposaient, que ce soit pour des raisons de sentimentalisme nostalgique, de mauvaise appréciation des acquis de la tradition de la RDA ou parce qu'ils pensaient pouvoir mieux juger l'état d'esprit des habitants de la RDA que d'autres ; le temps écoulé a montré que l'état d'esprit des habitants n'a pas toujours été suffisamment pris en compte ».

¹⁹³³ V. BVerwG, Décision du 27 juin 1996 - 7 C 3/96 (VG Berlin), *Zeitschrift für Vermögens — und Immobilienrecht*, 1996, p. 644-646. Dans cet arrêt, la BVerwG a refusé l'imputation au motif que l'expropriation avait enfreint une interdiction d'expropriation imposée par la puissance d'occupation soviétique. Il s'agissait de l'expropriation de trois sociétés immobilières néerlandaises. Les autorités allemandes chargées de l'expropriation avaient d'abord inscrit ces sociétés sur la liste 3 de Berlin, puis les avaient retirées de la liste à l'instigation des autorités militaires soviétiques, mais avaient tout de même procédé à l'expropriation par la suite. Malgré les protestations des propriétaires néerlandais auprès des autorités militaires soviétiques, l'expropriation n'a pas été annulée. De cette inaction des autorités d'occupation, encore dotées de toutes les compétences décisionnelles en 1949, on pourrait aisément conclure que les expropriations étaient en fin de compte couvertes par la « volonté générale » de la puissance occupante. La BVerwG n'a pas adopté une telle argumentation, qui aurait été conforme à sa décision du 13 février 1995 portant sur les biens inscrits dans la liste 3. En raison de la radiation initiale des trois entreprises de la liste 3, il faut, pour établir un lien de causalité, une « manifestation de volonté de l'Union soviétique susceptible d'être prouvée et confirmant expressément l'action d'expropriation. L'interdiction d'expropriation attestée par la radiation initiale de la liste 3 a interrompu le lien d'imputation. Le lien d'imputabilité ne peut être rétabli, en cas de preuve d'une interdiction d'expropriation, que par la preuve d'un comportement actif de la puissance occupante soviétique ».

¹⁹³⁴ L'interrogation autour de l'imputation émergeait aussi en cas de pluralité des biens appartenant à la même personne mais sis dans plusieurs endroits relevant de la zone d'occupation soviétique. Les entreprises possédant plusieurs sites

800. Cette interprétation du lien d'imputation a eu comme effet l'exclusion de toute indemnisation pour une très grande partie de confiscations qui avaient été opérées entre 1945 et 1949 même sans l'intervention active des puissances d'occupation. Il semble que les décisions de confiscation prises par les autorités allemandes aient été appréhendées comme fondées *lato sensu* sur les prérogatives de la puissance d'occupation. La seule hypothèse permettant aux héritiers des personnes dépossédées de réclamer la restitution des biens était de démontrer que les autorités soviétiques avaient exprimé leur opposition explicite à la confiscation entreprise par les organes allemands. Plusieurs différends ont vu le jour entre des héritiers d'anciens propriétaires dépossédés et les autorités administratives allemandes. L'interrogation portait sur l'imputation d'un acte de confiscation aux autorités soviétiques ou aux organes allemands, ayant agi en dehors des directives de l'occupant¹⁹³⁵.

d'exploitation, dont chacun n'avait pas encore été expressément exproprié, devaient également être expropriées, si un lien économique pouvait être établi entre elles. V. BVerwG, décision du 28 novembre 2012 - 8 C 20.11, *Beck-Rechtsprechung* 2013, p. 46768 : « Etant donné que la puissance d'occupation soviétique, en tant que détentrice de la souveraineté suprême, pouvait à tout moment intervenir pour orienter et corriger la mise en œuvre des mesures ordonnées par elle ou avec son accord, sa responsabilité s'étend en principe également à la pratique d'expropriation exercée par les services allemands pendant l'occupation, même si ceux-ci ont interprété de manière extensive les bases juridiques pertinentes ou les ont appliquées de manière arbitraire selon les principes de l'État de droit. Le lien d'imputation à la puissance d'occupation n'est interrompu que si l'expropriation a été contraire à une interdiction générale ou individuelle prononcée par la puissance occupante ».

¹⁹³⁵ La recherche d'un lien d'imputation d'un acte de confiscation à la puissance d'occupation s'est avérée particulièrement délicate dans le cas des biens appartenant à des personnes étrangères. Il faut rappeler que l'Union soviétique avait en effet manifesté à plusieurs reprises sa volonté de protéger les biens des ressortissants étrangers et d'interdire les saisies de biens étrangers par les autorités allemandes. Cette volonté est notamment illustrée dans l'ordre SMAD no 104 du 4 avril 1946 (*Einreichen von Vermögens-, Rechtsdeklarationen und solchen über Interessen, deren Gegenstände in Deutschland sind und vollständig oder zum Teil im Besitze der Bürger ausländischer Staaten sind*, https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/d4/SMAD-Befehl_Nr.104.pdf). L'Union contre la saisie par les services allemands. Ce document a imposé une obligation générale de déclaration des biens étrangers afin de « dresser un inventaire approprié et d'assurer la protection et le contrôle », et a déclaré « invalides tous les accords concernant des biens appartenant à des citoyens des Nations unies ou à des pays neutres, conclus à l'insu des propriétaires ». V. aussi l'ordre SMAD no 154/181 (*Nutzung der auf Grund der Befehle Nr. 124 und Nr. 126 sequestrierten und konfiszieren Güter vom 21. Mai 1946*, <https://d-d-r.de/befehl-der-smad-nr-154-181-1946.html>) art.2 : « Les biens séquestrés et confisqués ayant appartenu au parti nazi et à ses organisations ou aux dirigeants du parti nazi ou de ses organisations et aux criminels de guerre doivent être remis en possession et à la disposition des administrations autonomes allemandes des Länder et des territoires fédéraux dans lesquels ces biens se trouvent ». Cette disposition ne s'applique pas aux biens séquestrés appartenant à des personnes étrangères (physiques ou morales), qui restent sous la surveillance de l'administration militaire soviétique des Länder et territoires fédéraux concernés. V. aussi Proclamation du Conseil de contrôle no 2 du 20 septembre 1945 <http://www.verfassungen.de/de45-49/kr-proklamation2.htm>. La Proclamation imposait aux autorités et au peuple allemand l'obligation de « prendre toutes les mesures appropriées pour assurer la sécurité, la subsistance et le bien-être des personnes qui ne sont pas des citoyens allemands, ainsi que leurs biens et ceux des États étrangers », art. 9. L'Art. 19 prévoyait que : « a) Les autorités allemandes doivent prendre, au profit des Nations unies, toutes les mesures prescrites par les représentants des Alliés pour la restitution, le rétablissement, la reconstitution, la réparation, la reconstruction, l'assistance et la réhabilitation. [...] b) Les autorités allemandes devront en outre se conformer à toutes les instructions que les représentants alliés pourraient donner en ce qui concerne les biens, avoirs, droits, droits et intérêts à l'intérieur de l'Allemagne appartenant à l'une quelconque des Nations Unies ou à ses ressortissants ou leur ayant appartenu au début de la guerre ou à tout moment depuis le début de la guerre entre l'Allemagne et la nation concernée ou depuis l'occupation par l'Allemagne de toute partie de ses territoires. Les autorités allemandes sont responsables de la garantie, du maintien et de la prévention de la dilapidation de tous ces biens, avoirs, droits, intérêts et de leur remise intacte, à la demande des représentants alliés. A cette fin, les autorités allemandes doivent fournir tous les renseignements et l'assistance nécessaires pour localiser ces biens, avoirs, droits, intérêts ». Les juridictions internes se sont prononcées sur l'existence d'un lien d'imputation aux puissances d'occupation des actes de confiscation des biens appartenant à des étrangers. La Cour administrative fédérale a admis une telle imputation, par exemple, dans le cas où l'expropriation d'une entreprise appartenant majoritairement à des étrangers a été confirmée par

c. L'exclusion des prestations compensatoires pour des raisons liées au comportement des propriétaires dépossédés : la clause d'indignité.

801. La loi sur les prestations compensatoires de 1994 (*Ausgleichsleistungsgesetz - AusglLeistG*)¹⁹³⁶, prévoyant le droit au versement d'indemnités pour les mesures prises pendant l'occupation soviétique, comportait une restriction importante. Selon cette loi, tout droit de réclamation d'indemnisation est exclu si la personne dont les biens avaient été confisqués avait « soutenu de manière considérable (*erheblicher Vorschub*) » le système national-socialiste ou le système communiste¹⁹³⁷. Pour déterminer si une personne a apporté un soutien considérable au nazisme, les autorités devaient procéder à une évaluation globale du comportement de la personne concernée. Grâce à cette évaluation, il était permis de rejeter toute réclamation de compensation pour des biens confisqués. Cette clause d'indignité a fait l'objet d'interprétation de la part des juridictions administratives à la suite du rejet des recours de demande de compensation exercés auprès des autorités administratives par les héritiers de personnes dont les biens avaient été confisqués entre 1945 et 1949. Pour fonder un rejet, l'administration procède à l'examen attentif du rapport que la personne entretenait avec le régime national-socialiste ou communiste, esquisant en détail le contexte historico-politique de chaque époque. Pour que la condition d'indignité soit remplie, il faut que l'activité ou le comportement de la personne concernée soit susceptible de constituer, de manière objective, un soutien considérable, et que ce soutien soit approuvé et voulu par la personne en question.

l'ordre no 64 de la SMAD. v. BVerwGE 96, 183, décision du 30 juin 1994, 7 C 58/93 (VG Dresden), « BVerwG: Enteignung eines Unternehmens mit ausländischer Kapitalbeteiligung », *Neue juristische Wochenschrift* 1994, pp. 2714-2716 ; « Keine Rückgabe eines auf besatzungshoheitlicher Grundlage enteigneten Unternehmens mit ausländischer Mehrheitsbeteiligung », *Zeitschrift für Vermögens — und Immobilienrecht*, 1994, pp. 539-541 ; En l'occurrence, le recours concernait les biens d'une société de droit britannique, établie à Londres. La liste sur laquelle se trouvait l'entreprise a été confirmée par l'ordre no 64 de l'administration militaire soviétique en Allemagne (SMAD). En effet, malgré l'interdiction générale de confiscation de biens étrangers, des déclarations, communiqués ou autres actes de la puissance occupante pouvaient, dans certains cas, fonder l'hypothèse selon laquelle l'expropriation de biens étrangers était imputable à cette dernière. V. aussi BVerwG, décision du 2 mai 1996, 7 C 41/95 (VG Leipzig), *Besatzungshoheitliche Enteignung von Ausländern*, *Zeitschrift für Vermögens — und Immobilienrecht*, 1996, 449-451. En l'occurrence, le recours auprès des autorités administratives n'a pas eu d'issue positive. Il a été indiqué par les autorités administratives que les autorités d'occupation n'avaient pas été opposées à la confiscation parce que l'ancien propriétaire était conseiller économique du *Reichsmarschall* Göring, comptant ainsi parmi les personnalités les plus éminentes de la vie économique du Troisième Reich.

¹⁹³⁶ Loi sur l'indemnisation en vertu de la loi sur les questions patrimoniales en suspens et sur les prestations compensatoires de l'État pour les expropriations sur la base du droit de l'occupation ou des compétences souveraines des puissances d'occupation (*Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen und über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage (EALG)*), du 27 septembre 1994, *Bundesgesetzblatt*, I, 1994, p.2624.

¹⁹³⁷ Art. 1, par. 4 : « Les prestations prévues par la présente loi ne sont pas accordées lorsque l'ayant droit visé aux paragraphes 1 et 2 ou celui dont il tient ses droits ou l'entreprise expropriée a enfreint les principes de l'humanité ou de l'État de droit, a gravement abusé de sa position à son propre avantage ou au détriment d'autrui ou a apporté un soutien considérable au système national-socialiste ou communiste dans la zone d'occupation soviétique ou dans la République démocratique allemande ».

802. Cette évaluation globale du comportement de la personne concernée implique l'examen non seulement des actes de soutien au régime, mais aussi des actes dont l'objectif était de porter préjudice à ce dernier. La personne ayant contribué de manière significative à l'établissement du régime ne pourrait être exonérée que si, par la suite, des actes particulièrement importants portant préjudice au système avaient été commis par lui-même. Ces actes seraient ainsi susceptibles d'être interprétés comme preuves de changement de camp. D'après une jurisprudence solide des Tribunaux administratifs de première instance et de la Cour fédérale administrative, une simple réserve ou une aversion intérieure, non concrétisée par des actes notables vers l'extérieur, ou un soutien affaibli au fil du temps ou un éloignement des objectifs du système dans les phases ultérieures du régime ne pourraient pas peser dans la balance. En revanche, des actes visant à miner de manière durable les objectifs du système national-socialiste, indépendamment de leur issue, devaient être pris en considération¹⁹³⁸.

803. Selon une jurisprudence constante de la Cour administrative fédérale, la notion de « soutien considérable » doit se limiter à des actes qui étaient susceptibles d'améliorer les conditions d'établissement, de développement ou d'expansion du système national-socialiste ou de réprimer la résistance à ce système et qui étaient accomplis non pas occasionnellement ou occasionnellement, mais avec une certaine constance. Quant au bénéfice que le régime a tiré de l'action de la personne concernée, il ne doit pas être insignifiant. La contribution doit avoir été importante avant l'établissement du régime. Une opposition postérieure lors de la phase ultime du régime pourrait certes jouer un rôle, mais devait être appréciée à la lumière de l'importance du soutien manifesté lors de la phase initiale du régime¹⁹³⁹.

¹⁹³⁸ A ces conclusions aboutit la Cour administrative fédérale p. ex. dans l'arrêt du 18 septembre 2009, BVerwG, 5 C 1.09, *Beck-Rechtsprechung*, 2010, p. 46170. En l'occurrence, les requérants étaient les héritiers d'Otto Christian Archibald Fürst von Bismarck (1897 - 1975), petit-fils du premier chancelier allemand et ancien propriétaire du château de Schönhausen, résidence officielle du premier président de la RDA. Von Bismarck, membre du NSDAP depuis le 1er mai 1933, a été nommé conseiller d'ambassade de Londres en mars 1934 et fut adjoint de l'ambassadeur. À la suite de l'obtention de plusieurs postes importants auprès du ministère des affaires étrangères à Berlin, en avril 1940, von Bismarck a été muté à l'ambassade de Rome en tant qu'envoyé de première classe, où il était également le représentant de l'ambassadeur. Après la chute de Mussolini, il fut rappelé de son poste à la fin du mois d'août 1943 et, à partir de novembre 1943, il occupa le poste de chef du comité Italie au ministère des Affaires étrangères, jusqu'à ce qu'il soit mis en disponibilité en novembre 1944. Lors de la procédure de dénazification, et selon les niveaux de responsabilité établis par la loi d'élimination du national-socialisme du 5 mars 1946, il a été classé dans la catégorie V « libéré (*entlastete*) ». En 1960/1961, le parquet de Lübeck a ouvert une enquête contre von Bismarck, soupçonné d'avoir participé à la déportation de Juifs croates sous l'occupation italienne, enquête qui a été clôturée par la suite. Par décision du 4 décembre 2007, l'administration a rejeté la demande d'indemnisation des requérants au titre de l'*Ausgleichsleistungsgesetz*, au motif que leur prédécesseur en droit, en exerçant les hautes fonctions qu'il occupait depuis 1933, avait considérablement favorisé le système national-socialiste et remplissait donc les conditions d'exclusion prévues à l'article 1, paragraphe 4, de l'*AusglLeistG*. Le tribunal administratif de Magdebourg a rejeté le recours par son jugement du 10 novembre 2008 et son raisonnement a été approuvé par la Cour fédérale

¹⁹³⁹ V BVerwG, arrêt du 30 juin 2010, 5 C 9.09, *Beck-Rechtsprechung*, 2010, p. 54163. En l'occurrence, les requérants, héritiers de Hjalmar Schacht, décédé le 3 juin 1970, demandaient l'octroi d'une prestation compensatoire pour l'expropriation sans indemnité d'un domaine d'environ 550 ha, intervenue en 1946 à la suite d'une décision des autorités d'occupation. L'ancien propriétaire, banquier de grande renommée sous la République de Weimar, était nommé président de la *Reichsbank* le 16 mars 1933 et est devenu membre du gouvernement jusqu'en 1943. Il semble que Schacht après

804. Un tableau de la société sous le régime national-socialiste est ainsi dressé dans la jurisprudence des tribunaux administratifs puisque le constat d'un soutien considérable présuppose l'appréciation de la fonction occupée par la personne dont les héritiers demandent des compensations pour ses biens confisqués. Par exemple, le seul fait d'avoir exercé des fonctions de juge militaire au sein d'un tribunal militaire dans les territoires occupés n'a pas été jugé comme suffisant pour établir l'existence d'un soutien considérable¹⁹⁴⁰. En revanche, un tel soutien a été constaté dans les activités d'un collaborateur de la Gestapo exerçant toutefois des fonctions subalternes¹⁹⁴¹ ou d'un commissaire de la police secrète militaire (*Feldpolizeikommissar der Geheimen Feldpolizei*)¹⁹⁴².

805. Plusieurs arrêts des juridictions administratives se prononcent sur des requêtes de compensation de la part des héritiers de personnes ayant été actives dans le monde du journalisme au moment de la mise en place du régime national-socialiste. Rendre la politique du *NSDAP* accessible au grand public ou aux cercles de la haute bourgeoisie, ou prendre de manière systématique une position favorable aux positions défendues par le parti constituent

avoir le gouvernement, ait participé activement à l'attentat du 20 juillet 1944 contre Hitler. Après l'échec de l'attentat, il a été arrêté et détenu dans différents camps de concentration jusqu'à la fin de la guerre. Après la fin de la Seconde Guerre mondiale, il fut l'un des principaux accusés devant le Tribunal militaire international de Nuremberg, où il fut acquitté des accusations portées contre lui (complot contre la paix mondiale et planification, déclenchement et exécution d'une guerre d'agression). Ses héritiers estimaient que Schacht avait réussi à éliminer le chômage de masse et les conséquences du traité de Versailles et que son adhésion au NSDAP n'était dictée que par son patriotisme, prenant en compte les faiblesses du système parlementaire aux années 20. Par un jugement du 12 juin 2008, le tribunal administratif de Potsdam a rejeté le recours dirigé contre le refus de la requête des héritiers par l'administration. VG Potsdam, arrêt du 12 juin 2008, 1 K 266/06, *Beck-Rechtsprechung* 2008, p. 141209. Le tribunal a souligné : « De même que le participant à un incendie criminel qui a fourni l'essence utilisée pour commettre l'infraction et a lui-même participé à sa propagation, qui était présent lorsque l'essence qu'il a fournie a été utilisée par ses complices pour allumer un grand incendie, ne peut obtenir une quelconque atténuation de sa peine en conseillant, devant les décombres fumants, à quelques personnes se trouvant à proximité d'aller chercher de l'eau pour éteindre le feu ; De même, il n'est pas possible que Schacht, qui a une énorme part de responsabilité dans le développement de la tyrannie nationale-socialiste et qui s'est toujours tenu à ses côtés jusqu'à la prise de conscience certaine de sa chute, ait pu se joindre à une opposition active à cette époque tardive ». La Cour fédérale a précisé que pour pouvoir procéder à une appréciation globale et définitive, il fallait examiner davantage son rapport avec la résistance, les circonstances précises de son arrestation en juillet 1944 ainsi que son incarcération dans différents camps de concentration. Du seul fait qui s'est rallié au 20 juillet et « s'est ouvertement opposé à Hitler », « ne résultent pas d'actes de participation ou de contributions préjudiciables au système qui, de par leur nature et leur importance, pourraient être de nature à relativiser durablement l'action concrètement constatée en faveur des nationaux-socialistes ».

¹⁹⁴⁰ V. BVerwG, arrêt du 16 mai 2012, 5 C 2.11, *Beck-Rechtsprechung*, 2012, p. 55845. La Cour s'est appuyée sur des études historiques pour constater que la plupart des fonctionnaires de la justice militaire ne se sentaient pas nazis, mais plutôt des Allemands nationaux-conservateurs, attachés au « droit » et prêts à « servir la patrie dans les moments difficiles ».

¹⁹⁴¹ V. BVerwG, arrêt du 26 février 2009 – 5 C 4.08 (VG Dresden), « Erhebliches Vorschubleisten zugunsten des nationalsozialistischen Systems durch nachgeordnete Funktionsträger », *Landes — und Kommunalverwaltung*, 2009, pp. 274-277. La Cour, en s'appuyant sur la qualification de Gestapo en tant qu'organisation criminelle par le tribunal militaire de Nuremberg, s'est penchée sur des témoignages d'après-guerre qui attestaient que le prédécesseur aurait « contribué de manière causale et considérable aux activités terroristes de la Gestapo (perquisitions, arrestations, interrogatoires) ».

¹⁹⁴² V. VG Berlin 29. Kammer, arrêt du 15 mars 2012, *Beck-Rechtsprechung*, 2012, p. 49165. Dans le même arrêt le Tribunal administratif de première instance de Berlin a considéré que le grade *SS-Sturmbannführer* n'indique pas en soi un soutien considérable. En examinant les actions de la police secrète en Pologne, le Tribunal précise qu'un désaccord auprès des supérieurs hiérarchiques n'était pas suffisant pour contrebalancer le soutien considérable dû à la participation à cet organe.

des manifestations d'un soutien considérable selon la disposition de la loi de 1994¹⁹⁴³. Cette interprétation large de la notion de soutien considérable par les juridictions s'explique par le rôle crucial qu'ont joué les différents mécanismes de propagande, contrôlés directement ou indirectement par des cercles proches au *NSDAP*. Un même constat s'impose pour le rôle joué par certains auteurs d'œuvres littéraires ou scientifiques, compte tenu de la grande influence de ces dernières¹⁹⁴⁴.

806. La clause d'indignité se trouve de nouveau au centre de la controverse juridique opposant l'héritier de la dynastie de Hohenzollern à l'État de Brandebourg. L'héritier de la dynastie réclame la restitution de nombreux objets d'art et de compensations pour des biens confisqués par la puissance d'occupation. Selon Georg Friedrich Prinz von Preußen, chef de la maison royale de Prusse, il faut clarifier ce qu'il adviendra des prêts privés permanents dans les musées d'État, ainsi que des œuvres d'art issues de la collection privée et des collections de l'ancien Hohenzollernmuseum, qui ont été emmenées en Union soviétique après la fin de la guerre en tant que butin de guerre, puis transférées aux institutions culturelles de la RDA. Les Hohenzollern revendiquent ainsi la propriété de plusieurs milliers de biens artistiques qui se trouvent dans des musées de la région de Brandebourg¹⁹⁴⁵. Ils souhaitent également obtenir un

¹⁹⁴³ V. BVerwG, arrêt du 17 mars 2005 - 3 C 20/04 (VG Dresden), *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2005, pp. 1192-1195. Dans le cas d'Alfred Hugenberg, le tribunal administratif fédéral avait constaté ce soutien parce que l'entrepreneur médiatique et président du Parti populaire national allemand (DNVP) (1928-1933) avait veillé, par son initiative, à ce que le NSDAP fût admis dans l'alliance contre le plan Young et intégré dans le « Front de Harzburg » (Harzburger Front — brève alliance politique de droit formée en 1931), en augmentant par cela la réputation du NSDAP dans la population. Le fait que Hugenberg n'ait jamais été membre du parti national-socialiste et qu'il se soit retiré de la politique active en juin 1933 ne permet pas, d'après la Cour, de nier l'existence d'un soutien considérable. Il a ainsi préparé la voie à la dictature rendant le NSDAP « *salonfähig* ». V. aussi VG Gera, arrêt du 11 octobre 2016 — VG 6 K 1372/14 Ge, *Beck-Rechtsprechung*, 2016, p. 127547. Heinrich von Gleichen-Rußwurm était le directeur du *Herrenklub* (association de grands propriétaires terriens, de grands industriels, de banquiers, de hauts fonctionnaires ministériels et d'autres personnalités publiques sous la République de Weimar), fondé en 1924 à Berlin. Le Tribunal dans cet arrêt se lance à une étude très intéressante du rôle politique de ces associations dont la fonction était, d'après les commentateurs de l'époque, de proposer un contrepoids au régime parlementaire et restaurer le statut politique de la noblesse. Cette association publiait le journal conservateur « *der Ring* (L'anneau — l'alliance) ». Le tribunal dans sa décision examine la position prise par le journal sur l'actualité des années 1932, 1933 et 1934, pour conclure que le bénéfice que le régime nazi avait tiré de l'influence massive de ce journal à la société était considérable. En tant que directeur du *Herrenklub* et rédacteur du *Ring*, von Gleichen avait contribué à la destruction de l'ordre constitutionnel de Weimar et à l'ascension au pouvoir d'Hitler. V. aussi VG Cottbus, arrêt du 23 avril 2020 — 1 K 1763/15, *Beck-Rechtsprechung*, 2020, p. 7334. Tous les numéros du journal pendant les campagnes électorales de 1932 et 1933 ont été examinés minutieusement par le tribunal dans une décision très instructive pour la liberté de la presse pendant le régime de NS.

¹⁹⁴⁴ V. VG Berlin, arrêt du 24 mai 2012 — 29 K 121/09, *Beck-Rechtsprechung*, 2012, p. 52733. Le tribunal administratif de première instance de Berlin a affirmé que Karl Albrecht, l'auteur du livre *Der verratene Sozialismus : zehn Jahre als hoher Staatsbeamter in der Sowjetunion* (Le socialisme trahi : dix ans en tant que haut fonctionnaire dans l'Union soviétique), a fourni un soutien considérable aux activités de propagande du régime. Tout en admettant que Karl Albrecht n'était pas en premier lieu un « propagandiste de la haine » national-socialiste, mais son objectif semble avoir été d'informer sur la situation dans l'Union soviétique de l'époque, il a véhiculé des idées spécifiques de l'idéologie nazie, utilisant des termes d'un langage particulier et considérant le national-socialisme comme une meilleure application des objectifs socialistes que le stalinisme. Ces appréciations du Tribunal sont fondées sur des extraits précis, tirés du livre et cités dans la décision. La diffusion large du livre a eu comme effet la promotion des idées du régime et pour cette raison la contribution de l'auteur a été qualifiée de significative.

¹⁹⁴⁵ Une des questions soulevées a été celle de l'applicabilité de la loi de 1994 pour les objets d'art. Dans la mesure où il s'agit de biens culturels exposés au public, une règle spéciale s'applique puisque selon l'article 5 de la loi, le

dédommagement de 1,2 millions d'euros pour des biens immobiliers expropriés par les forces d'occupation soviétique et qui n'ont pas été restitués à leurs anciens propriétaires, même après la réunification.

807. S'appuyant sur la clause d'indignité de la loi de 1994, l'État de Brandebourg a refusé de fournir de compensations à l'héritier, considérant que l'ancien prince héritier Guillaume de Prusse avait soutenu de manière considérable le régime national-socialiste. Il faut ainsi examiner si les critères retenus par la jurisprudence des tribunaux administratifs s'appliquent au cas du dernier empereur Guillaume II et du prince Guillaume de Prusse lors de l'ascension au pouvoir d'Hitler. Il convient alors de préciser si ces derniers ont sciemment et volontairement entrepris des actions importantes qui, considérées individuellement ou dans leur ensemble, étaient susceptibles de servir à l'établissement ou à la consolidation du régime nazi et ont effectivement eu un tel effet. Il faut souligner que, dans un premier temps, la demande de restitution était fondée sur l'allégation que les confiscations n'avaient pas été effectuées sous l'instigation des autorités d'occupation et que, par conséquent, ces actes n'étaient pas imputables à l'Union soviétique. Si cette hypothèse était confirmée par les tribunaux, la dynastie aurait eu droit à une restitution ou à une indemnisation complète, conformément aux dispositions de la loi de 1990. Ce raisonnement n'a pas été pour autant retenu par le Tribunal administratif de Potsdam qui, dans sa décision du 4 février 1999, a interprété l'acte de confiscation en tant qu'acte relevant de la compétence de la puissance d'occupation fondée sur les ordres no 124 et 64 de la SMAD¹⁹⁴⁶.

808. Plusieurs rapports d'historiens ont été rédigés sur le comportement politique de l'ancien prince héritier en relation avec le national-socialisme. L'objectif de ces rapports n'était pas de savoir si, et dans quelle mesure, le prince héritier a été influencé ou imprégné par les idées nationales-socialistes, mais seulement de savoir si, et dans quelle mesure, il a contribué à l'établissement ou à la promotion du système nazi. L'affirmation d'un tel soutien aurait comme conséquence l'exclusion de toute possibilité d'octroi de compensations à ses héritiers, conformément à l'article 1, paragraphe 4 de la loi de 1994. Les différents rapports rédigés par

bénéficiaire de la restitution devait tolérer pendant 20 ans après l'entrée en vigueur de la loi, que les biens culturels continuent à être exposés gratuitement au public ou à être utilisés pour la recherche. Passé ce délai, les pouvoirs publics peuvent exiger que cette forme d'utilisation se poursuive, c'est-à-dire que les biens culturels puissent continuer à être exposés au public ou utilisés pour la recherche. Elle doit alors simplement verser au bénéficiaire de la restitution une rémunération appropriée pour cette utilisation.

¹⁹⁴⁶ VG Potsdam, décision 4 février 1999 Az 1 K 1766
96 file:///C:/Users/Admin/Downloads/Urteil%20des%20VG%20Potsdam%20v.%204.2.1999,%20Az.%201%20K%201766_96.pdf Restant fidèle à sa propre jurisprudence, le Tribunal administratif a précisé qu'il n'était pas nécessaire que l'Union soviétique ait examiné et approuvé les expropriations au cas par cas. Il suffit que l'expropriation ait été motivée par les souhaits et suggestions généraux de la puissance d'occupation soviétique ou qu'elle corresponde à sa volonté générale ou exprimée dans un cas particulier.

des historiens examinent de près toute l'activité politique du prince héritier Guillaume de Prusse. Une importance particulière est accordée à sa participation à la journée de Potsdam le 21 mars 1933, considérée comme une mise en scène d'une *translatio imperii* de l'ancien régime prussien vers le nouveau régime national-socialiste. Les divergences quant à l'appréciation du comportement du prince héritier ne sont pas rares parmi les historiens¹⁹⁴⁷¹⁹⁴⁸.

809. Le différend relatif aux biens de la famille royale semble avoir été en partie résolu, à la suite de la déclaration de l'intention du prince héritier de la famille de renoncer à ses demandes de restitution des différents objets et biens immobiliers saisis au lendemain de la guerre par les

¹⁹⁴⁷V. C. Clark, *Gutachten, Hat Kronprinz Wilhelm dem nationalsozialistischen System erheblichen Vorschub geleistet?* Gutachten in hohenzollern.lol/gutachten/clark.pdf p. 9 : « Les actions documentées du prince héritier Guillaume donnent l'image d'un homme aux convictions politiques essentiellement réactionnaires qui, comme beaucoup d'autres figures du spectre ultraconservateur, était prêt à collaborer avec le NSDAP. Cependant, cette volonté n'avait pas tant à voir avec une adhésion idéologique sans réserve aux objectifs du mouvement national-socialiste (au-delà de l'intérêt commun à écraser la gauche par la force) qu'avec la croyance inébranlable que cette collaboration porterait ses fruits sous la forme d'une restauration de la monarchie germano-prussienne ». « Le prince héritier Guillaume n'a pas apporté un soutien considérable au système national-socialiste. [...] Le fait que le *Kronprinz* n'ait pas "considérablement favorisé" le régime n'était pas la conséquence d'une opposition fondamentale au régime ou même d'une "distance intérieure" vis-à-vis des objectifs du régime, comme l'affirme une partie de la littérature apologétique. C'était plutôt le résultat de l'incapacité du prince héritier à agir efficacement dans un environnement politique complexe et en rapide évolution ». V. aussi W. Pyta, R. Orth, *Gutachten über die politische Haltung und das politische Verhalten von Wilhelm Prinz von Preußen (1882-1951), letzter Kronprinz des Deutschen Reiches und von Preußen, in den Jahren 1923 bis 1945*, 155p., p.144 : « Le prince héritier Guillaume n'a pas favorisé le système nazi. Dans la phase politiquement mouvementée de la fin de la République de Weimar, le prince héritier Guillaume a joué un rôle très actif en empêchant Hitler d'accéder à la chancellerie. Même après janvier 1933, le prince héritier Guillaume s'est activement opposé au système nazi. Dès le début, il était proche des réseaux de résistance qui se formaient ». P. Brandt, *Gutachten zur politischen Verhalten des ehemaligen preußischen und reichsdeutschen Kronprinzen Wilhelm*, 71 p., p. 59 : « Au vu des actions et déclarations rassemblées ci-dessus et interprétées ensuite en fonction de leur importance, il est indéniable que Wilhelm, en particulier dans la phase de dissolution de la République de Weimar et dans la phase de consolidation du "Troisième Reich", a contribué constamment et dans une large mesure au transfert du pouvoir au NSDAP et à sa consolidation. Cela s'est fait en pleine conscience et en accord avec le chemin vers la dictature, lié à l'espoir d'une place plus importante dans la nouvelle situation ». S. Malinowski, *Gutachten zum politischen Verhalten des ehemaligen Kronprinzen*, 19 juin 2014, hohenzollern.lol/gutachten/malinowski.pdf, p. 95 : « Wilhelm Kronprinz von Preußen a, par son action très constante, amélioré les conditions pour la mise en place et la consolidation du régime national-socialiste. Son comportement global a considérablement favorisé la mise en place et la consolidation du régime national-socialiste ».

¹⁹⁴⁸ Pour des analyses juridiques v. Chr. Hillgruber, Ph. Bender, « Hat der ehemalige Kronprinz Wilhelm von Preußen dem nationalsozialistischen System erheblichen Vorschub geleistet? Zur Auslegung und Anwendung von § 1 Abs. 4 Ausgleichsgesetz », pp.35-62, dans F.L. Kroll, Ch. Hillgruber, M. Wolffsohn, *Die Hohenzollerndebatte Beiträge zu einem geschichtspolitischen Streit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, 430 p. Les auteurs soulignent que les déclarations et comportements du prince héritier connus jusqu'à présent et pouvant sérieusement être considérés comme des actes de soutien considérable n'ont pas eu d'effet de soutien, du moins pas de manière significative, même s'il avait la volonté de soutenir Hitler. En tout état de cause, un tel succès ne peut être prouvé. Il manque donc une condition objective pour un soutien considérable au sens de l'article 1, paragraphe 4. G. Hebert, « Hochmut und Verurteil », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Extra 7/2022, pp.1-8, p. 8 : « Par son soutien intensif aux manifestations et aux objectifs du système national-socialiste et de son chef, l'ex-prince héritier a consciemment et volontairement apporté une contribution considérable à la consolidation du régime. En tant qu'ennemi de la République, antisémite et apôtre d'un dirigeant autoritaire, il s'est engagé en Allemagne et à l'étranger pour la stabilité d'un régime dont la mise en place en 1932 et la pérennité en 1933 n'étaient pas du tout assurées. Le bénéfice que le système tirait des activités politiques de Guillaume dans la phase de son établissement n'était manifestement pas négligeable. Cela se reflète non seulement dans le succès indéniable, bien que non quantifiable, de ses appels électoraux, mais aussi dans sa publicité réussie pour de nouveaux partisans et alliances politiques et dans son identification publique avec le *Stahlhelm*, le *Harzburger Front* et le leadership de Hitler. Il s'y est visiblement tenu, même lorsque ses services de forgeron d'alliances n'étaient plus souhaités et que le régime voyait en lui un fardeau. Cela n'a pas été une raison pour Guillaume de s'opposer ou même de résister au *Führer* et à son mouvement. Même l'assassinat des Juifs, qui n'avait pas échappé à son attention, n'a pas provoqué chez lui de changement d'attitude. Il est resté fidèle toute sa vie à l'antisémitisme, au rejet de la république et de la démocratie et à la fascination pour un gouvernement autoritaire ».

autorités soviétiques¹⁹⁴⁹. Son objectif déclaré était ainsi de privilégier le débat scientifique serein au sujet du rôle du prince héritier Guillaume sur la prise du pouvoir par le *NSDAP*. Par ce geste, l'héritier du trône allemand met un terme au différend juridique au sujet de restitution des biens de sa famille ou des compensations éventuelles pour les biens confisqués entre 1945 et 1949. Toutefois, il semble que ses revendications portant sur les biens de sa famille confisqués en RFA restent intactes.

810. De ce qui précède, il s'avère que la clause d'indignité constitue une restriction supplémentaire du cercle de personnes autorisées à réclamer des prestations compensatoires. Cette clause peut alors être comprise comme un indice (supplémentaire) de la légitimité reconnue (en Allemagne) au régime discriminatoire portant préjudice aux biens des ressortissants ennemis. Le rejet de toute demande de réparation d'un préjudice avéré ne peut que constituer un argument favorable à la licéité de l'acte préjudiciable. Il s'agit sans doute d'un moyen implicite de reconnaissance de la légitimité d'un mécanisme de responsabilité collective qui, ancré dans un contexte particulier, a pris la forme de la confiscation des biens des ressortissants ennemis.

Conclusion du chapitre

811. L'objectif du présent chapitre était de proposer l'analyse des prérogatives émanant d'un régime d'occupation *sui generis* imposée à l'État ennemi vaincu. L'une des spécificités de ce régime, qui diffère par rapport à l'occupation militaire régie par le *jus in bello*, est la reconnaissance de la possibilité de confiscation des biens des ressortissants ennemis. L'occupation allemande à la suite de la Seconde Guerre mondiale constitue le cas emblématique de la mise en œuvre d'un tel régime d'occupation impliquant des confiscations systématiques des biens privés. Ce régime a été reconnu comme licite dans les circonstances de la fin de la Seconde Guerre mondiale. Ses effets continuent à être valides. Le refus de remettre en cause les effets d'une politique attentatoire et discriminatoire, préjudiciable aux intérêts des ressortissants de l'État ennemi, pourrait être interprété comme signe d'approbation de la légitimité d'un régime de responsabilité collective. Ce régime de responsabilité collective semble être fondé sur la notion de biens des ressortissants ennemis.

812. Contrairement aux analyses précédentes, le présent chapitre s'est focalisé sur une pratique liée à un cas historique précis. En effet, dans les occupations militaires survenues depuis ou dans les administrations post conflictuelles de territoires, une politique de confiscation des biens privés n'est pas repérable. Toutefois, la rareté d'une pratique n'enlève

¹⁹⁴⁹ En mettant un terme à la procédure judiciaire, l'objectif déclaré était d'ouvrir la voie à un débat dénué de toute contrainte (den Weg freimachen für eine unbelastete Debatte), *Die Welt*, 8 mars 2023, p.8.

pas l'intérêt que présente son étude. La confiscation des biens des ressortissants ennemis à titre de réparations de guerre dans le cadre d'une occupation *post bellum* reste ainsi associée à un contexte historique particulier. Dans ce contexte, la licéité du régime en question ne fait pas de doute. En dehors de celui-ci, aucune politique d'ingérence systématique dans les biens des ressortissants d'un État ennemi ne serait envisageable. Prenant en considération les règles du droit international contemporain, ni un tel régime, ni son fondement, à savoir l'attribution du caractère d'État ennemi vaincu, ne seraient justifiables.

Conclusion du 3^{ème} titre

813. La notion de biens des ressortissants ennemis *post bellum* n'est pas dépourvue d'ambigüités. Ces ambigüités sont dues au fait que la notion se fonde sur un rapport asymétrique entre les anciens belligérants, *a priori* non compatible avec l'État de paix et le respect de l'égalité souveraine des États. Dans le cadre des rapports asymétriques établis *post bellum*, un régime particulier d'État ennemi pourrait être attribué à l'État vaincu. Un tel régime rendrait même licite l'imposition d'un régime d'occupation sui generis. Ce régime particulier pourrait rendre licites les atteintes aux biens des ressortissants de l'État ennemi et vaincu. Ces atteintes pourraient être entreprises en tant que réparations de guerre. Les biens des ressortissants ennemis seraient ainsi susceptibles de faire l'objet de liquidations opérées pour payer les réparations de guerre, incombant *a priori* à l'État ennemi vaincu. Un tel régime serait ainsi fondé sur les répercussions d'un statut spécial accordé à l'État vaincu sur le statut patrimonial de ses propres ressortissants. Ces derniers seraient dépourvus de toute possibilité de réclamer une réparation pour des pertes subies dans le cadre de réparations de guerre. Un tel régime a été attribué aux États vaincus des Guerres Mondiales. En effet, la mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective au détriment des ressortissants des États vaincus présente les caractéristiques d'un cas exceptionnel. La licéité des mesures de liquidation ou de confiscation de biens privés entreprises après 1919 et 1945 ne fait pas de doute. Leur licéité exceptionnelle est justifiée par une référence aux spécificités de ce contexte historique précis. Par conséquent, la notion de biens de ressortissants ennemis *post bellum* acquiert son intérêt juridique quand elle est associée à un contexte historique bien précis. Les effets de ce régime discriminatoire et exceptionnel sont toujours tangibles. Leur non remise en cause fournit la preuve de la licéité d'un régime spécifique de responsabilité collective ancré dans une époque historique précise. Les biens des ressortissants ennemis étaient liquidés ou confisqués à titre de réparations de guerre. Il faut s'interroger sur l'existence d'autres finalités pouvant dicter des atteintes d'une telle ampleur.

Titre 2 – Les biens des ressortissants ennemis expulsés

Nous tous, infortunés, expulsés de nos biens, de nos fermes, de nos domaines, de nos boutiques de nos chambres mal aérées, de nos salons briqués avec, au mur, le portrait du Führer, nous savions que ces gens ravalés au rang de bêtes et qui maintenant s’avançaient lentement vers nous pour se venger... nous les avions laissés tomber. A présent ces loqueteux allaient revêtir nos habits, mettre leurs pieds ensanglantés dans nos souliers, à présent ces affamés allaient nous arracher le beurre, la farine, les saucisses, tout ce butin dont nous venions à peine de nous emparer. Et je sentis avec effroi que ce n’était que justice, et pendant une fraction de seconde je sus que nous étions coupables. Pour l’oublier ensuite.
Wolf Chr., *Changement d’optique*, trad. Hoffmann Y., Litaize, M., Reoy M. A., Stock 1996 pp. 28-29

Un autre cortège s’avance vers le nôtre, avec des charrettes et des chariots, trotinant, fatigué, misérable, interminable : des Polonais arrivant de Lemberg. Ils ne se sentent pas encore chez eux ici, à savoir dans la ville de Breslau, cette ville qui n’est plus la nôtre. Comme les marionnettes d’un destin incompréhensible, nos trains muets se croisent.
Hugo Hartung, Schlesien 1944-1945, *Aufzeichnungen und Tagebücher*, München 1956, p.131. cité par U.Volk, *Acht Tage im Mai, Die letzte Woche des dritten Reichs*, Beck, 2021, pp.317, p.191.

Et à ceux qui s’apprêtent à interpréter l’expulsion des Allemands de l’Est comme une juste punition pour Auschwitz, ce que suggère la déclaration de Stuttgart de 1945, on peut répondre avec Thucydide : l’expulsion aurait eu lieu même sans Auschwitz. Mais on peut dire avec Hérodote que sans l’aveuglement des Allemands, aucun des deux événements n’aurait eu lieu. Seule la guerre déclenchée par les Allemands a rendu Auschwitz possible. C’est précisément à la suite de cette guerre que les Allemands de l’Est ont pu être expulsés. Les deux peuvent être attribués à une raison commune, sans qu’il soit nécessaire d’établir un lien de causalité entre l’un et l’autre.
Koselleck, R. « Geschichte Recht und Gerechtigkeit », dans *Zeitschichten*, Suhrkamp, 2021, pp. 344-345,

814. Le statut accordé à l’« État ennemi vaincu » se concrétise dans des mesures affectant ses ressortissants. Au lendemain des Guerres mondiales, un régime de responsabilité collective a été mis en œuvre affectant les biens privés, confisqués à titre de réparations de guerre. Les modalités de saisie des biens privés peuvent être précisées par des règles relevant du droit interne des États créanciers des obligations de réparation. Des dispositions relevant des traités de paix ou d’autres règlements imposés à l’État ennemi vaincu sont le fondement légal de ces mesures. En vertu des règles émanant de ces sources, les ressortissants de l’État ennemi peuvent être visés par des mesures de déplacement obligatoire ou volontaire, à la suite du changement du statut territorial d’une région. Les atteintes aux biens des ressortissants de l’État ennemi peuvent ainsi s’insérer dans un cadre de transfert de populations en vue de la configuration ethnique ou nationale d’un territoire *post bellum*. La mise en œuvre d’une telle politique suscite plusieurs interrogations, parmi lesquelles celle du sort des biens vacants des ressortissants ennemis.

815. La saisie des biens vacants ou abandonnés peut ainsi être perçue comme mesure de réparations de guerre. Le concept des « biens abandonnés des ressortissants ennemis » pourrait renvoyer à une politique de saisie systématique. La confiscation des biens abandonnés, entendue comme la suite logique d’une mesure d’expulsion des ressortissants ennemis, se

présente ainsi comme une mesure relevant du régime spécial des biens des ressortissants ennemis.

816. Si la saisie des biens abandonnés des ressortissants ennemis s'inscrit dans une politique de réparations de guerre, l'interrogation qui émerge est celle de la reconnaissance d'une protection éventuelle pour les personnes ayant subi le préjudice. Il faut ainsi se demander si la saisie des biens vacants des ressortissants ennemis donne lieu à un droit de restitution voire d'indemnisation. Si les confiscations des biens privés sont entreprises à titre de réparations de guerre incombant à l'État ennemi vaincu, un tel droit exercé contre l'État vainqueur procédant à la mesure de dépossession doit être exclu. La reconnaissance d'un tel droit présuppose la résurgence d'un rapport symétrique entre les anciens belligérants et l'absence de toute hiérarchie entre des « États vainqueurs » et des « États vaincus ». En effet, la reconnaissance d'un droit à la restitution ou à l'indemnisation, reconnu en faveur des personnes déplacées, présuppose un rapport égalitaire entre les anciens États belligérants. Le statut d'État ennemi vaincu semble être incompatible avec tout rapport égalitaire établi entre les anciens belligérants. Seul un statut discriminatoire d'État ennemi est susceptible de se concrétiser dans des mesures préjudiciables aux biens des ressortissants de cet État.

817. La saisie des biens d'une population attachée à l'État ennemi qui fait l'objet d'une politique d'expulsion suivie par la saisie des biens privés abandonnés renvoie à la mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective. Le caractère punitif de ce régime est évident. Il s'agit d'une politique qui relève des obligations de réparation incombant à l'État ennemi vaincu. Cette politique se distingue d'une politique d'échange de populations constituant des minorités nationales au lendemain de la cessation des hostilités. La mise en œuvre d'une politique d'échange obligatoire ou volontaire des populations comportant aussi un règlement pour les biens abandonnés est dictée par l'impératif d'homogénéisation nationale des États. Une distinction s'impose ainsi entre la gestion des biens des ressortissants ennemis expulsés à titre de réparations de guerre et les biens abandonnés des civils ayant subi les effets d'une politique de déplacement forcé. Cette distinction se fonde sur un critère finaliste qui n'est pas toujours aisément repérable. En effet, une politique d'expulsion et de dépossession collective inscrite dans le cadre de réparations de guerre engendre, de manière automatique, le renforcement du caractère homogène d'un État. L'État procède à l'expulsion d'un groupe attaché à l'adversaire pour mettre en place un régime de responsabilité collective et pour construire un État dépourvu des groupes ethniques qui pourraient présenter des menaces pour son intégrité territoriale. Dans

ce cas, la saisie des biens des civils ennemis obéit à une double finalité.

818. En revanche, un accord interétatique portant sur l'échange de populations ou approuvant, a posteriori, le transfert d'une population ne se caractérise pas d'une connotation punitive. Un tel accord offre aux États des garanties indispensables pour que la paix ne soit plus menacée. Certes, il s'agit d'une politique discriminatoire qui vise un groupe d'individus en raison de leur simple attachement à l'ancien État adverse. Toutefois, cette politique d'expulsion, suivie par la saisie des biens privés, n'est pas opérée à titre de réparations de guerre.

819. Cette distinction entre la saisie des biens abandonnés des ressortissants ennemis à titre de réparations de guerre, et la saisie des biens vacants des ressortissants de l'adversaire, expulsés en vue de la consolidation nationale *post bellum* d'un État n'est pas dépourvue d'effet pratique. Si les biens des ressortissants ennemis expulsés sont confisqués à titre de réparations de guerre aucune protection du droit à la propriété privée n'est assurée à ces personnes. Certes, une obligation d'indemnisation incombe souvent à l'État ex-ennemi, dont les ressortissants ont subi les mesures d'expulsion et de dépossession. Néanmoins, la reconnaissance d'une telle obligation n'équivaut pas à une indemnisation pour l'acte d'ingérence à la propriété privée, imputable à l'État ayant procédé à l'expulsion. Par ce mécanisme, le rapport hiérarchique entre les anciens adversaires qui relèvent, d'une part, du camp des vainqueurs et, d'autre part, du camp des vaincus est aisément perceptible. Il semble ainsi que l'expulsion des ressortissants ennemis et la confiscation des biens opérées à titre de réparations de guerre fournissent la preuve d'un rapport inégalitaire entre les anciens belligérants. Aucun autre mécanisme d'indemnisation pour les dommages subis n'est prévu pour les personnes ayant subi les effets d'une telle politique d'expulsion et de dépossession. L'absence de prévision de tout moyen de protection des civils expulsés et dépossédés est consubstantielle à la finalité de ces mesures, à savoir la mise en œuvre d'un régime de réparations de guerre, fondé sur l'affirmation de la responsabilité collective. Cette particularité caractérise le cas des populations allemandes expulsées au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Le caractère exceptionnel de cette mesure réside dans le fait que ces populations n'ont pas été déplacées pour garantir l'homogénéité nationale des États de l'Europe de l'Est, mais principalement pour concrétiser un régime de réparations de guerre au détriment des intérêts des groupes de personnes d'ethnie allemande. La qualité du

Troisième Reich en tant qu'agresseur ennemi vaincu confère, probablement, des éléments de légitimité exceptionnelle à une telle pratique (chapitre 1).

820. En revanche, en cas de transfert obligatoire d'une population au lendemain d'une guerre, perçu comme moyen de garantir l'effacement du danger émanant des membres des minorités nationales pour l'intégrité territoriale d'un État, un système de protection des droits de populations affectées est envisageable. Cette protection peut se concrétiser à des droits d'indemnisation, reconnus à l'égard de l'État à l'origine de l'expulsion et de la saisie des biens. Selon cette hypothèse, les actes relatifs au sort des biens abandonnés par les ressortissants de l'adversaire ne visent pas à mettre en place un régime de réparations de guerre, mais à mettre en place une politique de création d'un État homogène. Cette politique ne se fonde pas sur une relation asymétrique entre les anciens belligérants dont les ressortissants ou les membres des groupes, identifiés du point de vue ethnique, sont visés par les mesures d'expulsion et de confiscation. Cette différence de finalité se reflète au niveau de la protection des anciens propriétaires. Dans le cas de transfert obligatoire des populations pendant ou au lendemain d'un conflit armé, un droit individuel à la restitution ou à l'indemnisation pour les pertes subies est concevable. La reconnaissance d'un tel droit est perçue comme signe d'absence de tout rapport asymétrique entre les anciens belligérants. Dans ce cas, la saisie des biens ne s'inscrit pas dans un régime de responsabilité collective. Par conséquent, l'usage du terme « biens des ressortissants ennemis » ne serait pas pertinent (chapitre 2).

Chapitre 1. La saisie des biens des ressortissants ennemis expulsés à titre de réparations de guerre

La culpabilité et l'expulsion sont indissociables. L'expulsion est une punition pour le péché, tout comme l'expulsion du paradis est la quintessence de la punition. Les expulsés sont punis pour ce que les Allemands ont fait, ils en paient le prix, ils prennent sur eux la culpabilité collective des Allemands, ils sont plus que tous les autres ceux qui ont souffert de la guerre. Ils sont soumis à la même logique que celle qui a conduit à la disparition du marchand juif. Ils ont bien dû se rendre coupables de quelque chose. Il doit y avoir des coupables pour les crimes de l'Allemagne, et ceux-ci ont finalement été commis à l'est, c'est à l'est que se trouvaient les camps d'extermination.
Hoffmann Chr., *Alles, was wir nicht erinnern*, C.H. Beck, 2022 , p. 260

821. La notion de biens des ressortissants ennemis renvoie à des mesures de saisie des biens privés, à titre de réparations de guerre. La spécificité de ce régime de responsabilité collective est l'absence de toute protection en faveur des personnes spoliées. La licéité exceptionnelle de ces actes manifestement discriminatoires est liée à la spécificité d'un rapport asymétrique entre les anciens belligérants. Un tel rapport a été établi au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Les biens abandonnés des populations allemandes de l'Europe de l'Est ont été saisis à titre de réparations de guerre. Les actes de confiscation des biens des Allemands n'étaient pas susceptibles d'être contestés auprès des juridictions nationales ou internationales (Section I). Par ailleurs, aucun droit d'indemnisation voire de restitution n'a été reconnu en faveur des ressortissants ennemis expulsés (Section II). L'attention est ainsi attirée sur ce cas particulier relevant d'une situation exceptionnelle. La licéité exceptionnelle de ces mesures, le refus de toute tentative de remise en cause de leurs effets, le rejet des droits de restitution voire d'indemnisation au profit des propriétaires dépossédés esquissent le champ qui permet l'émergence de la notion des biens des ressortissants ennemis.

Section I. L'expulsion de la population ennemie et la confiscation de ses biens, facettes d'un régime de responsabilité collective

822. Les déplacements de populations allemandes de l'Europe de l'Est sont présentés comme la conséquence directe de la Seconde Guerre mondiale¹⁹⁵⁰. En effet, les mesures prenaient la forme de punition collective contre les ressortissants des États ennemis vaincus¹⁹⁵¹. Les pays ayant ordonné l'expulsion massive des ressortissants allemands à la suite de la fin de la Seconde

¹⁹⁵⁰ Brownlie estime que des mesures peuvent être prises à l'encontre d'un agresseur pour des raisons de sécurité internationale afin de prévenir les risques de guerre future, y compris le mouvement des personnes et les changements de frontières. I. Brownlie, *International law and the use of Force by States*, Oxford, Clarendon press, 1963, xxviii-532 p., p.409.

¹⁹⁵¹ V. N. Valters, « Neue Bahnen des Völkerrechts, die völkerrechtliche Haftung », *Die Friedens-Warte*, 1949, pp.104-113, p.107 -108 qui condamne la pratique d'expulsion massive comme manifestation de la responsabilité collective : « Je voudrais seulement mentionner le déplacement forcé et l'expropriation de millions de citoyens ou d'habitants autochtones des régions occupées, comme cela a été fait dans un certain nombre de pays d'Europe de l'Est avec l'accord des puissances victorieuses. [...] Pour justifier théoriquement de telles mesures, on met toujours en avant l'activité illégale de certains membres du peuple et les avantages spéciaux accordés par l'Allemagne aux *Volksdeutsche* ».

Guerre mondiale semblent avoir opéré une mise en balance entre des intérêts individuels et l'intérêt suprême de préservation et de garantie de la paix¹⁹⁵². La référence même à l'art. 107 de la Charte de l'ONU comme disposition rendant licites des mesures prises contre les ressortissants des États ennemis semble avoir joué un rôle déterminant¹⁹⁵³. Il est intéressant de relever que certains auteurs ont soutenu la licéité de déplacement des populations sous des conditions extraordinaires en mettant en avant non pas les intérêts de la population affectée, mais les finalités de rétablissement de la paix¹⁹⁵⁴. Par ailleurs, des considérations d'ordre public ont été mises en avant par certains auteurs pour justifier une telle initiative dictée par le bien-être général.¹⁹⁵⁵ Le transfert des Allemands, inscrit dans le contexte spécifique de 1945, paraît justifiable en tant que mesure exceptionnelle. L'expulsion se présente ainsi comme la condition matérielle préalable à la confiscation des biens abandonnés des ressortissants ennemis (§2). Ces actes, dont la licéité est appréciée différemment par les parties impliquées (§4), présupposent un rattachement à l'agresseur vaincu, mettant ainsi en œuvre un régime de responsabilité collective (§3).

¹⁹⁵² A ce sens B. Winiarski, Observations sur le rapport de Balladore Pallieri au sujet des transferts internationaux de populations, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952, vol.II, p. 191.

¹⁹⁵³ A. Szczeponek, « Enteignung der Deutschen durch Polen nach dem Zweiten Weltkrieg aus polnischer und völkerrechtlicher Sicht », pp.187-216, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Murswiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsrecht*, vol. 1, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 322 p., p. 199.

¹⁹⁵⁴ Le Baron F.M. van Asbeck, dans ses observations, souligne le caractère révolutionnaire du transfert d'une population qui n'apparaît licite qu'en des « circonstances exceptionnelles de menaces pour la paix et de la population ou pour la paix générale ». *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952, vol.II, p.160.

¹⁹⁵⁵ Réponse de H. Rolin, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952, vol.II, pp. 174-175. Nombreuses ont été les voix qui se sont opposées à l'expulsion la percevant en tant que l'apogée du nationalisme ethnique. Pour le cas polonais v. l'appel adressé par Jan Josef Lipski aux Polonais à un examen de conscience, publié en 1982 et paru dans l'Esprit, 1980, mars 1982, p. 16-33. L'auteur faisait l'éloge de l'Eglise polonaise pour s'être excusée de manière officielle pour l'expulsion de la population allemande. « L'épiscopat polonais s'adressant à l'épiscopat allemand a posé un problème impossible à éviter si l'on veut rester fidèle au christianisme, celui des fautes que nous avons commises à l'égard des Allemands. En Pologne, on ne supporte pas cette façon de poser le problème, ce qui est compréhensible vu la disproportion des torts réciproques. Mais cela ne change rien au fait qu'on n'a pas le droit d'être indulgent pour ses propres fautes, même si elles sont infimes par rapport à celles d'autrui. Nous avons aidé à chasser de leur patrie des millions de gens. Certains étaient sûrement coupables de sympathie pour Hitler, d'autres simplement l'avaient laissé accomplir ses crimes, d'autres encore n'avaient pas eu l'héroïsme de lutter contre l'effroyable machine de terreur (leur pays étant en guerre : circonstance atténuante). Le mal qu'on nous a fait — même le plus grand- ne justifie pas et ne peut justifier celui dont nous-mêmes nous rendons coupables. L'expulsion des habitants de leurs maisons peut, au mieux, être un moindre mal-jamais un acte bon. Certes il aurait été injuste qu'un peuple attaqué par deux malfaiteurs fit seul les frais de la bagarre entre ses agresseurs. Cependant, le choix d'une solution qui paraît moins injuste ne doit pas nous cacher le fond moral u problème : un mal n'est pas un bien, même s'il est un mal moindre et impossible à éviter. On ne sort pas de là : demeurer chrétien, ou y renoncer... Être chrétien, c'est admettre que le principe de la responsabilité collective n'a rien à voir avec l'éthique que nous professons. » p. 20. La doctrine n'a pas hésité à souligner la répulsion de la communauté internationale face aux conditions dans lesquelles ces mesures ont été imposées. Ceci s'explique par la priorité qui a été reconnue à la nécessité de fonder les États dans un contexte de stabilisation de l'ordre international. V. M. Haedrich, « "Heimat denken" im Völkerrecht. Zu einem völkerrechtlichen Recht auf Heimat », pp.51-77, dans Costadura E., Ries K., *Heimat gestern und heute Interdisziplinäre Perspektiven*, Transcript, Bielefeld, 2016, 254 p., p. 56.

§1 Le transfert obligatoire des ressortissants ennemis dicté par un traité international.

823. La section XIII du traité de Potsdam de 1945 est considérée comme ayant conféré un fondement juridique aux mesures d'expulsion affectant les Allemands de l'Europe de l'Est¹⁹⁵⁶. La prise en compte des spécificités de ce traité (a) doit être prise en compte pour l'appréciation de la licéité exceptionnelle de ce transfert forcé (b).

a. Les particularités de l'accord de Potsdam.

824. Il faut souligner que la décision de la Conférence de Potsdam relative au transfert en Allemagne des populations allemandes résidant en Pologne, en Tchécoslovaquie et en Hongrie, a suscité des interrogations quant à son caractère contractuel. En l'occurrence l'Allemagne n'avait exprimé son consentement que par le biais des puissances alliées, censées représenter l'État ennemi vaincu¹⁹⁵⁷. Pour cette raison, le traité de Potsdam a été qualifié par la doctrine allemande comme *res inter alios gesta*, comme traité [imposant des obligations] au détriment des pays tiers, en l'occurrence l'Allemagne vaincue (*pactum in detrimentum tertii*). Cette allégation renvoyait à la thèse, déjà étudiée, en vertu de laquelle, les puissances occupantes n'étaient pas en mesure de déterminer les règles concrètes du régime d'occupation *sui generis* de leur propre chef, au-delà du cadre des prérogatives esquissé par le droit international général¹⁹⁵⁸.

825. Il a été aussi précisé que la mise en œuvre de la politique d'expulsion des Allemands de l'Europe de l'Est, « selon la terminologie dissimulatrice des décisions de Potsdam (*in der verschleiernenden Terminologie*) », une politique de « simple transfert ou passage (*zu*

¹⁹⁵⁶ *Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland*, 1945, *Ergänzungsblatt*, Nr 1 p. 13 v. le texte dans D. Blumenwitz, *Das Offenhalten der Vermögensfrage in den deutsch-polnischen Beziehungen*, Bonn, Kulturstiftung der Deutschen Vertriebenen, 1992, 158 p., p.131 : « Les trois gouvernements, après avoir examiné la question sous tous ses aspects, reconnaissent qu'il y aura lieu de procéder au transfert en Allemagne des populations allemandes restant en Pologne, en Tchécoslovaquie et en Hongrie. Ils sont d'accord pour estimer que ces transferts devront être effectués de façon ordonnée et humaine. Étant donné que l'arrivée d'un grand nombre d'Allemands en Allemagne accroîtrait la charge qui pèse déjà sur les autorités d'occupation, ils estiment que le conseil de contrôle doit d'abord étudier le problème en tenant compte particulièrement de la répartition équitable de ces Allemands entre les différentes zones d'occupation. En conséquence, ils donnent des instructions à leurs représentants respectifs au conseil de contrôle afin que ceux-ci leur fassent connaître le plus tôt possible dans quelle mesure les Allemands dont il s'agit ont déjà pénétré en Allemagne en provenance de Pologne, de Tchécoslovaquie et de Hongrie et pour qu'ils évaluent la durée et la cadence que pourront comporter les transferts ultérieurs, compte tenu de la situation actuelle en Allemagne. Le Gouvernement tchécoslovaque, le Gouvernement provisoire polonais et le conseil de contrôle en Hongrie sont en même temps informés de ce qui précède et sont incités à surseoir à toute expulsion, pendant que les gouvernements intéressés examineront les rapports de leurs représentants en comité de contrôle. »

¹⁹⁵⁷ Pour une présentation de la tension existante entre la population germanophone et la consolidation des États Nations dans l'espace de la *Mitteleuropa* et leur « communauté de destin » souvent conflictuelle, v. J. Rupnik, « Le problème allemand vu du centre-est », *Revue française de science politique*, 1987, pp. 331-345.

¹⁹⁵⁸ Grewe, *Besatzungsstatut*, *op.cit.*, p.37-38 : « Si un groupe vainqueur était habilité à soumettre l'humilié, par décision unilatérale, à un droit d'exception librement conçu, ce serait la fin du droit international public, et il ne servirait à rien d'édulcorer cet état de fait par l'expression de droit international spécial ».

transferieren oder zu überführen) de manière ordonnée et humaine », allait incontestablement au-delà de ce que le droit international autorisait en temps de paix¹⁹⁵⁹.

826. Il fallait ainsi déterminer si les rapports établis entre l'Allemagne vaincue et les États de l'Europe de l'Est relevaient du cadre juridique général liant les États en temps de paix. Certes, la relation de l'État ennemi avec les puissances alliées relevait d'un régime spécial. En effet, en vertu de la déclaration de Berlin, les puissances alliées s'étaient investies du pouvoir de décider pour l'Allemagne dans son ensemble comme autorité suprême du pays¹⁹⁶⁰. Cette position particulière des quatre puissances a été approuvée par l'ensemble de la communauté internationale lors de la conférence de San Francisco. Comme il a été précédemment analysé, l'interrogation autour de la conformité de ces compétences en vertu du droit international renvoie au régime particulier reflété dans l'art. 107 de la Charte. Néanmoins, ce régime spécial ne régissait pas, de manière automatique, les rapports de l'« État ennemi » avec tout autre État membre de l'ONU. Il n'est cependant pas évident que les relations juridiques avec les autres États, avec lesquels le Troisième *Reich* avait été en guerre, aient ainsi été détachées de la même manière du « régime normal d'une relation bilatérale entre l'auteur de dommage et sa victime »¹⁹⁶¹. Toutefois, à la lumière des atrocités préalablement commises par l'État ennemi vaincu lors de la Deuxième Guerre mondiale, la doctrine a souligné le caractère cynique d'une demande éventuelle de respect des droits des ressortissants de l'État vaincu¹⁹⁶². Le régime spécial de l'État ennemi vaincu imposait une reconsidération du statut des populations nationales ou ethniques attachées à l'État ennemi vaincu. Cela impliquait une réflexion en matière des droits des minorités. Une politique d'expulsion massive des populations ennemies se trouvait aux antipodes de tout régime protecteur favorable aux minorités nationales.

¹⁹⁵⁹ Chr. Tomuschat, « Die Vertreibung der Sudetendeutschen Zur Frage des Bestehens von Rechtsansprüchen nach Völkerrecht und deutschem Recht », *ZaoeRV*, 1996, pp.1-69, p.38.

¹⁹⁶⁰ *Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland*, Supplement n. 1 Berlin 1946, p. 7-9 : « Les gouvernements du Royaume-Uni, des États-Unis d'Amérique, de l'Union des républiques socialistes soviétiques et le Gouvernement provisoire de la République française assument par la présente le pouvoir suprême de gouvernement en Allemagne, y compris tous les pouvoirs du gouvernement allemand [...] Le fait d'assumer, aux fins susmentionnées, ledit pouvoir de gouvernement et lesdits pouvoirs n'entraîne pas l'annexion de l'Allemagne ».

¹⁹⁶¹ Chr. Tomuschat, « Die Vertreibung der Sudetendeutschen... », *op.cit.*, p.46.

¹⁹⁶² K. Ziegler, *Fluchtverursachung als völkerrechtliches Delikt*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 960 p., p.245 : « Compte tenu du décalage avec un droit à la patrie non revendiqué auparavant par environ 8 millions de travailleurs forcés et de personnes déplacées sous le régime national-socialiste, l'invocation en 1947 d'un prétendu droit à la patrie existant en vertu du droit international public ne pouvait être jugée autrement que comme cynique ».

b. La licéité exceptionnelle du transfert des populations allemandes, le cas spécial des minorités attachées à l'État ennemi.

827. La Commission des droits de l'homme a mené en 1950 une étude sur la valeur juridique des engagements en matière de minorités. L'étude portait sur le sort normatif du cadre protecteur pour les minorités nationales élaboré sous les auspices de la Société des Nations, à la suite de la disparition de cette dernière. La Commission s'est prononcée sur les effets de l'éclatement de la guerre à la validité des traités internationaux¹⁹⁶³. À la suite de développements sur les causes d'extinction des traités internationaux, la Commission s'est focalisée sur le régime de protection des minorités, mis en place après la Première Guerre mondiale¹⁹⁶⁴. Aux antipodes de ce régime protecteur se trouvait la décision relative au transfert des populations allemandes en vertu de l'accord de Potsdam¹⁹⁶⁵. Il a été précisé qu'après la Seconde Guerre mondiale, tout le système de protection des minorités, partie intégrante du système de sécurité collective, était renversé. Selon la Commission, ce changement de paradigme en matière de droits octroyés à des minorités était cristallisé dans les dispositions des traités de paix conclus avec, voire imposés aux pays ex-ennemis¹⁹⁶⁶.

828. L'Institut de droit international dans son rapport en 1952 s'est appuyé sur la thématique des transferts internationaux de populations¹⁹⁶⁷. L'attention du rapporteur Balladore Pallieri a été attirée par le fait que dans le cadre d'un transfert de populations, la population n'est pas perçue comme le sujet, mais comme l'objet du transfert. Le transfert est ainsi perçu comme moyen de satisfaction de certains droits étatiques au détriment des droits de l'homme¹⁹⁶⁸. La distinction entre transfert volontaire et transfert non volontaire a été débattue par les membres de l'Institut. Le rapporteur rejetait la possibilité de mise en œuvre d'un transfert réellement facultatif ou volontaire, qui serait fondée sur l'expression de volonté de chaque individu affecté

¹⁹⁶³ Commission des droits de l'homme, Étude sur la valeur juridique des engagements en matière de minorités, sixième session, E/CN.4/367, 7 avril 1950.

¹⁹⁶⁴ La Commission explique les raisons qui ont dicté l'élaboration d'un régime protecteur pour les minorités à l'issue de la Première Guerre mondiale. *Idem*, p. 50 : « Un des buts visés par les fondateurs du régime de protection des minorités était de consolider la paix et la bonne entente entre les nations. On espérait que les pays vaincus prendraient plus facilement leur part des amputations subies par eux si les éléments minoritaires détachés d'eux étaient bien traités et pouvaient conserver leur culture et leurs caractères nationaux. On espérait en même temps que les éléments minoritaires, satisfaits de leur sort, deviendraient des ressortissants loyaux des États auxquels ils étaient rattachés ».

¹⁹⁶⁵ *Idem*, p. 50 : « Les faits ont démenti de façon brutale ces espoirs dans le cas de l'Allemagne et de la Hongrie et des minorités allemandes et hongroises dans les pays limitrophes. Constatant le danger que l'existence de certaines minorités nationales pouvait faire courir à l'État, on a, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, procédé à des transferts massifs de populations minoritaires, que l'on a renvoyées dans les pays auxquels elles se rattachaient, par la langue, la culture, les sentiments. Ce procédé s'inspire d'une conception radicalement différente de celle de la protection des minorités »

¹⁹⁶⁶ *Idem*, p. 82.

¹⁹⁶⁷ V. Le rapport de Balladore Pallieri, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 44, vol. II session de Sienna 1952, pp. 138-199.

¹⁹⁶⁸ *Idem*, p. 141.

par un tel transfert¹⁹⁶⁹. Après l'énumération de toutes les conventions relatives au transfert international de populations de 1913 jusqu'à 1943, le rapporteur s'est focalisé sur la décision de la Conférence de Potsdam de transférer en Allemagne les populations allemandes résidant en Pologne, en Tchécoslovaquie et en Hongrie. Il a été précisé qu'à la lumière des circonstances exceptionnelles de cette décision, « l'Allemagne n'avait qu'à subir ce que les vainqueurs décidaient à Potsdam pour son compte »¹⁹⁷⁰. Ce traitement spécial s'opposait ainsi au régime général d'interdiction de transferts de population d'après les articles de la Déclaration universelle de droits de l'homme. Certes, la Déclaration universelle des droits de l'homme ne sanctionnait pas de manière explicite le transfert de populations. Toutefois, lors d'une opération de déplacement forcé, la protection de certains droits de l'homme risque d'être bafouée¹⁹⁷¹. Il semble ainsi que les modalités de mise en œuvre d'échange de populations rendent problématique leur compatibilité avec les droits de l'homme. La pratique du transfert de populations contrevenait ainsi à l'article 13 par. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaissant à toute personne « le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ». Par conséquent, il serait difficile, d'après le rapporteur, de contester la violation de ces règles par un transfert de populations.

829. Le rapporteur a même souligné que les puissances signataires de l'accord du Potsdam avaient signé « presque en même temps » la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁹⁷². La distance qui sépare les deux textes concernant le statut accordé aux personnes physiques est éclatante. Le caractère particulier et exceptionnel de la décision de Potsdam a été ainsi souligné. Il a été soutenu qu'aucune contradiction ne pouvait être reprochée aux États signataires qui considéraient que la décision de Potsdam ne concernait qu'« un cas particulier et

¹⁹⁶⁹ *Idem*, p.144-145 : « Il faut abandonner la distinction (échange volontaire — non volontaire) et en rechercher une autre, si nous voulons diviser en deux catégories les traités de transferts de populations. Toute distinction, d'ailleurs, doit être formulée dans un but pratique, et dans notre cas le problème le plus important qui se pose est le suivant : le transfert de populations tel que nous venons de le décrire, est-il admissible suivant nos conceptions modernes des droits de l'homme et du citoyen ? ».

¹⁹⁷⁰ *Idem*, p.142.

¹⁹⁷¹ V. à ce sujet Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités Quarante-cinquième session, Commission des droits de l'homme, Droits de l'homme et transferts de population Rapport final du Rapporteur spécial, M. Al-Khasawneh, E/CN.4/Sub.2/1997/23, 27 juin 1997, Annex I, p. 23; Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « Le transfert force de population : une violation des droits de l'homme », rapporteur M. Egidijus Vareikis, Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, 5 décembre 2011. Il est intéressant de relever que dans sa résolution de 1921 la Conférence de la Croix rouge s'est penchée sur la question de déportation des civils : « Deportation of civilians in only permitted in individual cases, for individually committed delicts which have been duly defined and which necessitate such measures. The measure may be carried out only on the basis of a judicial sentence (sentence judiciaire). Mass deportation applying to entire categories of inhabitants, shall not be decreed ». Compte rendu de la Xème Conférence. International de la Croix rouge, Genève, 1921, cite par G. Werner, *Les prisonniers de guerre*, RCADI, La Haye, recueil t. 21, 1928, p.5-107, p.34.

¹⁹⁷² *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 44 vol. II session de Sienne 1952, p.145.

exceptionnel ». ¹⁹⁷³ Par conséquent, « au lendemain de la guerre, les principes généraux de la communauté internationale » n'ont pas été appliqués aux Allemands, à savoir aux ressortissants de l'État ennemi ¹⁹⁷⁴.

830. La non-affirmation du caractère illicite des mesures affectant les populations allemandes au lendemain de la guerre a été justifiée par référence au mécanisme des réparations de guerre imposées à l'État ennemi vaincu. Le traité de Potsdam a été alors perçu comme une exception justifiable par les particularités historiques de la période post-confliktuelle. ¹⁹⁷⁵ Sa finalité était de réparer les torts commis par les Allemands et « à cette fin, il fallait faire usage contre eux des mêmes méthodes qu'ils avaient employées » ¹⁹⁷⁶. Le caractère particulier du transfert de la population allemande de l'Europe de l'Est ne constituait qu'un cas spécial. Par ailleurs, ce caractère spécial est prouvé par le fait que le transfert massif de la population hongroise installée sur les régions appartenant à la Tchécoslovaquie après la guerre n'a pas emprunté le même schéma que celui des Allemands des Sudètes ¹⁹⁷⁷. Il était ainsi impossible de « raisonner sur cet exemple et en déduire des conséquences applicables à d'autres cas » ¹⁹⁷⁸. La règle générale était celle relative à l'interdiction de « tout transfert obligatoire ou tout transfert qui, tout en étant apparemment facultatif, est obtenu par des coercitions indirectes, quelles qu'elles soient, ou bien encore lorsque la volonté individuelle n'a pu se manifester librement, n'ayant pas la possibilité d'être rétractée ou étant obligée de se conformer à la décision de la majorité » ¹⁹⁷⁹. Le rapport admet ainsi l'illicéité de tout transfert obligatoire, à l'exception de celle ayant affecté les ressortissants allemands de l'Europe de l'Est. Toutefois, la licéité d'un transfert de populations fondé sur le consentement libre de chaque personne n'a pas été exclue ¹⁹⁸⁰.

¹⁹⁷³ *Idem*. L'auteur essaie de justifier le caractère exceptionnel des mesures, p. 145-146 : « On n'a pas appliqué aux Allemands, au lendemain de la dernière guerre, les principes généraux de la communauté internationale. Il fallait réparer les torts qu'ils avaient causés, et à cette fin, il fallait faire usage contre eux des mêmes méthodes qu'ils avaient employées. On ne pourrait donc raisonner sur cet exemple et en déduire des conséquences applicables à d'autres cas ».

¹⁹⁷⁴ *Idem*, p. 145.

¹⁹⁷⁵ *Idem*, p. 146.

¹⁹⁷⁶ *Idem*, p. 145.

¹⁹⁷⁷ Au départ, la Tchécoslovaquie voulait également réinstaller en Hongrie les Hongrois vivant en Slovaquie — comme les Allemands dans la moitié tchèque de l'État —, mais tant les Hongrois, que les puissances occidentales, se sont opposés à un transfert massif de la population hongroise. Après que la Tchécoslovaquie eut tenté en vain de conclure un accord similaire à celui de Potsdam également pour les Hongrois vivant sur le territoire slovaque, un traité bilatéral a été négocié et signé par la Hongrie sous la pression internationale. Le 27 février 1946, le traité sur le transfert de population entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie a été signé à Budapest. V. En détail G. Hamos, *Die Dekrete des Präsidenten der Republik- die Beneš –Dekrete, Schuld und Sühne in den Nachwehen der Weltkriege*, Thèse, Universität Linz, 181 p., p. 126.

¹⁹⁷⁸ Annuaire de l'Institut de droit international, t. 44 vol. II, session de Sienne 1952, p. 145.

¹⁹⁷⁹ *Idem*, p. 146.

¹⁹⁸⁰ « [L] e légitime désir de tout État moderne d'avoir des citoyens loyaux, l'aspiration de l'humanité entière à sauvegarder la paix, nous donnent autant de raisons pour favoriser, le cas échéant, le transfert de populations. Mais on ne doit jamais oublier qu'on a affaire à des hommes et qu'on leur demande de grands sacrifices, comme celui d'abandonner le territoire où ils sont nés et où ils ont vécu. Le seul moyen admissible pour réaliser ce résultat est d'obtenir

831. Le rapport a été suivi par le questionnaire du 17 mai 1950 relatif à la même thématique. L'objet du questionnaire était la reconnaissance ou non du caractère licite d'un transfert de populations. Dans leurs réponses au questionnaire, les membres de l'Institut se sont prononcés à la fois sur le mécanisme général et sur les particularités du transfert des ressortissants allemands après 1945. En effet, une des questions y figurant concernait l'assimilation éventuelle de la section XIII de l'accord de Potsdam du 2 août 1945 à un accord international prévoyant un transfert de populations.

832. Van Asbeck, dans ses observations, n'admettait pas l'assimilation du traité de Potsdam à un accord international, dicté par l'impératif de sauvegarde des intérêts des États, mais l'a interprété comme accord constituant un « acte législatif supranational des occupants de l'Allemagne, imposé à l'adversaire terrassé ».¹⁹⁸¹ L'auteur a rejeté la thèse selon laquelle tout transfert de populations signifierait *ipso facto* la violation des droits de l'homme. Pour lui un transfert obligation de populations pourrait être protecteur pour les minorités menacées. En l'occurrence, selon son point de vue, le transfert de la population allemande n'aurait pas dû être interprété comme une série de mesures visant les ressortissants de l'État vaincu ennemi, mais comme un moyen de « protection de groupes d'hommes haïs à outrance »¹⁹⁸². Huber, de sa part, dans ses observations, précisait que les transferts de populations sont « à la limite de ce que le droit peut régler, d'une part parce qu'ils touchent à un élément constitutif de l'État même, la population, d'autre part, parce qu'ils peuvent constituer des atteintes extrêmes aux droits de l'homme »¹⁹⁸³. Considérant que les articles 13 et 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme étaient « réellement incompatibles avec les transferts », il ne s'est pas prononcé sur le cas concret éminemment politique du transfert de la population allemande après 1945¹⁹⁸⁴. Le

leur libre consentement par des avantages d'un autre genre qui, à leur avis, soient suffisants pour les indemniser du sacrifice qu'on leur demande. L'opération pourra devenir très onéreuse et coûteuse pour les États intéressés ; mais c'est à eux de décider d'y recourir, ou de s'en abstenir parce qu'ils n'ont pas un intérêt assez vif à le faire ». *Idem*, pp.149-150.

¹⁹⁸¹ *Idem*, p.162

¹⁹⁸² Observations F.M. van Asbek, *Idem*, p.153. Pour appuyer sa position selon laquelle le transfert de population pourrait être un moyen de protection des droits de l'homme, il s'est référé à la mesure du rapatriement des Grecs de l'Asie Mineure en 1932. Quand, dans un État pluriforme, multinational, multiracial, ou multi-religieux, une partie de la population est menacée de mort par une autre, le transfert du groupe menacé dans son pays d'origine peut apparaître comme la seule solution équitable et juste, comme le seul moyen de préserver la vie de milliers d'êtres humains. Dans un cas pareil, cette mesure-là constituerait peut-être la seule véritable protection des « droits de l'homme », et en même temps il pourrait s'avérer que le transfert était exigé par le maintien de la paix.

¹⁹⁸³ Observations Huber, *Idem*, p.163.

¹⁹⁸⁴ *Idem*, p.165 : « Il n'appartient pas à l'institut de consacrer ou de condamner juridiquement des événements politiques. En s'efforçant de fixer des règles de droit, il doit — c'est-à-dire chaque membre et associé — avoir présent dans son esprit les faits politiques qui sont pertinents pour la sphère du droit dont on s'occupe, mais il n'est pas désirable que l'on se prononce sur des faits concrets qui ne peuvent être appréciés qu'en tenant compte des événements qui les précèdent et des conséquences qu'ils ont eues ou qu'ils auront probablement. Cela entraînerait un débat politique qui doit rester en dehors de l'Institut ».

même point de vue a été adopté par Henri Rolin qui, tout en reconnaissant aux États la possibilité de recourir à des transferts de populations « pour de raisons d'ordre public ou de bien-être général » n'a pas voulu s'exprimer sur les transferts décrétés à Potsdam le 2 août 1945¹⁹⁸⁵. Le rejet radical de toute possibilité de reconnaître un tel droit aux États a été exprimé par Georges Scelle qui se demandait « comment des juristes pourraient discuter de sang-froid sur l'existence de compétences gouvernementales aboutissant à décréter de pareilles horreurs »¹⁹⁸⁶. Sur le transfert prévu dans l'accord de Potsdam s'est prononcé Walter Schetzel qui l'a qualifié de « mesure provisoire » puisque selon lui les contractants voulaient « réserver le règlement définitif au traité de paix ou à un arrangement ultérieur ». Par conséquent, il ne s'agissait que d'un problème qui se trouvait « dans le domaine politique »¹⁹⁸⁷. En dehors du cadre de l'accord de Potsdam, il considérait que si, en des cas exceptionnels, un droit de disposer de leurs populations était reconnu aux États, des garanties juridiques précises devaient être créées, relatives, entre autres, à la propriété privée abandonnée par la population transplantée¹⁹⁸⁸. De Visscher, qualifiant le transfert de populations de « moyen extrême, subsidiaire à celui des traités de minorités qui s'accorde le mieux avec une conception humaine et tolérante de l'État, et celui du déplacement des frontières, dans la mesure où celui-ci serait susceptible d'assurer l'apaisement », a précisé que les dispositions de l'accord de Potsdam « inspirées par des visées d'ordre purement politique, ne (pouvaient) être considérées comme légitimes du point de vue du droit international »¹⁹⁸⁹.

833. Le caractère « exceptionnel, mais nécessaire » du transfert de la population allemande a été souligné par Bohdan Winiarski¹⁹⁹⁰. L'accord de Potsdam a été interprété comme l'« aboutissement naturel » des traités conclus par l'Allemagne entre 1939 et 1943, reflétant l'intention de peupler les régions de l'est avec des populations ethniquement allemandes, dont une partie significative n'avait aucun lien ancestral avec le territoire et n'y séjournait que provisoirement pendant la guerre. Il a été précisé que le lien superficiel de ces populations avec ces territoires conférait des éléments de légitimité à la mesure « exceptionnelle et grave adoptée à Potsdam » par les « Puissances signataires des propositions de Dumbarton Oaks, de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme »¹⁹⁹¹. En outre,

¹⁹⁸⁵ Observations Henri Rolin, *idem*, p.174.

¹⁹⁸⁶ Observations Georges Scelle, *idem*, p.177.

¹⁹⁸⁷ Observations Walter Schetzel, *idem*, p.185.

¹⁹⁸⁸ *Idem* p.184.

¹⁹⁸⁹ Observations De Visscher, *idem*, p. 187, 190

¹⁹⁹⁰ Observations Winiarski B., *idem*, p. 190

¹⁹⁹¹ *Idem*, p.192.

Winiarski soulignait que l'assentiment nécessaire de l'Allemagne découlait de la capitulation sans condition imposée à l'État vaincu.

834. L'interrogation soulevée au sujet du déplacement des populations allemandes de l'Est de l'Europe en 1945 a permis à l'Institut de se pencher sur l'ensemble du sujet de reconnaissance de licéité de transfert de populations en vertu du droit international de l'époque. Il faut souligner que l'art. 43 de la Convention IV de la Haye de 1899 oblige la puissance occupante à rétablir et assurer l'ordre et la vie publics. Dans le préambule de la même convention, il est précisé que « les populations restent sous la sauvegarde et sous l'empire du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». En outre, le statut du tribunal de Nuremberg qualifiait la déportation de la population civile en tant que crime contre l'humanité. Ces dispositions pouvaient ainsi être interprétées en tant que règles interdisant l'expulsion même avant la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948¹⁹⁹², ou la IV Convention de Genève de 1949¹⁹⁹³. Dans ses remarques supplémentaires en tant que rapporteur, Balladore Pallieri, rebondissant sur les observations des membres de l'Institut, a précisé qu'il y avait d'une part « presque unanimité à reconnaître du moins quelques possibilités de transfert des populations » et d'autre part « également unanimité à reconnaître la nécessité de restreindre la liberté des États en cette matière »¹⁹⁹⁴. Le rapporteur

¹⁹⁹² Art. II : « Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel [...] b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle [...] ».

¹⁹⁹³ Art. 49 : « Les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre État, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif. Toutefois, la Puissance occupante pourra procéder à l'évacuation totale ou partielle d'une région occupée déterminée, si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent. Les évacuations ne pourront entraîner le déplacement de personnes protégées qu'à l'intérieur du territoire occupé, sauf en cas d'impossibilité matérielle. La population ainsi évacuée sera ramenée dans ses foyers aussitôt que les hostilités dans ce secteur auront pris fin ».

¹⁹⁹⁴ Les seuls membres ayant défendu des points de vue divergents étaient Scelle et Spiropoulos. Scelle rejetait tout recours à cette pratique. *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 44 vol., *op.cit.*, p. 178 : « Ce que le droit international doit étudier, ce sont les moyens propres à empêcher les agissements gouvernementaux qui ont abouti, dans le passé, et dans le présent, à engendrer des situations tellement désastreuses qu'on a pu en venir de bonne foi, à faire considérer les échanges forcés de populations comme un moindre mal. Ces procédés sont bien connus : discriminations, spoliations, arbitrages policiers, brimades des minorités, dévastations guerrières, annexions impérialistes etc. Les échanges de troupeaux humains, les déportations super *flumina Babylonis*, les trocs du Congrès de Vienne, ne peuvent passer pour des remèdes qu'en tant qu'ils sont des succédanés des exterminations et du génocide. Ils ne cessent pas pour autant de participer à sa nature, et l'on ne voit pas comment les uns et les autres relèveraient d'une branche autre du droit international que celle du droit pénal. Leur perpétration ne servirait en outre, vraisemblablement à rien, car si le Droit international triomphe de son actuelle crise de régression, ce sera pour s'orienter vers la constitution d'une société œcuménique de plus en plus cosmopolite où s'atténueront les oppositions hostiles des nationalismes étatiques ». Spiropoulos, d'autre part, défendait une liberté absolue pour les États d'entreprendre de politiques de transfert de populations. *Idem*, p. 185 « La Déclaration des droits de l'homme n'est pas, à l'heure actuelle, un obstacle à la conclusion d'accords relatifs à un transfert de populations, étant donné que cette Déclaration, d'après son propre préambule, ne

s'est demandé s'il fallait recommander « la stipulation d'une Convention pour les transferts de populations, sur l'exemple de la Convention sur le génocide » ou « l'inclusion, dans les déclarations internationales des droits de l'homme, du droit de l'individu à ne pas être transféré d'un État à un autre sans son consentement »¹⁹⁹⁵. Ne croyant guère probable la conclusion d'une convention spéciale en matière de transferts de populations comme ceci avait été le cas pour la Convention contre le génocide, il demandait aux États et aux organisations internationales « d'insérer une clause concernant le transfert de populations dans les conventions, actuellement en cours d'élaboration, qui protègent les droits essentiels de l'homme »¹⁹⁹⁶. Dans le sillage de cette proposition s'inscrit ainsi le 4^{ème} protocole additionnel de la CEDH qui prévoit l'interdiction explicite des expulsions collectives à la fois des nationaux et d'étrangers¹⁹⁹⁷. Des dispositions similaires sont repérables dans la Convention américaine des droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme, qui interdisent les expulsions collectives d'étrangers¹⁹⁹⁸. Il doit aussi être souligné que le gouvernement fédéral allemand a émis un mémorandum en 1967 au moment de la ratification du 4^{ème} Protocole de la CEDH, précisant que l'interdiction des expulsions collectives avait un caractère rétroactif concernant aussi la période juste après la Deuxième Guerre mondiale. Dans le mémorandum, il a été même souligné que les racines d'une telle interdiction remontaient à l'époque avant la Première Guerre mondiale. Un renvoi explicite était fait aux discussions à ce sujet qui avaient eu lieu lors de la négociation de la deuxième Conférence de paix de La Haye en 1907¹⁹⁹⁹.

835. Les transferts des populations allemandes ont été reconnus comme des cas particuliers inscrits dans un contexte historique précis. Dans ce contexte, une politique d'expulsion massive des ressortissants ennemis et de confiscation de leurs biens était reconnue comme licite. Leur licéité exceptionnelle était associée à leur insertion dans le cadre général des réparations de

représente qu'un idéal à atteindre et non pas un texte obligatoire. Du point de vue du droit international, il existe, en cette matière, liberté d'action absolue des États pourvu que les lois sur l'humanité ne soient pas violées »

¹⁹⁹⁵ Remarques supplémentaires du rapporteur Balladore Pallieri, *idem*, p.198.

¹⁹⁹⁶ *Idem* p. 199.

¹⁹⁹⁷ Article 3 : « Interdiction de l'expulsion des nationaux. 1. Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant. 2. Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ».

¹⁹⁹⁸ La Convention américaine relative aux droits de l'homme dispose, en son article 22 par. 9 que « l'expulsion collective d'étrangers est interdite ». La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose, au par. 5 de l'article 12, que « l'expulsion collective d'étrangers est interdite, apportant des précisions sur le type d'expulsion visant "globalement des groupes nationaux, raciaux, ethnique ou religieux" ». La Charte arabe des droits de l'homme dans l'article 26 par.2 dispose que "l'expulsion collective est interdite dans tous les cas".

¹⁹⁹⁹ *Deutscher Bundestag*, V/1679, 5 Wahlperiode, 21 April 1967, p.8 : « En ce qui concerne les deux dispositions qui contiennent ces interdictions (article 3, paragraphe 1, et article 4), il convient de noter, d'une manière générale, que ce n'est pas grâce à elles que l'interdiction des expulsions massives en droit international est devenue une règle contraignante du droit international. Le développement de cette interdiction remonte plutôt, dans ses racines, à la période précédant la Première Guerre mondiale (voir notamment les discussions au sein de la IIème sous-commission de la deuxième conférence de paix de La Haye de 1907) ».

guerre incombant à l'État ennemi. Cette argumentation sous-tend la politique de confiscation suivie en Pologne et en Tchécoslovaquie.

§ 2 La saisie des biens abandonnés des ressortissants allemands en Europe de l'Est

836. La confiscation des biens des Allemands expulsés soulève plusieurs interrogations. D'une part, celle des raisons invoquées par les États ayant procédé à des actes d'ingérence aux biens privés. La confiscation était fondée sur une qualification précise, à savoir l'attribution du caractère allemand à l'ancien propriétaire du bien abandonné. Cette opération de qualification ressemble à celle opérée par les États belligérants en temps de guerre au sens formel du terme. Le risque d'une qualification arbitraire de la part de l'État procédant à la confiscation n'était pas négligeable. Plusieurs questions sont aussi liées à la manière dont ces mesures de confiscation ont été perçues par l'Allemagne. Cette interrogation porte sur leur caractère licite en tant que mesures de réparations de guerre. Si ces actes ne relèvent pas du cadre spécifique des réparations de guerre liées au contexte particulier de l'après-guerre, leur opposition à plusieurs règles du droit international est manifeste. Les cas des expulsions en Pologne (a) et en Tchécoslovaquie (b) méritent d'être évoqués en détail.

a. La saisie des biens des Allemands sis au nouveau territoire polonais à titre de réparations de guerre.

837. L'incorporation des territoires allemands dans le nouvel État polonais visait à compenser les pertes territoriales à l'est. Les anciens territoires allemands à l'Est de la ligne *Oder-Neisse*, appelés par les autorités polonaises « territoires reconquis », ont été considérés comme faisant partie des réparations de guerre et comme compensation aux provinces de l'Est incorporées dans l'URSS²⁰⁰⁰. Cette incorporation a été suivie par l'expulsion de la population allemande et la saisie des biens des anciens habitants des territoires de Dantzig, Prusse Orientale, Brandebourg Oriental, Silésie, Poméranie orientale. L'expulsion des Allemands qui y résidaient coïncidait avec le rapatriement des citoyens polonais venant des territoires de l'Est. En effet, les accords de Potsdam prévoyaient que « en attendant le tracé définitif, les territoires ex-allemands à l'est d'une ligne partant de la Baltique à l'ouest de Swinemünde, descendant le long de l'Oder jusqu'au confluent de la Neisse occidentale, puis le long de celle-ci jusqu'à la frontière tchécoslovaque, comprenant la partie de la Prusse Orientale non placée sous l'administration soviétique d'après ladite Conférence de Crimée, et comprenant la région de

²⁰⁰⁰ Les provinces orientales polonaises ont été annexées par l'Union soviétique et la population a été rapatriée en Pologne en vertu des accords conclus du 9 au 22 septembre 1944 entre le Comité polonais de libération nationale et les anciennes républiques socialistes soviétiques d'Ukraine, du Belarus et de Lituanie.

l'ex-cité libre de Dantzig, seront remis à l'administration de l'État polonais et à cette fin ne devront pas être considérés comme partie de la zone soviétique d'occupation de l'Allemagne»²⁰⁰¹.

838. En outre, dans le chapitre I II du traité de Potsdam, il était précisé que l'Union soviétique était responsable pour les réparations en faveur de la Pologne²⁰⁰². En vertu de l'accord du 16 août 1945, conclu entre le gouvernement provisoire d'unité nationale polonais et le gouvernement soviétique, portant sur la compensation des pertes financières subies au cours de l'occupation allemande, l'Union soviétique a renoncé à ses prétentions sur les biens allemands sis en territoire polonais, y compris sur la partie à l'est de la ligne *Oder Neisse*, censée être cédée à la Pologne²⁰⁰³.

839. La saisie des biens à la suite de l'expulsion massive des ressortissants ennemis a fourni aux nouveaux dirigeants polonais des conditions optimales pour la restructuration de l'État selon les prémisses du nouvel ordre économique et social prévu. L'objectif était la création d'une économie planifiée dirigée par l'État selon le modèle soviétique. Par conséquent, les mesures de confiscation polonaises, comme celles applicables sur la zone allemande d'occupation soviétique, semblent suivre deux finalités distinctes, celle relative aux réparations de guerre et celle relative à la réorganisation de la société locale. En raison de leur importance primordiale pour l'économie des nouvelles régions incorporées, le sort des propriétés agricoles expropriées présentait un intérêt particulier. La saisie des propriétés agricoles relevait ainsi de la réforme agraire polonaise.

840. La réforme agraire était fondée sur le décret du Comité polonais de libération nationale du 6 septembre 1944, ainsi que sur le décret du 12 décembre 1944 relatif à l'acquisition de certaines zones forestières par l'État.²⁰⁰⁴ L'article 2, paragraphe 1, point e), du décret du

²⁰⁰¹ Pour une présentation générale v. L. Picard, « La ligne Oder-Neisse est-elle la frontière définitive germano-polonaise ? Le combat des expulsés autour d'une limite géographique », *Revue Sciences humaines combinées*, Université de Bourgogne, 2010, <https://preo.u-bourgogne.fr/shc/index.php?id=182#ftn5>

²⁰⁰² Conférence de Potsdam, 2 août 1945, Section IV « Réparations dues par l'Allemagne » : « Conformément à la décision prise par la Conférence de Crimée suivant laquelle l'Allemagne sera contrainte de compenser, dans la plus grande mesure possible, les pertes et les souffrances qu'elle a causées aux Nations unies et à la responsabilité desquelles le peuple allemand ne peut échapper, l'accord suivant sur les réparations a été conclu : 1. Les demandes de l'Union des républiques socialistes soviétiques, au titre des réparations, seront satisfaites au moyen de prélèvements effectués dans la zone allemande occupée par l'Union des républiques socialistes soviétiques et sur les avoirs allemands à l'étranger qui peuvent faire l'objet de ces prélèvements. 2. L'Union des républiques socialistes soviétiques s'engage à régler sur sa propre part de réparations les demandes de la Pologne au titre des réparations ».

²⁰⁰³ V. en détail B. Kostrubiec, W. Zyskowska, « bouleversements territoriaux et migrations forcées au XXe siècle en Pologne », *Espaces populations sociétés*, 1992, pp. 203-214.

²⁰⁰⁴ Décret du Comité polonais de libération nationale du 6 septembre 1944 sur la mise en œuvre de la réforme agraire (*Dekret des polnischen Komitees der nationalen Befreiung vom 6 September 1944 über die Durchführung der Bodenreform*); décret du Comité polonais de libération nationale du 12 décembre 1944 concernant l'acquisition par

6 septembre 1944 prévoyait la nationalisation des propriétés foncières d'une superficie totale de plus de 100 hectares ou, dans certaines régions, de 50 hectares de terres agricoles. Il est ainsi évident que le texte ne visait pas exclusivement les biens allemands. L'objectif était l'appropriation collective de terres sans considération des qualités des anciens propriétaires. Par conséquent, le régime général de la réforme agraire ne présentait aucun caractère discriminatoire préjudiciable aux Allemands. Toutefois, un régime spécial était prévu pour les ressortissants allemands. En effet, conformément à l'article 2, paragraphe 1, point b), du décret du 6 septembre, dans le cadre de la réforme agraire, les propriétés appartenant à des citoyens allemands du Reich ou des citoyens polonais de nationalité allemande, indépendamment de leur surface, devaient être confisquées. La même logique était reflétée dans le décret relatif à la nationalisation des forêts. En effet, les forêts et les zones forestières, appartenant à des personnes de nationalité allemande, devenaient la propriété de l'État, indépendamment de leur superficie.

841. Un régime spécial de saisie des biens était applicable dans les nouvelles régions contrôlées par la Pologne conformément aux dispositions du traité de Potsdam. En effet, les confiscations entreprises sur la zone délimitée par Oder et Neisse ont été préparées immédiatement après la prise de la charge administrative par les autorités polonaises. Selon la loi du 6 mai 1945, les biens mobiliers et immobiliers de l'État allemand et des ressortissants allemands étaient considérés comme délaissés et donc dépourvus de propriétaire.²⁰⁰⁵ Ces biens ont ainsi été confisqués et placés sous l'administration provisoire de l'État par un bureau principal créé au sein du ministère des Finances.

842. Par la suite, deux textes juridiques dont le champ d'application s'étendait au-delà des territoires incorporés à l'ensemble du territoire polonais, portaient sur les confiscations des

l'État de certaines zones forestières (*Dekret des Polnischen Komitees der Nationalen Befreiung vom 12 Dezember 1944 betreffend die Übernahme einiger Forstgebiete in das Eigentum des Staates*). V. les textes dans S. Krülle, *Die Konfiskation deutschen Vermögens durch Polen*, Bonn, Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen, 1993, 192 p., pp. 108, 111. V. en détail N. von Redecker, *Die polnischen Vertreibungsdekrete und die offenen Vermögensfragen zwischen Deutschland und Polen*, Frankfurt am Main, P. Lang, 2003, 129 p.

²⁰⁰⁵ Loi du 6 mai 1945 sur les biens abandonnés et délaissés (*Gesetz vom 6 Mai 1945 über das verlassene und aufgegebenes Vermögen*), Art. 2 par. 1 : « Tous les biens mobiliers et immobiliers appartenant à l'État allemand ou détenus par lui et qui, au moment de l'entrée en vigueur du présent décret, n'ont pas encore été repris par des organes de l'État ou de l'administration autonome, ainsi que les biens de ressortissants allemands ou de personnes passées à l'ennemi, sont des biens délaissés au sens de la présente loi ». Citée par Krülle, *Idem*, p. 111-114. Aux termes de l'art. 1 était qualifié d'« abandonné » tout bien mobilier ou immobilier dont le propriétaire ou ses héritiers avaient perdu la possession en raison de la guerre. Selon cette loi, à l'inverse des propriétaires des biens allemands (biens délaissés), les propriétaires de biens abandonnés pouvaient en réclamer la restitution.

biens abandonnés. Il s'agissait de la loi du 3 janvier 1946²⁰⁰⁶ relative aux branches fondamentales de l'économie nationale qui relevaient dorénavant du patrimoine de l'État et du décret du 8 mars 1946 relatif aux biens abandonnés appartenant surtout aux juifs de Pologne et « les biens anciennement allemands », dont les propriétaires étaient soit les autorités du Reich allemand soit des personnes physiques ou morales allemandes²⁰⁰⁷. L'article 2, paragraphe 1, de la loi du 3 janvier 1946 prévoyait le passage à l'État polonais sans aucune indemnisation des entreprises industrielles, minières, de transport, de banque, d'assurance et de commerce appartenant soit au Reich allemand et à la ville libre de Dantzig, soit à ses ressortissants, à moins qu'ils ne soient de nationalité polonaise ou d'une autre nationalité persécutée par les Allemands. La confiscation concernait aussi les biens appartenant aux personnes morales ayant la nationalité allemande. Il faut souligner que la loi du 3 janvier 1946 a été conçue comme outil normatif de nationalisation générale des moyens de production. L'expropriation des biens appartenant à des étrangers était ainsi envisageable selon la loi. Toutefois, à la différence des entrepreneurs allemands qui étaient discriminés à plusieurs égards, tous les propriétaires non allemands, qu'ils soient polonais ou étrangers, devaient recevoir des indemnisations conformément à l'article 7 et disposaient de certains droits d'opposition dans le cadre de la procédure d'acquisition. Par conséquent, la discrimination au détriment des Allemands résidait dans l'absence de toute indemnisation pour les pertes patrimoniales subies.

843. Le décret du 8 mars 1946, ayant la force normative d'une loi, a remplacé la loi du 6 mai 1945 sur les biens abandonnés et désaffectés. La notion de biens désaffectés a été remplacée par celle de biens anciennement allemands. En vertu de l'article 2, par. 2 du décret, tous les biens des personnes physiques ou morales ayant la nationalité allemande ont été transférés à l'État à l'exception des biens personnels indispensables des personnes physiques. Les biens allemands confisqués sont restés en partie entre les mains de l'État ou des collectivités publiques polonaises, et en partie attribués aux nouveaux colons en tant que fondement d'une politique de repeuplement. Le système de répartition permettait ainsi à l'État de réguler les futures structures économiques et sociales selon ses propres critères. Afin de régler le sort des biens mobiliers allemands qui n'avaient pas été pillés ou emportés, une opération de recensement détaillée a été menée sous la direction des bureaux de liquidation de chaque région. Le décret du ministre des Territoires récupérés, du 24 mars 1946 prévoyant la réalisation d'un

²⁰⁰⁶ Loi du 3 janvier 1946 relative à l'appropriation des branches fondamentales de l'économie nationale par l'État (*Gesetz vom 3 Januar 1946 betreffend die Übernahme der Grundzweige der nationalen Wirtschaft in das Eigentum des Staates*), Krülle, *idem*, pp. 114-119.

²⁰⁰⁷ *Dekret vom 8 März 1946 über das verlassene und ehemals deutsche Vermögen*, *Idem*, pp.119-128.

recensement des biens mobiliers anciennement allemands, a servi de fondement juridique à cette opération²⁰⁰⁸.

844. Plusieurs règles relevant de lois ou de décrets ont ainsi servi comme fondements juridiques de la mise en œuvre d'une politique de confiscation des biens abandonnés par les Allemands, sis sur les territoires relevant de la juridiction de l'État polonais.

b. Les confiscations entreprises par les autorités tchécoslovaques.

845. Par une série des décrets, les biens des personnes de nationalités suspectes ont fait l'objet de mesures de confiscation par les autorités tchécoslovaques. Le recours aux décrets présidentiels comme instrument juridique était justifié par l'impossibilité de réunion de l'Assemblée législative qui s'est pour la première fois réunie le 28 octobre 1945.²⁰⁰⁹ Plusieurs décrets édictés par le Président portaient ainsi sur la question allemande et le sort des biens des Allemands.

846. Le décret n° 12/1945, entré en vigueur le 23 juin 1945, portait sur la confiscation des terres agricoles appartenant aux Allemands et Hongrois, aux traitres et aux ennemis des nations tchèque et slovaque. L'objectif du décret était la réforme du système d'exploitation des terres et le critère de détermination des personnes, dont les biens devaient être confisqués, était l'origine allemande ou hongroise, indépendamment de leur citoyenneté. En outre, le décret n° 33/1945, entré en vigueur le 10 août 1945 portait sur le retrait de la citoyenneté tchécoslovaque pour des personnes ayant déjà acquis la citoyenneté allemande ou hongroise. Des exceptions étaient prévues pour des personnes ayant démontré leur loyauté à l'égard de la République tchécoslovaque en participant à la lutte de libération du pays ou ayant subi les effets des atrocités commises par les puissances d'occupation. Le décret n° 108/1945, entré en vigueur le 30 octobre 1945, prévoyait la confiscation de tous les biens des Allemands et des Hongrois de Tchécoslovaquie et la création d'un fonds national de restauration. Selon ce dernier décret, la confiscation ne concernait pas les biens des personnes de nationalité allemande ou hongroise ayant fait preuve de leur loyauté envers la République tchécoslovaque, n'ayant commis aucune infraction à l'encontre des nations tchèque ou slovaque et ayant pris une part active à la lutte

²⁰⁰⁸ Décret du ministre des Territoires récupérés du 24 mars 1946 relatif à la réalisation d'un recensement des biens meubles jadis allemands (*Verordnung des Ministers für die Wiedergewonnenen Gebiete vom 24 März 1946 über die Durchführung einer Erfassung des ehemals deutschen beweglichen Eigentums*), *idem*, pp.128-139. Diverses dispositions prises par la suite, notamment l'arrêté interministériel du 11 juillet 1946 relatif à l'aliénation de certains biens meubles abandonnés et anciennement allemands, ont permis l'acquisition gratuite ou à bas prix de meubles.

²⁰⁰⁹ V. en détail K. Klima, « Die verfassungsrechtliche Natur der Dekrete des Präsidenten der Tschechoslowakischen Republik », pp. 223-228, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Murswiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsrecht, op.cit.*

pour la libération du pays ou ayant été victimes du nazisme²⁰¹⁰. La référence au critère de loyauté constituait ainsi une preuve d'allégement du caractère discriminatoire des mesures de confiscations. Le critère d'appartenance ethnique ne primait pas sur le critère de loyauté.

847. Les décrets portaient sur les confiscations et le retrait de la citoyenneté, mais pas sur l'expulsion des Allemands, abordée dans les accords de Potsdam du 2 août 1945²⁰¹¹. Il faut souligner que les mesures repérables dans les décrets affectaient tous les citoyens tchécoslovaques de nationalité allemande ou hongroise. Conformément aux dispositions des décrets évoqués, les personnes de nationalité allemande ou hongroise perdaient leur citoyenneté tchécoslovaque à la date d'entrée en vigueur du décret du 2 août 1945. Une exception était prévue pour ceux qui s'étaient comportés loyalement vis-à-vis de la Tchécoslovaquie²⁰¹². À la différence de la procédure pénale ordinaire, la charge de la preuve de la loyauté envers l'État tchécoslovaque n'incombait pas aux autorités tchécoslovaques. Les personnes devaient elles-mêmes apporter la preuve d'un comportement loyal pour ne pas subir les effets préjudiciables des décrets présidentiels.

848. Cette référence au critère de loyauté mérite d'être davantage analysée. En effet, le critère décisif pour la confiscation ou non des biens semble ne pas être l'attachement à l'État ennemi, mais l'absence d'un comportement loyal envers l'État tchécoslovaque. Le critère de discrimination et d'imposition d'un régime préjudiciable n'était pas une nationalité précise,

²⁰¹⁰ Décret relatif à la confiscation des biens de l'ennemi et les fonds de réhabilitation nationale, 25 octobre 1945 (Über die Konfiskation des feindlichen Vermögens und die Fonds der nationalen Erneuerung), C 108/1945, *Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mitteleuropa*, t. IV v.1, 2004, pp. 263 et s. Pour une étude détaillée v. M. Kittel, H. Möller, « Die Beneš-Dekrete und die Vertreibung der Deutschen im europäischen Vergleich », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 2006, pp.541-581.

²⁰¹¹ V. à ce sujet Bazin A., « Les décrets Beneš, de l'usage du passé dans le débat européen », *Critique internationale*, 2003/4, p. 42-49 et « Tchèques et Allemands aujourd'hui : bon voisinage sur fond de réconciliation difficile », dans *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2009, pp.99-120. Décret 12/1945 du Président de la République du 21 juin 1945 sur la confiscation et le partage accéléré des biens agricoles des Allemands, des Magyars ainsi que des traîtres et des ennemis des peuples tchèque et slovaque (*Dekret des Präsidenten der Republik vom 21. Juni 1945 Über die Konfiskation und beschleunigte Aufteilung des landwirtschaftlichen Vermögens der Deutschen, Magyaren wie auch der Verräter und Feinde des tschechischen und slowakischen Volkes*), *Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mitteleuropa*, t. IV, v. 1 p. 225 « Préambule : Ce décret a été adopté pour répondre à l'appel des paysans et des sans-terres tchèques et slovaques en faveur d'une nouvelle réforme agraire cohérente, et surtout dans le but de retirer une fois pour toutes les terres tchèques et slovaques des mains des propriétaires fonciers étrangers allemands et hongrois, ainsi que des traîtres à la République, et de les remettre entre les mains des paysans et des sans-terres tchèques et slovaques ». La lecture du préambule nous permet de saisir le degré de corrélation entre l'objectif social de gestion des terres et la logique visant le sort des biens privés ». *Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mitteleuropa*, t. IV, v. 1, p. 225. Décret du 25 octobre 1945 qui régla les confiscations des biens de l'État allemand, du NSDAP, ainsi que des personnes de nationalité allemande. Des mesures des confiscations étaient exemptées les personnes qui s'étaient comportées de manière loyale par rapport à la république tchécoslovaque, « qu'elles sont restées fidèles à la République tchécoslovaque, qu'elles n'ont jamais commis d'infraction contre les peuples tchèque et slovaque et qu'elles ont soit participé activement à la lutte pour leur libération, soit souffert de la terreur nazie ou fasciste ». *Idem*, p.240.

²⁰¹² Il est évident que le critère d'absence de loyauté laissait une marge de manœuvre très étendue d'interprétation aux gouvernements. De Zayas A, *Die Nemesis von Potsdam : Die Anglo-Amerikaner und die Vertreibung der Deutschen*, *op.cit.*, p.43.

mais la non-participation active à la lutte nationale. Le critère de loyauté qu'on pourrait nommer « positive », semble avoir joué un rôle plus fondamental que le critère de nationalité ou d'origine ethnique²⁰¹³.

849. Il faut souligner que la même formule, prévoyant la distinction entre les ressortissants tchécoslovaques d'ethnie allemande fidèles à l'État tchécoslovaque et ceux non fidèles, se trouve dans tous les décrets qui portent sur la déchéance de nationalité ou sur la confiscation des biens²⁰¹⁴. Il s'agit d'une preuve du lien indéfectible entretenu entre les mesures d'expulsion et celles de confiscation. En effet, les mêmes critères ont été employés pour l'identification des personnes affectées par la déchéance de nationalité et subissant la confiscation de leurs biens. Les deux sanctions étaient motivées par le même objectif, à savoir punir collectivement le groupe des Allemands de souche pour leur déloyauté envers l'État.

850. Cette association du critère de nationalité ou d'origine ethnique à un comportement déloyal met en exergue le caractère complexe des mesures attentatoires au statut personnel et patrimonial des individus. En effet, un régime de responsabilité collective doit, par principe, ne pas prendre en considération les comportements individuels des membres du groupe. La seule appartenance au groupe suffit pour la mise en œuvre d'un tel régime. En revanche, si des mesures préjudiciables sont conditionnées par des comportements pénalement répréhensibles, un changement de paradigme s'opère. Au lieu d'un régime de responsabilité collective, un cadre pénal présupposant la culpabilité individuelle est esquissé. Une distinction absolue entre les deux modèles ne serait qu'artificielle. Dans la plupart des cas, des mesures de connotation pénale changent de nature, devenant ainsi des mesures relevant d'un régime de responsabilité collective. Il faut aussi souligner que dans un cadre institutionnel fragile, comme c'est le cas des ordres juridiques *post bellum*, le caractère pénal d'une disposition risque d'être compromis par sa mise en œuvre. Une disposition relevant du droit pénal présuppose le constat d'une faute personnelle. En absence de tout constat de faute personnelle par les autorités censées mettre en œuvre cette disposition, cette disposition prend l'allure d'une mesure de responsabilité

²⁰¹³ Pour cette raison, l'accusation de crime de génocide ne pouvait pas être fondée. En effet, la Convention sur le génocide présuppose la destruction d'un groupe identifiable par des critères ethniques, raciaux ou religieux. V. Chr. Tomuschat, « Die Vertreibung der Sudetendeutschen... », *op.cit.*, pp.12-13

²⁰¹⁴ « Les conditions de l'expropriation d'autres formes de propriétés que les valeurs patrimoniales agricoles, ordonnée à l'automne 1945, étaient pratiquement identiques à celles régissant la perte de la citoyenneté. Là non plus, aucune définition de la nationalité ne fut fixée dans le décret présidentiel afférent. Une différence fondamentale existait cependant ; ce dernier excluait ma possibilité d'interjeter appel contre la décision des services compétents sur l'expropriation, alors que pour la citoyenneté, cela était possible dans un délai de six mois suivant la décision », D. Gosewinkel, M. Spurny, « Citoyenneté et expropriation en Tchécoslovaquie au lendemain des deux Guerres mondiales », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2014, n. 61, pp. 26-61, p.50. Sur les spécificités du décret pour la confiscation des biens agricoles p.52 et s.

collective. Cette continuité entre des mesures de caractère pénal et de mesures de responsabilité collective s'observe dans les actes visant le statut et les biens des Allemands de l'Est après la Seconde Guerre mondiale. Par exemple, en Pologne, les mesures de confiscation ont été conçues en tant que peine par la loi sur les crimes de guerre, prenant la forme du décret du 31 août 1944, révisé le 10 décembre 1946 et le 3 avril 1948. Néanmoins, même si le décret du 31 août 1944 visait la répréhension « des criminels fascistes hitlériens responsables pour l'extermination et les traitements inhumains subis par les civils et les prisonniers de guerre, ainsi que des traîtres du peuple polonais », ses dispositions pouvaient s'appliquer aux moindres circonstances et à presque tous les Allemands, sans tenir compte de leur culpabilité personnelle. De simples soupçons suffisaient pour que les services de sécurité procèdent à l'arrestation, à la détention et à la saisie des biens. En cas de condamnation, la peine de mort ou d'emprisonnement et la perte des droits civiques ainsi que la confiscation de l'ensemble des biens étaient prévues.²⁰¹⁵ Cet exemple démontre comment une disposition de droit pénal risque de changer de nature relevant par la suite d'un régime de responsabilité collective. La condition de mise en œuvre de ce régime est le constat de rattachement des personnes physiques ou morales à l'État ennemi.

§3 Le rattachement à l'État ennemi, condition d'application du régime discriminatoire de responsabilité collective.

851. L'expulsion des populations allemandes présupposait la détermination de leur lien d'attachement à l'État allemand. Certes, la mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective ne pouvait pas être fondé sur des critères bien précis d'attachement ou de rattachement à l'État ennemi. Le changement des frontières rendait encore plus compliqué la détermination d'un tel rattachement (a) et son opposabilité envers l'État d'accueil (b).

a. L'arbitraire des critères de détermination du rattachement à l'agresseur vaincu.

852. À la différence du traité de Versailles, ni l'accord de Yalta, ni l'accord de Potsdam ne contenaient de dispositions relatives à la question de nationalités des populations *post bellum*. Ce silence rendait problématique la détermination des critères employés pour cibler les ressortissants ennemis. L'identification des ressortissants ennemis — des Allemands en

²⁰¹⁵ Décret du Comité polonais de libération nationale du 31 août 1944 sur la détermination de la peine des criminels fascistes-hitlériens coupables d'avoir tué et maltraité des civils et des prisonniers de guerre, ainsi que des traîtres à la nation polonaise (*Dekret des Polnischen Komitees der Nationalen Befreiung vom 31 August 1944 über die Strafzumessung für faschistisch-hitlerische Verbrecher die der Tötung und der Misshandlung von Zivilpersonen und Kriegsgefangenen schuldig sind, sowie für Verräter des polnischen Volkes*), Krülle S., *Die Konfiskation deutschen Vermögens durch Polen*, pp. 157-158.

l'occurrence — était l'autre facette de l'opération d'identification de nouveaux citoyens polonais²⁰¹⁶.

853. Un État comme la Pologne était ainsi obligé de se pencher sur des pratiques antérieures, même employées par l'administration du Troisième Reich, pour apprécier le caractère « allemand » des personnes résidant sur son territoire. Une référence pourrait être faite au décret polonais du 4 novembre 1944, portant sur les mesures de sûreté à l'encontre des « traîtres de la nation ». L'article 1 du décret prévoyait que les citoyens polonais qui, à l'époque de l'occupation allemande sur le territoire du Gouvernement général et de la voïvodie de Bialystok, avaient déclaré leur appartenance à la nationalité allemande (*Volkszugehörige* allemands) ou leur ascendance allemande (*Deutschstämmige*), devaient être arrêtés, placés dans un camp d'internement pour une durée illimitée et soumis aux travaux forcés, indépendamment de leur responsabilité pénale.²⁰¹⁷ L'art. 3 du décret prévoyait que les biens de ces personnes qualifiées de « traîtres » ainsi que de leurs familles devaient être confisqués au profit du trésor public. Ce décret visait ainsi de manière globale les ressortissants allemands qualifiés comme tels en vertu d'actes relevant des autorités du Troisième Reich. Les actes, des lois ou des décrets visant à exclure de la communauté nationale polonaise les ressortissants ennemis, présentaient ainsi la particularité de se référer de manière explicite à la pratique administrative des Allemands pendant l'époque de l'incorporation de la Pologne dans le Reich²⁰¹⁸.

²⁰¹⁶ Au sujet d'attribution de la nationalité polonaise, la situation était différente à la suite de la Première Guerre mondiale. La formation de l'État polonais en 1918 a eu comme conséquence l'obtention *ipso facto* de la nationalité polonaise des anciens ressortissants du Reich allemand. Un droit d'option leur était aussi reconnu et le choix du maintien de la nationalité allemande devait être suivi par un changement de résidence de la Pologne vers l'Allemagne. En vertu de l'art. 278 du traité de Versailles, l'Allemagne s'est engagée « à reconnaître la nouvelle nationalité qui aurait été ou serait acquise par ses ressortissants d'après les lois des puissances alliées ou associées et conformément aux décisions des autorités compétentes de ces puissances, soit par la voie de naturalisation, soit par l'effet d'une clause d'un traité et à dégager à tous les points de vue ces ressortissants, en raison de cette acquisition de nouvelle nationalité, de toute allégeance vis-à-vis de leur État d'origine ». Cette voie semble avoir été conforme à celle empruntée en cas de succession de souveraineté. Dans le cadre de la succession de souveraineté, la pratique d'attribution de la nationalité de l'État successeur était courante. La volonté individuelle n'était prise en compte que de manière limitée par le biais du droit d'option. Le droit d'option, exercé par des habitants d'un territoire nouvellement acquis par un État, et le choix éventuel en faveur du maintien de l'ancienne nationalité avait comme conséquence le changement de résidence sur le territoire de l'ancien État. V. à ce sujet Conseil de l'Europe, *Convention européenne sur la nationalité*, 6 novembre 1997, Chapitre VI Succession d'État et nationalité, art. 18-20.

²⁰¹⁷ *Dekret des Polnischen Komitees der Nationalen Befreiung vom 4 November 1944 über die Sicherungsmaßnahmen gegenüber Volksverrätern*, *Idem*, pp.158-160

²⁰¹⁸ La référence aux pratiques relevant des organes relevant de l'administration allemande concernait aussi la réhabilitation des personnes. Les listes du peuple, établies par la Pologne après la guerre, correspondaient ainsi aux différents échelons de *Volksstum*, établies par les autorités du Reich. Comme les échelons allemands, les listes polonaises établissaient une distinction en fonction du degré d'assimilation au peuple. Des personnes non assimilables au peuple allemand selon les critères établis par les autorités du Reich, étaient ainsi susceptibles de relever de la population polonaise après la guerre. En effet, l'art. 1 de la loi du 6 mai 1945, prévoyait la réhabilitation des citoyens de l'État polonais inscrits après le 31 août 1939 dans le troisième ou le quatrième groupe de la liste du peuple allemand dans les territoires de la République de Pologne incorporés de force par l'occupant dans l'Empire allemand, si l'inscription dans la liste s'était produite contre leur volonté ou sous la contrainte et s'ils avaient manifesté par leur comportement leur

854. La Pologne jouissait ainsi d'une large marge de manœuvre quant à l'appréciation du caractère allemand des personnes subissant les effets d'une politique d'expulsion et de confiscation de biens privés. Cela s'explique parce qu'elle se considérait compétente à déterminer sa propre population²⁰¹⁹. Cette opération lui permettait d'exclure toute personne entretenant des liens avec l'État ennemi. En cela réside l'explication de déchéance de nationalité pour les ressortissants polonais binationaux, détenteurs aussi de la nationalité allemande²⁰²⁰. L'exclusion de certains individus avait comme conséquence automatique la reconnaissance d'autres en tant que membres de la nouvelle population polonaise. L'hypothèse d'être en même temps ressortissant ennemi et polonais devait être exclue. Les personnes expulsées ont été ainsi les personnes non susceptibles de faire partie de la population de l'État dans ses nouvelles frontières. Les biens de ces personnes ont été ainsi confisqués à titre de réparations de guerre. La confiscation de ces biens était aussi un moyen de renforcement du caractère national homogène de la population habitant les nouveaux territoires administrés, selon la disposition du traité de Potsdam, par la Pologne.

855. Les mêmes finalités ont été poursuivies par la Tchécoslovaquie par le recours à la confiscation des biens des Sudètes. Cette mesure a suivi leur expulsion collective justifiée par leur appartenance présumée à l'ethnie allemande. Les autorités tchécoslovaques ont procédé à leur expulsion et à la confiscation de leurs biens considérant que ces personnes avaient acquis

« spécificité nationale polonaise ». L'art. 21 de la même loi prévoyait la saisie par l'État des biens des ressortissants allemands et des citoyens polonais inscrits dans le premier ou le deuxième groupe des listes du peuple, considérés à l'époque, par l'administration allemande, aptes à faire partie du peuple allemand. Une procédure de réhabilitation était prévue même pour les personnes inscrites dans la deuxième liste. V. en détail art. Art. 9 et 21 de la loi du 6 mai 1945 sur l'exclusion des éléments hostiles de la communauté nationale polonaise (*Gesetz vom 6 Mai 1945 über den Ausschluss feindlicher Elemente aus der polnischen Volksgemeinschaft*), *Idem*, pp. 160-165.

²⁰¹⁹ En vertu de la loi polonaise du 28 avril 1946, la nationalité du pays était attribuée à des personnes qui avant le 1er septembre 1945 avaient leur résidence permanente dans les nouveaux territoires et dont la loyauté à l'égard de l'État et du peuple polonais était confirmée par une autorité administrative.

²⁰²⁰ Le décret du 13 septembre 1946 portait sur l'exclusion des personnes de nationalité allemande de la communauté nationale polonaise (*Dekret vom 13 September 1946 über den Ausschluss von Personen deutscher Nationalität aus der polnischen Volksgemeinschaft*), *idem*, pp. 168-170. Ce décret prévoyait la déchéance de nationalité, l'expulsion et la confiscation des biens des personnes de nationalité polonaise qui par leur comportement avaient manifesté leur « spécificité nationale allemande ». Selon l'article 5, les personnes déchues de la nationalité polonaise voyaient leurs biens confisqués par l'État. La mesure de déchéance de nationalité pour les citoyens yougoslaves d'appartenance ethnique allemande a été prise par le Conseil antifasciste de libération nationale en Yougoslavie, v. les texte dans *Jahrbuch für Internationales Recht*, Kiel 1948-1949, p. 486. Par les mesures étaient concernés les ressortissants yougoslaves d'appartenance ethnique germanique qui « avaient affirmé leur appartenance au peuple allemand pendant l'occupation » (*während der Besetzung zu deutschen Volkstum bekannt haben*) ou qui étaient généralement considérés comme des Allemands (*allgemein als Deutsche angesehen wurden*). Pour une analyse v. J. J. Szalma, « Enteignungen in Serbien nach dem Zweiten Weltkrieg und der Stand der Restitutionsgesetzgebung », pp.173-195, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Murswiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsrecht*, vol. 2, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 261 p.

la nationalité allemande en vertu des traités bilatéraux postérieurs à l'accord de Munich de 1938²⁰²¹.

856. L'expulsion et la confiscation des biens des Allemands de l'Europe de l'Est étaient fondées sur l'attribution du caractère ennemi, en l'occurrence du caractère allemand, à des groupes des personnes résidant sur les États de l'Est. Les États à l'origine de l'expulsion et des confiscations des biens privés ont fait usage d'une marge de manœuvre significative pour l'attribution du caractère allemand aux personnes non souhaitées de faire partie du corps national des nouveaux États. Cette interprétation probablement arbitraire du lien d'attachement avec l'Allemagne devait être obligatoirement reconnue par celle-ci, devenant l'État d'accueil de personnes spoliées.

b. Des personnes expulsées et spoliées qualifiées d'« Allemands » par la RFA.

857. Du point de vue de la République fédérale, les personnes expulsées avaient acquis le statut d'Allemands dans le sens de la loi fondamentale (*Deutsche im Sinne des Grundgesetzes*), d'après le 1^{er} paragraphe de l'article 116). Selon ce paragraphe, est qualifié d'« Allemand au sens de la présente Loi fondamentale ; quiconque possède la nationalité allemande ou a été admis sur le territoire du *Reich* allemand tel qu'il existait au 31 décembre 1937, en qualité de réfugié, d'expulsé appartenant au peuple allemand, ou de conjoint ou de descendant de ces derniers ». Cette disposition a été justifiée par la Cour constitutionnelle en raison des « particularités de la période après la guerre »²⁰²². Dans la loi sur la réglementation des questions de nationalité du 22 février 1955, figuraient certaines dispositions précises qui concernaient la nationalité des membres du peuple allemand (*Volkszugehörige*). De cette catégorie relevaient

²⁰²¹ La question de la nationalité des Sudètes est une affaire très complexe. L'art. 70 du traité de paix de Saint-Germain du 10 septembre 1919 précisait que « [t]oute personne ayant l'indigénat sur un territoire faisant antérieurement partie des territoires de l'ancienne Monarchie austro-hongroise acquerra de plein droit et à l'exclusion de la nationalité autrichienne, la nationalité de l'État exerçant la souveraineté sur ledit territoire ». A la suite de la conclusion des accords de Munich, un traité sur la nationalité et les questions d'option de nationalité a été conclu entre le Reich allemand et la République tchécoslovaque. En vertu de cet accord, les citoyens tchécoslovaques d'ethnie allemande acquéraient automatiquement la nationalité allemande, avec effet rétroactif depuis le 10 octobre 1938. Pour les personnes d'origine ethnique non allemande, un régime d'option détaillé était prévu, qui devait permettre à une personne de rejoindre son groupe ethnique dans sa région d'installation. Le traité était conçu alors comme le complément logique de l'accord sur le changement de territoire. Si la région des Sudètes devenait une partie intégrante du territoire allemand, la population qui y vivait devait également être soumise à la souveraineté permanente du nouveau maître du territoire. Il faut néanmoins souligner que cet ensemble de traité n'a pas été reconnu comme valide par les autorités tchécoslovaques. Pour une réflexion générale portant sur les effets du traité de Munich après 1945 v. J. Frowein, U. Bernitz, *Avis juridique sur les décrets Beneš et l'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne*, 2002, https://www.europarl.europa.eu/studies/Benešdecrees/pdf/opinions_fr.pdf. Les auteurs précisent que les effets du traité de Munich n'ont pas été mis en doute ni par la Tchécoslovaquie ni par la RDA. À la lumière de ce constat s'explique le soin pris par la RDA de ne pas remettre en question la citoyenneté allemande des Allemands des Sudètes acquis par ces derniers sur la base du traité de Munich. En effet, dans le traité de Prague du 11 décembre 1973, l'article II par 2 dispose que « le présent traité n'affecte en rien la nationalité des personnes, vivantes ou décédées aux termes du système juridique de l'une ou l'autre des parties contractantes » p.22.

²⁰²² BVerfG 83,37, *Ausländerwahlrecht I*, 31 octobre 1990, par. 51.

ceux qui avaient obtenu la nationalité allemande à la suite d'annexion des territoires après 1937 ou en vertu des traités postérieurs à cette date²⁰²³. L'art. 25 de la même loi stipulait que la naturalisation allemande de ces personnes — en vertu d'actes incombant ainsi au Troisième Reich — n'aurait pas de conséquence sur leur droit au retour à leur ancienne patrie (*Heimatrecht*) ou la reconnaissance des droits patrimoniaux. Si la validité de leur nationalité allemande était ainsi reconnue, aucun droit ne leur était conféré pour revendiquer une indemnisation du fait de leur expulsion ou de la confiscation de leurs biens. Les incertitudes liées à l'opposabilité de la reconnaissance de leur nationalité allemande par la RFA restaient multiples. Ainsi s'explique le fait que les questions de nationalité entre la Pologne et l'Allemagne unifiée n'ont pas fait l'objet d'aucun traité spécifique jusqu'à aujourd'hui. Par ailleurs, dans l'échange des notes du 17 juin 1991 par les ministres des affaires étrangères à l'occasion du traité bilatéral de voisinage (*Nachbarschaftsvertrag*), il a été précisé que les questions de nationalité ou de propriété n'étaient pas régies par ce traité, laissant planer de doutes quant à la reconnaissance des effets des mesures de confiscation des biens privés auxquelles étaient liées les considérations au sujet de la nationalité des propriétaires expulsés et spoliés. Il est évident que les appréciations quant à la licéité des actes de confiscation différaient entre les pays concernés. L'exemple de la Pologne et l'interrogation autour de la compétence des autorités polonaises à procéder à la confiscation méritent d'être analysés en détail.

§4 Les divergences quant à l'appréciation de licéité des mesures de confiscation prises par les autorités polonaises.

858. L'appréciation de la légalité des mesures de confiscation ayant suivi les mesures d'expulsion diffère substantiellement entre la Pologne (a), pays ayant pris l'initiative d'une telle série d'actes, et l'Allemagne (b), pays dont les ressortissants ont subi les effets préjudiciables. Néanmoins, une estimation quant au caractère illicite d'un acte ne signifie pas, *ipso facto*, la contestation de ses effets (c). Ainsi s'explique l'obligation de non-contestation des actes entrepris à titre de réparations de guerre incombant à l'Allemagne.

a. Des confiscations conçues comme moyens de prolongement de la guerre : la thèse polonaise.

859. Pour la Pologne la confiscation des biens privés devait être interprétée à la lumière des caractéristiques de la guerre totale. L'expulsion massive des ressortissants de l'État ennemi et

²⁰²³ Loi sur la nationalité du 22 février 1955 (*Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit*) Bundesgesetzblätter, 25 février 1955, T. I p. 65, Art. 25 : « Les déclarations faites en vertu de la présente loi n'affectent pas le droit de patrie (*das Heimatrecht*) des personnes déplacées ni les règles relatives à leur nationalité qui en découleront à l'avenir ».

la confiscation systématique des biens des ressortissants ennemis reprenaient ainsi certaines caractéristiques de la guerre. Se considérant titulaire de la souveraineté sur les anciens territoires allemands de l'est, la Pologne s'estimait compétente pour décider du sort des droits de propriété qui relevaient de son nouveau territoire. La spoliation des biens privés était ainsi directement liée à l'obligation de réparation ou de dédommagement pour les dommages subis pendant la guerre. Quant au transfert des biens publics allemands à l'État polonais, en vertu du décret du 8 mars 1946, ceci était conforme aux règles relatives à la succession d'États. En outre, l'application de la Convention de la Haye de 1907 régissant l'occupation militaire devait être exclue parce que la Pologne n'agissait pas à titre de puissance occupante, mais à titre de puissance souveraine. Le droit polonais par conséquent était le seul ensemble normatif susceptible d'être appliqué.

860. La question de la licéité des mesures de dépossession est intrinsèquement liée à l'interrogation autour de la nature des compétences exercées par l'État polonais sur la région de la ligne Oder Neisse. La modification des frontières imposée à l'État ennemi devait être analysée à la lumière du droit international de l'époque. Si, depuis la doctrine Stimson, l'obligation de ne pas reconnaître les fruits d'une agression était censée avoir acquis une valeur normative coutumière, l'interrogation portait sur la licéité d'une « doctrine Stimson inversée »²⁰²⁴. Selon cette interprétation, une atteinte à l'intégrité territoriale d'un État agresseur ou même l'annexion des parties de son territoire ne seraient pas contraires à la Charte de l'ONU, si elles « étaient impérieusement commandées par ce qui constitue le principe et le but suprême des Nations Unies, à savoir le maintien de la paix et de la sécurité internationale »²⁰²⁵. Si une telle affirmation était conforme au droit international, un statut profondément discriminatoire serait attribué à l'agresseur vaincu, à l'encontre de qui, l'annexion de territoire voire la subjugation deviendraient de titres juridiques valables. Cette interprétation semble conforme aux articles spéciaux de la Charte portant sur les États ennemis. En effet, c'est l'invocation de ces articles qui soutient la thèse en vertu de laquelle « les annexions de fait de territoires allemands effectuées en 1945 n'étaient pas interdites par le droit international général »²⁰²⁶.

861. En ce qui concerne le partage des territoires et la détermination du titre de souveraineté, les dispositions de l'accord de Potsdam faisaient l'objet d'interprétations diverses. La référence à l'administration polonaise est interprétée comme allusion à la nécessité d'un traité de paix

²⁰²⁴ Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, op.cit., p.296.

²⁰²⁵ *Idem*, p. 303.

²⁰²⁶ *Ibid.*

futur qui serait en mesure de fixer de manière définitive les frontières²⁰²⁷. Le terme « administration » pour la doctrine polonaise renvoyait à l'exercice d'un pouvoir illimité et permanent. En outre, le texte de l'accord faisait référence aux « anciens territoires allemands » et laissait sous-entendre qu'un nouveau pouvoir souverain était reconnu sur cette région. L'accord de Potsdam prévoyait que « les chefs des trois gouvernements réaffirment qu'à leur avis, la délimitation définitive de la frontière polonaise occidentale doit être ajournée jusqu'au moment du règlement de la paix ». En ce qui concerne la référence au traité de paix, qui aurait comme conséquence la transformation du traité en un traité intermédiaire dans l'attente du règlement définitif, la Pologne faisait la distinction entre l'obligation d'un traité de paix et l'obligation d'établissement de la paix qui pourrait avoir lieu par d'autres moyens, p. ex. par la cessation unilatérale de la situation de guerre, survenue le 18 février 1955, en vertu d'une déclaration unilatérale de la Pologne. Pour la Pologne, les traités de frontières postérieures, à savoir le traité 2 plus 4 ou le traité bilatéral du 14 novembre 1990, conclues entre la Pologne et l'Allemagne n'avaient qu'un caractère déclaratoire et leur effet n'était que d'approuver *ex tunc* les délimitations territoriales. L'usage du terme « administration » dans l'accord de Potsdam était ainsi dicté par le besoin de marquer la différence avec le régime des territoires occupés par l'URSS et ne laissait pas suspendu l'interrogation quant à leur statut territorial.²⁰²⁸

²⁰²⁷ *Potsdamer Abkommen*, Ch. IX : « Conformément à l'accord conclu lors de la conférence de Crimée, les chefs des trois gouvernements ont examiné l'avis du Gouvernement provisoire d'union nationale polonaise concernant le territoire au nord et à l'ouest que la Pologne doit obtenir. Le président du Conseil national de Pologne et les membres du Gouvernement provisoire d'union nationale polonaise ont été reçus à la conférence et ont pleinement exposé leurs points de vue. Les chefs des trois gouvernements réaffirment leur opinion selon laquelle la fixation définitive de la frontière occidentale de la Pologne doit être reportée jusqu'à la conférence de paix. Les chefs des trois gouvernements conviennent que, jusqu'à la fixation définitive de la frontière occidentale de la Pologne, les territoires anciennement allemands situés à l'est de la ligne qui va de la mer Baltique immédiatement à l'ouest de Swinemünde et de là le long de l'Oder jusqu'au débouché de la Neisse occidentale et le long de la Neisse occidentale jusqu'à la frontière tchèque, y compris la partie de la Prusse orientale, qui ne sera pas placée sous l'administration de l'Union des républiques socialistes soviétiques conformément aux accords conclus lors de la présente conférence, et y compris le territoire de l'ancienne ville libre de Gdansk, sera placée sous l'administration de l'État polonaise et ne sera pas considérée à cet égard comme faisant partie de la zone d'occupation soviétique en Allemagne ».

²⁰²⁸ Dans le sous-chapitre intitulé « Frontière occidentale de la Pologne » il était précisé que « [l]es chefs des trois gouvernements sont d'accord pour que l'État polonaise administre, en attendant le tracé définitif de cette frontière, les anciens territoires allemands ». Pour la position polonaise v. en détail K. Skubiszewski, « Administration of territory and sovereignty : a comment on the Potsdam Agreement », *Archiv des Völkerrechts*, 1985, pp.31-41, p.39 : « An instrument which validly confers upon one State the administration of an area which until that moment remained under the sovereignty of another State can, by an express provision, maintain the titular or residual sovereignty of the latter. When, however, a clause to this effect is lacking and the administering State possesses and exercises all the rights, power and authority inherent in sovereignty, the retention of the bare residue of sovereignty by the State which hitherto was the sovereign of the territory is more than doubtful. In other words, when a clause protecting the unchanged status of sovereignty is absent, the purpose of the administration helps to elucidate the status of the territory. The aim of the Great Powers was to revise the eastern frontier of Germany in favour of Poland. The Potsdam Agreement constituted the basic decision which gave expression to that aim. In view of the purpose which the Great Powers intended to achieve here was practically no chance to establish, let alone to maintain, the duality between the exercise of sovereignty by the Poland and the nominal sovereignty supposedly retained by Germany. Poland exercised her administration in the former German territories *à titre de souverain* ». *Idem*, p. 40 : « The failure to arrive at a formal « peace settlement with Germany » does not detract from the stability of the frontier. The Polish title has been consolidated by acts of recognition of, or consent

862. Pour dissiper toute réserve concernant la licéité de ses actes, la Pologne invoquait l'intérêt général visant à l'instauration d'un ordre public. En outre, ces actes semblaient être approuvés par les alliés et le régime de réparations imposé aux Allemands. Des actes normalement incompatibles avec le principe de protection de la propriété privée des étrangers en vertu des règles du droit international se justifiaient ainsi par invocation d'une règle spécifique à savoir l'inclusion des biens privés dans la réglementation des réparations de guerre. Par conséquent, le raisonnement de la doctrine polonaise reposait sur l'idée selon laquelle, les actes de confiscation doivent être interprétés dans le contexte spécifique de l'immédiat après-guerre. L'expropriation des Allemands sans compensation n'obéissait pas seulement à des fins politiques et économiques, mais à des fins morales, à savoir la punition de l'agresseur²⁰²⁹.

b. Le refus de reconnaissance de la validité des mesures de confiscation par la RFA.

863. La thèse contraire était soutenue par la RFA. Selon son argumentation, les territoires attribués à la Pologne en vertu de l'accord de Potsdam se trouvaient provisoirement sous l'administration polonaise et ne relevaient pas de la souveraineté de la Pologne. Par conséquent, la Pologne comme État y exerçait des prérogatives administratives temporaires, régies par les Conventions de la Haye²⁰³⁰. D'après cette interprétation, la politique vis-à-vis des biens privés était déterminée par les art. 46 et 47 de la Convention de la Haye de 1907. De toute manière, les confiscations visant les biens des ressortissants allemands violaient le droit des étrangers et plus précisément le standard minimum de traitement reconnu en leur faveur. La thèse allemande soutenait que les confiscations ne pouvaient pas être appréhendées comme des mesures de réparation, mais comme des mesures d'atteinte visant à une certaine homogénéité nationale. Cet argument résultait d'une interprétation de l'accord de Potsdam. En effet, les mesures de réparation relevaient de la section IV, alors que l'expulsion de la population allemande des territoires de l'Est n'était réglée que dans la section XIII de l'accord²⁰³¹. C'était la minorité allemande qui était visée indépendamment de toute question de satisfaction des réclamations de réparations. Les Allemands interprétaient ces actes comme cristallisation d'une politique

to, the Oder-Neisse frontier, including the treaties signed with the German Democratic Republic and the Federal Republic of Germany. What normally would have been dealt with in a peace treaty that was to be concluded soon after the war, has so far and to a large extent been achieved through a series of settlements consisting of a variety of instruments which cover the whole span of post-war history ».

²⁰²⁹ Expression utilisée par A. Szczeponiek, *Enteignung der Deutschen durch Polen nach dem Zweiten Weltkrieg aus polnischer und völkerrechtlicher Sicht, op.cit.*, p.212.

²⁰³⁰ En vertu du traité de Görlitz, signé le 6 juillet 1950 entre la République populaire de Pologne et la RDA la ligne Oder-Neisse a été reconnu comme la frontière officielle de ces deux pays. Cet accord n'a été jamais approuvé par la RFA.

²⁰³¹ E. Féaux de la Croix, « Grenzüberschreitender Lastenausgleich », *Die öffentliche Verwaltung*, 1962, pp. 588-600, p.590 et s.

d'homogénéisation nationale présupposant l'éradication de la minorité nationale allemande²⁰³². Si l'invocation de l'intérêt général permettait à un État d'exproprier sous certaines conditions les biens des étrangers, en l'occurrence un tel intérêt, conforme au droit international, faisait défaut.

864. La doctrine allemande soulignait le caractère inhumain de l'expulsion dont avait été victime la population allemande de l'Europe de l'Est. Cette ligne argumentative était suivie à la fois contre les autorités polonaises et tchécoslovaques. L'accent était mis sur le fait que l'expulsion, considérée *eo ipso* contraire au droit international, et la mise en œuvre d'une politique de confiscation de la population allemande étaient liées d'une manière très intense. L'expulsion et la confiscation étaient ainsi appréciées comme étapes du même processus décisionnel. Si l'expulsion était contraire au droit international, le même constat s'imposait aussi pour la confiscation²⁰³³. La non-application dans le temps de la CEDH, orientait l'étude vers l'identification d'autres règles en vigueur à l'époque et dont l'objectif était la protection de la propriété étrangère. La violation contre la « doctrine Hull » qui faisait dépendre la licéité d'une mesure d'expropriation à une indemnisation prompte, adéquate et effective a souvent été soulignée²⁰³⁴. En outre, la règle d'indemnisation pour un acte de dépossession consacrée à plusieurs reprises dans la jurisprudence de la période de l'entre-deux-guerres pouvait être interprétée en tant que règle générale du droit international²⁰³⁵.

865. Les auteurs allemands ont essayé d'établir un lien entre les mesures de confiscation et les mesures d'expulsion des ressortissants allemands qui portaient préjudice aux droits de l'homme. Une distinction a été proposée entre des mesures orientées vers les biens à confisquer (*sachbezogen*) et d'autres qui se déterminent à partir de l'identité des personnes qui sont leurs propriétaires (*gruppenbezogen*).²⁰³⁶ À titre d'exemple, une référence pourrait être faite à l'art. 2

²⁰³² « Lösung der Minderheitenfrage durch Vertreibung », H. Raschhofer, *Die Vermögenskonfiskationen der Ostblockstaaten*, Metzner, Frankfurt am Main, 1956, pp.38, p.16.

²⁰³³ E. Klein, *Diplomatischer Schutz im Hinblick auf Konfiskationen deutschen Vermögens durch Polen Diplomatischer Schutz*, Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen, Bonn, 1992, 79 p., p. 48.

²⁰³⁴ La « doctrine ou formule Hull », énoncée pour la première fois par le secrétaire américain Cordell Hull dans un échange de notes à la suite des expropriations de sociétés pétrolières américaine au Mexique en 1936, soutient qu'en cas d'expropriation d'investissements étrangers une indemnisation prompte, adéquate et effective est exigée.

²⁰³⁵ Sentence relative au *Norwegian Shipowners' claim* (Norvège c. États-Unis), 13 octobre 1922, Recueil des sentences arbitrales, vol.1, p. 307, p.338. CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, *op.cit.*, p.22. V. aussi l'avis de Max Huber du 1 mai 1925 dans Sentence relative aux biens britanniques au Maroc espagnol, 1er mai 1925, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 615, p.647.

²⁰³⁶ D. Blumenwitz, *Das Offenhalten der Vermögensfrage in den deutsch-polnischen Beziehungen*, *op. cit.*, p.53 : « Comme les confiscations avaient un caractère de persécution, elles se distinguent largement de l'expropriation classique. Les expropriations ordinaires ne visent qu'à obtenir la propriété et ne portent généralement pas atteinte à la dignité humaine. Mais la dignité humaine est toujours atteinte lorsqu'il y a persécution et proscription. C'est précisément parce qu'elles étaient d'origine allemande que les personnes concernées ont été touchées par les spoliations et persécutées par le moyen de l'expulsion. Les confiscations n'étaient donc pas en premier lieu liées à des biens, mais à des groupes, et

de la loi polonaise du 3 janvier 1946, selon lequel les Allemands ont été privés du droit de réclamer d'indemnisations, ou au décret du 8 mars 1946 ordonnant les confiscations des personnes physiques et morales allemandes et d'autres qui étaient passées du côté de l'ennemi.²⁰³⁷ La violation de l'interdiction de non-discrimination et de l'obligation d'indemnisation semblait ainsi évidente par des mesures de ce type visant des personnes du fait de leur appartenance à un groupe précis (*gruppenbezogen*).

866. L'interrogation portait sur la possibilité de reconnaissance par l'État allemand des actes contraires au droit international, menés par des États étrangers. Il faut souligner qu'il appartient au droit interne de chaque pays de déterminer sous quelles conditions des actes étrangers contraires au droit international peuvent être sanctionnés. L'obligation de ne pas respecter des actes étrangers contraire au droit international peut résulter pour la République fédérale soit directement du droit international public en vertu de l'article 25 de la Loi fondamentale, soit à la suite de l'invocation de l'exception de l'ordre public international. L'article 25 de la Loi fondamentale oblige tout d'abord la République fédérale à ne pas se comporter elle-même de manière contraire au droit international, mais ne donne pas de précisions concernant la manière dont la République fédérale doit se comporter face aux actions d'autres États contraires au droit international. La Cour Constitutionnelle en s'appuyant sur cet article a précisé que les autorités allemandes sont tenues de s'abstenir de tout ce qui pourrait donner effet, sur le territoire d'application de la loi fondamentale, « à un acte étranger accompli par des personnes dépositaires de l'autorité publique en violation des règles générales du droit international public ». ²⁰³⁸ Cette obligation incombe à la République fédérale en cas de violation des règles de *jus cogens*. Ce raisonnement pourrait être pertinent pour la question de reconnaissance des actes de confiscation visant les Allemands en 1945. Si l'on part du principe, selon la thèse défendue par Ermacora, que les mesures de confiscation et d'expulsion constituaient un génocide, il en résulte l'inefficacité des actes juridiques polonais. L'expulsion massive et les confiscations des biens des Allemands contrevenaient ainsi à des règles impératives du droit international²⁰³⁹. En raison de cette assimilation entre l'expulsion et le génocide, les mesures

constituaient une discrimination considérable des Allemands en raison de leur origine nationale, contraire aux droits de l'homme ».

²⁰³⁷ M. Barelkowski, Cl. Kraft, « La Pologne et les biens allemands et juifs après 1945 », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2014, n. 61, pp. 61-96.

²⁰³⁸ BVerfG 75,1, *Völkerrecht*, 31 mars 1987, p. 19.

²⁰³⁹ F. Ermacora, *Die sudetendeutschen Fragen: Rechtsgutachten*, München, Langen Müller, 1992, 284 p. Tomuschat récusant l'interprétation proposée par Ermacora considère que « pendant l'expulsion des Sudètes, des actes individuels de génocide ont été commis ». Chr. Tomuschat, « Die Vertreibung der Sudetendeutschen... », *op.cit.*, p.12.

de confiscation seraient ainsi appréhendées comme des concrétisations de la stratégie génocidaire visant la population allemande²⁰⁴⁰.

867. Au-delà du *jus cogens*, l’invocation de la clause d’ordre public international, figurant dans l’art. 6 *EGBGB* (loi d’introduction au code civil allemand) aurait comme conséquence juridique le non-respect des actes étrangers. Si les confiscations ne font pas partie d’un génocide, seule l’invocation de l’ordre public international pourrait ainsi être invocable. La raison de son invocation serait la violation du droit des étrangers par des actes relevant de l’ordre juridique polonais et tchécoslovaque²⁰⁴¹. Cet argument a été commenté par la doctrine. Il a été soutenu que les confiscations ne constituent pas un crime international de telle ampleur et importance pour que ces actes ne puissent pas être reconnus par l’État fédéral allemand²⁰⁴². Les hésitations concernant la reconnaissance de validité des actes de confiscation mettaient en exergue leur spécificité par rapport aux autres actes de dépossession des propriétaires allemands. Leur spécificité aurait été fondée, si les confiscations entreprises contre les Allemands de l’Est avaient leur propre finalité et n’étaient pas perçues comme des mesures relevant du régime de réparations de guerre. Si, en revanche, les confiscations s’inscrivaient dans le cadre global de réparations de guerre, la RFA ne pouvait pas contester leur licéité. En effet, l’obligation de non-contestation des mesures de dépossession des Allemands à l’étranger à titre de réparations de guerre relevait de l’*Überleitungsvertrag*.

c. L’obligation générale de non-contestation des mesures de confiscation, par référence à leur finalité en tant que réparations de guerre.

868. Il doit être rappelé que l’*Überleitungsvertrag*, déjà analysé précédemment, contenait des dispositions spécifiques pour les biens saisis à titre de réparations de guerre. Ce traité contenait aussi une clause relative à la renonciation à des réclamations d’indemnisation pour les pertes subies par des ressortissants allemands. L’interrogation porte ainsi sur le champ

²⁰⁴⁰ Ermacora a interprété le droit à la patrie comme un droit composite, qui inclut l’interdiction de l’expulsion, de déportation, la reconnaissance du droit au retour ainsi que du droit à la restitution des propriétés privées. *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt*, Vol. I, österreichische Akademie, Wien 1974, 629 p., p.515.

²⁰⁴¹ V. en détail D. Blumenwitz, *Das Offenhalten der Vermögensfrage in den deutsch-polnischen Beziehungen*, *op.cit.*, p.73-78. G. Dahm, *Völkerrecht*, vol. I, De Gruyter, Berlin 2002, lxxix-509 p., p.271 : « Les tribunaux allemands et les tribunaux d’autres États ne sont pas tenus de considérer comme juridiquement valables, dans leur domaine de compétence, les expropriations de biens allemands en Pologne, en Tchécoslovaquie et dans d’autres États d’Europe de l’Est après la Seconde Guerre mondiale. Les expulsions et les expropriations massives qui y ont eu lieu constituent une telle violation de l’ordre public international qu’elles n’ont pas à être reconnues, et ne doivent même pas l’être ».

²⁰⁴² Chr. Tomuschat, « Die Vertreibung der Sudetendeutschen... », *op.cit.*, p.16 : « S’il est donc établi que les mesures de confiscation prises par la Tchécoslovaquie en 1945 ne peuvent pas être considérées comme des violations du droit international de la plus haute gravité selon le droit applicable à l’époque, cela signifie en même temps que l’article 25 de la Loi fondamentale ne s’applique pas. Étant donné que les confiscations de biens n’ont pas constitué un “crime international” au sens de la terminologie actuelle, la République fédérale d’Allemagne n’a pas non plus l’obligation d’exiger le rétablissement de la situation légale initiale par une politique de non-reconnaissance consécutive ».

d'application de l'*Überleitungsvertrag* et si de son champ relevaient aussi les actes de confiscations visant les Allemands de l'Est. Il doit être souligné que la renonciation à toute objection concernait les biens allemands sis à l'étranger ou d'autres biens allemands confisqués à certaines finalités²⁰⁴³. Selon l'*Überleitungsvertrag*, l'État allemand était censé s'étendre aux frontières du 31 décembre 1937. L'interrogation portait ainsi sur les biens sis d'une part dans le territoire marqué par les fleuves Oder-Neisse et d'autre part dans la région des Allemands Sudètes. Une distinction doit ainsi être effectuée en fonction du lieu des biens confisqués.

869. Les biens sis le territoire polonais marqué par les fleuves Oder Neisse relevaient de la catégorie des biens sis à l'intérieur du pays allemand, puisque ces régions faisaient partie de l'État allemand avant le 31 décembre 1937. Par conséquent, pour que ces confiscations soient concernées par cette disposition de l'*Überleitungsvertrag*, il fallait que ces biens soient confisqués « à des fins de réparation ou de restitution, en raison de l'état de guerre ou en vertu des traités particuliers bilatéraux ». La référence aux réparations de guerre renvoyait à une pratique courante en vertu de laquelle, le montant des spoliations devait être affecté à des comptes spécifiques à la disposition des alliés²⁰⁴⁴. Si cette pratique avait été suivie, la finalité de réparations de guerre des actes de confiscation était aisément constatable. En l'occurrence, la complexité résidait dans le fait que la valeur des biens du territoire Oder-Neisse n'avait pas été incluse aux comptes spéciaux pour les réparations établis par les puissances alliées. À la lumière de cette considération, le lien établi entre ces confiscations et les réparations de guerre pouvait être mis en doute. Si les confiscations n'avaient pas eu lieu à titre de réparations de guerre, l'*Überleitungsvertrag* n'aurait pas été applicable et par conséquent des indemnisations pouvaient toujours être réclamées par les anciens propriétaires.

870. L'incertitude par rapport au lien entre les confiscations et les réparations de guerre planait sur toute réflexion concernant aussi les mesures affectant les personnes d'origine allemande (*Volkdeutsche*) qui se trouvaient sur le territoire de la Tchécoslovaquie. Dans le cas des Sudètes, les biens se trouvaient à l'étranger par rapport aux frontières allemandes de 1937.

²⁰⁴³ VI partie, Réparations art. 3 par. 1 « La République fédérale ne formulera à l'avenir aucune objection aux mesures qui ont été ou seront prises à l'encontre des biens allemands à l'étranger ou autres qui ont été saisis à des fins de réparation ou de restitution ou en raison de l'état de guerre ou en vertu d'accords que les Trois Puissances ont conclus ou concluront avec d'autres États alliés, des États neutres ou d'anciens alliés de l'Allemagne ».

²⁰⁴⁴ V. S. Wenk, *Das Konfiszierter deutsche Privatvermögen in Polen und der Tschechoslowakei*, Berlin, Lang, 1993, 219 p., p.110. S. Krülle, « Eigentumsfragen im Zusammenhang mit dem umfassenden deutsch-polnischen Vertrag », pp.77-90, p.84, dans D. Blumenwitz, H. Mangoldt, *Neubestätigung und Weiterentwicklung von Menschenrechten und Volksgruppenrechten in Mitteleuropa*, Köln, Wissenschaft und Politik, 1991, 120 p.

En l'occurrence, la complexité était liée à l'incertitude quant au caractère allemand des propriétaires spoliés.

871. Il faut rappeler que l'application de l'*Überleitungsvertrag*, et donc l'interdiction de toute réclamation d'indemnisation, présupposait la qualification d'« Allemand » pour les propriétaires des biens confisqués. L'engagement de la part de l'Allemagne de ne pas réclamer d'indemnisations pour les biens confisqués, présupposait que les biens en question appartiennent à des Allemands et qu'ils soient saisis pour des raisons liées à la guerre. La qualité des propriétaires dépossédés en tant qu'« Allemands » était ainsi la condition non-contestation de la validité des mesures de confiscation.

872. Il faut rappeler que d'après les accords de Potsdam, les frontières de l'État allemand correspondaient à celles de l'empire germanique du 31 décembre 1937. Par conséquent, les personnes d'origine allemande résidant en Tchécoslovaquie n'étaient pas reconnues comme ressortissants allemands. Il ne fait aucun doute que les habitants de la région des Sudètes avaient acquis la nationalité tchécoslovaque en vertu de l'article 70 du Traité de paix de Saint-Germain du 10 septembre 1919²⁰⁴⁵. La complexité autour de la nationalité des habitants de la région des Sudètes s'explique par les appréciations divergentes quant aux effets des accords de Munich en 1938. Après la conclusion de l'accord de Munich, qui, selon la publication dans le Journal officiel du Reich, était déjà entré en vigueur le jour de sa signature, c'est-à-dire le 29 septembre 1938, le Reich allemand et la République tchécoslovaque ont aussitôt conclu un traité sur les questions de nationalité et d'option. Selon ce traité, les citoyens tchécoslovaques résidant dans les Sudètes ont acquis en principe automatiquement la nationalité allemande avec effet rétroactif au 10 octobre 1938. Pour les personnes d'origine ethnique non allemande d'une part, et les personnes d'origine ethnique allemande résidant en dehors du territoire cédé d'autre part, une réglementation détaillée sur les options était prévue, qui devait permettre à chacun de rejoindre son groupe ethnique. Le traité relatif aux questions de nationalité « constituait un complément logique à l'accord sur le changement de territoire »²⁰⁴⁶. Les effets de ces textes au lendemain de la guerre ont fait l'objet d'interprétations divergentes entre la RFA et la Tchécoslovaquie. Cette dernière considérait les accords de Munich et leurs conséquences comme nuls et non avenues dès le début. La RFA, d'autre part, défendait une position plus

²⁰⁴⁵ Toute personne ayant l'indigénat (*pertinenza*) sur un territoire faisant partie des territoires de l'« ancienne Monarchie austro-hongroise acquerra de plein droit et à l'exclusion de la nationalité autrichienne, la nationalité De l'État exerçant la souveraineté sur ledit territoire », cité par Tomuschat Chr., « Die Vertreibung der Sudetendeutschen... », *op.cit.*, p.24.

²⁰⁴⁶ *Idem*, p. 24.

nuancée qui a été cristallisée dans le traité bilatéral du 11 décembre 1973 et le traité du 27 février 1992. Tout en reconnaissant l'accord de Munich comme nul et non avenue, les deux États ont précisé dans l'art. 2 du traité de 1973 que le traité ne portait pas « atteinte aux effets juridiques découlant, à l'égard des personnes physiques ou morales, du droit appliqué pendant la période allant du 30 septembre 1938 au 9 mai 1945 »²⁰⁴⁷.

873. À la lumière de cette analyse, et malgré le caractère non valide des accords de Munich, les Allemands des Sudètes devaient être considérés comme des ressortissants allemands au moment de leur expulsion. En effet, quelle que soit l'appréciation sur la validité juridique de l'accord de Munich, il est certain que la Tchécoslovaquie s'est elle-même séparée de ses citoyens expulsés d'origine allemande par le décret de déchéance de nationalité du 2 août 1945, en les déclarant déchus de la nationalité tchécoslovaque avec effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur du traité du 20 novembre 1938. Cette sanction a été ainsi interprétée comme « une reconnaissance sans équivoque de l'acquisition de la nationalité allemande »²⁰⁴⁸. Les Allemands des Sudètes ont été expulsés à titre d'« étrangers indésirables » (*unerwünschte Ausländer*)²⁰⁴⁹. Dans la première loi sur la réglementation des questions de nationalité, le législateur a finalement affirmé (article 1, paragraphe 1, livre A) que le traité germano-tchécoslovaque du 20 novembre 1938 avait conservé ses effets²⁰⁵⁰.

874. La reconnaissance de la nationalité allemande des personnes expulsées d'ethnie allemande a été aussi confirmée par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision du 28 mai 1952²⁰⁵¹. Dans cette affaire qui concernait une personne d'origine allemande relevant d'une partie de la Tchécoslovaquie, transformée par la suite en Protectorat de Bohême et de Moravie, la Cour a précisé que la nullité des actes d'annexion ou de changement de statut d'un territoire, ne porte pas préjudice aux effets d'attribution de la nationalité allemande en lien avec

²⁰⁴⁷ *Idem*, p.25

²⁰⁴⁸ *Idem*, p. 26.

²⁰⁴⁹ *Idem* p. 26-27. Ce serait un comportement absolument contradictoire si le gouvernement tchèque voulait aujourd'hui affirmer que les personnes concernées étaient apatrides entre septembre 1938 et le 8 mai 1945. Il doit s'en tenir à sa décision de déchoir les personnes déplacées précisément en raison de l'octroi de la nationalité allemande à ceux-ci en 1938. Elle ne peut pas s'opposer, au sens juridique, au fait que le vide ait été comblé par le pouvoir allemand. Celui qui déchoit des personnes de leur nationalité montre ainsi qu'il considère qu'il n'a pas de rapport juridique avec les personnes déchues de leur nationalité et qu'il a perdu tout intérêt pour le groupe de personnes concerné. Il est alors également empêché — en conséquence de ses propres actes — de se plaindre du recours exercé par les membres du groupe comme d'une atteinte inadmissible à sa compétence personnelle. C'est donc au moins le principe de droit international public de l'estoppel qui s'applique ici. La République fédérale d'Allemagne ne commet pas un abus de droit considérant que les Sudètes expulsés sont devenus des citoyens allemands depuis le 10 octobre 1938.

²⁰⁵⁰ Loi sur la nationalité du 22 février 1955 (*Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit*) Bundesgesetzblätter, 25 février 1955, Teil I p. 65,1955.

²⁰⁵¹ BVerfG, décision du 28 mai 1952 — *NJW* 1952, pp.777-778.

ce changement territorial²⁰⁵². Les autorités étatiques défendaient l'avis selon lequel, le requérant n'avait pas obtenu la nationalité allemande d'une manière juridiquement valable. Ces octrois de nationalité, inopposables au regard du droit international, ne pouvaient pas être valables même sur le plan interne. La Cour n'a pas retenu cette argumentation soulignant le caractère discrétionnaire de détermination des modalités d'acquisition et de perte de nationalité par un État²⁰⁵³. Il a même été précisé que l'octroi de nationalité allemande par les actes du *Reich* allemand a été reconnu, de manière indirecte, par la Tchécoslovaquie, puisque le décret du 2 août 1945 stipulait que « les citoyens tchécoslovaques d'ethnie allemande ou hongroise (*Volkstum*) ayant acquis la nationalité allemande ou hongroise conformément aux dispositions d'une puissance occupante étrangère ont perdu la nationalité tchécoslovaque à compter du jour de cette acquisition ». La République tchécoslovaque a donc retiré la nationalité tchécoslovaque à tous les ressortissants tchécoslovaques d'ethnie allemande qui ont acquis automatiquement la nationalité allemande, soit en vertu du traité du 20 novembre 1938 en ce qui concerne les Allemands des Sudètes²⁰⁵⁴, soit en vertu des décrets attribuant la nationalité allemande à des personnes d'ethnie allemande du soi-disant Protectorat de Bohême-Moravie²⁰⁵⁵. Par conséquent, même des actes de naturalisation postérieurs au 31 décembre 1937 étaient reconnus comme valides dans l'ordre juridique allemand. Les personnes expulsées et réfugiées à la RFA étaient ainsi considérées comme des Allemands. Leurs biens pouvaient ainsi être confisqués à titre de réparations de guerre.

875. À l'aune de cette analyse, les personnes d'ethnie allemande expulsées par la Tchécoslovaquie étaient considérées comme titulaires de la nationalité allemande. Leurs biens pouvaient ainsi être saisis et confisqués à titre de réparations de guerre. Selon cette

²⁰⁵² En l'occurrence, le requérant avait acquis la nationalité allemande en vertu de l'art. II du décret sur le Protectorat de Bohême et de Moravie du 16 mars 1939 (*Erlass des Führers und Reichskanzlers über das Protektorat Böhmen und Mähren*), *Reichsgesetzblatt*, 1939, T. 1, pp.485 et s.

²⁰⁵³ « Le pouvoir discrétionnaire de l'État de régler ces questions est limité par le droit international général. Selon ce principe, chaque État ne peut accorder sa nationalité qu'à des personnes ayant un lien réel et étroit avec lui. Selon la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux arbitraux, un tel lien est notamment reconnu comme étant la descendance d'un ressortissant ou la naissance sur le territoire de l'État. La nationalité peut être effective sur le plan national en vertu de l'ordre juridique de l'État qui l'a accordée, tant qu'elle n'est pas contestée par un État étranger et retirée à sa demande. [...] C'est donc d'abord le droit allemand qui décide de la validité nationale d'une règle octroyant la nationalité. L'inefficacité du décret sur le Protectorat de Bohême et de Moravie du 16 mars 1939 [...] ne peut être déduite ni de l'art. 4 de la Constitution de Weimar ni de l'art. 25 de la Loi fondamentale — en supposant la validité de cette disposition et son application rétroactive. Le droit international public ne contient pas de principes généraux sur le changement de nationalité dans le cadre d'une modification territoriale (succession d'États). La pratique des États reste très variable dans ce domaine », *Beck-Rechtsprechung*, 1952, p. 103961.

²⁰⁵⁴ Il s'agissait du traité germano-tchécoslovaque du 20 novembre 1938 relatif aux questions de nationalité et d'option (*Vertrag zwischen dem Deutschen Reich und der Tschechoslowakischen Republik über Staatsangehörigkeits- und Optionsfragen*), I. Münch, *Ostverträge, III Deutsch-tschechoslowakische Verträge*, Berlin, De Gruyter, 1973, 217 p.

²⁰⁵⁵ Ordonnance sur l'acquisition de la nationalité allemande par les anciens ressortissants tchéco-slovaques d'ethnie allemande du 29 avril 1939 (*Verordnung über den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch frühere tschechoslowakische Staatsangehörige deutscher Volkszugehörigkeit vom 29 April 1939*), *Reichsgesetzblatt*, 1939, T. 1, p. 815.

argumentation, l'État allemand, en vertu de l'*Überleitungsvertrag*, ne pouvait pas réclamer d'indemnisations pour les pertes subies par ces personnes.

876. Les tentatives de contestation de la licéité des mesures de saisie des biens des Allemands expulsés se sont avérées vaines. Des juridictions à la fois nationales et internationales ont refusé d'admettre des droits d'indemnisation voire de restitution aux ennemis civils expulsés pour la perte de leurs biens. En effet, la reconnaissance du caractère valide de ces mesures avait comme conséquence l'exclusion de toute possibilité d'indemnisation pour les propriétaires dépossédés. Cela s'explique par la finalité de ces mesures, à savoir la mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective à titre de réparations de guerre.

Section II Des actes de confiscation non susceptibles d'être contestés auprès des juridictions nationales ou internationales

877. La saisie des biens privés à titre de réparations de guerre a comme conséquence l'exclusion de toute possibilité de protection des personnes expulsées pour les pertes patrimoniales subies. La confiscation des biens privés obéit ainsi à une finalité bien précise. Si cette finalité peut être identifiée dans les actes de confiscation, aucune protection ne peut être accordée à des personnes dont les biens ont été affectés par ce régime de responsabilité collective. Ancrés dans une situation historique bien précise, les effets des actes de confiscation sont reconnus comme valides (§1, §2). La saisie des biens à titre de réparations de guerre exclut la revendication d'indemnisations de la part de l'État ayant eu l'initiative de l'acte de dépossession (§3).

§1 La non-contestation de la licéité des confiscations opérées en vertu des décrets Beneš : la controverse autour des biens du Prince de Lichtenstein

878. Les considérations relatives à la reconnaissance des mesures de confiscation prises par les autorités tchécoslovaques et leur qualification de réparations de guerre ont occupé une place prépondérante dans le litige opposant le Prince Hans Adam II de Lichtenstein à la RFA. Le Prince alléguait avoir été privé d'un accès effectif à un tribunal quant à son action en restitution d'un bien, confisqué en vertu du décret Benes n° 12/1945. En effet, en vertu de ce décret relatif à « la confiscation et la répartition accélérée des terres agricoles des ressortissants allemands et hongrois et des traîtres et ennemis du peuple tchèque et slovaque », l'ex-Tchécoslovaquie avait procédé à la confiscation des biens situés en Tchécoslovaquie, du père du requérant, François Joseph II²⁰⁵⁶. Le décret visait l'ensemble des terres agricoles, y compris les immeubles et

²⁰⁵⁶ L'idée d'une cinquième colonne revient souvent dans la littérature sur les minorités allemandes. Ce terme, qui remonte à la guerre civile espagnole, ne signifie pas nécessairement espions ou saboteurs. « [I] l faisait simplement

meubles qui y étaient attachés, appartenant aux ressortissants allemands et hongrois, quelle que fût leur citoyenneté. Plusieurs juridictions à la fois internes et internationales se sont prononcés sur ce différend. Leurs décisions méritent d'être examinées en détail.

a. Une confiscation relevant des réparations de guerre, l'appréciation des juridictions internes allemandes.

879. En l'occurrence, le prince a saisi les juridictions allemandes pour obtenir la restitution d'un tableau exproprié en 1945 en Tchécoslovaquie²⁰⁵⁷. En 1991, le musée municipal Wallraf-Richartz de Cologne a reçu le tableau en prêt pour une exposition organisée, par l'institut des monuments historiques de Brno (Brünn). Sur la base d'une ordonnance provisoire du tribunal de Cologne du 11 novembre 1991, obtenue par le Prince Hans-Adam, la mise sous séquestre du tableau a eu lieu le 17 décembre 1991. Le Prince demandait la restitution du tableau dont le propriétaire originaire était son père, en prétendant que l'œuvre n'avait fait l'objet d'aucune mesure d'expropriation au sens juridique du terme et que, de toute manière, de telles mesures étrangères, emportant violation de l'ordre public international de la République fédérale, étaient considérées comme nulles et non avenues.

880. Le tribunal de grande instance de Cologne, a rejeté, par son jugement du 10 octobre 1995, la requête du prince, visant à obtenir l'accord de la ville de Cologne pour la remise du tableau, comme irrecevable. Le tribunal estimait que la voie judiciaire n'était pas ouverte devant les juridictions allemandes pour régler cette affaire. Le tribunal régional a rejeté la demande du requérant, précisant qu'en vertu du règlement sur de questions issues de la guerre et de l'occupation du 23 octobre 1954 (*Überleitungsvertrag*) entre les puissances occupantes et la République fédérale, sa compétence n'était pas fondée. Comme déjà évoqué à plusieurs reprises dans le cadre de la présente étude, l'art. 3 du chapitre VI de l'*Überleitungsvertrag* prévoyait que toute réclamation contre des personnes « ayant acquis ou transféré des droits de propriété, en vertu des mesures prises à l'égard des avoirs allemands à l'étranger ou d'autres biens saisis à titre des réparations ou des restitutions, ou en raison de l'état de guerre ou en se fondant sur

référence aux civils qui vivaient dans le camp adverse sans le vouloir et sans leur consentement. Cependant, pendant et après la Seconde Guerre mondiale, la cinquième colonne est devenue synonyme de traîtres et a été utilisée comme une insulte contre toutes les minorités, bien que beaucoup d'entre elles ne soient pas responsables de leur situation peu enviable. Ces minorités se sont retrouvées sous la domination étrangère contre leur gré et sans plébiscite ou exercice du droit d'option». A. De Zayas, *Die Nemesis von Potsdam : Die Anglo-Amerikaner und die Vertreibung der Deutschen*, *op.cit.*, p.39.

²⁰⁵⁷ Le tableau « Scène autour d'un four à chaux romain » du peintre néerlandais Pieter van Laer (1599-1642) faisait partie de la collection du prince de Liechtenstein depuis au moins 1767. À la fin de la Seconde Guerre mondiale, il se trouvait dans l'un des châteaux de la famille, dans l'actuelle République tchèque.

des accords spécifiques », n'était pas recevable²⁰⁵⁸. Cette disposition est demeurée en vigueur en vertu du Traité portant règlement définitif concernant l'Allemagne réunifiée, signé le 12 septembre 1990. En effet, l'art. 7 du traité, modifié par l'accord des 27 et 28 septembre 1990, prévoyait que les par. 1 et 3 de l'article 3 du 6^{ème} chapitre de l'*Überleitungsvertrag* restent valides au regard du droit international public et du droit constitutionnel allemand²⁰⁵⁹. En l'espèce, le Tribunal a considéré que la confiscation des biens du père du requérant constituait une mesure au sens du par. 3 de l'art. 3 du 6^{ème} chapitre.

881. Un rapport direct a été ainsi esquissé entre ces mesures de confiscation et les réparations liées à la Deuxième Guerre Mondiale. Par conséquent, toute possibilité d'invocation de l'ordre public comme obstacle à la reconnaissance de telles mesures devait être exclue. Ce point a soulevé plusieurs critiques de la part de la doctrine qui précisait que les jugements du Tribunal de Grande Instance — et de la Cour d'appel qui sera examiné par la suite — reposent sur une interprétation erronée de l'art. 3 III du 6^{ème} chapitre de l'*Überleitungsvertrag*, puisque, en l'occurrence, il ne s'agissait pas « d'une confiscation à des fins de réparation ou de restitution ou en raison de l'état de guerre ». En l'occurrence, il s'agissait, selon une partie de la doctrine, des confiscations revêtant le caractère de mesures punitives à l'encontre de personnes qui s'étaient comportées de manière déloyale à l'égard de la Tchécoslovaquie entre 1938 et 1945²⁰⁶⁰.

²⁰⁵⁸ Convention sur le Règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation (texte amendé conformément à l'annexe IV au protocole sur la cessation du régime d'occupation dans la RFA, signé à Paris le 23 octobre 1954), *Überleitungsvertrag*, *Bundesgesetzblatt*, 1955, II, n° 8, p.405 ; Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 331, p. 253. Le paragraphe 1 de l'article 1 du chapitre VIème énonce que la question des réparations sera réglée par le « traité de paix entre l'Allemagne et ses anciens ennemis ou par des accords antérieurs relatifs à cette question. Dans l'intervalle, conformément au paragraphe 1 de l'article 3 la RFA accepte de ne soulever "dans l'avenir, aucune objection contre les mesures qui ont été prises ou qui seront prises à l'égard des avoirs allemands à l'étranger ou des autres biens saisis au titre des réparations ou des restitutions, ou en raison de l'état de guerre, ou en se fondant sur les accords que les trois Puissances ont conclus ou pourront conclure avec d'autres pays alliés, avec des pays neutres ou avec d'anciens alliés de l'Allemagne". Conformément au paragraphe 3 de l'article 3, l'Allemagne accepte que "ne [soient] pas recevables les réclamations et les actions dirigées contre des personnes qui ont acquis ou transféré des droits de propriété en vertu [du premier paragraphe] du présent article, ainsi que contre des organismes internationaux, des gouvernements étrangers ou des personnes qui ont agi sur instruction de ces organismes ou de ces gouvernements étrangers".

²⁰⁵⁹ Il faut préciser qu'en vertu de l'article 7 du traité « 2 plus 4 » tous les traités qui concernaient l'Allemagne ont cessé d'avoir un effet juridique. Article 7 par. 1 « Les États-Unis d'Amérique, la République française, le Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et l'USSR mettent fin par le présent Traité à leurs droits et responsabilités relatifs à Berlin et à l'Allemagne dans son ensemble. En conséquence, il est mis fin aux accords, décisions et pratiques quadripartites correspondants, qui s'y rattachent, et toutes les institutions des Quatre Puissances y afférentes sont dissoutes ». L'*Überleitungsvertrag* était aussi concerné par cet article. Toutefois, après la conclusion du Traité « deux-plus-quatre » le 12 septembre 1990, mais avant la suspension des droits et responsabilités des Quatre puissances par le 1^{er} octobre 1990, les parties de l'*Überleitungsvertrag* ont convenu, par échange de notes le 27 et 28 septembre 1990, de maintenir en vigueur l'art. 3 I et III de la Sixième partie du Traité, relative aux réparations de guerre.

²⁰⁶⁰ V. D. Fassbender, « Klageausschluß bei Enteignungen zu Reparationszwecken - Das Gemälde des Fürsten von Liechtenstein », *NJW*, 1999, p.1445-1448.

882. La question portait sur la qualité du père du requérant en tant que ressortissant allemand. Tout en admettant que pour l'ordre juridique allemand, ce dernier n'avait jamais été considéré comme ressortissant allemand, le Tribunal s'est appuyé sur la qualification de son père en tant que ressortissant allemand opérée jadis par les autorités de la Tchécoslovaquie²⁰⁶¹. Le problème réside dans l'interprétation de la qualité d'« allemand », figurant dans le ch. VI de l'*Überleitungsvertrag*. Les critères d'attribution de ce caractère n'y ont pas été précisés. Aucune référence à l'ethnie allemande n'est faite dans cet article. Il semble que pour les signataires du traité les « biens allemands à l'étranger » étaient des biens appartenant à des « ressortissants allemands » et situés en dehors de l'Empire allemand dans les frontières en vigueur le 31 décembre 1937. Selon la critique adressée à cette décision, la RFA aurait dû vérifier les conditions de mise en œuvre des mesures de confiscation à titre de réparations de guerre. Par ailleurs, l'État procédant à la confiscation n'était pas compétent pour déterminer arbitrairement le cercle des personnes concernées par les mesures de confiscation. Selon cette interprétation, la Tchécoslovaquie ne pouvait pas « exproprier en tant qu'Allemand une personne qui non seulement n'était pas un ressortissant allemand, mais qui en outre — pour reprendre les termes de la décision Nottebohm de la CIJ — n'avait aucun lien effectif prépondérant avec l'Allemagne »²⁰⁶². Cette argumentation était corroborée par le fait que selon la logique du ch. 6 de l'*Überleitungsvertrag*, les ressortissants d'un État neutre — comme le Liechtenstein en l'occurrence — ne pouvaient pas être tenus de contribuer aux réparations incombant à l'État allemand et à ses ressortissants²⁰⁶³.

883. Le Tribunal de grande instance, pour fonder son argumentation dans le cas du tableau du Prince, s'est appuyé de manière explicite sur la jurisprudence de la Cour fédérale de justice. À la lumière de cette jurisprudence, il incombe à l'État ayant pris l'initiative de la confiscation de déterminer la qualité allemande ou non des biens susceptibles de faire l'objet d'une confiscation à titre de réparations de guerre. En effet, dans sa décision du 29 janvier 1953, la Cour fédérale de justice a précisé que, dans la mesure où l'État tchécoslovaque avait exproprié des biens appartenant à des Allemands des Sudètes en vertu de sa législation sur les biens ennemis, la compétence des juridictions allemandes était exclue en vertu de la loi n° 63 de la

²⁰⁶¹ LG Köln, 10 octobre 1995, *Praxis des Internationalen Privat — und Verfahrensrechts*, 1996, p.419-423 p. 420 : « Le requérant estime que les conditions de cette disposition ne sont pas remplies, ne serait-ce que parce qu'elle ne couvre que les mesures “concernant les biens allemands à l'étranger ou d'autres biens” et que son père n'a jamais été allemand. Il est vrai que, du point de vue allemand, le père du requérant n'a jamais été allemand. Mais cela n'a pas d'importance. Dans ce cas, il est généralement admis que seul le point de vue de l'État qui a procédé à la confiscation est déterminant ».

²⁰⁶² D. Fassbender, « Klageausschluß bei Enteignungen zu Reparationszwecken », *op.cit.*, p.1446.

²⁰⁶³ *Idem*, p.1447.

Haute Commission alliée²⁰⁶⁴. Il faut rappeler que cette loi, promulguée le 31 août 1951 par la Haute commission alliée sanctionnait la politique interalliée des réparations. Elle se limitait à sanctionner les liquidations des valeurs allemandes à l'étranger qui ont eu lieu ou qui auraient lieu dans les différents États étrangers en raison de leur législation sur les biens ennemis. En s'appuyant sur les dispositions de cette loi, la Cour fédérale a considéré qu'il n'y avait pas de place pour examiner si cette législation de confiscation des biens était contraire aux bonnes mœurs ou aux lois allemandes. La difficulté était liée au fait que, contrairement aux termes « État étranger » et « Allemagne », la notion « propriété allemande » n'a pas été décrite dans la loi n° 63. Malgré ce silence au niveau de la lettre de la loi, son objectif, d'après l'interprétation téléologique proposée par la Cour, était favorable à la thèse selon laquelle les biens des Allemandes des Sudètes étaient considérés comme des « biens allemands ». Il a été souligné qu'à la différence de la loi du Conseil de contrôle n° 5, qui portait de manière directe sur la confiscation des détenteurs des biens à l'étranger, la loi n° 63 se limitait à sanctionner les liquidations de biens allemands effectuées ou en cours à l'étranger²⁰⁶⁵. De ce caractère « accessoire » de la loi, s'ensuivait, par conséquent, que « la question de savoir ce qui constitue une propriété allemande doit être jugée en fonction de la législation sur les biens ennemis des différents États liquidateurs »²⁰⁶⁶. Par conséquent, prenant en considération l'attitude adoptée par l'État tchécoslovaque à l'égard des Allemands des Sudètes depuis 1945, il ne fait aucun doute qu'il les a lui-même traités comme des Allemands et que leurs biens étaient ainsi des biens allemands. Ce raisonnement de la Cour fédérale de justice a été critiqué par la doctrine qui a mis l'accent sur la finalité des mesures de confiscation. La thèse a été défendue, selon laquelle les confiscations tchécoslovaques ne constituaient pas de mesures de guerre économique relevant d'un régime de réparations de guerre, mais des mesures de caractère pénal visant les « traîtres »²⁰⁶⁷. Par conséquent, les biens des personnes d'origine allemande ne

²⁰⁶⁴ BGH, Décision du 29 janvier 1953 — IV ZR 201/51 (München), *NJW*, 1953, p. 545.

²⁰⁶⁵ Loi n° 63 de la Haute Commission alliée en Allemagne précisant le statut des avoirs allemands à l'étranger et des autres biens appréhendés au titre des réparations ou des restitutions, *Journal officiel de la Haute Commission alliée en Allemagne*, 10 janvier 1951, pp. 1107. Art. 1, par. 1 : « Les dispositions de la présente Loi s'étendent aux biens suivants : a) tout bien qui, à la date d'entrée en vigueur de la présente Loi ou avant cette date, était propriété allemande et situé dans un pays étranger et qui, postérieurement au 1^{er} septembre 1939, a été ou sera transféré ou liquidé conformément à la législation de ce pays, ou conformément à la législation d'un autre pays à la suite d'un accord conclu avec le premier pays [...] ». Art. 2 Par. 1 : « Les droits, titres et intérêts des anciens propriétaires se rapportant aux biens auxquels s'étendent les dispositions de la présente Loi seront considérés comme éteints [...] ».

²⁰⁶⁶ Le caractère accessoire de la loi n. 63 a été souligné par K. Ehlers, « Die Rechtslage des deutschen Auslandseigentums nach dem AHKG 63 », *Juristenzeitung* 1952, pp. 465-467.

²⁰⁶⁷ L'interrogation portait sur l'objet du décret 108/1945 relatif à la confiscation de la propriété ennemie. S'il s'agissait d'un acte réglementaire de confiscation des biens ennemis, les autorités allemandes étaient obligées d'en reconnaître les effets et rejeter tout recours de contestation, en vertu des obligations découlant de la loi n° 63 de la Haute Commission alliée. V. le commentaire de I. Seidl-Hohenveldern, « Enteignung der Sudetendeutschen », *NJW*, 1953, pp. 1389-1390 : « Le décret du 28 octobre 1945, n° 108/1945, traite certes de la confiscation des biens "ennemis". [...] Néanmoins, les mesures prises à l'encontre des citoyens tchécoslovaques de nationalité allemande ne devaient certainement pas être

devaient pas entrer dans le champ d'application de la loi n.63. Selon cette critique, les biens des *Volksdeutsche* (personnes d'origine ou d'ethnie allemande), ne relevaient pas de la catégorie juridique de « propriété allemande à l'étranger ».

884. Le deuxième arrêt cité par la Cour de première instance de Cologne était une décision de la Cour fédérale de justice du 11 avril 1960²⁰⁶⁸. En l'occurrence, la juridiction allemande s'était estimée incompétente pour contester la saisie des biens par les autorités américaines, à titre de « biens allemands ». Selon la Cour, il appartenait exclusivement à l'État ayant saisi les biens de décider si, selon sa propre législation, les biens saisis, étaient des biens allemands ou étrangers.

885. Le Tribunal de grande instance s'est ainsi aligné sur la position de la Cour fédérale qui avait précisé que la qualification d'ennemi se détermine en fonction de la législation interne de l'État qui procède à cette mesure. En effet, du point de vue des autorités tchécoslovaques compétentes, le père du requérant était considéré comme allemand.

886. Le même raisonnement a été suivi par la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Cologne dans son jugement du 9 juillet 1996²⁰⁶⁹. L'appel a été déclaré irrecevable puisque, l'*Überleitungsvertrag* excluait la compétence des juridictions allemandes au sujet des mesures de réparations de guerre. Par conséquent, les rapports établis résultant de la confiscation ou de la liquidation des biens allemands à l'étranger à titre de réparations de guerre étaient définitifs et incontestables (*endgültig und unanfechtbar*). La Cour d'appel a souligné que la protection juridique était assurée à l'égard des actes émanant des autorités publiques internes et non pas contre des actes relevant des autorités étrangères.

887. La Cour a considéré qu'il n'était pas exclu de limiter la protection juridique contre des atteintes aux droits fondamentaux imputées à un État étranger, si des objectifs plus importants

justifiées de cette manière. En ce qui concerne ces personnes, le décret ne constitue pas une "mesure de guerre économique dans le cadre de la guerre contre l'Allemagne". Son objectif semble être vouloir punir ces personnes pour leur comportement collectif hostile à la Tchécoslovaquie pendant la guerre. C'est ce qui ressort du fait que l'article 1, paragraphe 1, point 2, du décret exclut les personnes loyales d'origine allemande de la confiscation de leurs biens, tout en prévoyant, d'autre part, conformément à l'article 1, paragraphe 1, point 3, la confiscation des biens des personnes déloyales, quelle que soit leur appartenance ethnique. Les Tchèques et les Slovaques "déloyaux" peuvent donc également subir la confiscation de leurs biens. Comme on ne peut pas supposer que la Tchécoslovaquie voulait considérer ses citoyens déloyaux comme des "ennemis", au sens de "ressortissants d'un État adversaire belligérant", il serait ainsi commode d'affirmer que le décret, malgré son titre, ne contient pas de mesures de guerre économique, mais des mesures contre les "traîtres (*Hochverräter*)" [...].

²⁰⁶⁸ BGH, décision du 11 avril 1960, « Zuständigkeit der deutschen Gerichte », *NJW*, 1960, p.1299-1300.

²⁰⁶⁹ OLG Köln, décision du 9 juillet 1996 - 22 U 215/95 (LG Köln), « Zulässigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit bei Klage auf Herausgabe beschlagnahmten deutschen Auslandsvermögens », *Zeitschrift für Vermögens — und Immobilienrecht*, 1998, pp. 213 et s.

devaient être atteints. La finalité de l'article 3 par. 1 de la VIème partie de l'*Überleitungsvertrag* était d'exclure les actions relatives à la contestation des mesures de confiscation prises contre les biens ennemis²⁰⁷⁰. Par conséquent, les paragraphes 1 et 3 de l'article 3 excluaient l'invocation de l'ordre public international lors de l'examen de la recevabilité de l'action. Même s'il a été établi que le père du requérant n'avait jamais eu la nationalité allemande, les biens allemands à l'étranger étaient identifiés comme tels par l'État ayant procédé à l'expropriation. En effet, la licéité de la confiscation en question avait déjà été approuvée par la Cour administrative de Bratislava, qui s'était appuyée sur le décret présidentiel n° 12 du 21 juin 1945. Les confiscations prévues dans le décret avaient comme objet les biens des ressortissants allemands ou hongrois indépendamment de leur citoyenneté. Le terme de ressortissant allemand comprenait aussi les personnes d'origine allemande (*Volkszugehörigkeit*) renvoyant ainsi à des critères matériels déterminants de leur appartenance comme p. ex. la langue maternelle. En l'occurrence, la mesure a été motivée par le fait que le père du requérant avait la nationalité allemande pour les autorités tchécoslovaques, indépendamment de sa citoyenneté liechtensteinoise. La décision relative au tableau confisqué en tant que bien ennemi à titre des réparations a été, par conséquent, confirmée par la Cour d'appel²⁰⁷¹.

888. Le requérant, dans son recours constitutionnel, soulignait qu'en l'occurrence, les décisions de reconnaissance des mesures de confiscation prises par les autorités tchèques étaient contraires à certaines règles générales du droit international public, qui d'après l'article 25 de la loi fondamentale, font partie du droit fédéral. Plus précisément, le requérant précisait que les

²⁰⁷⁰ Convention sur le Règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation (texte amendé conformément à l'annexe IV au protocole sur la cessation du régime d'occupation dans la RFA, signé à Paris le 23 octobre 1954), *Überleitungsvertrag*, *Bundesgesetzblatt*, 1955, II, n° 8, p.405 ; Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 331, p. 253. Chapitre VI, art. 3, v. *supra*.

²⁰⁷¹ Pour une critique des décisions des juridictions allemandes v. I. Seidl-Hohenveldern, « Völkerrechtswidrigkeit der Konfiskation eines Gemäldes aus der Sammlung des Fürsten von Liechtenstein als angeblich „deutsches“ Eigentum », pp. 410-412, *Praxis des Internationalen Privat — und Verfahrensrechts*, November Dezember 1996. L'auteur précise que les dispositions en cause de l'*Überleitungsvertrag* ne visent que les biens sis à l'étranger qui ont été confisqués à des fins de réparation ou de restitution ou en raison de l'état de guerre ou en vertu d'accords conclus par les Trois Puissances avec d'autres États. Il souligne que l'interprétation de l'interdiction énoncée dans l'accord dépend avant tout de la volonté des parties contractantes. Celles-ci ne voulaient toucher que des biens qu'elles considéraient comme des biens allemands. Il exclut l'hypothèse selon laquelle les Trois Puissances auraient l'intention de signer un « chèque en blanc » au profit de leurs alliés pour que ces derniers puissent se déclarer propriétaire de n'importe quel objet, même en violation des droits internationaux d'un État tiers, « en le désignant comme patrimoine Allemand ». Quant à la nationalité allemande du prince de Liechtenstein, l'auteur dresse une analogie avec le cas des frères Nottebohm pour mettre en exergue qu'une seule allégation de reconnaissance d'une personne comme ressortissant d'un État n'est pas suffisante : « Lorsque le Guatemala a confisqué les biens du citoyen liechtensteinois Nottebohm en tant que biens allemands, le Guatemala ne pouvait en aucun cas se limiter devant la CIJ à la simple affirmation qu'il considérait Nottebohm comme un ressortissant allemand. Au contraire, le Guatemala a avancé plusieurs raisons pour expliquer que Nottebohm n'avait pas perdu sa nationalité allemande », p. 411. Selon l'auteur, une simple allégation en vertu de laquelle une personne est perçue comme « Allemand » n'est pas juridiquement opposable.

biens des ressortissants d'États neutres ne sont pas susceptibles d'être confisqués par les vainqueurs d'une guerre. En outre, il soulignait que les traités internationaux préjudiciables à des États tiers-comme cela était le cas du Liechtenstein dont il était ressortissant — sont interdits et, que l'attribution de la nationalité à une personne physique est exclusivement régie par le droit de l'État qui confère la nationalité et ne peut pas être décidée de manière arbitraire par un autre État²⁰⁷². À la lumière de ces considérations, le requérant alléguait que la reconnaissance des effets du décret Benes du 21 juin 1945 dans l'ordre juridique allemand constituait une violation de l'ordre public international. En l'occurrence, tout en étant ressortissant du Liechtenstein, il avait été victime d'une violation de l'ordre public international par le décret du président de la République tchécoslovaque du 21 juin 1945. Le père du requérant a été inclus dans le cercle des personnes dont les biens étaient atteints par les mesures de confiscation en tant que « personne de nationalité allemande (...) sans prise en considération de sa citoyenneté de Liechtenstein ». Le recours a été rejeté par la Cour constitutionnelle fédérale qui a considéré que la confiscation du tableau en l'espèce entrerait dans la catégorie des « mesures à l'égard des avoirs allemands à l'étranger » et que ces mesures, en vertu de l'*Überleitungsvertrag*, ne pourraient pas être appréciées à la lumière du droit constitutionnel allemand. La Cour a précisé qu'en l'occurrence, cette interprétation était dictée par l'objectif poursuivi de cette disposition, à savoir la mise en œuvre des réparations visant l'Allemagne et ses ressortissants²⁰⁷³. En outre, la Cour constitutionnelle a précisé que la renonciation à toute demande de restitution ou d'indemnisation n'avait comme conséquence aucune violation du droit de la propriété (v. l'article 14 de la loi fondamentale) puisque les origines du litige remontaient à une époque antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, le 23 mai 1949. La Cour constitutionnelle a fait ainsi référence à l'article de l'*Überleitungsvertrag* qui excluait tout recours contre des mesures relatives au sort des biens à l'étranger. La Cour n'a pas ainsi voulu contester la licéité d'une mesure censée relever des réparations de guerre. La logique dictant l'imposition d'un régime de responsabilité collective portant sur les biens des ressortissants ennemis a été approuvée.

889. La décision va bien au-delà de la signification d'une décision individuelle, car elle soulève des questions de principe concernant la protection de la propriété et l'égalité de

²⁰⁷² BVerfG, décision du 28 Janvier 1998, « Über die Verfassungsbeschwerde des Fürsten Hans Adam II von und zu Liechtenstein wegen des Klagausschlusses nach Teil VI Art. 3 I und III des Überleitungsvertrages von 1954, *Archiv des Völkerrechts*, 1998, pp.198-201 ; *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, Heft, 6, p. 482

²⁰⁷³ *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, Heft, 6, p. 482 : « En effet, selon une interprétation orientée vers le but, on entend par "mesures contre le patrimoine allemand à l'étranger" toutes les mesures qui, selon l'intention de l'État agissant, étaient dirigées contre le patrimoine allemand ».

traitement des étrangers à la lumière des droits de l'homme. En outre, l'État du Liechtenstein était directement concerné par la décision dans ses droits en tant que sujet de droit international public ainsi que dans son statut d'État neutre pendant la Seconde Guerre mondiale. Une partie de la doctrine a reproché à la Cour de ne pas avoir respecté les règles d'interprétation des traités internationaux codifiées par la Convention de Vienne. Il a été soutenu, que l'*Überleitungsvertrag* n'offre aucune possibilité de mettre sur un pied d'égalité les patrimoines étrangers allemands et liechtensteinois en vertu de l'article 3 du VIème chapitre. Le sens attribué au caractère allemand des biens sis à l'étranger, dont le fondement était ainsi l'appartenance ethnique et non pas la nationalité, semble ne pas se conformer à la règle d'après laquelle il faut suivre le sens ordinaire des termes du traité. Il a été précisé que le sens attribué au mot réparation contenu dans le VIème chapitre de l'*Überleitungsvertrag* ne pourrait pas inclure des mesures visant des biens des ressortissants d'États neutres²⁰⁷⁴. Il a été ainsi reproché à la Cour constitutionnelle fédérale d'assimiler, par son raisonnement, la propriété étrangère allemande à la propriété étrangère non allemande. Une telle interprétation extensive semble, selon certains auteurs, ne pas être conforme aux règles d'interprétation des traités internationaux, selon lesquelles un traité doit être interprété de bonne foi, conformément au sens ordinaire à attribuer à ses dispositions dans leur contexte et à la lumière de ses buts et objectifs²⁰⁷⁵. Le droit de propriété a ainsi été violé par une interprétation erronée de l'*Überleitungsvertrag*. Cette atteinte avait aussi un caractère discriminatoire puisque ce ressortissant d'un État neutre était discriminé par rapport aux ressortissants d'autres pays neutres pendant la Seconde Guerre mondiale. La critique adressée à la Cour concernait aussi son refus de faire usage de l'exception de l'ordre public international pour ne pas reconnaître et appliquer une décision étrangère qui portant atteinte à la garantie de la propriété privée et à l'interdiction des discriminations. La différence entre ce type de confiscations et des politiques agraires ou des mesures de transformation des rapports de propriété dont les effets, malgré leur caractère attentatoire au droit à la propriété privée, sont reconnus par l'ordre juridique interne sans aucune mise en œuvre du mécanisme d'exception de l'ordre public, a été mise en exergue. Il a été souligné qu'en l'occurrence, la confiscation suivant l'expulsion collective constituait

²⁰⁷⁴ K. Doehring, « Völkerrechtswidrige Konfiskation eines Gemäldes des Fürsten von Liechtenstein als „deutsches Eigentum“: ein unrühmlicher Schlusspunkt », *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, Heft 6, pp. 465-467, p.466.

²⁰⁷⁵ V. H. Weber, « Anmerkung zur “Liechtenstein-Entscheidung” des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Januar 1998 », *Archiv des Völkerrechts*, 1998, pp.188-197, p. 191 : « Une interprétation textuelle du traité de transition et à la lumière de ses buts et objectifs montre que seul le contrôle de la confiscation des biens sis à l'étranger et appartenant à des personnes ressortissants des États ennemis des Alliés pendant la Seconde Guerre mondiale devait être soustrait aux tribunaux allemands ».

« une mesure de rétorsion ciblée contre la minorité allemande et la minorité hongroise de la République tchécoslovaque et, en tant que telle, une action punitive contraire aux prémices de l'État de droit »²⁰⁷⁶.

890. La même argumentation a été adoptée par la CEDH de la requête du Prince Hans Adam II de Lichtenstein contre la République fédérale d'Allemagne.

b. L'approbation indirecte de l'interprétation opérée par le juge allemand par le rejet de la compétence de la CEDH *ratione temporis* de se prononcer sur la confiscation des biens du Prince.

891. Le recours auprès de la CEDH s'est fondé sur le doute par rapport à l'origine ethnique allemande du prince. Étant donné que le Liechtenstein était neutre durant la Seconde Guerre mondiale, toute mesure de confiscation contre les biens de son ressortissant était contraire au droit de la neutralité. Pour le requérant, les biens de son père ont été arbitrairement considérés, par les tribunaux allemands, comme biens saisis préalablement par les autorités tchécoslovaques au titre des réparations. Le Gouvernement, dans son rapport, a souligné, que la non-contestation des décisions antérieures portant sur les biens confisqués à titre de réparation, en vertu de l'*Überleitungsvertrag*, « s'était imposée pour rétablir d'abord partiellement, puis totalement, la souveraineté de l'Allemagne »²⁰⁷⁷. La Cour a examiné la restriction du droit d'accès à un tribunal — en vertu des dispositions de l'*Überleitungsvertrag* excluant toute possibilité de contestation des mesures de réparations de guerre — à la lumière de l'article 6 paragraphe 1 de la CEDH. Pour examiner si la restriction poursuivait un but légitime, la Cour a fait référence au statut de l'Allemagne après la Seconde Guerre mondiale²⁰⁷⁸.

²⁰⁷⁶ *Idem*, p. 196 : « La Tchécoslovaquie justifiait elle-même la confiscation des biens par une mesure punitive pour comportement déloyal et non par un objectif de réparation. [...] L'assimilation globale des membres de deux minorités nationales à des "traîtres" et à des "ennemis de la République", sans aucune concrétisation du grief de culpabilité individuel et sans droit à une procédure de contrôle conforme à l'État de droit, montre déjà à quel point le décret Beneš manque des exigences de précision d'une loi et des garanties fondamentales de l'État de droit pour mériter d'être reconnu comme un acte juridique d'un État étranger compatible avec les droits fondamentaux et donc avec l'ordre public allemand [...] Le principe d'égalité de traitement en tant que principe fondamental de l'État de droit est bien plus bafoué par la reconnaissance du décret Beneš que par la reconnaissance de toute autre expropriation sans indemnisation suite à des bouleversements politiques et sociaux ».

²⁰⁷⁷ CEDH, *Affaire prince Hans Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, requête n. 4257/98, 12 juillet 2001, par.42.

²⁰⁷⁸ *Idem*, par.59 : « Pour la Cour, l'exclusion de la juridiction de l'Allemagne en vertu du chapitre sixième, article 3, de la Convention sur le règlement est une conséquence du statut particulier de ce pays au regard du droit international public après la Seconde Guerre mondiale. Ce n'est qu'à la suite des Accords de Paris de 1954 relatifs à la République fédérale d'Allemagne et du traité de 1990 portant règlement définitif concernant l'Allemagne que la République fédérale a obtenu la cessation du régime d'occupation et l'autorité d'un État souverain sur ses affaires intérieures et extérieures pour l'Allemagne unie. Dans ce contexte tout à fait particulier, la restriction à l'accès à une juridiction allemande, découlant de la Convention sur le règlement poursuivait un but légitime ». Le même point de vue est repérable dans l'opinion concordante du juge Ress qui considérait que l'article 6 de la Convention ne pouvait pas être respecté par un pays qui avait un statut si particulier comme celui d'un État soumis à un régime d'occupation revêtant un caractère sui generis. Le juge a précisé que le statut particulier de l'Allemagne la privait des pleins pouvoirs d'un État souverain sur ses affaires intérieures et extérieures.

Reprenant la position défendue par le Tribunal de grande instance de Cologne, elle a considéré que la qualification des biens en tant que biens ennemis opérée par les autorités tchécoslovaques et contrôlée par les juridictions tchécoslovaques ne devait pas faire l'objet d'une nouvelle appréciation de la part des juridictions allemandes. Dans sa décision, la Cour semble admettre que le non-contrôle des décisions antérieures, prises par les puissances alliées et portant sur des réparations de guerre, était dicté par l'intérêt général d'acquisition par l'État allemand du statut d'État souverain et la mise en œuvre de la réunification²⁰⁷⁹. À la lumière de ces observations, aucune violation de l'article 6 n'a été constatée par la Cour. En se penchant sur le premier protocole entré en vigueur le 18 mai 1954, la Cour a relevé qu'il n'était pas applicable aux expropriations opérées en 1946. La Cour s'est déclarée incompétente *ratione temporis* pour examiner les circonstances de l'expropriation. Pour la période après 1991, lorsque le tableau en question était arrivé en Allemagne, la Cour a considéré que « le requérant ne pouvait plus avoir une quelconque “espérance légitime” de concrétiser un droit de propriété »²⁰⁸⁰ et par conséquent aucune violation de l'art. 1 du 1^{er} PA n'a été constatée. Ce raisonnement de la Cour de Strasbourg a eu le même effet que les décisions des juridictions allemandes, à savoir la non-contestation de la licéité des confiscations opérées à titre de réparations de guerre.

892. Depuis la décision de la Cour constitutionnelle fédérale sur le tableau, et à la suite des négociations infructueuses avec le gouvernement fédéral, il est devenu clair que l'Allemagne traitait les biens du Liechtenstein comme des biens allemands à l'étranger violant ainsi la souveraineté de la principauté. La CIJ a été ainsi saisie.

c. Le rejet de compétence *ratione temporis* de la CIJ en vertu d'un raisonnement lié à l'identification du différend.

893. Le 1^{er} juin 2001, la Principauté de Lichtenstein a déposé au greffe de la CIJ une requête introductive d'instance contre la République fédérale d'Allemagne au sujet du différend portant

²⁰⁷⁹ *Idem*, par.69 : « Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que l'intérêt du requérant à saisir la justice allemande n'était pas suffisant pour l'emporter sur l'intérêt général capital qu'il y avait à ce que l'Allemagne obtint à nouveau sa souveraineté et réalisât l'unification. Dès lors, les décisions des cours et tribunaux allemands déclarant irrecevable l'action du requérant en restitution ne sauraient passer pour disproportionnées au but légitime poursuivi et n'ont donc pas porté atteinte à la substance même du “droit d'accès” de l'intéressé “à un tribunal”, au sens de la jurisprudence de la Cour ».

²⁰⁸⁰ *Idem*, par.80 et 83 : « La Cour rappelle que, d'après la jurisprudence constante des organes de la Convention, la notion de “biens” peut recouvrir tant des “biens actuels” que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une “espérance légitime” d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété. En revanche, l'espoir de voir reconnaître la survivance d'un ancien droit de propriété qu'il est depuis bien longtemps impossible d'exercer effectivement ne peut être considéré comme un “bien” au sens de l'article 1 du Protocole no 1, et il en va de même d'une créance conditionnelle s'éteignant du fait de la non-réalisation de la condition ».

sur les décisions des juridictions allemandes relatives à la saisie des biens privés²⁰⁸¹. Le Liechtenstein estimait que les décrets Benes, sur la base desquels les Allemands, mais aussi les Autrichiens, les Liechtensteinois et d'autres ont été privés de leurs droits et expropriés, n'avaient pas été conçus comme des mesures de réparation des dommages de guerre. Le Liechtenstein considérait ainsi, que la responsabilité de l'Allemagne était engagée et que les dommages subis devaient être réparés. L'Allemagne a présenté des exceptions préliminaires, selon lesquelles elle n'admettait pas l'existence d'un différend l'opposant au Liechtenstein, considérant d'une part que les faits pertinents étaient antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends comprenant une clause juridictionnelle au profit de la Cour et, d'autre part, que les faits et événements sur lesquels le Liechtenstein fondait ses demandes relevaient de la compétence nationale de l'Allemagne. Pour ces raisons, l'Allemagne n'admettait pas la compétence de la Cour.

894. Le Liechtenstein entendait le différend qui l'opposait à l'Allemagne comme « lié à une violation de sa souveraineté et de sa neutralité par le défendeur, lequel aurait, pour la première fois en 1995, traité les biens liechtensteinois saisis en application des décrets Benes comme des avoirs allemands à l'étranger aux fins de l'*Überleitungsvertrag*, nonobstant le statut de neutralité du Liechtenstein »²⁰⁸². L'Allemagne prétendait que le différend opposait la principauté du Liechtenstein à la République tchèque, soulignant que « les questions d'indemnisations doivent être réglées entre l'État ayant confisqué les biens étrangers et l'État victime de ces mesures »²⁰⁸³. À cette conception s'opposait le Liechtenstein, qui était d'avis que la naissance du différend avait eu lieu au moment du rendu des décisions des tribunaux allemands en 1995, en vertu desquels des biens liechtensteinois ont été qualifiés de biens allemands sis à l'étranger²⁰⁸⁴. L'Allemagne avait ainsi traité « les biens liechtensteinois saisis

²⁰⁸¹ CIJ, *Affaire relative à certains biens*, (*Liechtenstein c. Allemagne*), exceptions préliminaires, arrêt, 10 février 2005, CIJ Recueil 2005, pp. 6 et s., p. 10 : « Le différend concernait les décisions prises en 1998 et depuis lors par l'Allemagne qui tendent à traiter certains biens de ressortissants du Liechtenstein comme des avoirs allemands "saisis au titre des réparations ou des restitutions, ou en raison de l'état de guerre" — c'est-à-dire comme une conséquence de la Seconde Guerre mondiale, —, sans prévoir d'indemniser leurs propriétaires pour la perte de ces biens, et au détriment du Liechtenstein lui-même ». V. aussi « Deutschland und Liechtenstein streiten über Folgen der Beneš Dekrete, Verhandlung vor dem Internationalen Gerichtshof in den Haag », *Frankfurter allgemeine Zeitung*, 17 juin 2004, p. 41.

²⁰⁸² CIJ, *Affaire relative à certains biens*, (*Liechtenstein c. Allemagne*), *op.cit.*, par. 25.

²⁰⁸³ *Idem*, par. 21.

²⁰⁸⁴ *Idem*, par. 20 : « Selon l'Allemagne, des biens appartenant au Liechtenstein peuvent à bon droit être traités par les tribunaux allemands comme des biens "saisis au titre des réparations ou des restitutions, ou en raison de l'état de guerre". Elle nie aussi avoir la moindre obligation d'indemniser le Liechtenstein pour sa conduite à cet égard, ou de réparer le préjudice subi par le Liechtenstein et ses ressortissants du fait du changement de position juridique de l'Allemagne. Il existe par conséquent un différend d'ordre juridique entre le Liechtenstein et l'Allemagne en ce qui concerne les obligations de cette dernière, vis-à-vis des biens appartenant au Liechtenstein ».

en application des décrets Benes comme des avoirs allemands à l'étranger aux fins de l'*Überleitungsvertrag*, nonobstant le statut de neutralité du Liechtenstein »²⁰⁸⁵.

895. Dans ses exceptions préliminaires, l'Allemagne proposait des éléments de définition de la notion du différend en insistant sur la nécessité d'une interprétation objective de l'existence d'un tel différend²⁰⁸⁶. Elle considérait que le seul différend concevable portait sur l'application de l'*Überleitungsvertrag* en vertu de laquelle l'obligation incombait à l'Allemagne de ne pas remettre en cause les mesures prises à l'égard des biens allemands sis à l'étranger et saisis pour des raisons de réparations de guerre ou opérées à la suite de la proclamation de l'état de guerre²⁰⁸⁷. La Cour en s'appuyant principalement sur la définition classique du différend retenue par la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*²⁰⁸⁸ et sur celle de l'arrêt du *Sud-Ouest africain*²⁰⁸⁹ a considéré que le rejet des griefs formulés par le Liechtenstein contre l'Allemagne, apportent la preuve de l'existence d'un « différend d'ordre juridique »²⁰⁹⁰.

896. À la suite de la détermination de l'existence du différend, la Cour s'est focalisée sur l'identification de son objet. Elle a conclu que « l'objet du différend [était] de savoir si, en appliquant l'article 3 du chapitre sixième de l'*Überleitungsvertrag* à des biens liechtensteinois confisqués par la Tchécoslovaquie en 1945 au titre des décrets Beneš, l'Allemagne (avait) violé les obligations qui lui incombait envers le Liechtenstein et, dans l'affirmative, de déterminer quelle serait la responsabilité internationale de l'Allemagne »²⁰⁹¹. La Cour s'est, par la suite, penchée sur sa compétence *ratione temporis*.

897. Selon le point de vue allemand, le différend ayant vu le jour dans les années 1990, concernait directement l'application de l'*Überleitungsvertrag* et, par conséquent, son origine

²⁰⁸⁵ *Idem*, par. 25.

²⁰⁸⁶ Preliminary objections of the federal republic of Germany, 27 juin 2002, par. 41 : « Thus, the concept of «dispute» as it stands today comprises three essential elements: there must exist (a) a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between the parties, which (b) manifests itself in claims of the parties positively opposing each other, these claims in turn (c) serving as the point of departure for the Court itself to determine on an objective basis the existence of a dispute between the parties ».

²⁰⁸⁷ *Idem*, par.58 : « The only disagreement that really exists between the parties concerns the interpretation of the exclusion of jurisdiction of German courts over property « seized for the purpose of reparation or restitution, or as a result of the state of war » by a third country, namely Czechoslovakia.[...] Thus, there exists no dispute between the parties regarding Liechtenstein's claims as to the sovereignty and neutrality as well as to its legal rights and the rights of its citizens with respect to the Liechtenstein property in the former Czechoslovakia ».

²⁰⁸⁸ « Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêt entre des parties ». CPJI, *Affaire Mavrommatis*, 30 août 1924, Série A n° 2, p. 11.

²⁰⁸⁹ « [I]l ne suffit pas que l'une des parties à l'instance contentieuse affirme l'existence d'un différend avec l'autre partie [...]. Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ». CIJ, *Affaire du Sud Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, Recueil, 1962, p.319, p. 328. CIJ, *Affaire relative à certains biens*, arrêt du 10 février 2005, *op.cit.*, par. 24.

²⁰⁹⁰ CIJ, *Affaire relative à certains biens*, arrêt du 10 février 2005, *op.cit.*, par.25, p.19.

²⁰⁹¹ *Idem*, par. 26.

réelle remontait à une date antérieure à 1980, date à partir de laquelle la Cour était compétente *ratione temporis*, à la suite de l'entrée en vigueur entre le Liechtenstein et l'Allemagne de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends. L'Allemagne affirmait qu'aucun changement ne s'est opéré après 1980 et que les faits ou situations juridiques étaient intrinsèquement liées à la situation juridique née au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. En revanche, pour le Liechtenstein, le différend a été né à la suite des décisions de tribunaux allemands d'appliquer de l'*Überleitungsvertrag* aux biens liechtensteinois. Par conséquent, ni la Convention sur le règlement de 1952, ni les décrets Benes n'ont déclenché le différend. En effet, avant 1990, l'*Überleitungsvertrag* n'avait jamais été invoquée pour régler une affaire impliquant des avoirs neutres. Les décisions allemandes des années « 90 » constituaient ainsi les faits au sujet desquels le différend est né »²⁰⁹².

898. La Cour s'est alignée sur la thèse allemande, considérant qu'aucun « changement de position » de la part de l'Allemagne à l'égard de la gestion des biens ne pouvait être constaté et que « les juridictions allemandes ont toujours jugé que la convention sur le règlement leur interdisait de se prononcer sur la licéité de toute confiscation de biens traités par l'État qui en était l'auteur comme des biens allemands »²⁰⁹³. En effet, la Cour a précisé que si les décisions internes allemandes des années 90 « ont bien déclenché le différend opposant le Liechtenstein à l'Allemagne, ce sont la convention sur le règlement et les décrets Benes qui sont à l'origine ou constituent la cause réelle de ce différend »²⁰⁹⁴. À la lumière de cette argumentation, l'exception préliminaire de compétence présentée par l'Allemagne a été retenue par la Cour.

899. La Cour a fait la distinction, entre la date de naissance du différend et les faits ou situations qui en constituent l'objet²⁰⁹⁵. Cette solution doit être analysée à la lumière de la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ. En effet, le raisonnement fondé sur la dissociation entre les faits engendrant le différend et le différend lui-même, retenu par la Cour aussi dans l'affaire *Interhandel*²⁰⁹⁶, se retrouve aussi dans d'autres affaires invoquées dans les exceptions préliminaires de la République fédérale d'Allemagne du 27 juin 2002 et les observations de la Principauté du Liechtenstein du 15 novembre 2002.

²⁰⁹² *Idem*, par.33.

²⁰⁹³ *Idem*, par.50.

²⁰⁹⁴ *Idem*, par.52.

²⁰⁹⁵ V. l'analyse de A. Toublanc, « Affaire relative à Certains biens (Lichtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires », *AFDI*, 2004, vol. 50, pp. 370-388.

²⁰⁹⁶ CIJ, *Affaire de l'Interhandel*, arrêt du 21 mars 1959, Recueil 1959, p.6, p.22 : « Les faits et les situations qui ont mené à un différend ne sauraient être confondus avec le différend même », cité par Toublanc, *op.cit.*, p.375.

900. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, jugé par la CPJI en 1938, un ressortissant italien qui avait obtenu en 1919 un permis de recherche de phosphate en vertu d'un règlement de 1914 se plaignait du préjudice qui lui auraient causé les décisions des juridictions marocaines à son égard²⁰⁹⁷. L'origine des préjudices se trouvait dans la création d'un monopole d'exploitation des phosphates en 1920 malgré le fait qu'une prévision relative au respect à l'égard des droits acquis y figurait. Le refus des autorités du pays de lui reconnaître ses droits acquis ont conduit l'Italie à saisir la Cour permanente dont la compétence était reconnue pour des différends portant sur de faits ou situations postérieurs à 1931. Les refus administratifs étaient perçus par l'Italie comme des manifestations du caractère continu du fait illicite qui pouvait ainsi fonder la compétence de la Cour. Cette argumentation n'a pas été adoptée par la Cour qui a précisé que le règlement portant sur la création d'un nouveau monopole d'exploitation constituait le fait générateur du différend. L'Allemagne s'est longuement penchée sur cette affaire, étant donné que les analogies avec l'arrêt des biens liechtensteinois sont manifestes. Elle invoquait l'affaire des *Phosphates du Maroc* qui portait sur une situation juridique cristallisée antérieure à celle à laquelle faisait allusion la clause juridictionnelle.²⁰⁹⁸ En effet, les décrets Beneš pouvaient être interprétés comme l'équivalent du règlement instituant le monopole étatique et les décisions des tribunaux allemands internes comme l'équivalent du rejet des actions en justice du ressortissant italien²⁰⁹⁹²¹⁰⁰.

901. La même interrogation se trouvait au centre des considérations relatives à l'affaire de la Compagnie d'Électricité de Sofia, portant sur la concession pour la distribution d'électricité à la ville de Sofia²¹⁰¹. La société concessionnaire étant belge et en raison du fait que la Belgique et la Bulgarie appartenaient à des camps opposés, ses installations avaient été saisies pendant la Première Guerre mondiale par les autorités Bulgares. Au lendemain de la guerre, en vertu

²⁰⁹⁷ CPJI, *Phosphates du Maroc*, arrêt du 14 juin 1938, Série A/B, Fascicule n. 74

²⁰⁹⁸ La Cour avait conclu que le différend avait pour objet le prétendu « accaparement des phosphates marocains » et l'incompatibilité de ce régime de monopole avec des obligations conventionnelles préalablement contractées par la France arrêt 1938, CPJI Série A/B n. 74, p.25. Le régime était établi avant la date critique.

²⁰⁹⁹ Nous suivons l'analyse de Toublanc, *op.cit.*, p.384. Objections préliminaires de la République fédérale d'Allemagne,, 27 juin 2002, par.71, p.41 : « In the specific case the Court found that it had no jurisdiction concerning French legislative acts which were seen as the basis for the dispute by the Italian government. The situation which the Italian Government denounced as unlawful was a legal position resulting from the French legislation of 1920, prior to the entry into force of the French declaration. According to the Court this legal position could not be considered separately from the legislation of which it was the result and therefore it was outside the jurisdiction of the Court ».

²¹⁰⁰ Le Liechtenstein reprochait à l'Allemagne de procéder à une lecture erronée des affaires des *Phosphates du Maroc* et de la *Compagnie d'électricité de Sofia*. Observations du Liechtenstein, 15 novembre 2002, p. 40, par. 3.6 : « Il est affirmé que l'Allemagne "gravely misreads these decisions. In effet it calls upon the Court- at the stage of preliminary objections- to act as a kind of forensic archaeologist, to dig deeper and deeper into the past so as to say that there, at some remote interval, lies the « real source », the *fons et origo*, the primal event without which there would be no dispute. But this is not how the Court has interpreted these jurisdictional exceptions" ».

²¹⁰¹ CPJI, *Affaire Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, 4 avril 1939, Séries A/B, Fascicule n. 77, p. 64.

des dispositions du traité de Neuilly prévoyant la restitution des biens, le Tribunal arbitral mixte s'est prononcé sur l'indemnité qui était redevable au profit de la société et a procédé aussi à la fixation du prix de vente du courant électrique. La fixation du prix de vente a constitué l'objet d'un différend qui a été porté devant les juridictions internes du pays en 1936. Le gouvernement belge a saisi la Cour permanente, qui en vertu des déclarations des États était compétente pour les différends postérieurs au 10 mars 1936. L'interrogation portait sur la détermination de la cause génératrice du différend. L'argument de la Bulgarie reposait sur l'affirmation selon laquelle le différend relatif à la fixation du prix de vente était né de la sentence du Tribunal arbitral mixte. Cette sentence a été publiée dans une époque antérieure à la date à partir de laquelle la compétence de la Cour était reconnue. La Cour a néanmoins considéré que l'objet du différend n'était pas cette sentence en soi, mais la mise en œuvre de cette sentence par le gouvernement bulgare. La distinction a été ainsi établie entre une situation ou un fait antérieur qui constituent les conditions de naissance du différend et le différend lui-même. Le parallèle esquissé avec l'affaire des biens liechtensteinois pourrait être favorable à la cause du Liechtenstein. L'attitude des tribunaux allemands internes était le fait générateur du différend, tandis que l'application des décrets Benes la simple condition de naissance du fait générateur ou un simple fait antérieur.

902. La dissociation entre les conditions d'émergence du différend et le différend lui-même a été aussi proposée par la CIJ dans son affaire du Droit de passage en territoire indien²¹⁰². Le refus du gouvernement indien de permettre au Portugal de faire usage de son droit suranné de passage sur son territoire lui permettant d'accéder à ses enclaves était en cause. La Cour a précisé que malgré la prolifération dans le passé d'incidents divers entre les parties mettant en doute l'exercice d'un tel droit revendiqué, dont la racine remontait à un traité du 18^{ème} siècle, le différend n'était né qu'en 1954 lui permettant ainsi d'être saisie de l'affaire.²¹⁰³ Une lecture de cet arrêt, favorable à la cause du Liechtenstein, pourrait ainsi être proposée en mettant en exergue les parallèles manifestes entre un traité ancien et les décrets de Benes, perçus comme condition d'émergence du différend, mais non pas l'objet *stricto sensu* de ce dernier.

903. Il paraît ainsi évident que la Cour n'a pas voulu identifier un changement au niveau de la politique allemande à l'égard des biens liechtensteinois. La Cour a renvoyé à des arrêts de la

²¹⁰² CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal v. Inde)*, 26 novembre 1957, Recueil 1957 p. 125

²¹⁰³ Observations préliminaires du Liechtenstein, *op.cit.*, p. 48, par. 3.20 : « [I]n the right of Passage case, the Court was prepared to overlook earlier incidents which it characterized as "minor". In retrospect it may be doubted whether Indian and Portugal were truly *ad Idem* at any stage on the existence or extent of the right of passage, but nonetheless no dispute arose ».

Cour fédérale allemande de justice qui portaient sur l'interdiction de se prononcer sur la licéité de toute confiscation de biens traités par l'État qui en était l'auteur comme des biens allemands pour démentir le changement de position de l'Allemagne²¹⁰⁴. Il a été ainsi estimé que les décisions rendues dans l'affaire du prince de Lichtenstein n'étaient pas dissociables de l'*Überleitungsvertrag* et des décrets Beneš et qu'elles ne constituaient pas la cause réelle du différend. L'origine ou la cause réelle du différend étant rapportée à l'*Überleitungsvertrag* et aux décrets Benes, l'exception préliminaire de l'Allemagne concernant les faits pertinents, antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends liant les parties, a été retenue par la Cour. Grâce à un raisonnement portant sur la date d'émergence du différend la Cour ne s'est pas prononcée sur cette affaire. Cette réticence à se prononcer sur une affaire portant sur des actes de confiscations relevant du régime de réparations de guerre, pourrait ainsi être interprétée comme signe de reconnaissance latente d'un tel régime exceptionnel de responsabilité collective, ancré dans un contexte historique bien précis.

§2 La question patrimoniale en suspens dans le cadre des relations entre la RFA et la Pologne.

904. La doctrine polonaise considérait les questions patrimoniales déjà closes tandis que les Allemands estimaient que les questions patrimoniales attendaient une solution définitive²¹⁰⁵ (a).

²¹⁰⁴ *Idem*, par. 50, p. 26.

²¹⁰⁵ La différence doit être mise en exergue entre les demandes d'indemnisation adressées à l'État polonais par les Allemands expulsés en 1945 et les demandes d'indemnisations exercées par des personnes expulsées d'anciens territoires polonais attribués à la suite de la fin de la guerre à l'Union soviétique. En effet, après la Seconde Guerre mondiale, la frontière orientale de la Pologne fut fixée le long de la rivière Boug et ces régions frontalières furent désignées comme les « territoires au-delà du Boug ». A la suite d'accords conclus entre le Comité polonais de libération nationale (*Polski Komitet Wyzwolenia Narodowego*) et les anciennes républiques socialistes soviétiques d'Ukraine (9 septembre 1944), du Belarus (9 septembre 1944) et de Lituanie (22 septembre 1944) (les « accords des républiques » — « *umowy republikańskie* »), l'État polonais s'est engagé à indemniser les « rapatriés » des « territoires au-delà du Boug » qui avaient dû y abandonner leurs biens immobiliers. Les accords des républiques énonçaient les règles concernant la nature et le montant des biens que les rapatriés pouvaient emporter avec eux lors de leur rapatriement et obligeait les Parties contractantes à leur rembourser la valeur des biens qu'ils devaient laisser derrière eux. En vertu de la politique des autorités à cette époque, les « territoires reconquis » et Gdańsk, après l'expulsion des Allemands qui y résidaient, devaient servir à loger les citoyens polonais « rapatriés » des « territoires au-delà du Boug ». Dans le cadre de l'arrêt de la CEDH *Borniowski c. Pologne*, 31 443/96, 22 juin 2004, le requérant alléguait la violation de l'article 1 du Premier Protocole additionnel, en ce qu'il n'avait pas pu faire valoir son droit à être indemnisé pour des biens que sa famille avait dû abandonner dans les « territoires au-delà du Boug ». Le requérant soutenait que son droit à être crédité de la valeur des biens abandonnés au-delà du bourg, constituait un droit patrimonial que la Pologne avait initialement reconnu en vertu des accords internationaux, et qui lui imposait la tâche d'indemniser les rapatriés. Cette obligation a été ultérieurement incorporée au droit interne, qui a conféré au requérant, en tant qu'héritier de sa grand-mère rapatriée, le droit spécifique de faire déduire la valeur des biens abandonnés par sa famille au-delà du Boug du prix ou des droits d'usage perpétuel de biens immobiliers vendus par l'État. Le requérant estimait que ce droit relève indiscutablement de la notion de « biens » aux fins de l'article 1 du Premier Protocole additionnel. En examinant la pratique d'indemnisation et d'attribution de biens, les décisions des juridictions internes ainsi que les différentes lois qui ont aggravé les conditions de réclamation d'indemnisation pour les biens abandonnés, la Cour a constaté une violation de cet article. Les « biens » du requérant comprenaient le droit à obtenir d'autres biens à titre compensatoire. En l'espèce,

Le différend portait aussi sur les titres territoriaux sur les espaces géographiques depuis lesquels les Allemands de l'Est avaient été expulsés (b). La normalisation progressive des relations diplomatiques des deux pays (a) n'a pas résolu le différend relatif aux biens des expulsés. La compensation partielle des personnes expulsées et dépossédées (c) de la part de l'Allemagne pour les préjudices subis ne signifie pas l'acceptation des actes de dépossession polonais (d).

a. Des interprétations divergentes au sujet des droits des expulsés.

905. Selon l'interprétation polonaise, la loi n.5 du Conseil de Contrôle avait reconnu la validité des expropriations de biens allemands au niveau international et la loi 63 de la Haute Commission alliée du 1 septembre 1951 avait éteint de manière définitive les droits des Allemands sur les biens spoliés.

906. Néanmoins, il faut préciser que le sort juridique des biens n'a pas été résolu par le traité de Varsovie le 7 décembre 1970 entre la RFA et la Pologne qui a eu comme objectif la normalisation des relations mutuelles entre les deux pays²¹⁰⁶. Cette amorce du processus de normalisation des rapports bilatéraux visait à « liquider le passé et préserver l'avenir »²¹⁰⁷. Signe de la complexité de la situation entre les deux pays, le traité bilatéral ne fait pas aucune allusion aux questions patrimoniales. Aucune référence n'a été faite à la possibilité de l'état allemand d'exercer sa protection diplomatique en faveur de ses propres ressortissants pour leurs biens confisqués par les autorités polonaises. Dans l'échange de lettres qui a suivi l'accord, la volonté d'exclure les questions patrimoniales a été soulignée de manière explicite.²¹⁰⁸

907. Ce point de vue, selon lequel la question des indemnisations n'a pas été résolue, a été aussi défendu par la Cour constitutionnelle dans sa décision relative aux *Ostverträge* du 7 juillet 1975²¹⁰⁹. Par sa décision, la Cour Constitutionnelle a laissé ouverte la question de la restitution

les obligations qu'incombaient à l'État polonais, à la suite des accords internationaux, ne pouvaient pas être mises en doute.

²¹⁰⁶ Art. 1 du traité : « 1) La République fédérale d'Allemagne et la République populaire de Pologne sont d'accord pour constater que la ligne frontière existante, dont le tracé a été fixé au chapitre IX des accords de la conférence de Potsdam du 2 août 1945, forme la frontière d'État occidentale de la République populaire de Pologne. (Le tracé part de la Baltique immédiatement à l'ouest de Swinemünde, suit l'Oder jusqu'au confluent de la Neisse de Lusace, puis le cours de cette dernière jusqu'à la frontière tchécoslovaque). 2) Elles confirment l'inviolabilité de leurs frontières existantes pour le présent et l'avenir, et s'engagent réciproquement au respect sans restriction de leur intégrité territoriale. 3) Elles déclarent n'avoir l'une envers l'autre aucune prétention territoriale et qu'elles n'en élèveront pas à l'avenir. » v. D. Colard, Considérations sur les « traités de normalisation » signés par la RFA avec l'URSS et la Pologne » *RGDIP*, 1971, pp. 333-355.

²¹⁰⁷ Ph. Bretton, « Le traité germano-polonais du 7 décembre 1970 », *AFDI*, 1971, pp. 171-203, p.175.

²¹⁰⁸ Dans le communiqué qui a suivi la signature de l'acte, le gouvernement fédéral avait noté que : « [a]u cours des négociations, nous avons souligné qu'en concluant ce traité, le gouvernement fédéral ne reconnaissait pas comme légitimes l'expulsion de la population allemande et les mesures qui y sont associées », cité par O. Kimminich, *Die Menschenrechte in der Friedensregelung nach dem Zweiten Weltkrieg*, Berlin, Gebr. Mann, 1990, 129 p., p.115.

²¹⁰⁹ BVerfG 40,141, *Ostverträge*, 7 juillet 1975, p. 167 : « Les traités de Moscou et de Varsovie ne mentionnent pas les questions de propriété privée allemande. Le contractant allemand n'a fait aucune déclaration d'intention concernant les

ou de l'indemnisation des anciens propriétaires. Elle a précisé que les traités n'étaient pas de nature à créer des obligations dans le chef des particuliers, mais s'inscrivaient dans le contexte général de l'*Ostpolitik*. Aucun droit individuel à la propriété privée, protégée par l'art. 14 de la Loi fondamentale, n'était remis en question par les lois ratifiant les traités.²¹¹⁰ En l'occurrence, le recours constitutionnel a été adressé contre les lois par lesquelles le traité du 12 août 1970 entre la République fédérale d'Allemagne et l'Union des Républiques socialistes soviétiques (traité de Moscou)²¹¹¹ ainsi que le traité du 7 décembre 1970 entre la République fédérale d'Allemagne et la République populaire de Pologne sur les bases de la normalisation de leurs relations mutuelles (traité de Varsovie)²¹¹² ont été ratifiés. Selon les requérants, les traités avaient entraîné l'extinction de leurs droits de propriété, qu'ils revendiquaient pour leurs terrains en Silésie et à Königsberg. Les dispositions frontalières, n'étant pas seulement de simples accords de renonciation au recours à la force armée, mais revêtaient plutôt la signification d'un règlement de paix. Selon leur argumentation, un statut définitif avait été octroyé aux régions dont le sort juridique restait en suspens depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les deux traités, du point de vue des requérants, donnaient un fondement juridique *a posteriori* à la confiscation illégale de ces biens par l'Union soviétique et la Pologne à la fin de la Seconde Guerre mondiale. En vertu de ces traités, la modification du statut territorial des anciens territoires allemands de l'Est s'était produite et ce changement de souveraineté avait comme effet la perte automatique de la nationalité allemande par les anciens habitants de ces régions. Par ailleurs, l'absence de clause d'option de nationalité était ainsi reprochée au gouvernement allemand. Le gouvernement s'est opposé au recours en considérant que ces traités internationaux ne créaient pas de droits et obligations à l'encontre ou en faveur des citoyens en précisant que les traités ne contenaient ni de dispositions relatives aux biens, ni de clauses relatives à la nationalité. La thèse a été défendue par le gouvernement, en vertu de

confiscations de propriété effectuées par l'Union soviétique et la Pologne, et n'a notamment pas approuvé ou reconnu ces mesures. En conséquence, le ministre fédéral des Affaires étrangères de l'époque a déclaré dans le communiqué officiel du gouvernement fédéral sur le Traité de Varsovie : "Nous avons souligné au cours des négociations que le gouvernement fédéral, par la conclusion de ce traité, ne reconnaît pas comme légitimes l'expulsion de la population allemande et les mesures qui y sont liées".

²¹¹⁰ BVerfG 40,141, p.166.

²¹¹¹ Pour le texte du traité *Bundesgesetzblätter* 1972, T., II, pp. 354 et s. Article 3 : « Conformément aux objectifs et aux principes énoncés ci-dessus, la République fédérale d'Allemagne et l'Union des Républiques socialistes soviétiques conviennent que la paix en Europe ne peut être maintenue que si personne ne porte atteinte aux frontières actuelles. -- Elles s'engagent à respecter pleinement l'intégrité territoriale de tous les États d'Europe dans leurs frontières actuelles ; -- elles déclarent qu'elles n'ont et n'auront à l'avenir aucune revendication territoriale à l'égard de quiconque ; -- elles considèrent comme inviolables, aujourd'hui et à l'avenir, les frontières de tous les États d'Europe telles qu'elles existent à la date de la signature du présent Traité, y compris la ligne Oder-Neisse, qui constitue la frontière occidentale de la République populaire de Pologne, et la frontière entre la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique allemande. V. BVerfG 40,141, p.144. Le Traité de Moscou est entré en vigueur le 3 juin 1972, date de l'échange des instruments de ratification (*Bundesgesetzblätter* 1972 II, p. 650).

²¹¹² Pour le texte du traité de Varsovie v. *Bundesgesetzblätter* 1972 II, pp. 362 et s.

laquelle, aucune modification n'était apportée à la situation juridique quant aux droits de propriété des requérants. Le gouvernement précisait qu'en raison de la « domination effective » sur ces territoires (*Effektivität der ausgeübten Herrschaft*) même avant la conclusion de ces traités, la RFA n'était pas en mesure de protéger le droit de propriété de ses propres ressortissants. La position du gouvernement a été retenue par la Cour qui s'est lancée dans une présentation détaillée des lois et des mesures prises à la fois par la Pologne et l'Union soviétique relatives au sort des biens et à la nationalité des anciens ressortissants allemands. La Cour a précisé que la RFA a dû accepter ces mesures unilatérales « sans qu'il soit possible de faire valoir ses propres conceptions juridiques dans le traitement des personnes concernées »²¹¹³. La finalité de ces traités, à savoir l'amélioration des rapports interétatiques, leur octroyait une nature éminemment politique (*hochpolitische Natur*). À la lumière de la reconnaissance d'un tel caractère, la Cour a considéré que la finalité aurait pu être compromise si la décision avait été prise de régler en détail les questions matérielles, à savoir le sort des propriétés et la question de nationalité.²¹¹⁴ Il est affirmé que la partie allemande n'a fait aucune déclaration d'intention concernant l'approbation ou la reconnaissance des mesures de confiscation. Par conséquent, aucune renonciation tacite des droits à la restitution ou à l'indemnisation ne pouvait être déduite de ces traités. Il a été précisé que les traités ne pouvaient pas produire d'effets juridiques préjudiciables pour les individus, « tels que ceux qui pourraient résulter d'un accord de paix en ce qui concerne la nationalité ».²¹¹⁵ La Cour a examiné aussi l'allégation en vertu de laquelle, par la conclusion et la ratification de ces traités, la RFA avait violé l'obligation qui lui incombait de protéger les ressortissants allemands et leurs intérêts vis-à-vis des États étrangers. La question des conditions de cette violation par omission avait été posée. En reconnaissant une marge d'appréciation politique étendue au profit du gouvernement, notamment lors de négociation des traités internationaux, la Cour a précisé que si la non-obtention de réglementations favorables aux individus avait entraîné la nullité de l'ensemble du traité par les juges de Karlsruhe, une telle décision aurait empiété sur les prérogatives de l'exécutif. Pour cette raison, les recours constitutionnels contre des lois d'approbation de traités internationaux ayant un contenu politique général ont été déclarés irrecevables. Les recours visaient à faire constater par la Cour constitutionnelle qu'une certaine réglementation matérielle en faveur des requérants aurait dû être obtenue lors des négociations du traité et que la conclusion de ce dernier sans cette réglementation aurait eu pour conséquence son invalidité dans son

²¹¹³ BVerfG 40,141, p. 163-164.

²¹¹⁴ BVerfG 40,141, p. 165.

²¹¹⁵ BVerfG 40,141, p. 175.

ensemble²¹¹⁶. Par une décision qui semble avoir gardé un équilibre nécessaire, la Cour n'a pas voulu s'immiscer dans une affaire dont le fardeau politique était très significatif. Grâce à un raisonnement délicat, elle a rejeté les recours d'anciens propriétaires, admettant toutefois que les questions patrimoniales restaient toujours en suspens. Néanmoins, malgré cette affirmation, la réticence de la Cour à se prononcer de manière directe sur l'influence nécessaire exercée par des accords de délimitation frontalière sur le sort des biens privés pourrait probablement être interprétée comme approbation tacite de la licéité exceptionnelle de ces mesures.

908. À la suite du rejet de leur recours, certains anciens propriétaires des biens sis en territoire polonais ont déposé un recours contre le gouvernement allemand fédéral auprès de la Commission européenne des droits de l'homme. Ils considéraient que la ratification des traités de Moscou du 12 août 1970 et celui de Varsovie du 7 décembre 1970 violait le droit à la propriété reconnu par la convention. Les requérants considéraient que les traités avaient pour effet « de convertir en frontières internationales, ce qui n'était qu'une ligne de démarcation de zones d'occupation ». Les requérants estimaient que leurs droits individuels demeuraient intacts en vertu du protocole de Potsdam qui prévoyait que les territoires situés à l'est de la ligne Oder-Neisse étaient transférés à la Pologne et à l'Union soviétique, mais que la question finale des frontières n'avait pas été réglée. Ils soulignaient qu'aucune modification du statut du territoire occupé n'était produite, en vertu du protocole de Potsdam qui qualifiait les territoires en question en tant que « territoires allemands occupés militairement par la Pologne ». Par conséquent, l'interdiction de la confiscation des biens des personnes privées incombait à la puissance d'occupation. À la suite de la reconnaissance de la frontière dite Oder-Neisse dans les traités de Moscou et de Varsovie, la République fédérale aurait retiré aux régions concernées leur caractère de territoires occupés. En l'occurrence, la Commission européenne des droits de l'homme a émis des doutes quant à l'applicabilité et l'invocabilité des règlements de la Haye par des particuliers à raison d'actes accomplis après la fin des hostilités. L'incertitude quant à l'existence et à l'exercice d'un droit de propriété a été soulignée par la Commission. Aucun lien de causalité adéquate entre la ratification des traités par la République fédérale d'Allemagne et la perte du droit de propriété n'a été ainsi identifié.²¹¹⁷

²¹¹⁶ BVerfG, 40,141, p.178.

²¹¹⁷ « Après la décision de confiscation prise par les autorités polonaises, les requérants peuvent avoir mis quelque espoir, pour faire reconnaître la survie de leur droit de propriété, dans certains arguments juridiques [...] La ratification des traités de Moscou et de Varsovie par la République Fédérale a rendu plus difficile, il est vrai, l'usage de ce dernier argument. Mais là s'arrêtent, à cet égard, les effets de cette ratification. Avant comme après celle-ci, l'existence d'un droit de propriété dans le chef des requérants était presque aussi incertaine et l'exercice d'un tel droit tout aussi

b. La résurgence du problème de reconnaissance des actes de confiscation en vertu des traités portant sur la délimitation de la ligne frontalière.

909. Après avoir laissé ouverte la question de la restitution ou de l'indemnisation des anciens propriétaires dans sa décision de 1975, la Cour Constitutionnelle allemande est revenue à ce sujet dans sa décision du 5 juin 1992, portant sur des recours constitutionnels contre le traité germano-polonais frontalier, signé le 14 novembre 1990 à Varsovie²¹¹⁸. En vertu de ce traité, la souveraineté polonaise a été reconnue sur le territoire marqué par Oder et Neisse. En effet, l'Allemagne en ne reconnaissant pas la souveraineté polonaise sur le territoire de l'Oder Neisse considérait jusqu'à 1990 que sur ledit territoire était applicable le droit interne allemand²¹¹⁹. Ce traité portant sur la délimitation des frontières a été suivi par le traité de bon voisinage et de coopération amicale du 17 juin 1991 ayant comme objet la normalisation générale des relations des deux pays²¹²⁰.

910. En l'occurrence, les requérants, dont les foyers étaient situés dans les anciennes régions allemandes, contestaient la loi d'approbation du traité frontalier germano-polonais. Ils prétendaient que celui-ci portait atteinte à leur droit fondamental de propriété et à d'autres droits fondamentaux. Par cette décision la Cour, restant fidèle à sa propre jurisprudence, a constaté en premier lieu, que la confirmation de la frontière n'impliquait pas la reconnaissance par la République fédérale d'Allemagne des mesures de confiscation polonaises antérieures. Le traité bilatéral n'avait pas « d'incidence sur les positions des requérants en matière de droit de

impossible ». Com.EDH, *requêtes n. 7655/76, 7656/76, 7657/76 X. Y et Z. c/République fédérale d'Allemagne*, 4 octobre 1977.

²¹¹⁸ BVerfG Beschluß der 3. Kammer des Zweiten Senats du 5 juin 1992, 2BvR 1613/91, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1992, pp. 306-308.

²¹¹⁹ Il faut rappeler que la démarcation de la frontière entre la République populaire de Pologne et la République démocratique allemande a fait l'objet du traité de Zgorzelec (Görlitz) signé le 6 juillet 1950. Il a été souligné que le traité de Görlitz du 6 juillet 1950 a une signification plus politique que juridique, car la RDA n'était alors pas un État souverain, ni de facto ni de jure. La RDA n'était pas en mesure de représenter toute l'Allemagne qui était encore formellement en état de guerre en 1950, à une époque où les quatre grandes puissances, après avoir assumé la souveraineté sur l'Allemagne par la déclaration de Berlin du 5 juin 1945, envisageaient toujours un traité de paix pour toute l'Allemagne. (UN Nations Treaty series Vol. 319 p. 93). Ce traité a été suivi par le traité de 1989 entre les mêmes parties concernant la délimitation des zones maritimes dans la baie de l'Oder. Après la réunification allemande, la frontière germano-polonaise a été confirmée par le traité du 14 novembre 1990 (*Vertrag zwischen der BRD und der Republik Polen über die Bestätigung der zwischen ihnen bestehenden Grenze*), *Bundesgesetzblatt*, Teil II, pp. 1329 et s. Art. 1 : « Les Parties contractantes confirment la permanence de la frontière entre elles, dont le tracé est défini dans l'Accord entre la République polonaise et la République démocratique allemande relatif à la délimitation de la frontière d'État établie et existante entre la Pologne et l'État allemand, en date du 6 juillet 1953 et les accords conclus en vue d'appliquer et de compléter ledit Accord (Instrument confirmant la démarcation de la frontière germano-polonaise du 27 janvier 1951; Traité entre la République populaire de Pologne et la République démocratique allemande relatif à la délimitation des zones maritimes dans la baie de l'Oder, en date du 22 mai 1989), ainsi que l'Accord entre la République populaire de Pologne et la République fédérale d'Allemagne sur les principes de base de la normalisation de leurs relations mutuelles, en date du 7 décembre 1970 ». Art. 2 : « Les Parties contractantes déclarent que la frontière entre elles est désormais inviolable et s'engagent mutuellement à respecter sans condition la souveraineté et l'intégrité territoriale l'une de l'autre. » Art. 3 « Chaque Partie contractante déclare qu'elle n'a aucune prétention sur le territoire de l'autre et qu'elle ne mettra pas en avant de telles prétentions dans l'avenir ».

²¹²⁰ V. D. Richard, « Pologne/Allemagne : quelle coopération dans une Europe à deux vitesses », *Politique étrangère*, 2018, pp.157-168.

propriété en ce sens que la réglementation frontalière obligerait les juridictions et les autorités allemandes à considérer désormais comme valables, en vertu du droit international allemand de l'expropriation, les expropriations jadis effectuées par les autorités polonaises ». La Cour a ainsi souligné que « la question de savoir si, en vertu de ces principes, les expropriations effectuées par les autorités polonaises en 1945 ou ultérieurement dans les territoires Oder-Neisse au détriment d'Allemands auraient dû être reconnues comme valables en République fédérale d'Allemagne avant l'entrée en vigueur du traité frontalier (pouvait) être laissée en suspens en l'espèce ». La Cour a précisé que le traité n'avait pas d'effet rétroactif sur l'exercice de souveraineté ou de juridiction territoriale dans les régions de l'est (*rückwirkender Kraft über die territoriale Souveränität oder Gebietshoheit*) et ne faisait que confirmer la frontière qui, en tout cas dans les faits, existait depuis longtemps entre l'Allemagne et la Pologne. La fixation de la ligne frontalière a été perçue comme réglementation orientée vers ou lié au présent et à l'avenir (*gegenwarts- und zukunftsbezogen*). Il s'agissait là d'une « détermination de droit international public de l'attribution d'un territoire à un État » (*völkerrechtliche Bestimmung der territorialen Zuordnung*), et non pas d'une « décision souveraine sur une propriété privée » (*hoheitliche Verfügung über privates Eigentum*).

911. En outre, la Cour a rappelé qu'en vertu du principe de territorialité, une décision d'expropriation produit ses effets sur le territoire de l'État étranger et s'applique aux biens qui, au moment de l'expropriation, relevaient de la compétence territoriale de l'État expropriant. La Cour a précisé qu'en matière d'expropriation, le droit allemand reconnaît les expropriations d'un État étranger, y compris les confiscations, sous condition que cet État soit resté dans les limites de sa compétence territoriale. Par conséquent, il a été précisé que l'absence d'indemnisation n'est pas suffisante pour dénier toute validité à une décision de confiscation prise par un État étranger, si les biens concernés se situent sur son propre territoire. L'acceptation de l'expropriation étrangère n'est limitée que par la réserve de l'ordre public, qui n'intervient toutefois que si, et dans la mesure où il existe un lien suffisant de l'acte de confiscation avec le territoire national et le temps de prise de la décision de reconnaissance (*eine hinreichende Inlands- und Gegenwartsbeziehung*). À la lumière de cette analyse, la Cour a constaté que la position des requérants en matière de droit de propriété « n'a pas été détériorée par le traité frontalier » puisque les requérants avaient conservé tout ce qu'ils avaient auparavant, à savoir « des positions juridiques existantes selon eux, mais non reconnues par la Pologne et donc pratiquement inapplicables, ainsi que l'espoir d'une annulation ou au moins d'une indemnisation pour des pertes subies il y a longtemps qu'ils estiment être injustes ». Il ne

revenait pas ainsi à la Cour « d’apprécier juridiquement les événements qui, en 1945 et plus tard, à la suite de la Seconde Guerre mondiale, ont conduit des Allemands — dont les requérants et leurs familles — à perdre leur patrie par expulsion ou réinstallation et leurs biens par des mesures de confiscation prises par les autorités polonaises ». En effet, des mesures prises par des autorités étrangères dans une époque si lointaine, ne devaient pas être jugées à l’aune des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale.

912. La Cour s’est aussi longuement prononcée sur l’objet du recours. Elle a considéré que les requérants s’opposaient à des lois d’approbation de traités internationaux ayant un contenu réglementaire politique général, ce qui n’était pas compatible avec la logique inhérente à un recours constitutionnel. La Cour a rappelé que le citoyen ne pouvait pas se voir reconnaître un droit général à une intervention du législateur et que « des circonstances particulières en mesure de fonder un ordre adressé au législateur (*verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrag*) n’étaient pas apparentes ». Un tel « ordre » aurait été fondé sur le paragraphe 3 de l’article 14, qui prévoyait une obligation d’indemnisation en cas d’expropriation, si la confiscation était imputable au législateur allemand. Les requérants se sont aussi appuyés sur le principe de l’État social pour reconnaître une obligation d’intervention du législateur en faveur des propriétaires dépossédés. Tout en admettant l’obligation générale qui incombe au législateur « de répartir de manière appropriée entre les membres de la communauté (nationale) les charges qui résultent d’un destin à assumer par l’ensemble [du peuple] (*das von der Gesamtheit zu tragende Schicksal*), notamment d’interventions extérieures, et qui n’ont touché, plus ou moins par hasard, que certains groupes », la Cour a précisé que le législateur s’était déjà acquitté de cette obligation générale. Une référence explicite a été faite à la compensation des charges, suivie de la remarque que « le principe de l’État social ne permet pas de faire valoir d’autres droits, comme celui d’une restitution intégrale de la valeur ». La Cour s’est prononcée aussi sur la possibilité de contestation d’un choix relevant de la politique étrangère de l’État par le biais d’un recours constitutionnel. Il a été précisé que les requérants ne pouvaient pas s’opposer à des lois de ratification de traités politiques (*Verträge mit einem allgemeinen politischen Regelungsinhalt*). En raison d’une marge d’appréciation politique étendue reconnue au profit du Gouvernement, un recours constitutionnel « visant à faire constater qu’une certaine réglementation matérielle en faveur du défendeur aurait dû être obtenue lors des négociations du traité », ne pouvait qu’être rejeté par la Cour. Si une telle hypothèse était retenue, un recours constitutionnel aurait pu être utilisé « non pas pour éliminer des atteintes effectives aux droits fondamentaux des requérant, mais aussi pour imposer des améliorations souhaitables de leur

situation juridique » (*statt effektive Beeinträchtigungen grundrechtlicher Positionen einzelner zu beseitigen, erwünschte Verbesserungen dieser Positionen zu erzwingen*). Cela aurait eu comme conséquence que les intérêts d'un individu ou d'un groupe priment de manière déraisonnable sur l'intérêt général de l'État. Par le rejet du recours, la Cour a ainsi admis la conformité avec la loi fondamentale du traité bilatéral portant sur la zone frontalière et le rétablissement des rapports de bon voisinage et d'amitié. Selon la Cour, ce traité n'exerçait aucune influence sur la validité et l'efficacité des mesures de confiscations entreprises par les autorités polonaises au lendemain de la guerre.

913. Dans le sillage de cette première décision s'inscrit aussi la décision de la même juridiction du 8 septembre 1993²¹²¹. En l'occurrence, les requérants considéraient que le traité de bon voisinage et d'amitié bilatéral portait atteinte au droit fondamental de propriété des requérants. L'absence de démarches diplomatiques dont l'effet aurait été la reconnaissance de droits d'indemnisation en faveur des anciens propriétaires dépossédés était reprochée à la RFA. La Cour a dû ainsi se prononcer de nouveau sur l'objet du traité et sa relation avec la réglementation des questions patrimoniales des Allemands expulsés. Il a été précisé que le traité, « nonobstant le premier considérant de son préambule, selon lequel le traité doit servir à clore les chapitres douloureux du passé », ne contenait aucune disposition relative à la propriété des personnes expulsées ou ayant fui les anciens territoires allemands de l'Est et de leurs héritiers. À la lumière de ce constat, la Cour a souligné que la position juridique du gouvernement restait intacte quant à la non-reconnaissance de validité de ces mesures et que par conséquent, aucune violation du droit à la propriété ne pouvait être constatée. Le fait que le gouvernement fédéral n'ait pas pris d'autres mesures concrètes pour aider les requérants à faire valoir les droits ne constituait pas non plus une violation des droits fondamentaux. La Cour s'est lancée dans de commentaires sur la marge de négociation reconnue au profit du gouvernement précisant que « compte tenu du caractère juridiquement controversé de ces droits et de la situation politique dans les relations germano-polonaises, des démarches allemandes dans ce sens seraient, du point de vue du gouvernement, politiquement dommageables ». Cette appréciation relevait du champ de prérogatives non susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Fidèle à une interprétation classique des actes de gouvernement, la Cour a précisé que la RFA n'était pas redevable d'une indemnisation pour avoir renoncé à des initiatives diplomatiques dont l'issue aurait été sans effet.

²¹²¹ BVerfG décision du 8 septembre 1993 – 2 BvR 2121/92, 2 BvR 2122/92, 2 BvR 2123/92, 2 BvR 2125/92, 2 BvR 2126/92, *Beck-Rechtsprechung* 1993, p.8463.

914. La jurisprudence allemande a suivi une ligne argumentative conséquente. D'une part, la position était défendue en vertu de laquelle, les questions patrimoniales des Allemands expulsés de l'Est restaient toujours en suspens. D'autre part, des réglementations bilatérales, portant sur le statut territorial des régions, dont le statut faisait jusqu'alors l'objet de controverse, n'impliquaient pas la reconnaissance indirecte de la validité des actes de spoliation. Grâce à ce raisonnement le juge allemand ne voulait pas prendre une position franche sur une question liée à un contexte historique lointain. On pourrait interpréter cette réticence comme signe d'approbation latente de la licéité de ces mesures liées au contexte particulier de l'après-guerre. Un tel signe était la décision de l'État allemand d'octroyer des prestations compensatoires aux propriétaires dépossédés.

c. La compensation partielle des préjudices par l'ordre juridique allemand non interprétée comme signe de reconnaissance de la validité des confiscations.

915. L'interrogation porte sur la reconnaissance indirecte de la validité des mesures de confiscation par le mécanisme d'octroi de compensations aux personnes expulsées et dépossédées. L'objectif de la compensation des charges était d'atténuer les dommages subis pendant ou à la suite de la Seconde Guerre mondiale par des prestations d'indemnisation, d'intégration ou d'aide sociale²¹²². À cet effet, la loi de compensation ou de péréquation des charges, promulguée le 14 août 1954, prévoyait d'indemniser les expulsés pour les pertes et dommages subis lors de leur déplacement²¹²³. En vertu de cette loi, les personnes lésées pouvaient réclamer des prestations de compensation, dont une indemnité principale dégressive en fonction du montant du préjudice patrimonial subi. La loi sur la péréquation des charges n'abordait pas la question du titre de propriété des biens confisqués appartenant jadis aux ressortissants allemands et aux personnes d'origine ethnique allemande à la suite d'actions prises au cours et au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. En effet, aucune appréciation relative à la licéité des mesures d'expulsion et de confiscation ne se laisse dégager à partir de cette loi. La compensation des charges se fondait uniquement sur le fait de l'expulsion, de la confiscation ou de la destruction des biens. Les dommages subis devaient ainsi être liés de façon

²¹²² Loi sur la péréquation des charges du 14 août 1952 (*Gesetz über den Lastenausgleich-LAG*), *Bundesgesetzblatt*, 1952 Teil I, pp. 446-533.

²¹²³ L'objectif de la Péréquation des Charges est annoncé dans le premier article de la loi qui dispose : « La compensation des dommages et pertes, qui se sont produits à la suite des refoulements et des bouleversements dus à la guerre et à l'après-guerre, ainsi que le soulagement des détresses engendrées par le nouveau régime de la monnaie dans le territoire soumis à la loi constitutionnelle y compris Berlin (secteur ouest), sont réglés par la présente loi ; les moyens nécessaires seront fournis d'après les mesures prévues par la présente loi ». A. Blocq, *Aperçu de la législation allemande sur la péréquation des charges et de ses incidences sur les étrangers et leurs biens*, Thèse, Poitiers, 1956, 246 p., p.31. Le gouvernement de la RDA n'a pas recouru à des indemnisations pareilles. Après la réunification, des sommes d'argent au titre de la loi de 1952 ont été versés aux expulsés installés en RDA ou à leurs descendants.

étroite avec l'expulsion massive. Le dommage devait être la conséquence directe des mesures prises à l'encontre des personnes de nationalité ou d'appartenance ethnique allemande dans les régions où les expulsions massives avaient eu lieu. Aucune distinction n'était établie en fonction de l'affirmation de la licéité ou non de la mesure. Plus précisément, l'art. 11 de la loi définissait de manière détaillée les critères d'attribution de la qualification d'expulsé (*Vertrieben*) par référence explicite aux États qui avaient organisé l'expulsion collective des ressortissants allemands ou des Personnes d'origine ethnique allemande²¹²⁴.

916. Ces dispositions doivent être interprétées à la lumière de l'alinéa 2 du préambule de la loi selon lequel l'octroi et l'acceptation des prestations ne portent pas préjudice aux réclamations de restitution des biens²¹²⁵. Cette solution a été choisie précisément en considération des souhaits des personnes déplacées et sur la base de la conception selon laquelle les revendications juridiques des personnes déplacées devaient rester intangibles²¹²⁶. Il faut

²¹²⁴ Article 11 paragraphe 1^{er} : « Est expulsée toute personne de nationalité allemande ou appartenant à l'ethnie allemande qui avait son domicile dans les territoires allemands situés à l'est de la ligne Oder-Neisse ou dans les territoires situés en dehors des frontières de l'Empire allemand selon l'état territorial du 31 décembre 1937 et qui l'a perdu en raison des événements de la Seconde Guerre mondiale, notamment par expulsion ou fuite. En cas de domicile multiple, le domicile qui était déterminant pour la situation personnelle de la personne concernée doit avoir été perdu. Celui qui, à la suite de faits de guerre, a transféré son domicile dans les régions mentionnées dans la première phrase n'est toutefois une personne expulsée que s'il ressort des circonstances qu'il a voulu s'établir en permanence dans ces régions, même après la guerre ». Paragraphe 2 : « Est également considérée comme expulsée toute personne qui, en tant que ressortissant allemand ou membre du peuple allemand, 1. a quitté les territoires mentionnés au paragraphe 1 après le 30 janvier 1933 en raison de mesures de violence nationales-socialistes qui le menaçaient ou qui étaient exercées contre lui en raison de ses convictions politiques, de sa race, de sa foi ou de ses convictions philosophiques, et a établi sa résidence en dehors du Reich allemand. 2 A été déplacé de territoires non allemands en vertu des traités interétatiques conclus pendant la Seconde Guerre mondiale ou, pendant la même période, en vertu de mesures prises par les services allemands à partir des territoires occupés par la Wehrmacht allemande (*Umsiedler*). 3 A quitté ou quitte, après l'achèvement des mesures générales d'expulsion, les territoires allemands situés à l'est de la ligne Oder-Neisse, Danzig, l'Estonie, la Lettonie ou la Lituanie, l'Union soviétique, la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Hongrie, la Roumanie, la Bulgarie, la Yougoslavie ou l'Albanie, à moins qu'il n'ait établi sa résidence dans ces territoires qu'après le 8 mai 1945 (*Aussiedler*) 4 sans y avoir établi sa résidence, exercé son industrie ou sa profession de manière permanente dans les territoires visés au paragraphe 1 et ait dû cesser cette activité à la suite de l'expulsion » Paragraphe 3 : « Est également considérée comme expulsée toute personne qui, sans être elle-même de nationalité allemande ou d'ethnie allemande, était mariée à une personne expulsée au moment de l'expulsion et qui, pour cette seule raison, a abandonné son domicile dans les territoires visés au paragraphe 1 », *Gesetz über den Lastenausgleich* 14 August 1952, *Bundesgesetzblatt*, 1952, Teil I p. 446-533. V. aussi A. Blocq, *Aperçu de la législation allemande*, op.cit., p.36.

²¹²⁵ V. le préambule de la loi sur la compensation des charges « sous la réserve expresse que l'octroi et l'acceptation de prestations n'impliquent pas de renonciation à faire valoir des droits à la restitution des biens laissés par les personnes expulsées et sous la réserve expresse supplémentaire que l'octroi et l'acceptation de prestations pour des dommages au sens de la loi sur la conservation des preuves et la constatation des faits n'affectent pas les droits patrimoniaux de la personne lésée et ne comportent pas de renonciation au rétablissement des droits patrimoniaux ou à une indemnisation », *idem*.

²¹²⁶ L'art. 14 de la loi portait sur les « dommages de l'Est ». La notion de « dommages de l'Est » a été retenue en vue de permettre l'indemnisation des dommages éprouvés par des sinistrés ne pouvant se prévaloir de la qualité d'expulsés, mais qui ont subi des dommages patrimoniaux dans les territoires Est de l'Allemagne (frontière au 31 décembre 1937) situé à l'Est de la ligne *Oder Neisse* et placés sous administration soviétique ou polonaise. En vertu de cet article, les personnes domiciliées au 31 décembre 1944 en territoire allemand, prenant en considération les frontières du 31 décembre 1937, étaient considérées comme « sinistrés de l'Est ». Les dommages causés par les expulsions massives à l'Est sont également inclus dans le champ d'application de la loi sur les dommages de réparation du 12 février 1969. Loi sur l'indemnisation des dommages de réparation, de restitution, de destruction et de remboursement (*Gesetz zur Abgeltung von Reparations-, Restitutions-, Zerstörungs- und Rückerstattungsschäden RepG*) du 14 février 1969, BGB, 1969 Teil I, pp. 105-136.

souligner qu'en vertu de la loi sur la péréquation des charges, la République fédérale d'Allemagne s'est acquittée d'une mission en tant qu'État de droit social au sens de l'article 20 de la Loi fondamentale. Les compensations constituaient aussi la cristallisation de l'obligation de protection qui incombe à un ordre juridique à l'égard de ses propres ressortissants — au sens de l'art. 116 de la Loi fondamentale — à la suite de la guerre perdue²¹²⁷. Par conséquent, les prestations fournies en vertu de la législation interne ne concernaient que les relations entre la République fédérale et ses propres ressortissants.

d. Les ambiguïtés quant à la possibilité de contestation de la licéité des actes de confiscation.

917. L'effet purement interne de cette législation ne pouvait pas exercer d'influence sur la reconnaissance de validité des mesures de confiscation entreprises par des États étrangers contre les ressortissants allemands. Par ailleurs, le préambule de la loi contenait la réserve formelle selon laquelle l'octroi de prestations aux personnes expulsées n'impliquait pas la renonciation de leur part au droit de revendiquer la restitution des biens abandonnés. En vertu de cette législation, la RFA n'avait pas comme objectif de se subroger dans les droits des personnes déplacées. Par conséquent, la mise en œuvre du mécanisme de protection diplomatique, opératoire au niveau interétatique restait toujours envisageable. Le mécanisme de protection diplomatique ne pouvait pas être affecté par ces prestations dont les bénéficiaires étaient les ressortissants allemands. Par ailleurs, il faut souligner que lors de l'adoption de la loi sur la compensation des charges, la RDA n'a pas exprimé sa volonté de libérer la Pologne des obligations qui lui incombaient au sujet de réparation des dommages ni de renoncer au recours éventuel du mécanisme de protection diplomatique vis-à-vis de la Pologne. Il doit aussi être rappelé que la protection diplomatique ne constitue pas un devoir pour l'État, dont les ressortissants considèrent avoir subi un acte internationalement illicite. En revanche, par le biais du recours au mécanisme de protection diplomatique, l'État « fait valoir son propre droit », d'après la fameuse fiction de la CPIJ dans l'arrêt *Mavrommatis*²¹²⁸. Une certaine marge d'appréciation est ainsi reconnue à l'État qui se considère libre de mettre en œuvre le mécanisme de protection diplomatique. Bien que les traités bilatéraux laissent intacte la question de reconnaissance de la validité des actes de confiscation, laissant toujours ouverte la possibilité d'exercice de protection diplomatique par l'Allemagne pour les dommages subis par

²¹²⁷ Loi fondamentale, Article 116 : « [Notion d'« Allemand », réintégration dans la nationalité allemande] (1) Sauf réglementation législative contraire, est allemand au sens de la présente Loi fondamentale, quiconque possède la nationalité allemande ou a été admis sur le territoire du Reich allemand tel qu'il existait au 31 décembre 1937, en qualité de réfugié ou d'expulsé appartenant au peuple allemand, ou de conjoint ou de descendant de ces derniers ».

²¹²⁸ CPIJ 30 août 1924, *Mavrommatis*, Série A n° 2, p. 12.

ses propres ressortissants, le chancelier allemand Schröder a procédé à une déclaration le 1^{er} août 2004, selon laquelle la question des propriétés allemandes confisquées, ne représentait pour l'avenir aucun point de discordance dans les rapports bilatéraux²¹²⁹. Cette déclaration politique pourrait être interprétée comme une renonciation à la possibilité d'exercer la protection diplomatique²¹³⁰. Il a même été souligné que, suite à cette déclaration, le principe de l'estoppel serait opposable à l'Allemagne, si elle faisait valoir des prétentions d'indemnisation au sujet des confiscations entreprises au lendemain de la Seconde Guerre mondiale²¹³¹. D'autres auteurs, mettant l'accent sur la relation entre les confiscations et « l'expulsion collective en tant que crime contre l'humanité », considéraient qu'un tel acte de renonciation portait préjudice à l'obligation d'éliminer les conséquences et de réparer les dommages d'un acte « dont les effets étaient imprescriptibles »²¹³².

918. La position allemande par rapport à la possibilité de contestation des actes de confiscation entrepris contre les Allemands de l'Est se caractérise ainsi par une certaine ambiguïté qui semble être préjudiciable aux anciens propriétaires, puisque la voie de contestation de la licéité de ces actes dans les ordres juridiques des États de l'Est semble close.

²¹²⁹ Déclaration du Chancelier Gerhard Schröder : « Les questions patrimoniales liées à la Seconde Guerre mondiale ne sont plus un sujet de préoccupation pour les deux gouvernements dans les relations germano-polonaises. Ni le gouvernement fédéral ni aucune autre force politique sérieuse en Allemagne ne soutiennent les réclamations individuelles [d'indemnisation ou de restitution]. Le gouvernement fédéral défendra également cette position devant toutes les juridictions internationales ».

²¹³⁰ V. G. Gornig, « Eigentum und Enteignung im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung von Vertriebenen », pp. 19-74, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Murawiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsrecht*, op. cit., p.54 : « Le fait que le chancelier fédéral ait qualifié les revendications des personnes déplacées comme étant sans fondement juridique ne signifie pas qu'elles sont réellement sans fondement juridique ou qu'elles deviendraient ainsi sans fondement juridique. [...] Sa déclaration est une déclaration politique sans aucune valeur juridique ».

²¹³¹ V. Barcz et Frowein qui dans leur avis ont soutenu la thèse en vertu de laquelle aucune prétention individuelle de restitution des biens ne pourrait être reconnu à l'égard des Allemands. « Il s'agit toutefois d'une déclaration juridiquement pertinente, faite par le chancelier fédéral en tant que représentant de la République fédérale d'Allemagne. Elle doit donc être considérée, en droit international, comme un acte unilatéral ayant un caractère contraignant pour la République fédérale d'Allemagne. La problématique d'éventuelles prétentions de l'Allemagne à l'encontre de la Pologne en tant que prétentions étatiques pour les confiscations de biens est ainsi clairement réglée. Le principe de "l'estoppel" serait en outre opposable ici à l'Allemagne si elle faisait valoir des prétentions ». J. Barcz, J. Frowein, « Gutachten zu Ansprüchen aus Deutschland gegen Polen in Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg », *ZaoRV*, 2005, vol. 65, pp. 625-650, p.18.

²¹³² De Zayas A., « Enteignung und Vertreibung im Lichte des Völkerrechts », dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Murawiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsrecht*, vol. 2, op.cit., p.19-31, p.29 : « Une déclaration unilatérale qui caractérise la question patrimoniale comme étant réglée et les revendications correspondantes comme étant "sans fondement juridique" va à l'encontre de l'obligation secondaire de droit international public de remédier aux conséquences et de réparer les dommages. De même, de telles revendications ne sont pas prescrites, ce qui découle de l'imprescriptibilité des conséquences de l'expulsion en tant que crime contre l'humanité et s'étend donc également aux revendications patrimoniales. Seule une renonciation individuelle peut faire disparaître les droits individuels fondés sur le droit international ».

§ 3 La non-contestation de la licéité et de la validité des mesures de confiscation par les États y ayant recouru et l'absence de protection pour les anciens propriétaires spoliés.

919. La confiscation des biens des Allemands expulsés a été mise en œuvre grâce à des actes dont à la fois la licéité et la validité devaient être contrôlées par les États qui en avaient l'initiative. La notion de licéité fait référence à la légalité de l'acte lorsque ce dernier a été mis en œuvre, tandis que celle de validité aux effets toujours tangibles des actes remontant à une époque si lointaine. La remise en question de la validité de ces mesures aurait eu comme effet la prolifération d'actions en indemnisation de la part des anciens propriétaires dépossédés. En effet, les ordres juridiques des États de l'Europe de l'Est continuent toujours de reconnaître comme valides les mesures prises contre les biens des ressortissants expulsés de l'ennemi vaincu.

920. Il convient d'examiner l'argumentation employée pour défendre la conformité de cette politique, concrétisant un régime de responsabilité collective, avec les garanties constitutionnelles de protection des droits des personnes physiques ou les garanties découlant des droits de l'homme. Le déploiement de cette argumentation a eu lieu à la suite de la contestation de la conformité des actes de dépossession avec les garanties de l'État de droit et des réclamations de restitution ou d'indemnisation de la part des anciens propriétaires dépossédés (a). Il faut ainsi étudier les effets intertemporels d'une politique de confiscation ancrée dans une période bien précise (b). Le caractère exceptionnel de ces mesures, justifiées par référence aux atrocités commises par le Troisième *Reich* et le statut d'ennemi vaincu attribué à l'Allemagne après la cessation des hostilités, semble constituer un des motifs majeurs de cette politique discriminatoire. La prise en considération des particularités du cadre historique (*historische Einzigartigkeit der Situation*) des années postérieures à la Seconde Guerre mondiale a eu comme effet le rejet de tout recours de contestation de validité des actes de dépossession ayant eu lieu au lendemain de la guerre²¹³³. En outre, des obligations découlant des traités conclus postérieurement aux actes de dépossession n'obligent pas à la reconsidération des effets d'un arsenal normatif remontant dans une époque relativement lointaine (c, d). Néanmoins, des dispositions mettant en œuvre un régime discriminatoire en matière de réparations des préjudices subis dans une époque lointaine tombent dans le champ d'application de certains traités relatifs à la protection des droits de l'homme. L'exclusion d'une certaine catégorie de personnes de toute indemnisation pourrait ainsi s'inscrire dans le sillage des mesures de responsabilité collective visant les ennemis dépossédés et expulsés (e, f).

²¹³³ Tomuschat Chr., *Die Vertreibung der Sudetendeutschen*, *op.cit.*, p.38.

a. L'appréciation de validité des mesures de confiscation dans le cadre de demandes de restitution voire d'indemnisation de la part des propriétaires spoliés.

921. Des juridictions nationales et supranationales ont dû se prononcer sur la validité des mesures de dépossession mises en vigueur en 1945 à l'occasion de recours contre différentes dispositions relevant des lois prévoyant l'indemnisation pour des actes de dépossession, et promulguées par les anciens pays communistes de l'Europe de l'Est dans les années ayant suivi l'effondrement du rideau de fer. Ces lois prévoyaient de manière systématique la restitution des biens ou l'octroi d'indemnisation pour les pertes subies. L'interrogation portait sur les conditions de reconnaissance d'un tel droit. Une différence pouvait être constatée entre les conditions de restitution des biens en fonction de la date de mise en œuvre des mesures de dépossession. Si les actes de confiscation avaient eu lieu au lendemain de la guerre, les conditions de restitution étaient beaucoup plus restrictives par rapport aux conditions de restitution des biens confisqués par les autorités, à la suite de l'établissement formel de nouveaux régimes. Il semble ainsi qu'un régime spécial, particulièrement défavorable pour les ressortissants de l'État ennemi vaincu soit mis en œuvre. Une politique discriminatoire à l'égard des propriétaires dont les biens avaient été confisqués au lendemain de la guerre à titre de réparations de guerre pouvait ainsi être confirmée. Il convient d'examiner la valeur juridique octroyée aux actes de confiscation par les ordres juridiques dont les organes avaient pris l'initiative de mettre en œuvre d'un régime de responsabilité collective. L'ordre juridique tchèque et l'interrogation autour des mesures déterminant le sort des Allemands des Sudètes servira principalement de cadre de référence²¹³⁴. L'analyse qui suivra sera pertinente pour l'intégralité des États ayant expulsé la communauté allemande et ayant procédé à la confiscation systématique des biens des ressortissants ennemis abandonnés sur leurs territoires²¹³⁵.

²¹³⁴ Le volet slovaque, portant principalement sur les conséquences d'application des décrets Beneš pour la minorité de nationalité hongroise qui vivait dans la Slovaquie actuelle, a rarement été traité de manière autonome. Malgré les similitudes apparentes entre le sort des Allemands des Sudètes et celui des Hongrois en Slovaquie, les régimes juridiques n'ont pas été identiques. Pour une présentation de l'ensemble des mesures prises contre la communauté hongroise et le dispositif législatif slovaque après 1993 v. Hamos G., *Die Dekrete des Präsidenten der Republik — die Beneš — Dekrete, Schuld und Sühne in den Nachwehen der Weltkriege, op.cit.*, pp.125 et s.

²¹³⁵ Pour l'ensemble de la documentation v. les huit volumes de la « Documentation de l'expulsion des Allemands d'Europe centrale et orientale », qui traite de l'expulsion de la population allemande après la fin du national-socialisme. Les trois premiers volumes traitent de l'expulsion de la population allemande des régions situées à l'est de la frontière *Oder-Neisse*. Les cinq autres volumes sont consacrés aux mesures d'expulsion prises par la Tchécoslovaquie, la Hongrie, la Roumanie et la Yougoslavie. Ces volumes ont été préparés sous l'autorité du ministère fédéral des personnes déplacées, des réfugiés et des victimes de la guerre (*Bundesministerium für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte-BMVI*), créé en 1949 et dissous en 1969. Le ministère a été dissous dans le cadre de l'*Ostpolitik* de Willy Brandt, sous les vives critiques des associations de personnes déplacées. Ses compétences ont été transférées au ministère fédéral de l'Intérieur.

b. L'affirmation explicite de la validité des actes de confiscation et le rejet de reconnaissance de tout droit de restitution voire d'indemnisation en faveur des propriétaires spoliés.

922. Dans sa décision du 8 mars 1995, la Cour Constitutionnelle tchèque s'est prononcée sur la valeur juridique du décret présidentiel n° 108/1945 portant sur la confiscation de la propriété ennemie et de sa conformité avec la constitution tchèque²¹³⁶. À l'origine de cette décision se trouvait la réclamation de restitution d'un bien appartenant à un ressortissant tchèque dont le père était binational et dont le patrimoine familial avait été confisqué. La demande de restitution a eu lieu après la promulgation des lois prévoyant des réparations pour les confiscations ayant eu lieu entre 1949 et 1990. En l'occurrence, la non-prévision de restitution pour les biens saisis avant 1948 par la loi n° 480/1991 était en cause²¹³⁷. Cette loi n'avait comme objectif que la réparation de préjudices imputables au régime communiste. Par conséquent, ce nouveau cadre législatif ne prévoyait de réparations que pour ceux dont les biens avaient été saisis par le régime communiste. Le requérant, dont les biens avaient été saisis après la cessation des hostilités, mais avant l'établissement du régime communiste, a demandé à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur le rejet de sa réclamation par les autorités administratives tchèques.

923. À l'occasion de l'examen de la conformité avec la Constitution de cette loi, la Cour a dû se prononcer sur la validité du décret de Benes portant sur la confiscation des biens privés. Pour approuver la validité du décret, la Cour a souligné la continuité de l'ordre juridique tchécoslovaque durant la guerre et la qualité de Benes²¹³⁸ en tant que président de la République tchèque. Ce dernier a été forcé de quitter le pays n'ayant toutefois pas perdu sa légitimité démocratique. La Cour s'est ainsi appuyée sur l'acte constitutionnel n° 57/1946 du 28 mars 1946 de l'Assemblée nationale provisoire en vertu duquel, tous les actes du régime démocratique en exil ont été postérieurement ratifiés. La continuité juridique du régime légitime siégeant en Grande-Bretagne a été ainsi soulignée et tout acte relevant du régime d'occupation allemande a été déclaré nul et non avenu. Parmi les actes dont la validité a été postérieurement

²¹³⁶ Décret relatif à la confiscation des biens de l'ennemi et les fonds de réhabilitation nationale, 25 octobre 1945 (Über die Konfiskation des feindlichen Vermögens und die Fonds der nationalen Erneuerung), C 108/1945, *Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mitteleuropa*, t. IV v.1, 2004, pp. 263 et s.

²¹³⁷ *Zdkon o dobe nesvobody* (acte sur la période de non-liberté), November 13, 1991, n° 480/1991, pour une présentation du texte v. E. Wagnerová, M. Gillis, « Justice and memory: the experience of the Czech Republic, 1989 to the present », *Journal of east european law*, 2001, pp. 199-233, p. 223.

²¹³⁸ Dans un échange verbal avec le ministre des affaires étrangères soviétiques Motolov le 14 décembre 1943, Beneš a mis l'accent sur la relation entre la perte des biens des Allemands expulsés et les réparations de guerre : « Mais je veux que les réparations soient effectuées de manière à ce que les biens des Allemands que nous avons expulsés soient transférés au gouvernement tchécoslovaque. Les Allemands reçoivent de notre part une confirmation avec laquelle ils peuvent ensuite s'adresser au gouvernement allemand pour obtenir une indemnisation. » cité par Carlowitz von L., *Das Menschenrecht auf Eigentum von Flüchtlingen und Vertriebenen*, Duncker&Humblot, Berlin 2007, pp.345, p.116.

reconnue figurait le décret n. 108/1945 portant sur la confiscation des biens ennemis. La Cour ne s'est pas prononcée sur la licéité des mesures de confiscation en fonction des critères de l'ordre juridique contemporain²¹³⁹. La licéité de la procédure de confiscation précisée dans le décret devait ainsi être mesurée en fonction de la constitution de 1920 et non pas d'après la constitution de 1993. La Cour a mis l'accent sur les particularités du contexte historique, considérant que cette mesure avait été prise comme réaction à l'élimination de la souveraineté étatique, de l'indépendance, de l'intégrité territoriale de l'État polonais.

924. La Cour a voulu mesurer la validité du décret n° 108 à la lumière de « règles juridiques qui prévalent parmi les sociétés européennes civilisées ». Elle a développé un raisonnement portant sur la proportionnalité de la mesure de confiscation en vue de l'objectif visé, à savoir la construction d'un État démocratique. Le critère retenu pour la détermination du cercle des personnes affectées par les mesures de confiscation devait ainsi être conforme aux principes régissant le fonctionnement d'un État démocratique.

925. L'ingérence systématique dans la propriété privée n'aurait pas été approuvée, si le critère retenu pour la mise en œuvre de cette politique avait été la nationalité des personnes dépossédées. La Cour n'a pas identifié la nationalité comme critère de discrimination, mais l'idéologie politique de ces personnes, reflétée dans leur attitude hostile envers la République tchécoslovaque ou envers le peuple tchèque ou slovaque. Selon la Cour, la preuve que la nationalité n'était pas le critère déterminant résidait dans le fait que les Allemands qui s'étaient comportés de manière loyale vis-à-vis de l'État polonais étaient exemptés de mesures de confiscations. En revanche, par les mesures de confiscation étaient affectés les Tchécoslovaques déloyaux. Pour les personnes physiques de nationalité allemande ou hongroise existait une présomption réfragable, puisque les biens de ces personnes n'étaient pas confisqués, si leurs propriétaires prouvaient qu'ils étaient restés fidèles à la République tchécoslovaque, qu'elles n'avaient jamais commis de faute contre les peuples tchèque ou slovaque et qu'elles avaient soit participé activement à la lutte pour leur libération, soit souffert de la terreur nazie ou fasciste. En revanche, les biens des personnes physiques et morales, quelle

²¹³⁹ Décision de la Cour constitutionnelle de la République tchèque, du 8 mars 1995, *Pl. US 14/94, Bayerische Verwaltungsblätter*, 1996, n° 1, pp. 14-19 : « L'évaluation du passé ne doit pas être un procès du présent contre le passé. En d'autres termes, l'ordre du passé (*Ordnung der Vergangenheit*) ne peut pas être jugé par un tribunal de l'ordre du présent, qui est déjà instruit par d'autres expériences, qui puise dans ces dernières et qui contemple de nombreux phénomènes en perspective et les évalue avec un recul de temps important. C'est sous cet angle et dans le contexte de l'époque de l'occupation nazie et de la période qui s'en est suivie de près que l'on doit également évaluer le décret n° 108/1945, dont le décret n'était rien d'autre qu'une mesure prise dans cette situation historique et sur la base de l'ordre juridique en vigueur à l'époque [...] ». V. aussi M. Gillis, « Facing up to the Past: The Czech Constitutional Court's Decision on the Confiscation of Sudeten German Property », *Journal of east European law*, 1995, pp.709-760, p.743.

que soit leur nationalité, ayant agi contre la souveraineté de l'État, l'indépendance, l'intégrité, la forme démocratique et républicaine de l'État, la sécurité et la défense de la République tchécoslovaque, étaient confisqués. La Cour a ainsi souligné que le rapport d'hostilité n'était pas fondé sur le critère de la nationalité, mais sur l'attachement idéologique au système national-socialiste²¹⁴⁰.

926. Le requérant avait attiré l'attention de la Cour sur le fardeau de preuve placé sur les ressortissants allemands à la différence des personnes d'autres nationalités dont le comportement déloyal devait être établi par la Cour. Comme il a été déjà analysé, le décret 108/1945 était fondé sur la présomption de responsabilité des personnes de nationalité allemande et hongroise, alors que pour les personnes d'autres nationalités, la charge de la preuve d'un comportement déloyal incombait aux organes qui devaient ainsi vérifier si les conditions de confiscation de leurs biens étaient ou non remplies. Cette différence procédurale majeure apportait ainsi des preuves d'établissement d'un régime de responsabilité collective. Une différence a été proposée entre les termes responsabilité et culpabilité. La Cour a souligné qu'une présomption de responsabilité avait été établie au détriment des personnes de nationalité allemande. Selon la Cour, cette présomption de responsabilité devait être distinguée d'une présomption de culpabilité. La culpabilité est interprétée comme notion associée à une faute et une peine individuelle, tandis que la responsabilité pouvait prendre une dimension collective. La notion de responsabilité prenait ainsi une dimension sociale et historique large. Une telle responsabilité pourrait être engagée par référence aux rapports d'un groupe d'individus au pouvoir politique. La proximité entre les minorités allemande et hongroise aux autorités d'occupation servait ainsi de justification pour l'engagement de la responsabilité collective de ces groupes²¹⁴¹. La Cour a qualifié les citoyens de la Tchécoslovaquie d'origine allemande

²¹⁴⁰ Décision de la Cour constitutionnelle de la République tchèque, du 8 mars 1995, *Pl. US 14/94, op.cit.*, p.16 : « Ainsi, même si le décret parle, en premier lieu, de l'Empire allemand et des personnes de nationalité allemande, ce décret a en réalité une dimension plus générale et peut être considéré comme l'un des documents reflétant l'éternel conflit entre démocratie et totalitarisme. La ligne de démarcation est ici de savoir qui était de quel côté ».

²¹⁴¹ *Idem*, p.16 : « La raison dont découle la responsabilité sociale, politique, morale et, dans certains cas, juridique, est donc précisément aussi la décision de non-contribution à la structuration des rapports de force, la non-participation à la lutte pour le droit (*Dienst am Recht*). Il n'existe guère de schéma noir-blanc, à savoir l'affirmation de la responsabilité exclusive pour les représentants du nazisme et le rejet de toute responsabilité pour les autres. Même si d'autres États européens et leurs gouvernements ont participé à la naissance et au développement du nazisme, incapables et réticents à s'opposer dès le début à l'expansion nazie, la responsabilité en incombe en premier lieu au peuple allemand lui-même, même s'il y avait dans ses rangs un certain nombre de personnes qui s'y sont opposées activement et courageusement. Entre la responsabilité du reste du monde et celle du peuple allemand, entre le silence et la passivité des uns et le silence des autres, existe toutefois une différence diamétrale qui joue un rôle important dans la question de la charge de la preuve. C'est, en effet, une partie considérable du peuple allemand qui, à bien des égards, a participé directement et en connaissance de cause à la formation des structures du pouvoir en Allemagne nazie, à l'expansion de l'Allemagne nazie au détriment de la Tchécoslovaquie et, plus généralement, aux ambitions nazies qui ont conduit à ce que le destin du monde entier soit en jeu. Cela vaut également pour les citoyens allemands de la Tchécoslovaquie d'avant-guerre, et pour eux tout particulièrement. Car la tempête de feu déclenchée par le nazisme était l'œuvre de la majeure partie de leur

d'acteurs importants dans le processus de séparation des régions frontalières de la Tchécoslovaquie et de leur rattachement au Reich allemand. Même pendant cette période critique, la République tchécoslovaque était un État dont les fondements démocratiques ne faisaient aucun doute. La structure de son système politique leur offrait à l'époque toute possibilité de s'opposer à la politique agressive du Troisième Reich.

927. La proportionnalité des mesures de confiscation, imposées conformément à l'affirmation de la responsabilité collective des minorités allemande et hongroise, a été explicitement affirmée par la Cour. Mettant l'accent sur les particularités du statut de l'Allemagne vaincue, la Cour a précisé que la référence à la nationalité allemande n'apporte pas de preuves d'une condamnation «génétique». La différence entre une mesure de responsabilité collective et la logique de la peine par essence individuelle est aussi soulignée. L'usage du terme nationalité allemande par le décret en question a été associé au statut particulier de l'Allemagne vaincue au lendemain de la guerre. La Cour a expliqué que le statut d'occupation *sui generis* et l'interrogation autour de la continuité de l'État allemand après la guerre rendaient problématique l'utilisation du terme juridique plus précis de citoyenneté allemande (*deutsche Staatsbürgerschaft*).

928. En juxtaposant la démocratie au totalitarisme, la Cour s'est prononcée non seulement sur la licéité, mais aussi sur la légitimité de l'acte. La confiscation des biens ennemis était dictée dans le cadre général de la politique de réparations de guerre et d'expulsion de la population allemande en vertu des accords de Potsdam et des traités de Paris de 1945. Par conséquent, le décret, dont la conformité avec la constitution était contestée, était étroitement lié à la période après la guerre. La Cour a précisé qu'il s'agissait «non seulement d'un acte légal, mais aussi d'un acte légitime»²¹⁴². Compte tenu du fait que cet acte avait déjà atteint son but et ne créait plus de rapports juridiques nouveaux, l'examen *a posteriori* d'une contradiction avec la Constitution tchèque ou des conventions internationales ratifiées par ce pays n'aurait aucun effet. L'annulation de cet acte, plusieurs décennies après sa publication, aurait porté préjudice, selon la Cour, au principe de sécurité juridique.

929. Les décrets, pris par le gouvernement en exil à Londres reconnu sur le plan international par les Alliés, ont ainsi été interprétés comme signe de continuité juridique de la

peuple et de leurs dirigeants. Ils auraient dû d'autant plus manifester leur fidélité à la République tchécoslovaque dont ils étaient citoyens, leur fidélité à ce qui était peut-être le dernier système démocratique d'Europe centrale et en faire un principe politique fondamental ».

²¹⁴² *Idem*, p.18.

Tchécoslovaquie depuis 1918 et fondement juridique pour la reconstitution de l'ordre juridique tchécoslovaque après la guerre. Cette décision de rejet du recours contre les dispositions d'indemnisation en faveur seulement des propriétaires dépossédés par le régime communiste a été accueillie de manière positive par le gouvernement tchèque qui craignait que l'issue opposée n'ouvre la porte à des réclamations en restitution des biens par les Allemands expulsés²¹⁴³. La distinction entre responsabilité et culpabilité a été perçue avec peu d'enthousiasme par la doctrine allemande qui a surtout émis de réserves quant à la possibilité de mise en œuvre d'un processus d'évaluation du comportement loyal de chaque personne. Le caractère réfragable de la présomption de responsabilité risquait ainsi de devenir présomption irréfragable²¹⁴⁴.

930. La même argumentation a été suivie par la Cour constitutionnelle dans sa décision du 1^{er} novembre 2005²¹⁴⁵. De nouveau, la Cour a dû se prononcer sur la non-prévision de restitution pour les biens saisis avant 1948 par la loi n.480/1991. À l'origine de la décision se trouve la critique adressée par le requérant à la procédure de transfert du titre de ses biens à l'État. Le préambule de la loi, dont la constitutionnalité était contestée, excluait la réparation des préjudices patrimoniaux remontant à des « époques plus lointaines, y compris les préjudices causés aux citoyens de nationalité allemande et hongroise ».

931. Restant fidèle à sa propre jurisprudence, la Cour a précisé que l'extension de la restitution ne pouvait pas être autorisée puisque le législateur avait clairement exprimé son intention de limiter la réparation des préjudices à ceux ayant eu lieu après le 25 février 1948, date d'établissement du régime communiste. La Cour a insisté sur la spécificité de la période de 1945 à 1948, « caractérisée par un effort de grande envergure de reconstruction de l'État afin de redresser l'ordre juridique et économique affecté par la guerre et l'après-guerre ». Dans ce

²¹⁴³ S. Bracey dans son article « The symmetry of Hypocrisy in Czech German legal conciliation, 1989-1997 », *Central european history*, 2019, pp.496-526, met en avant la parenté entre la position de la Cour et le discours du Président tchèque Havel lors de la visite du Président allemand von Weizsäcker à Prague en mars 1990 : « We accepted in just, as well as exaggerated, indignation the principle of collective guilt. Instead of giving all those who betrayed this state a proper trial, we drove them out of the country and punished them with the kind of retribution that went beyond the rule of law, it was revenge. Moreover, we did not expel these people on the basis of demonstrable individual guilt but simply because they belonged to a certain nation. To accept the idea of collective guilt and collective responsibility means directly or unwittingly to weaken the guilt and responsibility of individuals. And that is very dangerous », p.517.

²¹⁴⁴ Pour cette critique v. W. Rzepka, « Anmerkung zu Pl. ÚS 14/94 [Verfassungsgericht der Tschechischen Republik v. 8. 3. 1995] », *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1996, Heft 1, pp. 17-18. L'auteur a même émis de réserves quant à la compétence de la Cour d'examiner des règles étant devenues obsolètes. Cela s'appuyait sur l'affirmation de la Cour selon laquelle l'objectif de l'acte avait déjà été atteint. V. aussi la critique de Czermak Fr. qui portait principalement sur l'usage approximatif des termes de nationalité et citoyenneté allemande, Fr. Czermak, « Offene Vermögensfragen zwischen Tschechen und Deutschen », *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1997 Heft 23, p. 719-720.

²¹⁴⁵ Pl. ÚS-st. 21/05 ze dne 1^{er} novembre 2005 477/2005 Sb. ST 21/39 SbNU 493, Contournement des règles de restitution par des actions en justice visant à établir des droits de propriété (*Obcházení restitučních předpisů žalobami o určení vlastnického práva podle práva občanského*). Consultable sur <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=52528&pos=3&cnt=7&typ=result>

cadre ont eu lieu « des efforts souvent incohérents et chaotiques pour adapter cet ordre aux changements qui avaient déjà eu lieu, notamment le déplacement des masses de population dans les zones frontalières, lié d'abord au départ forcé de la population tchèque vers l'intérieur après les accords de Munich et le dépeuplement actuel de ces zones par le déplacement de la population allemande sur la base du règlement international accepté ». L'expulsion collective des Allemands était ainsi associée à la politique démographique des régions annexées au Reich après 1938.

932. Par une référence explicite à G. Jellinek — et de manière sous-jacente à sa théorie de la force normative du factuel — la Cour a considéré que des faits déjà achevés du point de vue du droit international ne pourraient pas être réparés par les moyens juridiques à la disposition des acteurs d'aujourd'hui. En l'occurrence, en se prononçant sur le différend précis à l'origine de la décision, la Cour constitutionnelle a estimé qu'en 1946, lorsque la décision de confiscation a été rendue, la République tchécoslovaque était un État démocratique et que, dès lors, rien n'empêchait l'antécédente de la requérante d'exercer son droit de recours pour contester l'acte de saisie auprès du Comité national provincial, compétent au sens de l'article 1er, paragraphe 4, du décret réglementant la confiscation. Si un tel recours n'avait pas été exercé, la décision administrative en question ne pouvait pas être annulée par un autre moyen. La Cour a ainsi répété sa volonté à ne pas mettre en doute le système prévu par la loi sur la restitution, prévoyant la réparation des préjudices patrimoniaux subis entre le 25 février 1948 et le 1er janvier 1990.

933. Selon la Cour, la protection d'un prétendu droit de propriété, ayant cessé d'exister il y a près de 60 ans, aurait pu porter atteinte à la sécurité juridique des propriétaires successifs. La Cour a ainsi souligné l'extinction de la possibilité de faire valoir la protection d'un droit en raison de l'écoulement d'une longue période. Il n'était donc pas possible de faire prévaloir la « propriété formelle » étayée par une inscription au registre foncier datant de près de 60 ans, sur la « propriété matérielle ». La Cour a renvoyé aussi à la jurisprudence de la CEDH pour mettre l'accent sur la protection des possessions existantes et non de « l'espérance de voir reconnue la survie d'un ancien droit de propriété dont l'exercice effectif est depuis longtemps impossible ». La confiance légitime des nouveaux propriétaires devait ainsi être protégée au détriment des revendications des droits par les anciens propriétaires dépossédés.

c. Le rejet d'une obligation d'abrogation des actes de confiscation découlant du droit de l'Union européenne.

934. La question de reconnaissance de validité des décrets Benes a été soulevée de nouveau au moment de l'entrée de la République tchèque dans l'Union européenne. L'interrogation portait sur l'affirmation d'une obligation d'abrogation des décrets entendue comme condition préalable à l'entrée dans l'Union européenne. L'obligation d'abrogation a été soutenue par certains États déjà membres de l'Union européenne, sous la pression exercée par les associations des Allemands des Sudètes²¹⁴⁶. Les décrets portant sur la confiscation et mettant en place un régime de responsabilité collective semblaient entrer en conflit avec l'ordre juridique de l'Union européenne. La demande d'abrogation des décrets Benes était fondée sur leur incompatibilité avec l'art. 6 du TEU, qui déclarait que l'Union reposait sur des principes de liberté, de démocratie, de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les conditions d'entrée d'un État dans l'Union sont par ailleurs précisées par l'article 49 du TUE selon lequel « tout État européen qui respecte les principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, peut demander à devenir membre de l'Union ».

935. Le Parlement Européen a, par ailleurs, invité la République tchèque à procéder à l'abrogation des actes relatifs à l'expulsion de la population allemande formellement toujours en vigueur²¹⁴⁷. Des réserves ont, toutefois, été exprimées par la doctrine au sujet de l'existence d'une telle obligation en vue de l'entrée du pays dans l'UE. Les auteurs n'admettant pas une telle obligation juridique rejetaient la thèse d'assimilation de l'expulsion massive à un génocide dont les effets seraient toujours tangibles. Par ailleurs, le droit à une pleine liberté de circulation et d'établissement par les citoyens de l'UE, rendait définitivement caduque toute contestation relative aux effets d'une politique d'expulsion collective²¹⁴⁸. La non-abrogation des actes

²¹⁴⁶ L'exemple le plus éloquent est celui de l'Autriche. Le Parlement autrichien a voté le 19 mai 1999, une résolution concernant l'incompatibilité avec le droit européen des lois et décrets relatifs aux expulsions de l'après-guerre dans l'ancienne Tchécoslovaquie. Ce jour-là, le Conseil national a approuvé une proposition de résolution commune du Parti social-démocrate (SPÖ) et du Parti populaire autrichien (ÖVP), à laquelle s'est également rallié le parti libéral (Forum libéral). Cette résolution demandait au gouvernement fédéral « d'œuvrer à l'abrogation des lois et décrets de 1945 et 1946 relatifs à l'expulsion de certains groupes ethniques dans l'ancienne Tchécoslovaquie et l'ancienne Yougoslavie ». Cité dans *Sudetenpost*, 10 Juni 1999, pp. 8 et s.

²¹⁴⁷ Résolution sur le rapport régulier de la Commission sur les progrès accomplis par la République tchèque sur la voie de l'adhésion (COM [98] 0708 — C4-0111/99), point n° 7 « Le Parlement européen “invite le gouvernement tchèque à abroger, dans le même esprit de réconciliation que celui marquant les déclarations du président Havel, les lois et les décrets de 1945 et 1946 qui sont toujours en vigueur, dans la mesure où ils concernent le déplacement forcé de certains groupes ethniques dans l'ex Tchécoslovaquie”. Résolution du Parlement européen sur la demande d'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne et l'état d'avancement des négociations, (COM [2000] 703 - C5-0603/2000 - 1997/2180 [COS], point n° 41 “Le Parlement européen ‘se réjouit de la décision prise par le gouvernement tchèque d'examiner si les lois et décrets, datant des années 1945 et 1946 et toujours en vigueur, du gouvernement Benes, contreviennent au droit communautaire en vigueur et aux critères de Copenhague’.

²¹⁴⁸ Chr. Tomuschat, « Reckoning with the past in the Czech republic: a test of the homogeneity clause pursuant to article 6 EC treaty », pp. 451-478, p. 470, dans A. von Bogdandy et al. (éd.), *European integration and international co-*

dictant la confiscation des biens privés dans le contexte particulier de la Seconde Guerre mondiale n'a pas été ainsi interprétée comme obstacle d'entrée à l'UE²¹⁴⁹. Cette opinion est confortée par le fait que selon l'art. 295 du TCE, le régime de la propriété dans les États membres n'est pas affecté par le traité. Il a aussi été souligné que les conditions d'adhésion figurant dans le TUE sont orientées vers l'avenir et ne se focalisent pas sur le passé²¹⁵⁰.

936. En revanche, des avis divergents ont été exprimés au sujet de l'obligation d'abrogation de la loi tchécoslovaque du 8 mai 1946, relative à la reconnaissance du caractère licite des mesures de représailles²¹⁵¹. Il s'agissait d'un acte de justification générale de tout acte commis contre les puissances d'occupation et leurs complices²¹⁵². Cette loi s'appliquait non seulement à la période entre l'accord de Munich et la fin de la Seconde Guerre mondiale. Elle créait entre le 8 mai 1945 et la date finale du 28 octobre 1945, une « zone juridiquement non -protégée, dans laquelle chaque citoyen tchécoslovaque est apparemment autorisé à commettre des actes de violence dans le but d'exercer des “représailles justes” »²¹⁵³. Un tel renoncement général aux poursuites pénales paraissait en contradiction avec l'art. 6 du TUE et par conséquent l'obligation de son abrogation incombait à la République tchèque. Le risque de violation de la sécurité juridique a été toutefois souligné par des auteurs qui n'ont pas qualifié l'obligation d'abrogation d'indispensable²¹⁵⁴.

937. Par conséquent, l'abrogation des décrets de Benes n'a pas été interprétée comme condition nécessaire pour l'entrée de la République tchèque dans l'UE le 1^{er} mai 2004²¹⁵⁵. Le

ordination : studies in transnational economic law in honour of Claus-Dieter Ehlermann, La Haye, Kluwer law international, 2002, xx-516 p.

²¹⁴⁹ Frowein rappelle que la pratique généralisée de confiscation a été approuvée par la Cour constitutionnelle allemande. J. Frowein, U. Bernitz, *Avis juridique sur les décrets Beneš et l'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne*, *op.cit.*, p.13.

²¹⁵⁰ *Idem*, p.34.

²¹⁵¹ Pour l'analyse de la loi v. G. Hamos, *Die Dekrete des Präsidenten der Republik — die Beneš — Dekrete, Schuld und Sühne in den Nachwehen der Weltkriege*, *op.cit.*, p.115 et s.

²¹⁵² Citée par Tomuschat Chr., « Reckoning with the past in the Czech Republic », *op.cit.*, p.454, Art.1 « Tout acte commis entre le 30 septembre 1938 et le 28 octobre 1945, destiné à contribuer à la lutte pour le rétablissement de la liberté des Tchèques et des Slovaques ou représentant une juste rétorsion aux actions des forces d'occupation et de leurs complices, n'est pas illégal, même si ces actes sont autrement punis par la loi ».

²¹⁵³ *Idem*, p. 470.

²¹⁵⁴ Frowein, *Avis juridique sur les décrets Beneš et l'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 35. L'auteur souligne aussi que la loi n. 115 du 8 mai 1946 avait été influencée par un décret de Hitler daté du 7 juin 1939, qui exemptait de toute responsabilité pénale tous les coupables de crimes dans le cadre de la lutte pour « la préservation de l'élément allemand dans les territoires des Allemands des Sudètes ou pour le retour de ces territoires dans le giron de l'empire avant le 1er décembre 1938 », p. 26.

²¹⁵⁵ Le même point de vue a été exprimé par les autorités slovaques. Le 20 septembre 2007, l'Assemblée nationale slovaque a réaffirmé l'intangibilité de la situation créée après la Seconde Guerre mondiale par la résolution n° 533862. Par cette résolution, le Conseil national de la République slovaque a « rejeté les tentatives de contestation et de révision des lois, décrets, traités et autres décisions d'après-guerre des autorités slovaques et tchécoslovaques qui entraîneraient une modification du régime de propriété et du régime légal d'après-guerre ». Il a été précisé que le régime, ancré dans l'ordre d'après-guerre, ne servirait de fondement juridique pour aucune pratique discriminatoire contemporaine. V. en

caractère exceptionnel du régime juridique lié au contexte particulier de la période d'après-guerre a été ainsi confirmé de nouveau.

d. Le rejet de la compétence de la CEDH à se prononcer sur les demandes d'indemnisation voire de restitution exercées par les propriétaires spoliés.

938. Les considérations relatives à l'applicabilité de la CEDH *ratione temporis* et *ratione materiae* ont joué un rôle primordial dans le rejet du recours contre la Pologne présenté par des personnes ayant subi les effets des mesures d'expulsion collective et de confiscation contre la Pologne. En 2008 la *Preussische Treuhand GmbH & Co. KG a. A.*, une organisation d'entraide pour les « personnes déplacées de propriétés privées allemandes dans les territoires touchés par les expulsions »²¹⁵⁶, a déposé un recours en justice contre l'État polonais demandant la restitution des biens confisqués dans la région administrée en vertu de l'accord de Potsdam par la Pologne. Les actionnaires de la société requérante s'estimaient victimes d'un nettoyage ethnique, proscrit en tant que crime contre l'humanité. Ils soutenaient que l'expulsion et la confiscation des biens privés, constituaient un fait composite tel que défini dans l'article 15 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.²¹⁵⁷ Selon leurs allégations, les biens confisqués appartenaient aux membres d'un groupe ayant été victimes d'un crime contre l'humanité, à savoir d'un génocide. Le lien intrinsèque entre la confiscation et l'expulsion collective a été ainsi mis en exergue²¹⁵⁸. À la lumière de la gravité de ces violations, « assimilables à un nettoyage ethnique — sinon un génocide — ainsi qu'à un châtement collectif extrajudiciaire, à un traitement inhumain et, dès lors, à un crime contre l'humanité »²¹⁵⁹, le caractère continu des violations du droit international pouvait être affirmé.

939. La Cour a déclaré la requête incompatible avec les dispositions de la Convention et de ses protocoles. Cette incompatibilité a été fondée, tout d'abord, *ratione personae*. La

détail Hamos, *Die Dekrete des Präsidenten der Republik — die Beneš — Dekrete, Schuld und Sühne in den Nachwehen der Weltkriege*, *op.cit.*, pp.120 et s.

²¹⁵⁶ CEDH, *Preussische Treuhand GmbH & Co. KG a. A. c. Pologne*, req.47550/06, Décision 7 octobre 2008.

²¹⁵⁷ Articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. III, 2^{ème} partie, part. 15 intitulé violation constituée par un fait composite « 1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'Actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite. 2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec a première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale. »

²¹⁵⁸ CEDH, *Preussische Treuhand GmbH & Co. KG a. A. c. Pologne*, *op.cit.*, par.42 : « Dès lors que des biens appartenant à des membres d'un groupe particulier ont été confisqués sans indemnisation et que cette mesure se rattache directement et intrinsèquement à un génocide ou à un crime contre l'humanité commis contre ce même groupe, ces expropriations seraient tout aussi contraires au droit international que ces crimes contre l'humanité ».

²¹⁵⁹ *Idem*, par.45.

responsabilité pour l'expulsion ne pouvait pas être « imputable à l'État polonais qui, à l'époque, n'exerçait ni de jure ni de facto le contrôle sur ce territoire — lequel était toujours allemand avant d'être progressivement envahi par les soldats soviétiques — et qui ne s'est vu confier l'administration des régions à l'est de la ligne Oder-Neisse que par l'effet des dispositions de l'accord de Potsdam du 2 août 1945 »²¹⁶⁰.

940. La Cour s'est déclarée aussi incompétente *ratione temporis*. En effet, les mesures d'expropriation « mises en œuvre dans le cadre de la réglementation des rapports de propriété au lendemain d'une guerre » constituaient « un acte instantané et ne [créait] pas une situation continue de privation d'un droit »²¹⁶¹. L'argumentation adoptée par la Cour dans l'affaire *Loizidou*, et sur laquelle se sont appuyés les requérants pour fonder la thèse d'une violation continue du droit à la propriété, n'a pas été reprise en l'espèce. Il a été précisé que dans l'arrêt *Loizidou* « les mesures qui avaient privé la requérante de son droit de propriété étaient par nature illégitimes du fait que les lois d'expropriation en cause ne pouvaient passer pour juridiquement valides aux fins de la Convention », puisqu'ils avaient été pris par « une entité qui, au regard du droit international, n'était pas reconnue en tant qu'État et qui avait annexé et administrait le territoire concerné au mépris du droit international »²¹⁶². Le cas de la Pologne différait de celle de la République turque de Chypre du Nord. Le titre polonais sur le territoire ne faisait pas de doute pour la Cour, à la lumière surtout des traités bilatéraux signés postérieurement entre la RFA et la Pologne. Il paraît ainsi que la qualité du titre territorial a joué un rôle majeur sur le raisonnement de la Cour. En raison du fait que le titre territorial polonais n'a pas été contesté, l'atteinte au droit de propriété a été qualifiée en tant que violation non continue de la Convention. L'affaire *Loizidou* se distingue ainsi clairement sur ce point des expulsés Allemands et leurs demandes de restitution ou d'indemnisation pour les biens privés confisqués dans les zones d'expulsion après la fin de la guerre. La privation des droits de propriété apparaît — dans le cas des expulsés Allemands — comme un acte unique qui, une fois accompli, ne produit pas d'effet durable contraire au droit²¹⁶³.

²¹⁶⁰ *Idem*, par.52. Ce raisonnement a été adopté par la Cour pour la perte des biens d'une famille sis dans l'ancienne ville de Königsberg. Les actes menés sur ce territoire, aujourd'hui relevant de l'État russe, ne pourrait pas être attribuable à l'État polonais.

²¹⁶¹ *Idem*, par. 57.

²¹⁶² *Idem*, par. 61.

²¹⁶³ D. Blumenwitz, « Die vermögensrechtlichen Ansprüche der zypriotischen Heimatvertriebenen – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte », pp. 131-147, dans G. H. Gornig, D. Murswiek (éd.), *Das Recht auf die Heimat*, Berlin, Duncker und Humblot, 2006, 182 p.

941. La requête a été jugée aussi incompatible avec la Convention et ses Protocoles *ratione materiae*. Il a été précisé qu'aucune obligation générale de restituer les biens ne pesait sur les États contractants pour le redressement des injustices ou dommages ayant eu lieu avant la ratification de la Convention. Par conséquent, « l'État polonais n'était nullement tenu par l'article 1 du PA d'adopter une quelconque loi de réhabilitation, de restitution des biens confisqués ou d'indemnisation des requérants individuels pour la perte de ces biens »²¹⁶⁴.

942. Des considérations identiques se trouvent derrière le rejet des recours similaires exercés par les propriétaires spoliés contre la République tchèque. La CEDH a, à plusieurs reprises, souligné son incompétence *ratione temporis* pour examiner les circonstances des confiscations entreprises en 1945. Toute considération relative à une violation continue du droit de propriété a été ainsi explicitement rejetée par la Cour. Pour cette raison, tout grief relatif à des atteintes à des « biens actuels » était ainsi déclaré incompatible avec les dispositions de la Convention²¹⁶⁵. Aucune violation du droit à la propriété en raison d'atteintes à des biens privés ayant eu lieu après 1945 ne pouvait être retenue à la lumière de la CEDH²¹⁶⁶.

943. La Cour a abouti à la même conclusion en se prononçant sur les lois tchèques de restitution qui entraient dans le champ d'application temporel de la CEDH et de ses protocoles.

e. L'examen de compatibilité des lois de restitution avec la CEDH

944. Dans de nombreuses requêtes devant la CEDH, les héritiers d'anciens propriétaires spoliés contestaient la conformité avec la Convention des dispositions des lois prévoyant la restitution des biens confisqués. Les conditions particulièrement restrictives pour la possibilité d'exercice du droit à restitution de biens confisqués entre 1945 et 1948, faisaient l'objet de leurs requêtes (i). Néanmoins, des considérations liées au champ d'application de la CEDH *ratione temporis* n'ont pas permis à la Cour de s'en prononcer (ii).

²¹⁶⁴ CEDH, *Preussische Treuhand GmbH & Co. KG a. A. c. Pologne*, *op.cit*, par. 64.

²¹⁶⁵ CEDH, *Des Fours Walderode c. République tchèque*, requête n. 40057/98, 4 mars 2003.

²¹⁶⁶ V. à ce sujet la décision de la Commission, *Estate of Eduard IV Haas v. The Czech Republic* 30143/96, 15 mai 1996. En l'occurrence, Eduard III Haas, un ressortissant autrichien, était propriétaire d'une entreprise alimentaire. En 1945, la société a été placée sous administration nationale et, selon les autorités tchèques, elle a été confisquée en application du décret présidentiel n° 108/1945 sur la confiscation des biens des ennemis et sur les fonds de la reconstruction nationale. Le requérant ne contestait pas que Eduard III Haas avait perdu toute capacité de disposer de son usine bien avant l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la République tchèque. La Commission a considéré que cette dépossession devait être considérée comme un acte instantané qui n'a pas produit une situation continue de « privation de droit ». Conformément à la jurisprudence établie, les organes de la Convention ont déclaré toutes les requêtes à cet égard irrecevables au motif que la CEDH ne garantit ni un droit à la restitution ni à l'acquisition de biens. La Cour s'est appuyée sur l'affaire *Malhous*, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé, en principe, que seul un droit à la restitution ou à l'indemnisation découlant des lois de restitution pouvait être considéré comme un « bien » au sens de l'article 1 du 1^{er} Protocole additionnel. Elle a nié l'existence d'une « espérance légitime » au sens de la jurisprudence des organes de la Convention qui relèverait de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1 si aucun droit de ce type n'était prévu par la législation applicable.

i. Des conditions restrictives pour la reconnaissance du droit à la restitution des biens confisqués des Allemands spoliés.

945. Avant l'examen de cette jurisprudence, une référence sommaire aux lois tchécoslovaques ou par la suite tchèques portant sur les réparations de dommages subis par les propriétaires spoliés s'impose. La restitution des biens confisqués entre le 25 février 1948 et le 1^{er} janvier 1990 était régie par la loi no 87/1991 relative à la réhabilitation extrajudiciaire et la loi n° 229/1991 relative à la réglementation de propriété sur les terres et autres biens agricoles.

946. La loi n° 87/1991 sur la réhabilitation extrajudiciaire avait comme objectif de réparer les conséquences des atteintes à la propriété et à d'autres droits survenus entre 1948 et 1989²¹⁶⁷. Le 1^{er} paragraphe de l'article 3 prévoyait notamment que, pour avoir droit à la restitution de biens, le demandeur devait être une personne physique et citoyen de la République fédérale tchèque et slovaque. La loi n° 229/1991, entrée en vigueur le 24 juin 1991, et portant sur la propriété foncière confisquée à partir de la réforme agraire tchécoslovaque de février 1948, prévoyait que, « sous certaines conditions, les biens confisqués pouvaient être restitués à leurs anciens propriétaires ou à leurs héritiers, si les biens étaient toujours en possession de l'État ou d'une personne morale. En revanche, si la propriété en avait été cédée à des personnes physiques, les anciens propriétaires ou leurs héritiers ne pouvaient — hormis certains cas exceptionnels — réclamer que l'attribution de biens équivalents ou une compensation financière »²¹⁶⁸. La loi sur la propriété foncière visait à redresser une partie, et non l'ensemble, des conséquences des atteintes au droit de propriété portées sous l'empire de ladite loi²¹⁶⁹.

²¹⁶⁷ Loi sur la réhabilitation extrajudiciaire (*Zákon o mimosoudních rehabilitacích*), entrée en vigueur le 1 avril 1991, <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1991-87>.

²¹⁶⁸ Loi sur la réglementation des relations de propriété des terres et autres biens agricoles, entrée en vigueur le 24 juin 1991 (*Zákon o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku*), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1991-229>. CEDH, Affaire *Malhous c. République tchèque*, req. 33 071/96, 13 décembre 2000, p.3.

²¹⁶⁹ Par conséquent, d'après l'article 5 de cette loi, étaient en principe tenus à restitution l'État ou toute personne morale possédant les biens concernés à la date d'entrée en vigueur de la loi. En revanche, les personnes physiques ne pouvaient être obligées de restituer des biens à un ayant droit que dans les circonstances énumérées à l'article 8, à savoir si elles-mêmes ou des membres de leur famille tiennent les biens en question de l'État ou d'une autre personne morale et les avaient acquis soit en violation d'une loi qui était applicable à l'époque pertinente, soit pour un prix inférieur à celui prévu par la réglementation des prix éventuellement en vigueur à l'époque, soit en bénéficiant d'un avantage illégitime. Si aucune restitution n'était prévue par la loi et si l'ayant droit ne pouvait obtenir réparation sous la forme d'une attribution d'autres biens fonciers, il pouvait prétendre, selon des conditions bien définies, au versement par l'État d'une compensation financière. Le champ d'application de cette loi a été examiné par la CEDH dans le cadre de l'affaire *Malhous v. République tchèque*. En l'occurrence, le requérant soutenait que ses droits de propriété avaient été violés par la procédure de restitution de biens. En effet, le grief ne concernait que la partie des biens, attribuée à des personnes physiques, non-susceptible, selon la loi de 1991, de faire l'objet d'une restitution. En l'occurrence la Cour s'est, d'une part, déclarée incompétente pour examiner les circonstances de la confiscation ayant eu lieu en 1949, soit bien avant le 18 mars 1992, date à laquelle la Convention était entrée en vigueur à l'égard de la République tchèque. D'autre part, la Cour a souligné qu'en vertu de la loi de 1992, le requérant n'avait ni un droit, ni une espérance légitime, au sens de la jurisprudence de la Cour, d'obtenir restitution pour les biens confisqués. Par conséquent, il ne possédait pas un « bien » au sens de l'art. 1 du PA. CEDH, Affaire *Malhous c. République tchèque*, req. 33 071/96, 13 décembre 2000.

947. Pour les personnes dont les biens avaient été confisqués avant le 25 février 1948, date d'entrée en vigueur de la loi sur la réforme agraire, la loi n° 243/1992 prévoyait la restitution des biens agricoles confisqués jadis en vertu des décrets Benes n.12 et 108²¹⁷⁰. Bien que les lois 229/1991 et 243/1992 traitent toutes deux de la restitution des biens agricoles, leurs différences ne sont pas négligeables. La seule exigence selon la loi n. 229/1991 était la citoyenneté tchécoslovaque du demandeur de restitution ou d'indemnisation. Il faut rappeler que du champ d'application de cette loi relevaient les confiscations entreprises depuis le 25 février 1948 et la réforme agraire tchécoslovaque. En revanche, l'application de la loi n° 243/1992, reconnaissant le droit de restitution des biens confisqués en vertu des décrets Benes, était fondée sur plusieurs conditions, parmi lesquelles figuraient le comportement loyal du requérant à l'égard de la Tchécoslovaquie avant 1945 ainsi que le constat de sa résidence permanente sur l'État tchécoslovaque. Après l'annulation par la Cour constitutionnelle de la condition initiale de résidence permanente, la loi n° 30/1996 a introduit la condition de nationalité tchèque ininterrompue²¹⁷¹. L'État autorisait ainsi la restitution des biens agricoles ayant appartenu aux minorités allemandes et hongroises à condition que les intéressés aient la citoyenneté tchécoslovaque et qu'ils n'aient commis aucune infraction à l'encontre de l'État tchécoslovaque. Étant donné qu'en 1990, toutes les révocations de la citoyenneté après 1969 ont été déclarées rétroactivement nulles et non avenues, cette disposition ne concerne que les personnes ayant perdu au moins temporairement leur citoyenneté avant 1969.

948. La comparaison des dispositifs de restitution met en lumière un régime beaucoup plus restrictif pour les personnes lésées par les actes mis en œuvre au lendemain de la guerre et censés viser les Allemands des Sudètes. La conformité de ce régime discriminatoire en matière de reconnaissance des droits de restitution avec la CEDH a été contestée à plusieurs reprises. Plusieurs anciens propriétaires ou leurs héritiers soulignaient le caractère discriminatoire de la reconnaissance des droits de restitution sous différentes conditions en fonction de la date de l'acte de confiscation.

²¹⁷⁰ Loi du Conseil national tchèque réglementant certaines questions relatives à la loi n° 229/1991 et la propriété sur les terres et autres biens agricoles, entrée en vigueur le 29 mai 1992, (*Zákon České národní rady, kterým se upravují některé otázky související se zákonem č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění zákona č. 93/1992 Sb*) <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1992-243>.

²¹⁷¹ Il s'agissait de la Décision ÚS 164/1994 du 12.7.1994. Pour une présentation sommaire des décisions de différentes juridictions tchèques relatives à cette thématique, v. G. Hamos, *Die Dekrete des Präsidenten der Republik — die Beneš — Dekrete, Schuld und Sühne in den Nachwehen der Weltkriege*, op.cit., p.154 et s. La nouvelle loi n° 30/1996 a été adoptée le 9 février 1996, (*Zákon č. 30/1996 Sb*), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1996-30>.

ii. La qualification de l'acte de confiscation en tant qu'atteinte instantanée, un argument permettant à la CEDH de ne pas contrôler les conditions de restitution des biens spoliés.

949. Les conditions de restitution prévues par les lois tchèques après 1990 ont été examinées par la CEDH dans sa décision du 18 mai 2004, *Des Fours Walderode c. République tchèque*²¹⁷². En l'occurrence, le requérant considérait que les lois prévoyant la restitution des biens se fondaient sur une discrimination en fonction de la nationalité. Selon les allégations du requérant, la loi de 1992, modifiée en 1996, étaient discriminatoire puisqu'elle excluait les personnes non-détentrices de la nationalité tchèque. Ce régime discriminatoire constituait ainsi, selon le requérant, une violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du premier protocole.

950. En l'occurrence, la demande de restitution concernait des biens immobiliers sis dans l'ex-Tchécoslovaquie et confisqués en 1945 en vertu du décret n° 12/1945, portant sur la confiscation des terres agricoles appartenant aux personnes d'origine allemande ou hongroise. Les biens immobiliers en cause appartenaient à la belle-mère du requérant et ses frères, tous ressortissants allemands et décédés précédemment. Le requérant n'avait donc jamais été propriétaire des biens en question avant la confiscation de ceux-ci, en vertu du décret présidentiel n° 12/1945.

951. À la suite de sa fuite de la Tchécoslovaquie, le requérant avait perdu la nationalité du pays. Après son retour en 1991, il a obtenu la nationalité tchèque en 1992. La réclamation de restitution des biens a été rejeté par les autorités tchèques au motif que la belle-mère et les demi-frères de celui-ci, propriétaires originaires des biens immobiliers, ne s'étaient pas montrés loyaux à l'égard de l'État tchécoslovaque durant la guerre et n'avaient pas obtenu la nationalité tchécoslovaque à la suite de sa fin²¹⁷³. Par conséquent, à la lumière de la loi de 1992 portant sur

²¹⁷² CEDH, *Des Fours Walderode v. The Czech Republic*, requête 40057/98, 4 mars 2003. La même argumentation avait été retenue dans la décision du 4 mars 2003, *Des Fours Walderode c. République tchèque*, requête 40057/98, 18 mai 2004. Par cette seconde décision, la Cour a examiné de nouvelles allégations présentées par la veuve du requérant. La Cour a considéré qu'aucun fait nouveau n'avait été apporté et il a ainsi confirmé la décision du 4 mars.

²¹⁷³ *Idem*. En l'occurrence les deux demi-frères du requérant étaient morts en 1944 et 1945. Sa belle-mère décéda en 1955, lui laissant ses biens immobiliers et lui conférant les droits successoraux de ses défunts fils. L'argument principal du requérant résidait dans le fait que les demi-frères étaient décédés avant la publication des décrets de 1945 et que par conséquent le décret n'aurait pas dû s'appliquer à leurs biens. Selon le requérant, au moment de leur décès, c'était la loi allemande qui était applicable en Tchécoslovaquie. En vertu des dispositions de la loi allemande, il avait lui-même acquis l'ensemble des biens de ces demi-frères. Néanmoins, les autorités tchèques ont considéré qu'au moment de leur décès était applicable le code civil tchèque et non pas le droit allemand. En effet, l'ensemble des dispositions juridiques allemandes adoptées sur le territoire de l'ex-Tchécoslovaquie durant l'occupation avaient été annulées par la loi n. 145/1946. Selon l'art. 819 du code civil tchécoslovaque de 1811, un héritier n'acquiert une succession qu'au moment de son partage. A défaut, le défunt restait le propriétaire théorique et les biens étaient considérés comme constituant une hérédité jacente. Pour acquérir une succession, selon le code civil tchécoslovaque, l'héritier potentiel devait présenter une demande dans le cadre d'une procédure de succession engagée à l'initiative du tribunal. Par conséquent, les demi-frères du requérant restaient les propriétaires au moment de leur confiscation, selon les décrets de 1945. Étant donné

la restitution, le requérant ne pouvait pas passer pour avoir droit à la restitution, étant donné que sa belle-mère et ses demi-frères n'avaient pas satisfait aux conditions de restitution. La famille a donc été privée des biens en question, bien avant le 18 mars 1992, date d'entrée en vigueur de la CEDH pour la République tchèque.

952. Considérant que la requête ne portait ni sur « des biens actuels », ni sur « une espérance légitime » de voir la demande en restitution accueillie et exécutée, la Cour a rejeté l'argument selon lequel, le requérant avait fait l'objet d'une discrimination dans la jouissance de ses droits de propriété. Ce raisonnement s'explique par le fait que l'article 14 assure une protection contre la discrimination en ce qui concerne la jouissance des droits et libertés garantis par les autres dispositions de la Convention. Il s'agit d'une disposition subsidiaire dans la mesure où elle complète les autres dispositions de la Convention et de ses Protocoles. Il doit ainsi être rappelé que l'article 14 n'a pas d'existence indépendante, car il n'est invocable qu'à l'occasion de constat d'atteinte aux droits et libertés garantis par d'autres dispositions du droit de la Convention²¹⁷⁴. Par conséquent, la compétence de la Cour pour vérifier la conformité des dispositions nationales avec l'art. 14 est limitée aux seules discriminations pratiquées dans un droit ou une liberté, reconnu dans la Convention²¹⁷⁵. En absence d'atteinte à la propriété privée, définie selon la jurisprudence de la Cour, aucune discrimination ne peut être affirmée²¹⁷⁶.

953. La même argumentation a été suivie par la Cour dans une affaire opposant 90 requérants d'origine ethnique allemande et ressortissants de l'Allemagne, de l'Autriche et des États-Unis à la République tchèque pour les pertes subies après la fin de la Seconde Guerre mondiale dans la région des Sudètes. Les requérants considéraient qu'à la fois la reconnaissance du caractère toujours valide des décrets de 1945 et leur qualification en tant que partie intrinsèque de l'ordre juridique tchèque par les décisions des juridictions internes, ainsi que la prévision de la

qu'aucune procédure de ce type n'avait été entamée, le requérant n'a, par conséquent, jamais été propriétaire des biens de ses demi-frères. Étant donné que sa belle-mère n'avait jamais acquis la nationalité tchécoslovaque, le requérant ne pouvait pas réclamer la restitution de ses biens en tant que son héritier.

²¹⁷⁴ V. W. Schabas, *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, cxxiii-1308 p., p.562- 563.

²¹⁷⁵ L'art.1^{er} du Protocole n.12 protège, lui aussi, contre diverses formes de discrimination. Ses alinéas 1er et 2 ont respectivement la teneur suivante : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au par. 1 ». Contrairement à l'art. 14 CEDH, cette règle peut être invoquée sans que le requérant n'ait besoin de démontrer un lien intrinsèque avec un droit ou une liberté garanti par la Convention. Il est ainsi possible de l'invoquer en lien avec un droit garanti par une loi nationale. En 2023, le Protocole 12 est déjà entré en vigueur pour vingt États membres du Conseil de l'Europe. V. aussi L. Gonin, O. Bigl, *CEDH, Commentaire*, Lexisnexis, Paris, 2018, 859 p., p.709.

²¹⁷⁶ M. Bossuyt, « Commentaire art. 14 », p. 475-487, dans L.E. Pettiti, E. Decaux, P. H. Imbert (dir.), *La CEDH, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, xi-1230 p.

citoyenneté continue comme condition pour toute demande de restitution, constituait une pratique discriminatoire violant leur droit à la propriété. Leur critique portait par conséquent à la fois sur les décrets de 1945 et sur la législation nationale adoptée après 1990, en vertu de laquelle les demandes de restitution ne pouvaient être exercées que par des personnes possédant de manière ininterrompue la nationalité tchèque. La Cour a rejeté l'argument des requérants concernant la privation d'un droit portant sur des possessions existantes au sens de l'art. 1 du Protocole. La privation de propriété était due, selon la Cour, à un acte instantané, et aucune situation de violation continue ne pouvait être établie²¹⁷⁷. La Cour a ainsi souligné qu'aucune obligation générale de restituer des biens expropriés instantanément avant la ratification de la Convention n'incombait à l'État partie. Pour cette raison la requête a été jugée irrecevable par la Cour. Les actes de violence allégués, à savoir des actes d'expulsion et de confiscation, ont été qualifiés d'événements précis (*specific events*) non susceptibles d'engager la responsabilité continue de l'État successeur. Étant donné qu'aucune violation du droit à la propriété ne pouvait être établie, la Cour a considéré que l'art. 14, prohibant toute pratique discriminatoire, mais ne consacrant pas un droit autonome, n'était pas, en l'occurrence, violé²¹⁷⁸. La licéité de ces lois de restitution a été aussi appréciée à la lumière du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

f. L'appréciation indirecte de la légalité des confiscations mises en œuvre par les décrets Beneš à la lumière du PIDCP.

954. Le Pacte international des droits civils et politiques ne contient pas de disposition protégeant le droit à la propriété. Par conséquent, toutes les communications fondées sur des violations présumées du droit à la propriété se situent en dehors de son champ d'application *ratione materiae* et sont donc déclarées irrecevables par le Comité des droits de l'homme

²¹⁷⁷ CEDH, *Bergauer and others v. The Czech Republic*, req.17120/04, Décision Cour, 13/12/2005, p.10 : « The Court notes that the expropriation of the applicants' or their predecessors' property occurred shortly after the Second World War almost fifty years ago, long before the entry into force of the Convention with respect to the Czech Republic. Moreover, according to the Convention case-law, a deprivation of ownership or other rights *in rem* is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of the « deprivation of a right » (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII, [...]). Therefore, the Court is of the opinion that the applicants had no « existing possessions » within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 at the time of the entry into force of the Convention with respect to the Czech Republic, or when they lodged their application with the Court. The fact that the confiscation of the applicants' property was carried out under the Presidential Decrees which continue to be part of the national legal system does not alter this position ».

²¹⁷⁸ *Idem*, p.12 : « As to the applicants' allegation of discrimination on the grounds of their foreign nationality and citizenship, the Court recalls that Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to the enjoyment of the rights and freedoms safeguarded by the Convention; there can be no room for its application unless the facts in issue fall within the ambit of one or more of its provisions. Having regard to its above conclusions that the applicants' other complaints are essentially incompatible, the Court considers that Article 14 of the Convention cannot apply in the instant case ».

conformément à sa jurisprudence établie. En effet, dans le cas d'une communication fondée sur le décret Benes n° 108, le CDH a déclaré qu'il était incompétent *ratione materiae* pour examiner toute allégation de violation continue du droit de propriété²¹⁷⁹. Par ailleurs, les confiscations mises en œuvre en vertu des décrets Beneš ne tombaient pas dans le champ d'application *ratione temporis* du pacte. En effet, la Tchécoslovaquie avait signé et ratifié le Pacte les 7 octobre 1968 et 23 décembre 1975. Le CDH a ainsi déclaré irrecevable *ratione temporis* une communication dans laquelle était alléguée une violation de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par des confiscations discriminatoires fondées sur le décret no 108 mises en œuvre avant l'entrée en vigueur du Pacte et du Protocole facultatif²¹⁸⁰. Il faut rappeler que l'art. 26 du Pacte porte sur l'interdiction de discriminations²¹⁸¹.

955. Dans le sillage de ces décisions s'inscrit la décision du 28 octobre 2010²¹⁸². Le Comité a été saisi par plusieurs Allemands des Sudètes à la suite du rejet de leur requête par la CEDH dans sa décision du 13 décembre 2005²¹⁸³. Les auteurs de la communication soutenaient la thèse en vertu de laquelle, le maintien dans l'ordre juridique tchécoslovaque des lois discriminatoires remontant à la période 1945-1948 constituait une violation de l'art. 26 du Pacte. Cette violation était accentuée par la non-prévision de réparation pour les Allemands des Sudètes, à la différence d'autres catégories de personnes dont les biens avaient été confisqués par le régime communiste entre 1949 et 1990. Ils considéraient que les mesures prises entre 1945 et 1948, qualifiées des « faits composites », avaient des effets continus dès lors qu'ils étaient déjà

²¹⁷⁹ CDH, *Jarmila Mazurkiewiczova v. Czech Republic*, Communication No. 724/1996, U.N. Doc. CCPR/C/66/D/724/1996, 2 août 1999. Le père de l'auteur, un citoyen tchèque et homme d'affaires, marié à une Allemande, possédait un hôtel à Brno. Après la Seconde Guerre mondiale, il avait été accusé d'être un collaborateur et a été détenu. Pendant l'enquête, son bien immobilier a été mis sous séquestre. Le 27 janvier 1948, après avoir été jugé innocent, il a demandé l'abolition de cette mesure. Mais le 17 janvier 1950, le Comité national de Brno a rendu une ordonnance confisquant ses biens en application du décret présidentiel n° 108/1945. L'auteur soulignait qu'à partir de 1950, son père était considéré comme un « capitaliste » et donc « ennemi du régime » mis en place. L'auteur se plaignait que la confiscation des biens de son père était le résultat de persécutions politiques et que le décret no 108/1945 lui a été appliqué illégalement. Le Comité a rappelé que le droit à la propriété n'est pas protégé par le Pacte et qu'il était donc incompétent *ratione materiae* pour examiner toute allégation de violation continue de ce droit après l'entrée en vigueur du Pacte et du Protocole facultatif pour la République tchèque.

²¹⁸⁰ CH, *M. Ota Koutny et son frère Antonin c. République tchèque*, Communication No. 807/1998, U.N. Doc. CCPR/C/68/D/807/1998 (2000), 20 mars 2000. En l'occurrence, les biens des ascendants de l'auteur de la communication avaient été confisqués en application du décret Beneš No 108/1945. Malgré l'acquiescement provisoire des charges, la confiscation des biens a été par la suite confirmée. L'auteur se considérait victime de discrimination parce qu'il n'avait pas obtenu la restitution des biens alors que toutes les conditions prescrites dans la loi relative à la restitution des biens appartenant à ces ascendants étaient réunies. Le comité a déclaré la communication irrecevable en se considérant incompétente *ratione temporis*.

²¹⁸¹ Art. 26 : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

²¹⁸² CCPR/C/100/D/1748/2008, *Josef Bergauer et consorts c. République tchèque*, 30 novembre 2010.

²¹⁸³ CEDH requête n. 17120/04, *Bergauer et 87 autres c. République tchèque*.

interdits par le *jus cogens*²¹⁸⁴. Quant à la condition d'épuisement des recours internes exigée par le paragraphe 2 b) de l'article 5 du Protocole facultatif, les auteurs ont renvoyé à la jurisprudence interne tchécoslovaque pour soutenir leur argument en vertu duquel cette obligation ne devait pas être prise en considération en l'espèce, puisque le réexamen de cette question par les juridictions internes n'aurait présenté aucun intérêt²¹⁸⁵. Pour proposer certains éléments de légitimité à l'expulsion collective des Allemands, l'État tchèque s'est référé à l'accord de Berlin qui avait réglementé le transfert des populations allemandes de la Tchécoslovaquie et à la déclaration bilatérale du 21 janvier 1997, de nature politique, qui avait contribué à la pacification des relations entre les deux pays malgré les injustices du passé²¹⁸⁶. Son argument principal, retenu par le Comité, consistait à mettre en avant l'irrecevabilité *ratione temporis* de la requête, en raison du fait que la ratification par le pays du Pacte et du Protocole facultatif, ont eu lieu le 23 décembre 1975 et le 12 mars 1991, à savoir des décennies après les événements produits au lendemain de la Seconde Guerre mondiale²¹⁸⁷. Selon la République tchèque, l'acte de confiscation ne constituait qu'un acte instantané, qui ne pouvait pas être qualifié de violation continue. Il a été souligné que « la législation relative à la confiscation était issue d'un accord international que les alliés avaient adopté à la Conférence de Potsdam et était considérée comme un droit des alliés à titre de rétorsion pour les crimes commis par l'Allemagne envers le peuple tchécoslovaque »²¹⁸⁸. Par conséquent le caractère illicite de ces mesures n'aurait pas pu être affirmé. L'État a ainsi mis en avant la différence entre la confiscation des biens ennemis, prévue par des accords internationaux, et la confiscation des biens opérée sous le régime communiste et prévue par la législation interne²¹⁸⁹. L'État soulignait ainsi la différence fondamentale entre ces deux cas de confiscation. Par

²¹⁸⁴ CCPR/C/100/D/1748/2008, *op.cit.*, par.3.2 : « Les auteurs font en outre valoir qu'ils ont été punis collectivement pour les crimes commis par l'Allemagne nazie contre la Tchécoslovaquie et qu'ils avaient été expulsés de leur région en raison de leur origine ethnique. Les mesures prises contre les Sudètes constituent des "faits composites" au sens de l'article 15 des articles de la CDI, et ont des effets continus dès lors qu'ils étaient déjà interdits par le jus cogens quand le premier acte a été commis. Tel est indubitablement le cas des crimes contre l'humanité qui ont été commis envers les Sudètes ».

²¹⁸⁵ *Idem*, par. 3.3 : « Le 8 mars 1995, dans l'affaire *Dreithaler*, la Cour constitutionnelle a conclu que le décret n° 108 du 25 octobre 1945 relatif à la confiscation (voir par. 2,2), en vertu duquel les auteurs avaient perdu leurs biens, faisait partie de l'ordre juridique tchèque et n'enfreignait aucun principe constitutionnel. Les auteurs estiment donc qu'il ne servirait à rien de demander le réexamen de la question. Dans un autre arrêt daté du 1er novembre 2005 (affaire du *Comte Kinsky*), la Cour constitutionnelle a conclu qu'il n'était pas possible d'examiner la légalité du décret no108/1945 relatif à la confiscation ».

²¹⁸⁶ En s'appuyant aussi sur l'affaire *Gratzinger c. République tchèque*, (Communication no. 1463/2006) ils ont fait « valoir qu'ils sont l'objet d'une discrimination étant donné qu'ils n'ont pas obtenu réparation bien qu'étant victimes de crimes contre l'humanité, alors que les victimes du régime communiste, qui avaient été condamnées par défaut, et dont les biens qu'ils avaient délibérément abandonnés avaient été saisis, ont obtenu réparation ». *Idem*, par. 5.3.

²¹⁸⁷ Le Comité a précisé que la confiscation constituait un acte instantané qui n'avait pas d'effets continus. Par conséquent, *ratione temporis*, les violations alléguées antérieures à l'entrée en vigueur du Pacte et du Protocole facultatif ne pourraient pas être invoquées.

²¹⁸⁸ *Idem*, par.4.4.

²¹⁸⁹ *Idem*, par.4.8.

ailleurs, il a même renvoyé à l'article 107 de la Charte des Nations Unies, pour fonder la thèse en vertu de laquelle il était interdit d'abroger unilatéralement avec effet rétroactif les mesures de saisie des biens ennemis, utilisés à titre de réparation de guerre²¹⁹⁰. Le Comité a repris l'argumentation de la CEDH en l'appliquant au pacte. Qualifiant les confiscations d'actes instantanés, il a rejeté l'application *ratione temporis* du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Protocole facultatif pour l'État partie. Par conséquent, le Comité n'a pas dû s'appuyer sur la différence éclatante entre le régime de réparation, prévu pour les confiscations opérées entre 1945 et 1948, et celles ayant eu lieu entre 1949 et 1990. Cela s'explique par le fait que dans certaines de ses décisions précédentes, son attention avait déjà été attirée par la différence de traitement entre des confiscations entreprises sous l'empire de régimes politiques différents.

956. Toute allégation de violation du droit à la propriété doit être appréciée à la lumière de la prohibition de toute discrimination selon l'article 26 du pacte. Le Comité des droits de l'homme peut ainsi se prononcer, de manière indirecte, sur le droit à la propriété, lorsque le refus d'indemnisation ou de restitution de biens perdus se fonde sur des critères discriminatoires. Contrairement à l'art. 14 de la CEDH, l'art. 26 du Pacte ne se borne pas à interdire la discrimination dans la jouissance des droits reconnus par le Pacte, mais constitue une clause indépendante. Le CDH a qualifié ce droit d'autonome par rapport aux autres dispositions du Pacte. Une règle pourrait ainsi être discriminatoire et par conséquent contraire à l'art. 26 du Pacte sans nécessairement porter préjudice à d'autres droits consacrés dans le Pacte. En cela réside la différence de cet article par rapport à l'art. 2 du même texte, qui interdit toute discrimination portant sur les autres droits énoncés dans le Pacte²¹⁹¹. Cette interprétation a été reprise par la jurisprudence du CDH²¹⁹². Un régime différencié de restitution peut ainsi

²¹⁹⁰ *Idem*, par. 4.8. Par. 6 : « Dans une note du 21 mai 2009, l'État partie formule des observations complémentaires et réaffirme qu'il ne considère pas le transfert des Allemands des Sudètes après la guerre comme un crime contre l'humanité. Il estime en outre inapproprié de comparer la situation des Allemands des Sudètes avec celles des victimes du régime communiste étant donné que les biens des premiers étaient considérés par les Alliés comme des biens ennemis qui pouvaient par conséquent être utilisés à titre de réparation ».

²¹⁹¹ CDH, Observation générale n. 18, 10 novembre 1989 « De l'avis du Comité, l'article 26 ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. Il interdit toute discrimination en droit ou en fait dans tout domaine réglementé et protégé par les pouvoirs publics. L'article 26 est par conséquent lié aux obligations qui sont imposées aux États parties en ce qui concerne leur législation et l'application de celle-ci. Ainsi, lorsqu'un État partie adopte un texte législatif, il doit, conformément à l'article 26, faire en sorte que son contenu ne soit pas discriminatoire. En d'autres termes, l'application du principe de non-discrimination énoncé à l'art. 26 n'est pas limitée aux droits stipulés dans le pacte ». Pour une analyse v. E. Decaux, F. Martin (dir.), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques, commentaire article par article*, Economica, Paris, 2011, xvii-996 p., Commentaire de l'art. 2 par. 1, Clause de non-discrimination, p. 110-114, p. 110. V. aussi le commentaire de l'art. 26 de De Schutter O. P., p.561-593.

²¹⁹² Dans les affaires *Broeks et Zwaan-de Vries*, le CDH confronté à différents aspects de la loi néerlandaise, accordant des allocations de chômage ou des avantages sociaux dans des conditions non-favorables pour les femmes mariées par rapport aux hommes mariés, le Comité des droits de l'homme a conclu que l'art. 26 « interdit toute discrimination de

être compatible avec le pacte (i) si les critères de discrimination retenus ne sont pas arbitraires (ii).

i. La confirmation de compatibilité avec le Pacte d'un régime différencié de restitution des biens confisqués.

957. Comme il a été déjà expliqué, au lendemain de la chute du régime communiste en Tchécoslovaquie, une loi a été promulguée visant à indemniser ceux ayant subi des pertes par des actes imputables à ce régime²¹⁹³. Ces lois tchèques ont fait l'objet de plusieurs communications du CDH. Certaines communications mettaient en avant le caractère discriminatoire de ces lois qui ne concernaient que les confiscations entreprises entre le 25 février 1948 et le 1er janvier 1990. Plus précisément, l'interrogation portait sur le champ d'application de la loi sur la propriété foncière de 1991 et sa compatibilité avec l'interdiction des discriminations en vertu de l'article 26 du Pacte. La discrimination résidait, selon les allégations des auteurs de certaines communications dans le fait que les personnes dont les biens avaient été expropriés après la fin de la Seconde Guerre mondiale et jusqu'à l'établissement du régime semblaient être exclues du champ d'application de cette loi.

958. Le Comité a considéré que la limitation de toute prévision de restitution ou d'indemnisation à des confiscations par et durant le régime communiste et la non-inclusion de celles survenues en application des décrets de Benes n'était ni arbitraire, ni partielle. Aucune obligation d'indemnisation ne pourrait être imposée à l'État du fait que ce dernier n'avait prévu un droit de réparation que pour une certaine catégorie d'individus. La discrimination en fonction du régime à l'origine des actes de confiscations n'a pas été ainsi qualifiée d'arbitraire. Ces communications ont été ainsi déclarées irrecevables par le CDH en raison de l'absence de discrimination arbitraire au sens de l'art. 26. En l'occurrence, la différence de traitement n'a pas été ainsi qualifiée de discrimination non conforme à l'art. 26 du Pacte. Il n'a pas semblé arbitraire de faire une distinction entre les deux situations, même si, de première vue, elles présentaient des caractéristiques communes²¹⁹⁴. La raison derrière l'approbation de cette discrimination résiderait dans le statut particulier octroyé aux membres des minorités hongroise

droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics ». C. n. 172/1984, aff. *S.W.M. Broeks c. Pays-Bas*, 9 avril 1987, C. n. 182/1984, aff. *F.H. Zwaan-de Vries c. Pays Bas*, 9 avril 1987.

²¹⁹³ Pour une comparaison de la loi portant sur la restitution de propriété prise entre le 25 février 1948 et le 1 janvier 1990 (n. 87/1991) avec la loi concernant les expropriations opérées avant le 25 février 1948 (n° 243/1992), K. Buhler, G. Schusterschitz, M. Wimmer, « Beneš Decrees and the Czech Restitution laws from a human rights and european community law perspective », *Austrian review of international and european law*, 2004, p.1-48, pp. 20-21.

²¹⁹⁴ Pour la défense du caractère non arbitraire de cette discrimination v. Tomuschat Chr., *Die Vertreibung der Sudetendeutschen Zur Frage des Bestehens von Rechtsansprüchen nach Völkerrecht und deutschem Recht*, *op.cit.*, p.19.

et allemande au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, justifiable par leur rattachement aux États ennemis vaincus.

959. Le ressortissant allemand Schlosser s'est adressé au Comité le 5 octobre 1995. Il déclarait que « lui et ses parents [avaient] été privés de la citoyenneté tchécoslovaque en application du décret Benes No 33 du 2 août 1945 sur la détermination de la citoyenneté tchécoslovaque pour les personnes appartenant aux groupes ethniques allemand et hongrois »²¹⁹⁵ et que ses biens avaient été confisqués « en vertu des décrets Benes n° 12/1945 du 21 juin 1945 et n° 108/1945 du 25 octobre 1945 »²¹⁹⁶. L'auteur de la communication n'a pas hésité à souligner les similitudes des mesures tchécoslovaques prises contre la minorité allemande avec la politique de nettoyage ethnique pratiquée par le régime national-socialiste²¹⁹⁷.

960. Il a fait observer qu'à la différence des personnes ayant perdu leurs biens entre 1948 et 1989, aucune loi n'a été adoptée prévoyant la restitution des biens ou l'indemnisation des membres de la minorité allemande²¹⁹⁸. Le Comité, en se prononçant sur la différence du régime de restitution ou d'indemnisation en fonction de la date de confiscation des biens a considéré « qu'en l'espèce il ne semble pas à première vue que le simple fait que la législation adoptée après la chute du régime communiste en Tchécoslovaquie pour indemniser les victimes de ce régime ne prévoit pas l'indemnisation des victimes d'injustices commises avant la période communiste la rende discriminatoire au sens de l'article 26 du Pacte »²¹⁹⁹.

961. Le Comité a, par conséquent, repris l'argumentation repérable dans la communication à l'occasion de la requête de Drobek contre la Slovaquie du 14 juillet 1997, qui concernait aussi

²¹⁹⁵ CCPR/C/64/D/670/1995, *Rüdiger Schlosser v. République tchèque*, 3 novembre 1998, par.2.2.

²¹⁹⁶ *Idem*, par.2.3.

²¹⁹⁷ *Idem*, par.3.4. Il souligne que l'expatriation forcée en 1945, les expropriations et les expulsions ont été imposées de façon collective, et que les décisions n'ont pas été fondées sur le comportement, mais plutôt sur l'appartenance sociale. Tous les membres de la minorité allemande, y compris les socio-démocrates et les autres antifascistes, ont été expulsés et leurs biens ont été confisqués, du seul fait qu'ils étaient d'origine allemande ; aucune possibilité ne leur a été donnée de demander qu'une cour de justice statue sur leurs droits. À cet égard, l'auteur mentionne la politique de nettoyage ethnique pratiquée en ex-Yougoslavie, qui a été reconnue comme une violation du droit international. Il mentionne également les expatriations et les expropriations de Juifs allemands par les nazis, qui ont été arbitraires et discriminatoires. Il fait observer que si les lois nazies ont été abrogées et les victimes ont eu droit à restitution de leurs biens ou à réparation pour les crimes commis par les nazis, ni la Tchécoslovaquie ni la République tchèque n'ont offert aux membres de la minorité allemande expatriés, expropriés et expulsés de récupérer leurs biens ou d'en être indemnisés.

²¹⁹⁸ Il est intéressant de relever que l'auteur de la demande dément l'argument de l'État partie selon lequel il aurait pu s'adresser aux juridictions internes et que de toute manière l'expulsion n'a eu lieu qu'à titre volontaire. V. *Idem*, par.5.3. « L'auteur souligne qu'à l'époque de leur expulsion, sa famille et lui-même ont été traités comme de parfaits hors-la-loi. Des milliers d'Allemands ont été incarcérés dans des camps. Selon l'auteur, non seulement il était vain de se plaindre auprès des autorités tchèques, mais bien souvent les personnes qui se sont effectivement plaintes ont été soumises à des brutalités ».

²¹⁹⁹ *Idem*, par.6.5.

l'héritier d'un Allemand du point de vue ethnique dont les biens sis à Bratislava avaient été confisqués à la suite de l'application des décrets de Benes²²⁰⁰. L'auteur, prenant en considération la loi de restitution des biens ou d'indemnisation pour les pertes subies pendant la période du régime communiste se déclarait victime « d'une violation des articles 2 et 26 du Pacte parce que le Gouvernement slovaque a entériné la discrimination ethnique exercée avant l'existence du Pacte, en promulguant une loi qui offre une réparation à ceux dont les terres avaient été expropriées pour des raisons d'idéologie économique et en en privant les personnes expropriées pour des motifs ethniques »²²⁰¹. Dans sa décision, le Comité a précisé que tout traitement différent, comme en l'occurrence celui se rapportant aux mesures avant et après 1948, ne constitue pas nécessairement une discrimination au sens des art. 2 et 26 du Pacte. La loi tchécoslovaque de 1991 n'était pas discriminatoire au sens de l'art. 26, malgré le fait qu'aucune réparation n'y était prévue pour les victimes de confiscations décrétées en 1945 par les autorités en place avant l'établissement du régime communiste²²⁰².

962. La même argumentation a été suivie par le Comité dans la communication 21 octobre 1998. Le Comité des droits de l'homme s'est prononcé sur la requête de Gerhard Malik, ressortissant allemand, dont les biens avaient été confisqués après l'expulsion collective de tous les membres appartenant au groupe ethnique allemand en 1945²²⁰³. La non-prévision de possibilité d'indemnisation pour les pertes subies par la minorité allemande constituait, selon le requérant, une violation de l'article 26 du Pacte. L'auteur, voulant se défendre contre l'allégation de l'État de la République tchèque, en vertu de laquelle des recours internes leur auraient permis en 1945 de ne pas avoir subi les effets de l'expulsion collective, observe « qu'à l'époque de leur expulsion, sa famille et lui-même ont été traités comme de parfaits hors-la-loi »²²⁰⁴. Le Comité, en se prononçant de nouveau sur la loi de 1991 a identifié une différence de traitement, mais a précisé qu'une telle différence n'était pas identique à une discrimination au sens des articles 2 et 26 du Pacte. En effet, restant fidèle à sa propre jurisprudence, il a considéré « qu'en l'espèce, il ne semble pas à première vue que le simple fait que la législation adoptée après la chute du régime communiste en Tchécoslovaquie pour indemniser les victimes de ce régime ne prévoit pas l'indemnisation des victimes d'injustices commises avant la période communiste la rende discriminatoire au sens de l'article 26 du Pacte, ainsi que l'auteur le

²²⁰⁰ CCPR/C/60/D/643/1995, *Peter Drobek c. Slovaquie*, 31 mai 1997.

²²⁰¹ *Idem*, par.3.1

²²⁰² *Idem*, par. 6.5.

²²⁰³ CCPR/C/64/D/669/1995 (1998), *Gerhard Malik c. République tchèque*, 3 novembre 1998.

²²⁰⁴ Il considère ainsi que « non seulement il était vain de se plaindre auprès des autorités tchèques, mais bien souvent les personnes qui se sont effectivement plaintes ont été soumises à des brutalités ». *Idem*, par.5.3.

prétend ». Par conséquent, la non-prévision d'indemnisation pour les ressortissants de l'ennemi vaincu semblait compatible avec le Pacte. L'argumentation était fondée sur le constat que les actes de confiscation étaient imputables à des régimes différents. Cette considération était conforme à la volonté exprimée par les organes relevant de l'ordre juridique tchèque et slovaque de ne pas contester les effets des décrets Benes de 1945. Les victimes des actes de confiscations étaient ainsi séparées en deux catégories en fonction de la date de mise en œuvre de la confiscation. Ces actes ne constituaient pas une catégorie unique et par conséquent les différences au niveau du régime de restitution ou d'indemnisation ne constituaient pas une discrimination arbitraire²²⁰⁵.

963. En revanche, une discrimination arbitraire peut être établie si des victimes des actes de confiscation relevant de la même catégorie, donnant lieu à un droit de restitution ou d'indemnisation, ne jouissent pas du même droit à une réparation. Les critères utilisés pour identifier les titulaires de droits d'indemnisation ou de restitution pourraient dans ce cas être discriminatoires au sens du pacte. Cette interrogation concerne principalement l'interprétation de la loi tchèque de 1992, prévoyant sous certaines conditions, la restitution pour les biens confisqués en vertu de certains décrets pris au lendemain de la guerre. Comme ceci a été précédemment expliqué, cette loi dont l'objectif était ainsi la réparation de certains dommages subis entre 1945 et 1948, établissait une série de critères restrictifs qui devaient être remplis par les personnes physiques réclamant la réparation pour les pertes subies. Il faut, par conséquent, se demander, si les critères proposés par la loi sont arbitraires ou pas. La prolifération des

²²⁰⁵ Fassbender explique que l'interprétation des actes de confiscation en tant qu'actes mis en œuvre dans des situations comparables et donnant ainsi lieu à des réclamations de réparation pour les préjudices subis, aurait conduit l'État tchèque à renoncer totalement à sa législation en matière de restitution. L'auteur, tout en exprimant ses réserves concernant la compatibilité avec l'art. 26 du Pacte de la distinction entre les confiscations antérieures et postérieures au 25 février 1948 à des fins de réparation, souligne que la solution d'indemnisation d'une seule catégorie des propriétaires dépossédés serait plus conforme au pacte qu'une solution privilégiant l'exclusion de toute indemnisation pour l'intégralité des victimes de confiscations après 1945. L'auteur s'appuie sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande pour fonder sur argument. B. Fassbender, « Gleichheitssatz und Restitutionsgesetzgebung », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2002, pp.101-106, p.106 : « Il paraît plus juste de se demander, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, quelle est la situation comparativement la plus proche du pacte : celle qui existait avant ou après l'adoption d'une loi de restitution. Dans son arrêt de 1955 sur le statut de la Sarre, la Cour constitutionnelle fédérale avait déclaré qu'une loi d'approbation d'un traité international, en soi incompatible avec la Loi fondamentale, n'était pas anticonstitutionnelle si la situation créée par le traité était "plus proche de la Loi fondamentale ; cela reviendrait à défendre une rigidité constitutionnelle (*verfassungsrechtlicher Rigorismus*) que l'on pourrait résumer par la phrase suivante : le pire ne doit pas céder le pas au meilleur, car l'optimal (ou, de ce point de vue, le seul bien) n'est pas réalisable. Cela ne peut pas être voulu par la Loi fondamentale". BVerfG 4 157 170 : "On peut argumenter de la même manière dans le cas du pacte sur les droits civils et politiques. On ferait preuve d'une rigidité aberrante si l'on voulait refuser une réparation politiquement consensuelle de certaines violations des droits de l'homme dans un État contractant parce que ce qui est en fait imposé (à savoir l'indemnisation égale de toutes les victimes de violations identiques) ne peut pas être atteint. Pour de bonnes raisons, le Comité n'ira probablement pas plus loin qu'il ne l'a fait jusqu'à présent dans sa jurisprudence relative à l'article 26 du Pacte à l'égard de la République tchèque — c'est-à-dire qu'il s'arrêtera juste avant de constater que l'article 26 impose également une réparation des mesures d'expropriation prises avant le 25 février 1948".

conditions restrictives aurait comme effet la restriction du périmètre du cercle des personnes titulaires d'un droit de restitution ou d'indemnisation. Il convient ainsi d'étudier les critères employés par l'État tchèque pour restreindre les titulaires d'un tel droit. Il paraît évident que l'État aurait la tendance d'exclure les personnes relevant de l'État ennemi. Les ressortissants ennemis n'auraient ainsi aucun droit à la réparation des dommages subis. Le critère utilisé pour leur identification doit, toutefois, ne pas être arbitraire.

964. Les dispositions de la loi tchécoslovaque de 1992 ont été contestées par des personnes physiques ayant subi des pertes patrimoniales. Une demande de restitution a été examinée par le Comité des droits de l'homme dans sa communication de 2001 *Karel Des Fours Walderode* et son épouse survivante c. République tchèque. La requête portait sur les conditions de restitutions des biens confisqués, établies par la loi 243/1992 prévoyant la restitution des propriétés agricoles et forestières confisquées en application du décret 12/1945. Selon la loi de 1992, pour pouvoir prétendre à la restitution, le demandeur devait avoir la nationalité tchécoslovaque, résider en République tchèque de manière permanente et avoir été loyal envers ce pays pendant l'occupation allemande²²⁰⁶. L'auteur de la communication, K. De Fours Walderode, était citoyen du nouvel État tchécoslovaque depuis sa création en 1918. Ses propriétés avaient été confisquées en 1945. Pourtant, il avait conservé sa citoyenneté tchécoslovaque en raison de sa loyauté avérée envers la Tchécoslovaquie durant l'occupation allemande. En 1992, les autorités tchèques ont estimé qu'il avait perdu sa citoyenneté tchécoslovaque en 1949, lors de sa fuite du pays. Comme il a été déjà expliqué, la condition de résidence permanente a été, à la suite de la décision du 12 décembre 1995 de la Cour constitutionnelle l'ayant déclarée inconstitutionnelle, remplacée par celle de nationalité tchécoslovaque ininterrompue.

965. L'auteur de la requête considérait que cette condition de possession ininterrompue de la nationalité du pays constituait une violation de l'article 26 du Pacte. En l'occurrence, une première décision de restitution favorable au requérant avait été émise par les autorités compétentes, à savoir le Bureau foncier. Cette décision a été par la suite annulée par le ministère de l'Agriculture, au motif que l'autorité administrative n'avait pas vérifié la qualité de résident permanent du requérant. Plus précisément, la décision initiale du bureau foncier de lui restituer ses biens a été annulée par le ministère de l'Agriculture au motif que des doutes subsistaient par rapport à sa qualité de résident permanent, comme celle-ci était initialement prévue par la

²²⁰⁶ CCPR/C/73/D/747/1997, *M.Karel Des Fours Walderode et son épouse survivante c. République tchèque*, 2 novembre 2001, par.2.3.

loi. Cette condition, ayant été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle, a été remplacée par l'obligation d'avoir possédé sans interruption la nationalité tchécoslovaque ou tchèque de la fin de la guerre jusqu'au 1^{er} janvier 1990. En raison de cette modification de la loi, intervenue le 9 février 1996, les auteurs ne pouvaient pas former des demandes de restitution puisqu'ils ne remplissaient pas « la nouvelle condition de la possession ininterrompue de la nationalité ». ²²⁰⁷ Suite à cela, l'auteur de la demande auprès du comité prétendait que la subordination de la restitution des biens à la possession ininterrompue de la nationalité du pays violait le principe de non-discrimination en vertu de l'article 26 du Pacte, surtout en comparaison avec les conditions plus favorables pour les demandeurs régissant la restitution des biens confisqués après 1948 ²²⁰⁸.

966. Le Comité a précisé que l'ajout d'une condition plus rigoureuse avec effet rétroactif vise à empêcher l'auteur de récupérer ses biens et il l'a qualifié d'« élément d'arbitraire qui entraîne une atteinte au droit à l'égalité devant la loi, à l'égale protection de la loi et à la non-discrimination, consacré à l'article 26 du Pacte » ²²⁰⁹.

967. Le Comité a souligné que l'exigence par la loi, de la possession ininterrompue de la nationalité comme condition nécessaire à la restitution des biens précédemment confisqués par les autorités établissait « une distinction arbitraire et, par conséquent, discriminatoire entre des individus qui sont également victimes de confiscations antérieures par l'État, et constitue une violation de l'article 26 du Pacte » ²²¹⁰. Le Comité a ainsi noté que la nouvelle loi aurait eu comme effet d'empêcher l'auteur de récupérer ses biens, alors qu'il aurait rempli les conditions pour prétendre à la restitution. L'exigence de la nationalité ininterrompue était ainsi arbitraire entraînant une atteinte au droit à l'égalité devant la loi, à l'égale protection de la loi et à la non-discrimination, consacré à l'article 26 du Pacte.

968. Le Comité des droits de l'homme ne s'est pas expressément prononcé sur la question de savoir s'il était légitime que la législation tchèque limite les restitutions aux personnes ayant fait preuve de loyauté à l'égard de la Tchécoslovaquie. En l'occurrence, la loyauté de l'auteur de la communication ne faisait aucun doute. En effet, la loyauté de la personne a ainsi servi comme fondement à l'analyse du comité. Le Comité a ainsi abouti au constat selon lequel, il

²²⁰⁷ *Idem*, par.2.7.

²²⁰⁸ L'auteur de la demande considérait même que la loi le visait personnellement, étant donné que les médias et les autorités tchèques avaient utilisé l'expression « Lex Walderode ». *Idem*, par.2.7.

²²⁰⁹ *Idem*, par. 8.3.

²²¹⁰ *Idem*, par. 8.4.

était discriminatoire d'introduire l'exigence de citoyenneté ininterrompue pour quelqu'un qui avait fait preuve de loyauté à l'égard de l'État.

969. En revanche, le Comité n'a pas reconnu de manière explicite un droit de restitution à tous ceux qui possédaient de manière ininterrompue la nationalité de l'État, mais qui ne s'étaient pas comportés de manière loyale à l'égard de l'État. Par conséquent, la « loyauté » à l'égard de l'État semble avoir été approuvée de manière implicite par le Comité comme condition de discrimination non arbitraire²²¹¹. Il serait ainsi erroné de considérer que de l'avis du Comité se déduit une obligation de satisfaction de toute demande de restitution pour les ressortissants des populations allemandes ou hongroises victimes de confiscations entre 1945 et 1948. La distinction opérée en fonction de la « loyauté » semble ainsi avoir été jugée raisonnable par le Comité²²¹². Des raisons objectives, comme celle de la loyauté ou de l'absence de loyauté à l'égard de l'État, dictaient ainsi un traitement différent²²¹³.

970. Une différence de traitement en vertu du comportement loyal à l'égard de l'État doit ainsi être distinguée par rapport à une discrimination fondée sur le critère de nationalité ou de résidence.

ii. Des critères de discrimination arbitraire à la lumière du Pacte.

971. Le simple rattachement d'une personne à l'État ennemi ne serait pas suffisant pour lui interdire toute réclamation de réparation. L'interdiction de toute demande de restitution ou d'indemnisation à une catégorie des personnes identifiable par référence à une nationalité précise semble constituer une discrimination arbitraire selon le Comité²²¹⁴. La nationalité, bien

²²¹¹ Pour cette analyse v. Frowein, *Avis juridique sur les décrets Beneš et l'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne*, op.cit., p.20.

²²¹² *Idem*, p.21 : « [U] ne analyse en bonne et due forme de l'avis exprimé par le comité des Nations unies quant au cas De Fours Walderode ne remet pas en question le système général de restitution mis en œuvre par la République tchèque sur la base de la loi n° 243/92 ».

²²¹³ Le parallèle a été esquissé entre les lois tchèques portant sur les conditions de restitution des biens confisqués et les lois grecques relatives à la restitution des biens confisqués, promulguées au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. V. en détail I. Κτιστάκης, « Περιουσίες Τσάμηδων και Αλβανών στην Ελλάδα : άρση του εμπολέμου και διεθνής προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου », Δίκη, 2006, pp.171-203. La controverse portait sur la licéité de la décision des autorités grecques de ne pas procéder à la restitution des biens confisqués appartenant à des personnes ayant collaboré pendant la Seconde Guerre mondiale avec l'ennemi. L'interrogation concernait ainsi le caractère raisonnable d'une discrimination fondée sur le critère objectif de collaboration avec l'ennemi. À l'aune de la décision du comité *De Fours Walderode*, une telle discrimination semble être conforme avec le Pacte. Une requête a été exercée contre la Grèce auprès de la CEDH, par les héritiers des personnes dépourvues de tout droit à la restitution des biens ou à l'indemnisation pour les dommages subis. La Cour s'est déclarée incompétente *ratione temporis* étant donné que les faits invoqués par les requérants étaient antérieurs au 20 novembre 1985, date de prise d'effet de l'acceptation du droit de recours individuel par la Grèce. CEDH, *Stavreti et autres c. la Grèce*, Décision sur la recevabilité de la requête n. 3652/92, 5 décembre 2002.

²²¹⁴ Dans son commentaire de l'art. 26 le Comité fait observer que « toute différenciation ne constitue pas une discrimination, si elle est fondée sur des critères raisonnables et objectifs et si le but visé est légitime au regard du Pacte », par. 13. CDH, Observation générale n. 18, 10 novembre 1989.

qu'elle ne figure pas parmi les motifs prohibés de discrimination énumérés à l'art. 26 du Pacte, constitue un critère de distinction qui ne saurait fonder une mesure discriminatoire que dans la mesure où la différence de traitement serait susceptible d'une justification objective et raisonnable²²¹⁵.

972. Cette position s'est cristallisée dans plusieurs décisions du Comité portant sur des demandes de restitution ou d'indemnisation exercées par des personnes ayant subi des pertes patrimoniales entre 1948 et 1990. Des personnes ayant été contraintes de quitter la Tchécoslovaquie pendant l'époque communiste pour des raisons politiques contestaient la compatibilité de la législation prévoyant le droit à la restitution exclusivement pour les nationaux tchécoslovaques résidant en permanence en Tchécoslovaquie avec le Pacte²²¹⁶. La détermination des personnes titulaires d'un droit d'indemnisation ou de restitution des biens par

²²¹⁵ De Schutter O., « Commentaire de l'art.26 », *op.cit.*, p.561-593, p.591 : « L'idée que des différences de traitement fondées sur le seul critère de la nationalité peuvent présenter un caractère arbitraire et constituer par conséquent des discriminations est relativement nouvelle. L'art. 1 (2) de la Convention internationale pour l'élimination de la discrimination raciale, adoptée le 21 décembre 1965, excepte d'ailleurs ces distinctions de l'interdiction de principe formulée à son premier paragraphe. La nationalité n'apparaît pas à l'époque comme un motif de distinction prohibé dans la plupart des instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Cependant, depuis les années 90, cette position classique a subi une forte érosion ».

²²¹⁶ V. CCPR/C/54/D/516/1992, *Simunek et autres c. République tchèque*, 31 juillet 1995. La communication *Simunek* portait sur la demande de restitution des biens confisqués par le régime communiste et vendus aux enchères par le « Comité national de district ». La loi n.87/1991, entrée en vigueur le 1er avril 1991, prévoyait « la réhabilitation des citoyens tchèques qui avaient quitté le pays sous la pression du régime communiste » et fixait « les modalités régissant la restitution des biens ou l'indemnisation pour les pertes encourues », par. 2.4. Comme conditions de restitution ont été posées d'une part la détention de la nationalité de la République tchèque et slovaque et d'autre part la résidence permanente sur le territoire du pays. Les auteurs de la demande auprès du Comité considéraient que les critères avaient un caractère discriminatoire illégal puisque les ressortissants du pays contraints de s'exiler étaient obligés de s'y installer de manière permanente pour réclamer la restitution des biens confisqués ou l'indemnisation des pertes encourues. Le Comité après avoir souligné que les événements s'étaient produits avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif pour la République tchèque, s'est penché sur le caractère discriminatoire de certaines dispositions de la loi n.87/1991. Il a été précisé que « ce ne sont pas les confiscations proprement dites qui sont en cause, mais le refus d'accorder réparation aux auteurs alors que d'autres plaignants ont récupéré leurs biens ou ont été indemnisés », par. 11.4. L'interrogation portait sur la compatibilité des conditions nécessaires pour la restitution des biens ou à l'indemnisation avec l'article 26 du pacte et l'interdiction de discrimination. Le Comité souligne que « toute différence de traitement n'est pas considérée comme discriminatoire au regard de l'article 26 du Pacte » et qu'« une différence de traitement compatible avec les dispositions du Pacte et fondée sur des motifs raisonnables ne représente pas une discrimination prohibée au sens de l'article 26 » par. 11.5. La notion de discrimination devait être distinguée de celle de différence de traitement. Précisant que le droit de propriété initial des auteurs ne dépendait ni des conditions de citoyenneté ni des conditions de résidence, le Comité a qualifié les conditions imposées par la loi n. 87/1991 relatives à la citoyenneté et à la résidence comme « déraisonnables » et injustifiées. En effet, les personnes à l'origine du recours « avaient quitté la Tchécoslovaquie en raison de leurs opinions politiques et leurs biens avaient été confisqués soit pour autre raison soit parce qu'ils avaient émigré ». Après avoir constaté que l'État avait contribué à un climat leur ayant imposé la fuite, exiger que ces victimes de persécutions politiques, déjà installés dans d'autres pays, « retournent définitivement dans le pays à titre de condition pour obtenir la restitution de leurs biens ou une indemnisation appropriée serait incompatible avec le Pacte », par. 11.6. Le même raisonnement a été suivi dans la communication présentée par Joseph Frank Adam, du 23 juillet 1996 *Joseph Frank Adam c. République tchèque*, CCPR/C/57/D/586/1994 (1996). Le comité a souligné qu'« une différenciation compatible avec les dispositions du Pacte et fondée sur des motifs raisonnables ne saurait être assimilée à une discrimination interdite au sens de l'art. 26 », par. 12.4. À la lumière de cette distinction, le Comité a estimé que la condition de nationalité prévue dans la loi de 1991 n'était pas « raisonnable » et par conséquent cette loi et « la pratique qui consiste à continuer à ne pas restituer leurs biens aux personnes qui ne possèdent pas la nationalité tchèque » portent atteinte aux droits reconnus par l'art. 26 du Pacte, par. 12.5. La même argumentation a été suivie dans la Communication *Blazek et autres* du 16 octobre 1997, CCPR/C/72/D/857/1999.

référence à leur nationalité et/ou leur résidence permanente a été jugée incompatible avec les dispositions du Pacte. Le CDH a ainsi, dans plusieurs cas, souligné le caractère discriminatoire de la procédure de restitution mise en place par la République tchèque pour ceux qui avaient perdu la propriété de leurs biens à la suite des mesures de confiscation décidées par le pouvoir communiste, car ladite procédure reposait sur la double exigence de citoyenneté tchécoslovaque et de résidence permanente sur le territoire de l'État. Toute distinction fondée sur ces critères serait ainsi irraisonnable²²¹⁷.

973. Au sujet du caractère arbitraire de critères de discrimination a été invité à se prononcer de nouveau le Comité en 2019 à l'occasion d'une communication présentée par des descendants de ressortissants allemands, anciens habitants de l'Estonie, relative au refus de réparation à leur égard²²¹⁸. L'affaire portait sur les biens nationalisés par les autorités soviétiques en 1941 appartenant à des ressortissants allemands qui avaient fui le pays après l'établissement de l'occupation soviétique²²¹⁹. Les dispositions pertinentes de la loi estonienne sur les principes de la réforme de la propriété, adoptée après l'indépendance du pays en 1991, empêchaient toute restitution ou indemnisation dans le cas de biens pour lesquels une réparation avait déjà été fournie²²²⁰. L'interrogation portait ainsi sur la compatibilité avec le Pacte des droits civils et politiques du refus des autorités estoniennes d'octroyer des indemnités aux descendants des Allemands dont les biens avaient été confisqués au motif que des indemnisations avaient été perçues par l'État allemand en vertu de la loi sur la péréquation des charges²²²¹.

²²¹⁷ Nisuke Ando, dans son opinion individuelle, jointe à la communication *Frank Adam c. République tchèque*, tout en s'alignant sur la communication du comité, a rappelé que « le principe de la non-discrimination et de l'égalité devant la loi », n'interdisait pas les « distinctions légitimes fondées sur des critères raisonnables et objectifs ». Prenant en considération les choix divers opérés par chaque État quant à la détermination de son système économique, il a souligné que « des restrictions ou des interdictions portant sur certains droits économiques, notamment les droits successoraux, qui reposent sur la nationalité ou la citoyenneté, peuvent être justifiées et considérées comme des distinctions légitimes ».

²²¹⁸ Décision adoptée par le Comité en vertu du Protocole facultatif, CDH, *PL and ML c. Esthonie*, CCPR/C/127/D/2499/2014, 8 novembre 2019. V. aussi la décision adoptée par le Comité en vertu du Protocole facultatif, CDH, *PEEP c. Esthonie*, CCPR/C/128/D/2682/2015, 13 mars 2020.

²²¹⁹ Les requérants s'étaient aussi référés à l'accord conclu le 10 janvier 1941 entre les Gouvernements de l'union soviétique et de l'Allemagne en vertu duquel l'Allemagne cédait à l'Union soviétique les biens des personnes réinstallées pour un montant global de 200 millions. Bien que le montant ait été versé à titre d'indemnisation pour les biens abandonnés par les personnes réinstallées, les personnes ayant subi le préjudice n'ont jamais été indemnisés. CCPR/C/127/D/2499/2014, par. 3.5.

²²²⁰ Il s'agit de la loi *Eesti Vabariigi omandireformi aluste seadus*, (RT 1991, 21, 257, 13 juin 1991, citée dans CCPR/C/127/D/2499/2014, Par.4.10 : « Selon l'article 17 [par. 5) de la loi relative aux principes de la réforme de la propriété, le seul critère permettant de décider si une personne relevant de cette disposition peut demander la restitution de biens ou une indemnisation est celui de savoir si les biens ont déjà été restitués à l'intéressé ou si celui-ci a reçu une indemnisation ».

²²²¹ En effet, comme déjà souligné, il était expressément précisé dans le préambule de la loi allemande sur la péréquation que les personnes qui acceptaient des paiements dans le cadre de cette loi ne renonçaient pas à faire valoir leur droit de propriété pour le bien concerné. L'auteur d'une des demandes s'est même référé à la jurisprudence de la CEDH en vertu de laquelle une indemnisation extrêmement disproportionnée pour l'expropriation ne pourrait pas être considérée comme adéquate. CCPR/C/127/D/2499/2014 par. 3.4. renvoyant à la CEDH, *Affaire Vistins et Perepjolkis c. Lettonie*, n. 71243/01, 25 mars 2014. Quant à l'applicabilité de la CEDH en matière d'indemnisations, il a été rappelé qu'une

974. Il s'agissait d'une question relative à la relation entre les indemnités symboliques attribuées en vertu de la loi sur la péréquation des charges et l'obligation d'une indemnisation complète en raison d'un fait international illicite²²²². Les auteurs soutenaient que le rejet de leur demande de restitution ou d'indemnisation créait une discrimination à leur égard, fondée sur leur origine germano-balte. L'État s'opposait à l'allégation relative à la discrimination, en expliquant que la disposition de cette loi s'appliquait à toute personne, sans distinction, pour quelque motif que ce soit. L'élément objectif et déterminant dans l'application de la loi attaquée était la question de savoir si la personne qui demandait l'indemnisation avait déjà reçu réparation pour le même bien, de la part de l'État partie ou d'autres pays. Le Comité, après avoir rappelé que le droit à la propriété n'est pas protégé par le Pacte, a précisé que « la confiscation d'un bien privé ou le manquement d'un État partie à verser une indemnisation après une telle confiscation pourrait bel et bien constituer une violation du Pacte, si l'acte ou l'omission en cause était fondé sur des motifs de discrimination, en violation de l'article 26 du Pacte »²²²³. Néanmoins, en l'occurrence, le Comité ne s'est pas prononcé sur cet argument de fond, rejetant comme irrecevable le grief concernant la discrimination en raison du fait qu'il n'avait pas été soulevé devant les juridictions internes et que, par conséquent, l'auteur n'avait pas épuisé tous les recours internes à sa disposition²²²⁴.

975. À la lumière de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, la thèse pourrait être défendue selon laquelle, une loi de réparation, faisant dépendre toute réclamation d'indemnisation ou de restitution à des considérations liées à la nationalité d'une personne, ne serait pas conforme au Pacte. Toutefois, une discrimination fondée sur le critère de loyauté à l'égard de l'État reconnaissant un tel droit, semble conforme au pacte. La non-restitution des biens à des ressortissants ennemis par invocation de leur simple rattachement national à l'État ennemi ne serait pas conforme à l'art. 26. En revanche, et comme cela découle des

réserve avait été formulée de la part de l'Estonie le 16 avril 1996 selon laquelle les dispositions de l'article premier du Protocole n. 1 à la CEDH : « ne s'appliqueraient pas aux lois ou réformes régissant la restitution des biens nationalisés ou expropriés illégalement pendant la période d'annexion à l'Union soviétique ou l'indemnisation concernant ces biens ». *Idem*, par.5.3.

²²²² Les auteurs des demandes auprès du Comité soutenaient que l'objectif général de la loi allemande sur la péréquation était de fournir une subvention d'intégration aux personnes déplacées et non une indemnisation complète : « Les personnes réinstallées ont perçu une indemnisation non pour leurs biens, mais pour leur préjudice et les pertes causés par la perte de leurs biens. La loi sur la péréquation des charges n'est pas une loi d'indemnisation, mais une loi sociale interne de "péréquation des charges" », *idem*, par.5.10.

²²²³ CCPR/C/128/D/2682/2015, par. 7.6.

²²²⁴ *Idem*, par.7.7 : « L'État partie affirme que, dans le cadre des recours internes, les griefs de l'auteur concernaient exclusivement ses droits de propriété et que, bien que la discrimination soit interdite par l'article 12 de la Constitution estonienne, l'auteur n'a saisi aucune juridiction nationale pour qu'elle statue sur sa plainte à ce sujet. Le Comité constate que l'auteur n'a pas répondu à cet argument et qu'il n'a en rien expliqué la raison pour laquelle il n'avait pas soulevé la question de la discrimination devant les juridictions internes ».

communications du Comité, aucune obligation ne s'impose en vertu des articles du Pacte de mettre en œuvre un mécanisme de restitution des biens allemands confisqués en 1945.

Conclusion

976. L'objectif du chapitre était de présenter une réflexion sur la notion de « biens abandonnés appartenant aux ressortissants ennemis ». Cette notion renvoie aux mesures de confiscation des biens privés à titre de réparations de guerre, à la suite d'une expulsion de la population ennemie. Le recours à ces mesures se fonde nécessairement sur un rapport inégalitaire entre les anciens belligérants. Au détriment de l'État vaincu, un régime de responsabilité collective est mis en œuvre. De ce régime relèvent à la fois l'expulsion massive et la confiscation des biens qui soulèvent plusieurs interrogations quant à leur licéité sous certaines conditions exceptionnelles. Les circonstances particulières régnant pendant les mois suivant la capitulation allemande après la Seconde Guerre mondiale fournissent le cadre spécifique qui a permis le recours à ces mesures de responsabilité collective. Le présent chapitre s'est ainsi penché sur l'étude de ce moment historique bien précis, qui a permis l'émergence des mécanismes dont la compréhension se fonde probablement sur la notion de « biens des ressortissants ennemis ».

977. Être Allemand, selon des critères parfois arbitraires utilisés par les États de l'Europe de l'Est, engendrait des conséquences néfastes à la fois pour la condition personnelle et patrimoniale des civils. En effet, la qualification d'Allemand rendait licite la mise en œuvre d'un régime discriminatoire justifiable probablement par référence aux réparations de guerre. Ce chapitre s'est focalisé sur les pratiques de dépossession suivies en Pologne et en Tchécoslovaquie. L'interrogation autour de la licéité des confiscations entreprises dans ces deux pays n'est pas dépourvue d'intérêt pratique puisque les héritiers des propriétaires spoliés mettent toujours en cause les effets des actes de confiscation. Une série d'arguments assez complexe est ainsi mise en avant par les États ayant pris l'initiative des actes de dépossession pour ne pas contester leur validité. Le fait qu'ils relèvent d'un passé lointain lorsque la protection conférée à la protection du droit à la propriété privée n'était pas suffisante, ou même le fait qu'ils s'inscrivaient dans le sillage d'une guerre totale sont des arguments souvent invoqués. Ce régime discriminatoire exceptionnel semble être fondé sur la notion de biens des ressortissants ennemis expulsés. En raison de non-application dans le temps des textes internationaux conférant de protection au droit de propriété, aucune obligation juridique n'incombe aux États de réparer les préjudices causés par la confiscation des biens des ressortissants ennemis expulsés.

978. Le caractère profondément discriminatoire de ce régime est aussi reflété dans les lois en matière de réparation des préjudices patrimoniaux, promulguées dans les États à l'origine des confiscations systématiques des biens allemands. Les propriétaires dépossédés à titre d'Allemands ne sont pas traités de la même manière que d'autres groupes ayant subi, par la suite, des actes de confiscation de leurs biens. Cette distinction pourrait être expliquée par référence à la reconnaissance latente de licéité de ces mesures prises en 1945. En vertu de ces lois, les héritiers des « Allemands » ou les héritiers des ressortissants ennemis expulsés ne sont pas autorisés à réclamer la restitution des biens spoliés. Si une telle restitution est prévue, des conditions particulièrement restrictives la rendent difficile voire impossible. Toutefois, à l'aune des règles du droit international contemporain, les critères figurant dans des lois de réparation de préjudices patrimoniaux, et précisant les titulaires d'un tel droit ne peuvent pas être arbitraires. L'exclusion d'un droit de réparation par application d'un simple critère national ne semble plus fondée en droit. Le rejet d'une demande de restitution adressée par l'héritier d'un ressortissant ennemi expulsé et spolié par simple invocation de son attachement à l'ennemi ne semble plus envisageable. En revanche, le rejet d'une demande de restitution ne semble pas arbitraire en cas de constat d'un comportement déloyal de la part du ressortissant ennemi expulsé et spolié, dont l'héritier agirait en justice. Le renvoi au critère, certes incertain, de loyauté, démontre la tension qui existe entre un modèle de responsabilité collective et un modèle de responsabilité pénale individuelle. Il est évident que la notion de biens des ressortissants ennemis expulsés relève du premier. La pertinence du terme soulève des interrogations si la saisie des biens des ressortissants ennemis n'obéit pas à la finalité de réparations de guerre, mais à l'objectif de consolidation nationale d'un État *post bellum*.

Chapitre 2. Les biens abandonnés par des populations déplacées en dehors du cadre de réparations de guerre

979. La gestion des biens abandonnés à la suite d'une expulsion massive de populations présente un défi majeur pour les États. Des populations déterminées par des critères nationaux, ethniques ou religieux peuvent se voir contraintes, à l'occasion de l'éclatement d'un conflit armé, de prendre la fuite laissant ainsi derrière eux leurs biens. Une politique de gestion des biens vacants est ainsi mise en place. Il s'avère qu'un tel déplacement offre un cadre idéal pour le prolongement de l'application de la législation sur les biens ennemis dans une période *post bellum*. Les biens ennemis sont dorénavant les biens abandonnés par les populations rattachées à l'adversaire (Section I). Néanmoins, à l'aune de l'évolution du droit international et du statut protecteur accordé aux civils, aux membres des minorités, aux réfugiés, aux personnes déplacées, le recours à une telle politique discriminatoire semble injustifiable. Les États ne sont plus libres de déterminer le sort des biens abandonnés et mettre ainsi en œuvre un mécanisme de dépossession systématique des populations déplacées. Des règles relevant du droit international esquissent un cadre bien précis de compétences restrictives accordées aux États. À l'intérieur de ce cadre, les biens abandonnés ne peuvent plus être gérés en tant que biens ennemis (Section II).

Section I Les biens abandonnés conçus en tant que biens ennemis. Des notions interchangeables

980. La saisie des biens des populations déplacées peut être mise en œuvre dans un cadre différent de celui de réparations de guerre. À la différence d'une politique de saisie systématique des biens privés à titre de réparations de guerre, mise en œuvre contre les ressortissants de l'État ennemi vaincu et reflétant un rapport inégalitaire entre les anciens belligérants, le contrôle des biens privés des ressortissants ennemis peut être conçu comme moyen de consolidation de l'homogénéité ethnique d'un territoire. Les biens des civils ennemis expulsés sont qualifiés de biens abandonnés et la responsabilité de leur gestion incombe à l'État ayant procédé à l'expulsion, soit pendant le conflit armé, soit au lendemain de la cessation des hostilités.

981. Il faut examiner sous quelles conditions les biens abandonnés d'une population déplacée peuvent être appréhendés en tant que biens abandonnés par une population ennemie. L'usage du qualificatif ennemi n'est pas anodin, puisqu'il fait référence à l'émergence d'un rapport inégalitaire et est associé à la mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective.

982. Dans un premier temps, on s’interroge sur le sort des biens des populations déplacées. À la différence d’un déplacement entrepris à titre de réparations de guerre, comme ceci a été probablement le cas des Allemands de l’Europe de l’Est expulsés au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, des déplacements massifs de populations peuvent obéir à la finalité primaire de consolidation ethnique ou nationale d’une société *post bellum*. Il faut par conséquent, s’interroger sur la spécificité du concept des biens abandonnés dans le cadre de déplacements de populations, par rapport aux biens ennemis des ressortissants expulsés dans le cadre de réparations de guerre. Le contexte postérieur à la fin de Première Guerre mondiale, et plus précisément les dispositions du traité de Lausanne de 1923, serviront comme point central d’une réflexion sur la parenté entre la notion de biens ennemis et la notion de biens abandonnés (§1).

983. Par la suite, notre attention sera attirée par la manière dont un dispositif normatif de guerre, à savoir la législation sur les biens des civils ennemis, s’applique dans un contexte *post bellum*. Ce changement du champ d’application est indiqué par l’emploi du qualificatif « absent » au lieu du qualificatif « ennemi ». Il faut ainsi s’interroger sur la continuité d’un régime juridique fondé sur une qualification diverse. La finalité de mise en œuvre d’un tel régime semble être la consolidation nationale et ethnique d’un territoire *post bellum*. Cette continuité s’observe de manière éloquent dans la pratique normative de certains États après la Seconde Guerre mondiale (§2).

§1 Les biens abandonnés par des populations échangées ou expulsées

984. Si le déplacement des populations est effectué sur la base d’un accord bilatéral, d’un accord d’échange, ou même d’un transfert volontaire respectant la volonté déclarée des membres du groupe concerné, le concept de biens des ressortissants ennemis expulsés ne semble pas pertinent. En revanche, si les biens abandonnés appartiennent à une population déplacée de manière contraignante, les conditions de résurgence d’un tel régime semblent être réunies. Le cadre historique de référence est celui des années suivant la fin de la Première Guerre mondiale. Il faut déterminer, dans quelles conditions, les mesures affectant les biens abandonnés par des populations déplacées relèvent d’un régime de biens des ressortissants ennemis. Un tel régime ne serait envisageable qu’en cas de création d’un rapport asymétrique entre des États rendant licite la saisie des biens des ressortissants ennemis à titre de réparations de guerre, donnant ainsi naissance à un régime de responsabilité collective. Parmi les traités de la période de l’après-guerre, celui qui attirera davantage l’attention est le traité de Lausanne. Ce traité offre des éléments de réflexion à la fois sur la gestion des biens abandonnés par des populations échangées — il s’agissait de l’échange gréco-turc — et des biens appartenant à des populations expulsées de manière unilatérale —, en l’occurrence les Arméniens. Le régime

juridique applicable aux biens privés dans ces cas diffère, eu égard à celui mis en œuvre après l'échange volontaire de populations.

a. La protection des biens des populations affectées par un échange volontaire.

985. Au lendemain de la Première Guerre mondiale, des accords ont été conclus entre des États vainqueurs et vaincus prévoyant l'émigration réciproque de manière volontaire. L'échange volontaire de populations qualifié de « procédure de l'émigration volontaire et réciproque » se produisait souvent sous l'égide d'une organisation internationale comme la Société des Nations²²²⁵. L'écart entre la mise en œuvre d'une politique de transfert obligatoire de populations et le statut protecteur octroyé aux minorités sous les auspices de la Société des Nations est manifeste²²²⁶. Les échanges prévus par les traités de 1919 et 1920, dans le cadre d'annexion des territoires après la Première Guerre mondiale, se concrétisaient par le biais de l'exercice de la part des individus du droit d'option en faveur de la nationalité d'un pays différent de celui de leur pays de domicile²²²⁷. Le caractère volontaire de l'émigration a ainsi été interprété en tant que signe susceptible de « gommer l'infériorité » des États vaincus à la Première Guerre mondiale²²²⁸.

²²²⁵ L'exemple emblématique est celui de la Convention de Neuilly sur Seine, signé entre la Grèce et la Bulgarie le 27 novembre 1919 (à savoir le même jour que le traité de paix signé par la Bulgarie et les puissances alliées). Malgré cet aspect crucial, la structure du mécanisme de mise en œuvre de l'échange semble identique à celui de la Convention de Lausanne. Une Commission mixte, composée de deux personnes nommées par les États contractants et de deux nommées par le Conseil de la SdN, était censée recevoir toutes les déclarations d'émigration et était responsable pour la liquidation des biens abandonnés par les émigrants. Les personnes qui choisissaient d'émigrer perdaient la nationalité du pays qu'elles abandonnaient et recevaient celle du pays de destination. Elles pouvaient emporter avec eux leurs biens mobiliers. Les biens immobiliers étaient ainsi liquidés par la Commission mixte. En échange, les émigrants recevaient un remboursement de leur valeur. Pour le texte de cette Convention bilatérale relative à l'émigration réciproque v. CPJI, *Avis consultatif* n° 17, Série B, 31 juillet 1930, Annexe I, pp. 37 et s.

²²²⁶ S. Karagiannis, « Des traités d'échange de populations au nettoyage ethnique », *Miskolc journal of international law*, 2004, vol. 1, pp. 198-237, p.223 : « C'est le droit des minorités, élaboré du temps de la SdN, sur la base de traités de paix, de *conventions ad hoc*, bilatérales ou multilatérales, et de déclarations unilatérales qui remplira tant bien que mal, durant l'entre-deux-guerres, le rôle essentiel de la conciliation entre les aspirations nationales des minorités et les aspirations des États à la paix et à la sécurité. Or, l'échange (ou bien le transfert) de populations s'inscrit en faux par rapport au droit des minorités qui se mettait, à l'époque, en place. L'échange, qu'il soit par ailleurs forcé ou volontaire, c'est bien l'anti-droit des minorités, puisqu'il supprime le "problème" des minorités à la source ».

²²²⁷ V. l'article 40 du traité de paix signé à Neuilly-sur-Seine le 27 novembre 1919 concernant les habitants des territoires cédés à la Serbo-Croato-Slovénie, et l'article 45 concernant les habitants des territoires attribués à la Grèce. Une référence spéciale doit être faite à l'article 56 al. 2 du traité qui prévoyait que : « La Bulgarie s'engage à reconnaître les dispositions que les Principales Puissances alliées et associées jugeront opportunes relativement à l'émigration réciproque et volontaire des minorités ethniques ». V. aussi l'article 106 du traité de Versailles du 28 juin 1919 concernant les habitants de la ville libre de Dantzig et l'article 85 du même traité concernant les habitants des territoires attribués à l'État tchécoslovaque.

²²²⁸ S. Karagiannis, « Des traités d'échange de population au nettoyage ethnique », *op.cit.*, p.206. Il faut rappeler que par des mesures d'échange de population en vertu d'accords bilatéraux n'étaient pas concernées les populations germanophones qui se trouvaient en dehors des frontières allemandes au lendemain de la Première Guerre mondiale. En revanche, la protection de ces minorités était censée être assurée par des accords dans le cadre de la Société des Nations. A. De Zayas, *Die Nemesis von Potsdam : Die Anglo-Amerikaner und die Vertreibung der Deutschen*, *op.cit.*, p.38. Les pays qui accueillaient d'importantes minorités allemandes étaient tenus, sur le papier, de leur garantir une certaine autonomie culturelle et l'égalité juridique avec la majorité des citoyens. Cependant, la Pologne et la Tchécoslovaquie trouvaient les traités sur les minorités gênants et ne cessaient de déclarer que le système des minorités de la Société des Nations constituait une atteinte insupportable à leur souveraineté nationale. Ainsi, le fait de passer outre les traités est devenu la règle plutôt que l'exception.

986. En effet, le droit d'option, octroyé aux membres des populations concernées par la politique de transfert massif, se présente comme critère d'identification de la finalité d'une telle mesure. L'octroi du droit d'option est conçu en tant que mécanisme servant la cause d'homogénéisation nationale ou ethnique d'un territoire. L'aspect punitif n'est pas prédominant. L'octroi d'un droit d'option se trouve ainsi aux antipodes d'un mécanisme d'expulsion forcée, justifié par l'attribution probablement arbitraire du caractère ennemi aux membres d'une communauté.

987. Dans le sillage du précédent du transfert volontaire des populations entre la Grèce et la Bulgarie, en 1919, s'inscrivent les accords conclus par le Troisième Reich avec les pays Baltes et l'Italie dans la période de l'entre-deux — guerres²²²⁹. Ces accords permettaient aux individus concernés d'opter pour leur rattachement à leur groupe national d'origine. La clause d'option limitait ainsi les risques de sécession et l'irrédentisme. Ces accords contenaient aussi des dispositions précises sur le sort des biens des personnes ayant opté pour le déplacement. Les personnes déplacées avaient souvent le droit d'emporter des biens mobiliers. Quant aux biens immobiliers, l'État sur lequel ils se trouvaient en devenait propriétaire et l'État de l'immigration était considéré comme créancier de leur valeur. Il lui incombait ainsi d'indemniser les intéressés grâce à un règlement de comptes interétatique²²³⁰.

988. Il paraît évident que l'échange volontaire n'a pas de connotation punitive. Pour cette raison, tout accord relatif à l'échange des populations comportait des dispositions précises sur le sort des biens abandonnés par les personnes. Les biens des personnes transférées ou échangées n'étaient pas saisis à titre de réparations de guerre. Leur gestion s'inscrivait dans le cadre d'une politique d'installation de nouvelles populations. Par ailleurs, la création d'organes interétatiques habilités à gérer les biens des échangés offrait des garanties d'un certain respect du droit à la propriété privée. Indépendamment du caractère volontaire ou non du transfert des populations, des commissions spéciales étaient souvent créées, ayant comme tâche « de surveiller et de faciliter l'émigration et de procéder à la liquidation des biens mobiliers et immobiliers, abandonnés par les populations échangées »²²³¹. Une certaine protection était ainsi octroyée aux personnes concernées par l'échange de populations volontaire. Les biens

²²²⁹ Il faut préciser que les accords de transfert en Allemagne des populations ethniquement allemandes, représentent plutôt d'accords permettant le rapatriement des populations concernées V. Karagiannis, *op.cit.*, p.213.

²²³⁰ V. en détail J. Schechtman, « The option clause in the Reich's Treaties on the transfer of population », *AJIL*, 1944, pp. 356-374.

²²³¹ Art. 9 Traité bilatéral de Neuilly-sur-Seine, 27 novembre 1919, article 10 : « La Commission mixte aura tout pouvoir pour faire procéder à l'estimation des biens immobiliers, les intéressés étant entendus ou ayant été dûment convoqués pour être entendus. Le gouvernement du pays où la liquidation aura lieu devra verser à la Commission mixte, dans les conditions à fixer par celle-ci et pour être remise aux ayants droit, le montant de la valeur des biens immobiliers liquidés, qui seront la propriété dudit Gouvernement [...] ».

abandonnés par les populations échangées n'étaient pas ainsi perçus en tant que biens des ressortissants ennemis expulsés. Il faut examiner si le même constat se dresse par rapport aux biens des populations transférées dans le cadre d'un échange obligatoire de populations.

b. La protection incertaine des biens des populations affectées par un échange forcé.

989. La mise en œuvre d'un échange forcé de populations avait comme objectif une nouvelle répartition des populations, en fonction des critères permettant l'atteinte d'un degré d'homogénéisation rendant improbable un affrontement militaire futur. L'échange obligatoire était suivi par des réinstallations collectives de minorités ethniques, religieuses ou nationales, par lesquelles les États souhaitaient créer une homogénéité maximale de leur structure démographique. Le traité de Lausanne de 1923 servira comme texte de référence (i) pour l'examen des dispositions relatives aux biens privés des populations concernées par un échange forcé (ii). Ces dispositions se sont avérées inefficaces pour la protection des biens privés (iii, iv, v).

i. L'échange obligatoire des populations prévu par le traité de Lausanne, une mesure justifiée par un rapport asymétrique

990. Le terme d'échange est ainsi utilisé pour qualifier « un éloignement réciproque de populations du territoire de l'État contractant vers le territoire de son cocontractant ». ²²³² Nonobstant, le caractère conventionnel d'un traité d'échange obligatoire, le terme d'« acte unilatéral transformé » pourrait être utilisé pour décrire le statut d'un « traité inégal » imposé « par la partie forte à la partie faible » ²²³³. Il semble ainsi que la technique d'échange obligatoire soit conçue comme méthode d'imposition à l'État vaincu d'une nouvelle réalité démographique sur des territoires dont le statut n'est plus contesté. La Convention de Lausanne de 1923, est à cet égard caractéristique.

991. En l'occurrence, la mise en œuvre d'un échange obligatoire entre la Turquie et la Grèce a été interprétée comme garantie de préservation de la paix. L'échange de populations était ainsi conçu comme moyen de gérer les sensibilités ethniques des minorités, susceptibles d'envenimer la paix interne des États ²²³⁴. Malgré cette finalité élogieuse, l'échange a été ainsi perçu en tant

²²³² S. Karagiannis, *op. cit.*, p.210.

²²³³ *Idem*, p.205.

²²³⁴ Politis défendait l'utilité des transferts obligatoires en vue de restauration et de préservation de la paix même pendant les premières années de la Seconde Guerre mondiale. En s'appuyant sur une métaphore médicale pour décrire la situation géopolitique de l'Europe en 1940, il privilégie le remède radical des transferts obligatoires comme moyen de consolidation de la paix. N. Politis, « Les transferts de populations », *Politique étrangère*, 1940, pp. 83-94, p.93 : « Lorsqu'après cette guerre il faudra reconstruire l'Europe, le problème des minorités se reposera. Je crois que le système inauguré en 1919 n'aura pas beaucoup de défenseurs. On constatera que dans le domaine de la théorie il y a peut-être mieux à faire. Quand l'Europe retrouvera son équilibre, on pourra songer à un autre système plus conforme aux aspirations profondes du monde civilisé et tendant à assurer à tout être humain un minimum de liberté. La reconnaissance internationale des droits de l'homme, placé sous la protection juridictionnelle, devra un jour être une règle générale valable pour tous les États, sans nulle exception. Mais une telle solution suppose le retour à la santé. Or l'Europe est

que « la plus grave atteinte à la liberté individuelle et au droit de propriété, et une régression regrettable dans l'évolution du droit des gens²²³⁵ ».

992. La contradiction de l'accord d'échange de populations avec l'évolution du droit international a été mise en exergue déjà à l'époque de conclusion du traité de Lausanne. Il a été souligné que tout nouveau déplacement des frontières devait être accompagné de la reconnaissance d'un droit d'option aux populations affectées. La reconnaissance d'un tel droit formel à un groupe déterminé par des liens ethniques n'est pas assurée dans le cadre d'un échange obligatoire en vertu de laquelle « l'individu est simplement relégué au rang d'objet de négociation sans volonté »²²³⁶. Malgré cette critique récurrente adressée à la Convention de Lausanne, la CPJI dans son avis consultatif relatif à l'interprétation de la Convention n'a pas émis de doutes quant à sa conformité avec le droit international²²³⁷. Les réserves concernant la licéité de l'échange des populations renvoient à une interrogation plus générale relative à la nature du droit international et plus précisément au rôle accordé à l'individu²²³⁸. Si l'individu n'est pas présenté comme sujet du droit international, mais comme simple objet, toute hésitation

actuellement malade. Elle est même trop malade pour qu'elle puisse espérer le salut du lent effet de quelque traitement. Dans son cas, la thérapeutique doit céder le pas à la chirurgie. Une opération est nécessaire. Il n'en est pas de plus indiqué que l'échange, au besoin même le transfert unilatéral obligatoire des populations. Cela ne veut pas dire qu'il faudra mettre sur la table d'opération toutes les minorités sans distinction. Il faudra mettre sur la table d'opération toutes les minorités sans distinction. Il faudra agir avec discernement et, à l'instar du chirurgien, ne couper que là où il est impossible de faire autrement. Il ne peut être ici question que de cas d'espèce. Je pense à des situations qui se produiront après cette guerre et auxquelles il faudra porter remède. Il y aura lieu d'installer des populations sur des territoires qu'elles n'occupent pas aujourd'hui, et s'il y trouve d'autres populations avec qui elles ne pourront cohabiter, il faudra que ces populations leur cèdent la place. C'est une opération douloureuse, mais il en est ainsi de toutes les opérations. Il faut considérer le but à atteindre et s'il ne peut être atteint que par ce procédé, ce serait manquer de sens politique que d'être arrêté par de faux sentiments. De même, si la mesure est nécessaire, il ne faut pas hésiter à l'imposer même à titre obligatoire, voire unilatéral ». Karagiannis pour mettre en exergue la différence de degré d'un transfert obligatoire par rapport à un transfert volontaire précise que « seul l'échange et le transfert obligatoire des populations sont susceptibles d'assurer la paix entre les nations, maintien de la paix qui est censé être la *ratio* de ces procédés, les échanges et les transferts volontaires pouvant ici faire figure de "demi-mesures" ». *op.cit.*, p.223.

²²³⁵ C. G. Ténékidès, « Le statut des minorités et l'échange obligatoire des populations gréco-turques », *RGDIP*, 1924, p. 72-88, p.86.

²²³⁶ L. Leontiades, « Der giechisch-turkische Bevölkerungsaustausch », *ZaoeRV*, 1935, pp. 546-576, p.552.

²²³⁷ Sur la licéité de l'échange v. CPJI, *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif du 21 février 1925, série B, n° 10. En l'occurrence, l'interprétation portait sur le terme « établis » figurant dans la Convention et faisant allusion aux Grecs constantinopolitains. Leur statut différait de celui des membres de la minorité orthodoxe d'Istanbul relevant de l'État turc.

²²³⁸ V. C. G. Ténékidès, *op. cit.* : « L'échange forcé constitue la plus grave atteinte à la liberté individuelle et au droit de propriété, et une régression regrettable dans l'évolution du droit des gens. Il nous ramène à la conception sauvage et primitive de la guerre lorsque la défaite entraînait la ruine des populations, dont les biens devenaient le butin du vainqueur, elles-mêmes étant réduites à l'exil ou à l'esclavage. Encore les populations vouées à un pareil sort n'avaient aucun caractère de belligérance » p.86. Certains auteurs ont souligné l'incompatibilité manifeste de cette pratique avec les principes de Wilson établissant le nouvel ordre international. V. p. ex. G. Hecker, *Der völkerrechtliche Wohnsitzbegriff*, Berlin, Rothschild, 1931, 87 p., pp.6-7 : « Mais il faut encore souligner ici à quel point le traité d'échange de population heurte de plein fouet l'idée si bruyamment proclamée par Wilson du respect des droits de l'homme ! (Es muss hier jedoch noch darauf hingewiesen werden, wie sehr die Bevölkerungsaustauschvertrag der so laut von Wilson verkündeten Idee der Wahrung der Menschenrechte ins Gesicht schlägt!) ». L'échange est présenté comme mécanisme préjudiciable à la moralité internationale.

quant à la licéité des mesures d'échange obligatoire des populations est dépourvue d'intérêt²²³⁹. L'échange obligatoire des populations est ainsi présenté comme l'*ultima ratio* pour préserver la paix et la stabilité. À la lumière de cela, le caractère immoral de l'échange ne constitue pas l'élément le plus crucial de la critique à son égard²²⁴⁰. Une hiérarchie entre les droits des individus et les intérêts étatiques a été ainsi établie²²⁴¹. Les intérêts étatiques, à savoir rendre solide, du point de vue ethnique voire religieux, un État par le biais d'un échange de populations et de gestion des biens abandonnés, avaient une priorité sur le droit à la liberté individuelle et le droit à la propriété privée des populations échangées de manière obligatoire²²⁴². Il faut ainsi se focaliser sur le régime attaché aux biens privés des populations échangées de manière forcée.

ii. Une protection formelle du droit de propriété des populations échangées

993. Les membres des populations concernées par l'échange obligatoire avaient en principe droit de recevoir des biens immobiliers d'égale valeur que ceux abandonnés dans le pays d'origine. Les « émigrants », terme utilisé pour faire référence aux personnes obligées à être transférées en fonction de leur religion, avaient le droit d'emporter avec eux des biens meubles. Pour les biens meubles laissés en place, un inventaire devait être établi par les autorités locales²²⁴³. Les dispositions détaillées portant les biens mobiliers et immobiliers avaient, a priori, comme objectif de créer un cadre protecteur pour les personnes échangées. Cela s'explique par le fait que la liquidation des biens abandonnés leur permettait d'être dédommagées par le Gouvernement du pays de destination. Aucun droit réel ne leur était reconnu sur les immeubles abandonnés qui appartenaient dorénavant à l'État sur le territoire duquel ils se trouvaient. Une seule créance était reconnue à leur profit contre l'État d'accueil.

²²³⁹ Höxter rejetant toute personnalité juridique internationale à l'individu, renvoie à un futur lointain toute interrogation autour de la reconnaissance d'un droit à l'inviolabilité de la personne, d'un droit d'option de nationalité ou d'émigration (*Zukunftsmusik*). W. Höxter, *Bevölkerungsaustausch als Institut des Völkerrechts*, Thèse, Frankfurt am Main, 1932, xiv-57 p, pp. 52-53.

²²⁴⁰ Höxter qualifie l'échange de population comme l'*ultimum refugium* qui toutefois ne doit pas être qualifié d'immoral « *Odium der Sittenwidrigkeit* », *op.cit.*, p.54.

²²⁴¹ De Zayas emploie même le terme panacée pour caractériser cette pratique jadis acceptée pour la résolution des problèmes vitaux des minorités. De Zayas A, *Die Nemesis von Potsdam : Die Anglo-Amerikaner und die Vertreibung der Deutschen*, *op.cit.*, p. 20.

²²⁴² S. Sfériadès, *L'échange des populations*, *op.cit.*, p.372. Le caractère « exorbitant du droit commun » de cette convention est mis en avant. Sfériadès expose la répugnance ressentie par la classe politique grecque à l'égard de cette politique d'expulsions forcées. L'auteur souligne l'incompatibilité de cette pratique avec les conceptions juridiques contemporaines qui n'admettent pas que toute la population porte la responsabilité de la conduite de son gouvernement. Néanmoins, il insiste sur le sentiment national de solidarité éprouvé par les membres d'une communauté en guerre. « La guerre en effet, malgré l'avis d'auteurs plutôt anciens, ne peut être considérée comme un fléau ordinaire, grêle, tremblement de terre ou inondation, pouvant par pur hasard s'attaquer aux habitants d'une partie des territoires d'un pays. La guerre et un fait voulu ou subi par le pays tout entier ; c'est le pays tout entier que l'ennemi attaque et qui se défend ; c'est donc le pays tout entier qui doit en supporter les conséquences ». S. Sfériadès, *L'échange des populations*, p.410.

²²⁴³ V. En détail C.G Ténèkidés, « Le statut des minorités et l'échange obligatoire des populations gréco-turques », *op.cit.*, p.85.

Les pays d'accueil se considéraient, ainsi, comme redevables à l'égard des leurs ressortissants d'indemnisation en raison du dommage subi de la perte des biens des personnes. Les indemnisations qui devaient être versées aux personnes dépossédées se fondaient sur les « liens de solidarité » unissant les membres d'une communauté nationale ou religieuse²²⁴⁴. La tâche d'évaluation de la valeur de chaque bien individuel a été confiée à une Commission mixte. Toutefois, le volume immense de ce travail ne lui a pas permis de mener à bien ce travail d'estimation des biens de chaque personne échangée afin de lui délivrer une déclaration constatant la somme due et correspondant à la valeur des biens abandonnés²²⁴⁵. Par conséquent, un mécanisme de compensation individuelle n'a pas été mis en application.

iii. Le caractère fictif de la protection du droit de propriété.

994. En raison du volume des biens abandonnés par les populations échangées et des contraintes matérielles rendant particulièrement difficile l'estimation de leur valeur, les gouvernements grec et turc ont signé un accord en 1930 qui prévoyait le transfert définitif de la propriété des biens abandonnés au gouvernement du pays où ils se trouvaient. À la lumière de cette évolution, le caractère « fictif » de la protection des biens immobiliers des personnes échangées a été confirmé²²⁴⁶. Toutefois, malgré le non-respect du droit à une indemnisation, la volonté de mise en œuvre d'un système respectant la propriété privée est reflétée dans les

²²⁴⁴ Le 10 juin 1930 a été signé à Ankara un accord entre la Grèce et la Turquie qui visait à résoudre toute question restant ouverte relative aux biens abandonnés. V. le texte de l'accord Convention sur la liquidation des questions découlant de l'application du Traité de Lausanne et de l'Accord d'Athènes au sujet de l'échange des populations, 10 juin 1930, *Oriente Moderno*, 9 septembre 1930, pp. 421-427. Cet accord met en lumière les difficultés inhérentes à l'application du traité de Lausanne. L'effet pacificateur du traité par la suppression des droits subjectifs d'indemnisation a été loué par Politis. V. Politis N., « Le transfert des populations », *Politique étrangère*, 1940, p.83-94, p.89 : « La liquidation des biens était une affaire particulièrement délicate. Quand il fallut aller dans le détail, fixer avec une certaine précision ce qui revenait à chacun, le mode de paiement, le transfert des capitaux, la Commission s'est trouvée dans une situation impossible. Elle avait présent à l'esprit l'exemple encore récent de l'émigration bulgare-grecque qui, pour environ 200 000 personnes, avait demandé un peu plus de dix ans d'efforts. Cette fois, il s'agissait d'une population dix fois supérieure : c'était l'horrificante perspective d'un siècle de calculs, pour fixer des indemnités qui seraient payées, non pas aux réfugiés, ni à leurs enfants, mais à leurs arrière-petits-enfants... Avec un très louable sens politique, la commission a pensé qu'il était impossible d'imaginer un tel délai pour régler la situation d'individus qui auraient perdu jusqu'au souvenir de leur exode, pendant que s'empoisonneraient de plus en plus les rapports des deux pays voisins. Cette opération devait pouvoir liquider définitivement le passé pour commencer une vie nouvelle. De là la pensée très sage des membres neutres de la Commission de passer l'éponge. Rapport avec motifs à l'appui est fait aux deux gouvernements ; les chefs clairvoyants qui les président l'approuvent. Au mois de décembre 1930, un traité est signé qui réalise ce coup d'éponge, mais consigne surtout un accord d'amitié qui devait être le point de départ d'une alliance qui allait se développer jusqu'à devenir une collaboration très étroite, complète, confiante, et je puis dire, fraternelle ». Ch.B. Eddy, *Greece and the Greek refugees*, London, Allen and Unwin, 1931, 280 p., p.228 : « No Convention of the sort could be put in practice in a satisfactory manner unless, coincident with the departure of an emigrant, he received the value of the property abandoned by him. In order that this should be possible, the two contracting countries must be at peace, and no pressure to bring about an exchange must exist. In other words, the scheme could work only at a time when it is improbable that anyone would think of putting it into practice », Cité par Carlowitz von L., *Das Menschenrecht auf Eigentum von Flüchtlingen und Vertriebenen*, *op.cit.*, p.93. Pour une analyse historique de la politique à l'égard des biens abandonnés en Turquie contemporaine v. El. Morack *The dowry of the state? The politics of abandoned property and the population exchange in Turkey, 1921-1945*, Univ. of Bamberg Press, Bamberg, 2017, 373 p.

²²⁴⁵ V. Commission mixte, Avis consultatif du 12 juin 1930 sur la question de la liquidation des biens des échangeables émis en vertu de l'art. 4 de la Convention gréco-turque signée à Ankara, 10 juin 1930.

²²⁴⁶ L. Leontiades, « Der gieschisch-turkische Bevölkerungsaustausch », *op. cit.*, p.553

articles de la Convention de Lausanne. Les biens des civils n'ont pas été saisis à titre de réparations de guerre, mais comme moyen susceptible de faciliter l'installation des populations échangées en fonction de leurs convictions religieuses.

995. Dans son analyse critique du système de gestion des biens abandonnés mis en place à la suite de l'échange des populations entre la Grèce et le Turquie en 1923, Séfériadès n'hésite pas à employer le qualificatif d'ennemis pour les émigrants expulsés par chaque État²²⁴⁷. Cela s'expliquait par l'attachement des populations échangées aux anciens États belligérants. Les biens abandonnés étaient ainsi perçus en tant que biens des ressortissants ennemis. Si cette argumentation est retenue, l'échange obligatoire ne constituait qu'une peine collective imposée aux civils ennemis. Toutefois, il faut souligner que l'auteur n'appréciait pas l'ingérence systématique dans les biens abandonnés en tant que technique de mise en œuvre d'un mécanisme de réparations de guerre.

996. La thèse a été ainsi défendue selon laquelle le recours à l'échange forcé avait comme conséquence le triomphe d'une conception sauvage et primitive de la guerre qui octroyait au vainqueur la prérogative de gérer les biens privés en tant que butin de guerre. La pratique d'échange a été ainsi présentée comme politique d'imposition d'un fait accompli à la partie ayant subi une défaite. Si cette thèse est admise, le recours d'échange dissimule un rapport inégalitaire entre les États impliqués dans l'échange. Dans le cas de la Convention de Lausanne de 1923, malgré l'élément de réciprocité apparente, derrière le terme d'échange se cachait l'approbation d'un fait accompli dont les préjudices étaient néfastes surtout pour les civils relevant de l'État ennemi vaincu, en l'occurrence l'État grec. L'approbation de cette thèse rendrait défendable le point de vue selon lequel, les biens abandonnés par les populations déplacées sont en fait des biens ennemis saisis en tant que butin de guerre. Cette interprétation met en doute le caractère rigide de la distinction opérée entre la saisie à titre de réparations de guerre et la saisie dictée par la finalité de construction d'un État homogène du point de vue ethnique voire religieux. La notion des biens abandonnés ne serait ainsi qu'un autre terme utilisé, pour faire référence aux biens des ressortissants ennemis. Le même constat s'impose pour le cas des biens abandonnés par les Arméniens, sur le sort desquels portait aussi la Convention de Lausanne.

²²⁴⁷ S. Séfériadès, *L'échange des populations*, *op.cit.*, p.407 : « Malheureusement, dans le cas spécial qui nous occupe, il devenait évident que ni la Turquie ni la Grèce, pays que de longues guerres avaient financièrement épuisés, ne pouvaient être en état de verser préalablement, conformément à leurs chartes, aux expropriés, et surtout à des expropriés, qu'on renvoyait comme s'ils étaient des ennemis, la valeur des propriétés qu'on leur prenait ».

iv. La protection inefficace des biens abandonnés des populations affectées par des mesures d'expulsion en temps de guerre.

997. Si l'échange obligatoire de populations rend difficile le respect du droit à la propriété des personnes déplacées, la protection du même droit des populations expulsées de manière unilatérale pendant la guerre s'avère illusoire. Cette hypothèse se confirme dans le cas du sort des biens des Arméniens en Turquie après la Première Guerre mondiale. Il faut souligner que la complexité de la question des biens arméniens réside dans la multitude des qualifications employées par les autorités turques pour appréhender les ressortissants arméniens. En effet, les mesures de dépossession prises en 1915 ne visaient qu'une partie de la population ottomane. Des mesures de sûreté d'ordre interne visaient ainsi une partie de la population locale²²⁴⁸. Par conséquent, la notion des biens des civils ennemis comme nous l'avons entendue depuis le début de ce travail n'est pas en l'occurrence pertinente. La qualité d'ennemi n'aurait pas pu être attribuée à des civils, en absence d'État ennemi, auquel ces derniers auraient pu être rattachés. Toutefois, après la création de l'État arménien, ce rattachement pouvait être établi. Des biens abandonnés par des sujets de l'Empire ottoman devenaient ainsi des biens des personnes qui sous certaines conditions pouvaient être considérées des ressortissants de l'État arménien.

998. Il paraît que le régime de la propriété privée des expulsés est révélateur d'un rapport symétrique ou asymétrique entre les États en cause. La reconnaissance d'un droit de restitution a été ainsi imposée aux autorités ottomanes dans les traités conclus à la suite de la Première Guerre mondiale²²⁴⁹. Il faut rappeler que ces traités ont été conclus par l'État turc lorsque ce

²²⁴⁸ Dans un premier temps, le Gouvernement ottoman a publié en mai 1915, un décret visant ses citoyens arméniens intitulé : « Directives administratives concernant les biens meubles et immeubles abandonnés par les Arméniens déportés à la suite de la guerre et de circonstances politiques exceptionnelles ». Le décret prévoyait la formation de comités spéciaux chargés de dresser des listes et des rapports concernant tous les biens « abandonnés ». Ces biens devaient être placés en lieu sûr au nom des déportés. Des reçus de ces listes furent établis et remis aux Arméniens. Certaines copies furent conservées par les commissions locales et d'autres transmises au Trésor ottoman. Les denrées périssables et les animaux ont été vendus et l'argent a été déposé au nom des propriétaires arméniens. La loi stipulait que les réfugiés turcs de la guerre balkanique devaient être installés dans les maisons des Arméniens et sur leurs terres, et devaient être officiellement enregistrés. La terre et les maisons dont les réfugiés turcs ne voulaient pas, devaient être vendues aux enchères publiques et les sommes déposées au nom des propriétaires arméniens Pour une présentation systématique de ces mesures v. M. Polatel, « Spoliation of Armenian properties during the Genocide », pp.155-163, dans *Le Génocide des Arméniens, ouvrage collectif*, Paris, Armand Colin, 2015, 368 p.

²²⁴⁹ La question du régime des biens arméniens abandonnés a été soulevée dans le traité de Batoum, signé le 4 juin 1918, entre l'Empire ottoman et les Républiques démocratiques d'Arménie, d'Azerbaïdjan et de Géorgie Le premier traité de paix entre la Turquie et l'Arménie, le traité de Batoum du 4 juin 1918, prévoyait à l'art. 10 que « [I] es habitants et les communes [communautés] des territoires de l'une des Parties contractantes ayant des droits de propriété et de jouissance sur des immeubles de l'autre côté de la frontière, pourront en jouir, les exploiter ou les affermer, les administrer ou les vendre par eux-mêmes ou par mandataire ». se trouvant sur le territoire d'une partie contractante, possédant ou ayant le droit d'usage sur des biens se trouvant sur le territoire de l'autre partie contractante, peuvent utiliser, exploiter, louer ou vendre en personne ou par l'intermédiaire d'agents. Nul ne peut être privé de sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et sur la base d'une indemnisation. *Recueil des traités, conventions, protocoles, arrangements et déclarations signés entre l'empire ottoman et les puissances étrangères, 1903-1922, vol.II 1917-1922*, S. Kunalalp (éd.), Istanbul, Isis, 2000, pp. 460-464. Pour une analyse v. Sh. Toriguian, *The armenian question and international law*, Beirut, Hamaskaine, 1973, 330 p., p.119.

dernier se trouvait dans un état dérisoire, relevant du camp des vaincus²²⁵⁰. Les droits des propriétaires des biens abandonnés ont été garantis et un droit de dédommagement approprié était prévu en cas de confiscation par le gouvernement turc. À la lumière de la qualité d'État vaincu s'explique le régime favorable aux Arméniens expulsés et spoliés. Le rapport inégalitaire du traité signé par le vaincu se concrétisait ainsi dans la reconnaissance d'obligations qui lui incombent en matière de restitution des biens spoliés. En revanche, ce rapport inégalitaire n'existait pas lors de la négociation du traité de Lausanne²²⁵¹. En cela s'explique le changement du niveau de protection conféré aux Arméniens spoliés²²⁵². En effet, le traité de Lausanne n'assurait la protection des personnes relevant des minorités, que sous condition qu'ils aient été citoyens turcs. Il semble ainsi que le traité de Lausanne ait permis aux Arméniens de retourner en Turquie et réclamer leurs propriétés privées, sous des conditions

²²⁵⁰ Les droits des Arméniens à revendiquer leurs biens officiellement inventoriés étaient encore soulignés dans l'article 144 du traité de Sèvres du 10 août 1920. Pour le texte du traité v. *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t. XII, n. 86, pp. 664 et s.. Parmi les dispositions favorables aux propriétaires arméniens figurait celle portant sur l'abrogation de la loi de 1915 sur les biens abandonnés, ou sur la reconnaissance d'un droit de retour des Arméniens chez eux, voire d'un droit de restitution des biens saisis : « Article 144. Le Gouvernement ottoman reconnaît l'injustice de la loi de 1915 sur les propriétés abandonnées (*Emval-i-Metrouké*) ainsi que de ses dispositions complémentaires, et les déclare nulles et de nul effet dans le passé comme dans l'avenir. Le Gouvernement ottoman s'engage solennellement à faciliter, dans toute la mesure du possible, aux ressortissants ottomans de race non turque, chassés violemment de leurs foyers soit par la crainte de massacre soit par tout autre moyen de contrainte depuis le 1er janvier 1914, le retour dans leurs foyers, ainsi que la reprise de leurs affaires. Il reconnaît que les biens immobiliers ou mobiliers, qui pourront être retrouvés, et qui sont la propriété desdits ressortissants ottomans ou des communautés, auxquelles appartiennent ces ressortissants, doivent être restitués le plus tôt possible, en quelques mains qu'ils soient retrouvés. Les biens seront restitués libres de toute charge ou servitude, dont ils auraient pu être grevés, et sans indemnité d'aucune sorte pour les propriétaires ou détenteurs actuels, sous réserve des actions que ceux-ci pourront intenter contre leurs auteurs. Le Gouvernement ottoman accepte que les commissions arbitrales soient nommées par le Conseil de la Société des Nations partout où cela sera jugé nécessaire. Chacune de ces commissions sera composée d'un représentant du Gouvernement ottoman, d'un représentant de la communauté qui se prétendrait lésée ou dont un membre se prétendrait lésé et d'un président nommé par le Conseil de la Société des Nations. Les commissions arbitrales connaîtront de toutes réclamations visées par le présent article et les jugeront suivant une procédure sommaire » ; « Art. 288. Les biens, droits et intérêts en Turquie des anciens ressortissants ottomans qui acquièrent de plein droit la nationalité d'une Puissance alliée ou d'un nouvel État, conformément aux dispositions du présent traité ou d'un autre Traité réglant le sort des territoires détachés de la Turquie, leur seront restitués dans l'état où lesdits biens, droits et intérêts se trouveront ». V. en détail D. Kouymjian, « La destruction des monuments historiques comme manifestations du processus génocidaire », pp.219-230, dans *L'actualité du génocide des Arméniens*, Edipol, Paris, 1999, 499 p. Pour une présentation de l'ensemble des traités bilatéraux portant sur les biens abandonnés de la minorité arménienne sur le territoire turc v. Toriguian, *The armenian question and international law, op.cit.*, p.122.

²²⁵¹ Traité de Lausanne du 24 juillet 1923, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. XXVIII, n. 701, pp. 11 et s.

²²⁵² « Ce traité a tenté, une fois de plus, de remédier à la situation en incluant dans ses dispositions certaines clauses de protection des minorités, mais de manière beaucoup plus limitée que son prédécesseur, le traité de Sèvres. Selon l'art. 39 par. 1 du traité de Lausanne, "les ressortissants turcs appartenant aux minorités non musulmanes jouiront des mêmes droits civils et politiques que les musulmans". Or, parmi les droits civils, se trouve incontestablement la propriété ». G. Gidel, A. de Lapradelle, L. Le Fur, *Consultation : Confiscation des biens des réfugiés arméniens par le gouvernement turc*, Paris, Massis, 95 p., p.27. Certes, l'art. 39 ne faisait pas référence explicite au droit de propriété. Toutefois, à la lumière de la jurisprudence de la CPJI à la notion des droits civils étaient inclus le droit à la propriété privée. CPJI, *Avis consultatif, Colons allemands en Pologne*, 10 septembre 1923, Série B n. 6, p. 5. Il faut rappeler que l'article 7 du traité de Paix signé à Versailles le 28 juin 1919 et sur lequel se fonde cet avis consultatif prévoyait que « tous les ressortissants polonais seront égaux devant la loi et jouiront des mêmes droits civils et politiques sans distinction de race, de religion ou de langue ». Les auteurs de la consultation précisent que « l'expression "droits civils" dans le traité comprend sans aucun doute les droits privés qui découlent d'un contrat relatif à la possession ou à l'usage de biens soit meubles soit immeubles », *idem*, p. 23.

particulièrement strictes²²⁵³. Néanmoins, recourant à des « acrobaties juridiques », les autorités turques ont essayé de rendre même ce droit inopérant²²⁵⁴.

v. Le retrait de nationalité en tant que moyen d'exclusion du droit à la restitution des biens.

999. Pour rendre définitifs les actes de dépossession, les autorités turques ont privé de la nationalité turque les membres des communautés expulsées²²⁵⁵. Par le biais de ce mécanisme, aucun droit ne pouvait être revendiqué sur les biens abandonnés²²⁵⁶. Aucun droit aux biens abandonnés n'était ainsi reconnu aux Arméniens qui acquerraient ainsi la qualité de fugitifs²²⁵⁷. Cette prérogative de la Turquie de se prononcer de manière souveraine sur les critères déterminant le retrait de la nationalité turque des anciens sujets de l'Empire ottoman, a fait l'objet d'un vif débat²²⁵⁸. Il a été reproché à la Turquie d'adopter une politique de confiscation

²²⁵³ En vertu de l'article 65 du traité de Lausanne, à la Turquie incombait l'obligation de restitution des propriétés arméniennes qui avaient été confisquées pendant les années de guerre. Art. 65, paragraphe 3 : « Tous biens, droits et intérêts, qui sont situés sur un territoire détaché de l'Empire ottoman en vertu du présent Traité et qui, après avoir été l'objet d'une mesure exceptionnelle de guerre par le Gouvernement ottoman, sont actuellement entre les mains de la Puissance contractante exerçant l'autorité sur ledit territoire, et qui peuvent être identifiés, seront restitués à leur légitime propriétaire, dans l'État où ils se trouvent. Il en sera de même des biens immobiliers qui auraient été liquidés par la Puissance contractante exerçant l'autorité sur ledit territoire ». Pour résoudre les problèmes administratifs qui pourraient survenir, le même article créait un Tribunal arbitral mixte. Il y était même prévu que dans les 18 mois suivant la signature du traité de Lausanne, le processus de résolution des litiges relatifs à la propriété devait être achevé.

²²⁵⁴ T. Akcam, « The Spirit of the Law: Following the Traces of Genocide in the Law of Abandoned Property », *International criminal law review*, 2014, pp.377-395, not. p.391. L'auteur explique que lors des négociations du traité, et en invoquant des raisons sécuritaires, la Turquie a rejeté tout plan de rapatriement massif des Arméniens. Les Arméniens à titre individuel étaient théoriquement autorisés à accéder au territoire turc pour réclamer leurs propriétés. Néanmoins, la Turquie a mis plusieurs obstacles à cette tentative de récupération des biens privés. Seules les personnes résidant sur le territoire turc en août 1923, à savoir pendant les négociations du traité de Lausanne, ont été autorisées à procéder à une telle réclamation. En outre, les propriétés arméniennes pouvaient être transférées à leurs propriétaires sous condition que ces derniers soient présents en Turquie en août 1924, date d'entrée en vigueur du Traité de Lausanne. En revanche, celles appartenant à des propriétaires absents seraient traitées comme « abandonnées » et gérées par l'État.

²²⁵⁵ Les autorités turques ont ainsi édicté des règles dont l'effet était de priver de la nationalité turque les membres des communautés expulsées. Le 23 mai 1927, le Gouvernement d'Ankara a promulgué une loi ainsi conçue : « le Conseil des Commissaires est autorisé à exclure de la nationalité turque ceux des sujets ottomans qui au cours de la guerre pour l'indépendance, n'ont pas pris part à la lutte nationale, et restés à l'étranger, ne sont pas rentrés en Turquie à partir du 24 juillet 1923 jusqu'au jour de la promulgation de cette présente loi. Sont exceptés ceux qui, d'après les traités mis en vigueur ont opté pour la nationalité turque ». Cité dans G. Gidel, A. de Lapradelle, *Consultation, op.cit.*, p.20.

²²⁵⁶ Il faut mentionner que le traité prévoyait une protection assurée par la Société des Nations uniquement pour les minorités non musulmanes dont les membres étaient des ressortissants turcs. En cela, différaient les clauses relatives aux minorités dans le traité de Lausanne, des clauses relatives aux minorités dans d'autres traités conclus par les principales puissances alliées avec d'autres États tels que la Pologne, la Tchécoslovaquie, l'Autriche, la Hongrie. En effet, aucune disposition du traité de Lausanne ne portait sur les règles d'acquisition ou de perte de la nationalité turque.

²²⁵⁷ V. les observations du Gouvernement Turc adressées au Secrétariat Général de la Société des observations du 25 février 1928 : « Aux yeux du gouvernement turc, le sort des réfugiés arméniens en cause ainsi que la question dite des biens abandonnés ne saurait pertinemment rentrer dans le cadre des engagements contractés par lui, vu que les fugitifs arméniens dont il s'agit ne peuvent équitablement et nullement être assimilés aux minorités vivant actuellement sur son territoire et jouissant, partant pleinement des clauses du Traité qui les concerne ». G. Gidel, A. de Lapradelle, *Consultation, op.cit.*, p.21.

²²⁵⁸ L'interrogation portait ainsi sur la licéité du pouvoir réclamé par la Turquie d'exclure de sa sujétion les membres de ses minorités, en les privant de la protection dont ils bénéficiaient du traité de Lausanne. À la suite des différents appels du Comité central des réfugiés arméniens auprès de la Société des Nations, les mesures turques portant sur « le droit d'exclure les ressortissants turcs de race arménienne de la nationalité turque », ou prévoyant « la confiscation des propriétés des ressortissant turcs de race arménienne » ont fait l'objet d'une consultation juridique, préparée par G. Gidel, A. de Lapradelle et L. Le Fur. En se penchant sur les différentes positions prises par le gouvernement turc, les auteurs de la consultation n'ont pas reconnu aux autorités turques le droit « de légiférer en toute indépendance sur la matière de nationalité ». Ils expliquaient que : « [D]ans le cas des Arméniens, la compétence exclusive de l'État turc de légiférer sur la matière de nationalité a été limitée par la Déclaration d'Ismet Pacha du 17 juillet 1923. En reconnaissant

des biens des Arméniens comparables à celle imposée contre les biens ennemis des ressortissants des Puissances centrales par les Alliées en vertu des traités de paix. En l'occurrence, selon une partie de la doctrine, l'État turc prenait des mesures exceptionnelles, justifiables uniquement à titre de réparations de guerre, contre une minorité nationale²²⁵⁹. Selon certains auteurs, la Turquie agissait comme État vainqueur accaparant les biens des ressortissants ennemis.

1000. Il paraît que le recours à la notion des biens abandonnés des personnes déplacées de manière obligatoire a servi d'outil normatif pour la consolidation et la légitimation du pouvoir du nouvel État turc²²⁶⁰. La saisie des biens civils n'a pas eu lieu dans le cadre de réparations de guerre, mais a servi comme moyen de création d'un État homogène du point de vue ethnique et religieux²²⁶¹. Cette finalité diffère de celle de réparations de guerre. Toutefois, les frontières entre la finalité de consolidation nationale et de réparations de guerre sont poreuses.

l'irresponsabilité pénale des Arméniens, en raison des actes énumérés dans la Déclaration d'amnistie, la Turquie s'est interdit la faculté de les exclure de la sujétion turque à titre répressif », p. 23.

²²⁵⁹ *Idem*, p.28. Les auteurs de la consultation ont insisté sur le fait que la confiscation des biens abandonnés arméniens par les autorités Turques n'était pas assimilable à la liquidation au titre des réparations, nommée « liquidation d'élimination » et visant les biens de l'« étranger-ennemi ». « Il est vrai que les traités de paix précités autorisent, en certains cas, en dehors de la liquidation au titre des réparations, la liquidation d'élimination en vertu de laquelle, sauf parfois en territoire cédé, l'État cessionnaire peut exproprier contre indemnité eux qu'il préfère éloigner de toute emprise économique dans les limites de sa souveraineté (Versailles 297 h). Mais ce droit n'appartient qu'à l'État cessionnaire, en vertu d'un texte spécial, au regard de l'étranger ex-ennemi : ce qui n'est pas le cas. Une minorité nationale ne saurait être l'objet, même contre indemnité, d'une liquidation d'élimination », *idem*, p.29

²²⁶⁰ A. Lekka, « Legislative Provisions of the Ottoman/Turkish Governments Regarding Minorities and their Properties », *Mediterranean Quarterly*, 2007, pp.135-154, p.140. Le sociologue turc Çağlar Keyder, a qualifié les biens des Arméniens et des Grecs de « dot de l'État » en faveur de la légitimation interne de l'État-nation turc naissant. « The Consequences of the Exchange of Populations for Turkey », p.39-52, dans R. Hirschon(éd.), *Crossing the Aegean: An Appraisal of the 1923 Compulsory Population Exchange between Greece and Turkey*, New York, Berghahn, 2003, 298 p.

²²⁶¹ Malgré cette distinction en termes de finalités, une porosité semble exister entre des mesures prises à titre de prérogatives de belligérance, des mesures imposées à titre de réparations de guerre et de mesures prises dans le cadre des politiques d'homogénéisation ethnique du territoire d'un État. L'expérience de saisie des biens de la communauté orthodoxe grecque d'Istanbul est particulièrement éloquente. Les actes de dépossession systématique des membres de cette communauté s'inscrivaient dans une politique de consolidation de l'identité nationale au détriment de l'obligation de protection de cette minorité, en vertu de la Convention de Lausanne de 1923. L'application de la loi prévoyant l'impôt sur la fortune, votée en 1942 en vue d'une entrée éventuelle de la Turquie à la Seconde Guerre mondiale a contribué à l'anéantissement économique des commerçants et industriels non musulmans V. à ce sujet R. Bali, *L'affaire « impôt sur la fortune » (Varlık Vergisi), 11 novembre 1942 — 15 mars 1944*, Libra Kitapçılık, Istanbul, 2010, 403 p. Même si la loi était censée concerner tous les citoyens, son application sélective reposant sur les critères de la religion et de la nationalité, a eu comme conséquence la destruction économique des minorités non musulmanes. L'échec de paiement de l'impôt a résulté à la confiscation de la propriété des contribuables et à leur déportation à des camps de travail forcé. Cette première vague de saisie des biens privés a été suivie par mes actes du Gouvernement turc contre les biens appartenant à la communauté grecque d'Istanbul aux années 60. Le texte de référence est le décret 6/3801 (*Kararname*) du 2 novembre 1964 qui, toutefois, n'a jamais été publié au Journal Officiel du pays. Ce décret secret (*gizli*) prévoyait le séquestre des biens des citoyens Grecs ainsi que le blocage des revenus provenant des biens immobiliers dont ils étaient propriétaires (articles 1 et 2). En vertu de cette décision du Conseil des ministres, le changement de nationalité des personnes de nationalité grecque après l'entrée en vigueur des dispositions du présent décret ne pouvait pas être pris en compte. La justification de ces mesures mérite d'être soulevée. Elles ont été prises à titre de contre-mesures pour des actes qui auraient été prises par les autorités grecques contre les ressortissants turcs pendant la même période. « En contrepartie de toutes les mesures et actions du gouvernement grec (*çeşit tedbir ve muamelelerine karşılık*) qui ont causé des préjudices aux ressortissants turcs en Grèce... ». Le texte du décret peut être consulté dans l'ouvrage d'B. Oran, *Türkiyeli gayrimüslimler, üzerine yazılar*, Istanbul, İletişim yayınları, 2011, 773 p., p. 35. Pour une analyse v. le chapitre de cet ouvrage intitulé « Rum Malarına gizli ipotek », pp. 33-39. Ce décret a suivi la dénonciation par la Turquie le 16 mars 1964 de l'Accord bilatéral d'Établissement de 1930. Il faut souligner que les hostilités éclatées en Chypre

1001. En effet, l'usage du terme « biens abandonnés » au lieu du terme « biens ennemis » démontre que la consolidation nationale est souvent perçue comme un moyen indirect d'assurer des réparations de guerre incombant à l'État ennemi et à ses ressortissants expulsés et dépossédés. Cette parenté entre ces deux finalités constitue le fondement de la thèse selon laquelle le cadre normatif turc portant sur les biens abandonnés, des populations expulsées ou échangées de manière obligatoire, se retrouve dans la pratique des États de l'Europe de l'Est au lendemain de la Seconde Guerre mondiale²²⁶².

§2 Les biens abandonnés par les ennemis

1002. Il a été démontré que la notion des biens abandonnés par des populations expulsées peut servir comme outil de consolidation de l'homogénéité démographique d'un territoire *post bellum*. Cette finalité est souvent intrinsèquement liée à celle de réparations de guerre, dont la mise en œuvre est fondée sur une qualification explicite d'(ex) ennemi. Le concept des biens abandonnés peut ainsi engendrer la résurgence du régime des biens ennemis, en dépit du non-usage spécifique du terme. Un régime relevant de l'état de guerre au sens formel du terme serait ainsi applicable *post bellum* en vue de la consolidation démographique d'un État. Cela aurait comme effet la remise en doute de la séparation entre le *jus in bello* et le *jus post bellum*. Cette hypothèse se confirme dans certains cas après 1945.

1003. La finalité de création des États homogènes caractérise la législation portant sur les biens abandonnés en raison des déplacements de populations lors des grandes partitions de territoire de 1947-1949 dans plusieurs régions clés de l'ancien Empire britannique, à savoir le sous-continent indien (a) et la Palestine mandataire²²⁶³ (b). Dans ce cadre particulier, la saisie des biens des personnes déplacées a eu lieu grâce au recours à la législation britannique portant sur le commerce avec l'ennemi, en vigueur depuis 1939. Ces deux exemples illustrent la manière dont un dispositif de guerre change de finalité pour servir comme outil de consolidation d'un pouvoir étatique sur un territoire. La saisie des biens abandonnés par des personnes qualifiées d'ennemis selon la législation de guerre constitue ainsi un moyen privilégié de consolidation et de renforcement de ce pouvoir.

constituaient la toile de fond de ces actes. Les préjudices subis par la communauté turque en Chypre étaient ainsi imputés à l'État grec. La structure des contre-mesures visant des biens privés des personnes entretenant de liens ethniques avec l'État auteur du fait prétendument illicite émerge ainsi de nouveau. L'opposition à cette politique de saisie des biens privés se trouve à l'origine de plusieurs requêtes par les héritiers de ces propriétés exercées auprès de la CEDH. v. CEDH *Affaire Apostolidi et autres c. Turquie*, req.45628/99, 27 mars 2007, CEDH *Affaires Nacaryan et Deryan c. Turquie*, req.19558/02 et 27 904/02, 8 janvier 2008, CEDH, *Case of Fokas v. Turkey*, req.31206/02, 29 septembre 2009.

²²⁶² Cette thèse est défendue par Morack Ellinor. L'historienne souligne les similitudes entre les actes de dépossession turcs avec la politique de saisie des biens privés en Inde, au Pakistan et l'Israël. V. El. Morack, *The dowry of the state? The politics of abandoned property and the population exchange in Turkey, 1921-1945*, op.cit., p. 3.

²²⁶³ N. Mulder, « The Trading with the Enemy Acts in the age of expropriation, 1914-49 », *Journal of global history*, 2020, p. 81-99, p. 94.

1004. Le contrôle sur les biens abandonnés peut être assuré par des lois dont les racines se trouvent dans la législation de guerre. La législation de guerre offre le cadre normatif qui permet aux États de mettre en place un régime de contrôle administratif des biens privés appartenant aux « personnes évacuées » dans le cas de la péninsule indienne, ou aux « personnes absentes » dans le cas d’Israël. Les qualifications d’« évacuée » ou d’« absent » sont ainsi censées remplacer la qualification d’ennemi. Le contrôle des biens des personnes déplacées permet à l’État dans un second temps de procéder à l’installation des nouvelles populations modifiant ainsi le profil démographique d’un territoire en vue d’assurer son autorité. La loi britannique sur le commerce avec l’ennemi a été ainsi « transplantée » dans l’Inde et le Pakistan sous la forme d’une législation sur la propriété des évacués et en Palestine et Israël sous la forme d’une législation sur la propriété des absents²²⁶⁴. Ces territoires ont connu la partition, la guerre ethnique, des mouvements massifs de population, et par conséquent le besoin d’une restructuration radicale de leurs sociétés.

a. La notion des biens des *evacuees*.

1005. L’entrecroisement des finalités de guerre avec la finalité de consolidation des États homogènes du point de vue ethnique se vérifie dans le cas des rapports entretenus entre les États de la péninsule indienne. La complexité du problème de gestion des biens privés dans cette région du monde après 1945 est liée au passage incertain d’un état de guerre vers un état *post bellum* non-pacifié.

1006. La législation portant sur la propriété ennemie en Inde, en cours durant la Seconde Guerre mondiale, n’a pas été abrogée après la cessation des hostilités, mais elle a continué à s’appliquer par les biais de deux ordonnances passées le 25 septembre 1946²²⁶⁵. Après le déplacement massif des musulmans du nord de l’Inde et des Hindous et des Sikhs du Pakistan occidental, survenu en 1947, la question de la gestion des biens abandonnés par les membres des communautés religieuses expulsées s’est posée avec acuité²²⁶⁶. Au lendemain de la fuite massive des membres des communautés religieuses minoritaires, les gouvernements de l’Inde et du Pakistan ont insisté sur la nécessité de préservation de la propriété des personnes évacuées.

²²⁶⁴ Pour l’usage du terme *legal transplant* dans ce contexte v. A. S. Kedar, « Expanding legal geographies: a call for a critical comparative approach », pp. 95-119 dans I. Braverman, N. Blomley, D. Delaney, et A.S. Kedar (éd.), *The expanding spaces of law, a timely legal geography*, Stanford, Stanford University Press, 2014, xiii-278 p.

²²⁶⁵ Il s’agissait du *Requisitioned Land (Continuance of Powers) Act* (n. XIX) et l’*Emergency provisions ordinance* (n. XX). L’ordonnance n. XX de 1946, dans son article 97 (d), attribuait au gouvernement la prérogative de procéder à la qualification d’ennemi de toute personne ou ensemble de personnes (*person or body of persons*). V. dans *A collection of the acts of the central legislature and ordinances of the governor generals for the year 1946*, Simla, Government of British India, Delhi, 1946, 24 p.

²²⁶⁶ Il faut rappeler que l’Inde et le Pakistan, après la fin de la domination coloniale britannique en 1947, se sont appuyés sur le critère religieux pour fonder les deux nationalités distinctes V. à ce sujet V. K. Anand, *Reassessing Pakistan : Role of two-nation theory*, New Delhi, Lancer, 2001, 278 p.

1007. À la lumière de cette finalité, un service de séquestre des biens des évacués a été institué dans les deux États²²⁶⁷. Ce cadre normatif adopté à la fois par le Pakistan et par l'Inde s'inspirait du modèle britannique du gardien des biens ennemis. La finalité de protection des biens des personnes évacuées était explicitement affirmée dans l'accord d'avril 1950, signé entre les Premiers ministres des deux pays²²⁶⁸. Des dispositions favorables à la protection des biens des personnes évacuées figuraient dans cet accord²²⁶⁹. Par conséquent, aucune trace d'une volonté de mettre en œuvre un régime de confiscation des biens privés n'y pouvait être détectée. Toutefois cette protection des biens privés s'est avérée purement illusoire.

1008. En effet, dans le cadre particulier du transfert massif de populations, une politique de saisie des biens a été adoptée (i). Les propriétés des évacués Hindous et Sikhs ont été saisies pour la réinstallation au Pakistan des réfugiés musulmans de l'Inde, et les terres appartenant aux évacués musulmans ont servi à installer les réfugiés hindous et sikhs en Inde. La simple finalité de préservation des biens des personnes évacuées, conforme aux objectifs de la législation de guerre, a été remplacée par celle d'assurer les moyens pour la réinstallation des membres des minorités religieuses expulsées (ii).

²²⁶⁷ Ordonnance du 9 septembre 1947 du gouvernement de Punjab de l'ouest (Pakistan), section 3 (i) : « Subject to the provisions of this Ordinance it shall be the duty of the Custodian within the area placed in his charge to take possession of the property and effects of evacuees, and to take such measure as he considers necessary or expedient for preserving such property or effect » ; v. aussi section 9 « The owner of any property, undertaking or business, in the possession or control of the Custodian, shall be entitled to restoration thereof, upon application to the Custodian, and on payment of such excess if any, of expenditure over receipts in respect of such property, undertaking or business, as appears from the Custodian's account books, and of the fees leviable under Section 8 ». Dans l'*Evacuees (Administration of property) act* du 14 septembre 1947 du Gouvernement d'Unjab de l'ouest (l'Inde) on y trouve des dispositions identiques. Les articles de ces ordonnances sont cités par J. Schechtman, « Evacuee property in India and Pakistan », *Indian Quarterly*, 1953, pp.3-35, p.6.

²²⁶⁸ L'accord de New Delhi du 8 avril 1950 (accord Nehru-Liaquat), visait à régulariser le déplacement de plusieurs millions d'Hindous et de Musulmans, respectivement vers l'Inde et le Pakistan. Le texte de l'accord est reproduit dans M. Krepon, A. Sevak, *Crisis prevention, confidence building, and reconciliation in South Asia*, New Delhi, Manohar, 1996, xii-276 p., pp. 242-248. L'accord semble avoir entériné un fait accompli. En effet, les États avaient procédé déjà à l'expulsion des minorités ethniques relevant de l'État adverse. V. Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités Quarante-cinquième session, Commission des droits de l'homme, Les transferts de populations, y compris l'implantation de collons et de colonies considérés sous l'angle des droits de l'homme, Rapport par A.S. Al-Khasawneh et R. Hatano. 2-27 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/17 6 juillet 1993, par.141.

²²⁶⁹ Selon l'art. B de l'accord, « aux migrants du Bengale oriental, du Bengale occidental, de l'Assam et du Tripura, où des troubles communautaires se sont produits récemment, la liberté de mouvement et protection en transit ainsi que la liberté d'emporter autant des biens mobiliers étaient reconnues au profit des migrants ». Quant à la protection des droits de propriété sur les biens immobiliers, un droit de restitution était prévu sous condition que le migrant retourne avant le 31 décembre 1950. La même protection était accordée à l'ancien propriétaire de terres. La possibilité d'échange ou de vente des biens abandonnés était explicitement prévue puisque dans le cas d'un migrant qui décidait de ne pas rentrer, le droit de propriété à ses biens restait intact et il avait le droit d'en disposer par vente, ou par échange avec un évacué de l'autre pays. Des dispositions identiques sont repérables dans l'*East Bengal Evacuees (administration of Immoveable property) act* et le *West Bengal Evacuee Property Act*, de 1951. Les propriétés ex-ennemies faisaient l'objet de la même gestion sous le label de propriétés abandonnées administrés par l'« *Evacuee property management committee* ».

i. La saisie des biens des « évacués ».

1009. Le fondement juridique pour la saisie des biens privés appartenant à des « personnes évacuées » se trouvait dans la loi indienne de 1950²²⁷⁰. Cette loi autorisait des mesures de saisie qui dépassaient la simple mise sous séquestre. Alors que la loi britannique portant sur le commerce avec l'ennemi n'autorisait que le contrôle des biens ennemis par le dépositaire, le dépositaire des biens des évacués était autorisé à louer la propriété ou même la vendre au nom du propriétaire. Malgré cette différence cruciale la structure de ces lois est presque identique.

1010. La loi sur les « biens évacués » de 1950 précise les critères d'attribution du caractère d'« évacué ». Les similitudes avec les lois relevant de l'état de guerre au sens formel du terme sont ainsi évidentes. Il semble que l'Inde se soit penchée sur le modèle britannique du *Trading with the Enemy Act* pour le faire appliquer dans un autre contexte. Une définition très large de notion de « personne évacuée » figure dans la loi, ce qui a eu comme résultat la dépossession de toute la population musulmane de ses biens²²⁷¹. Conformément à cette loi, toute personne ayant de liens avec le Pakistan était considérée comme propriétaire des biens « évacués » qui risquaient à ce titre d'être saisis. La simple résidence au Pakistan, voire l'acquisition d'un bien abandonné par les membres de la communauté indienne au Pakistan, était suffisante pour l'octroi du caractère de biens « évacués » à ses biens sis en Inde²²⁷². En outre, cette loi créait une seconde catégorie des personnes dont les biens pouvaient être saisis. Il s'agissait des personnes qui avaient l'intention d'évacuer leurs biens en Inde en se rendant au Pakistan²²⁷³. Les autorités compétentes devaient ainsi apprécier le comportement d'une personne pour établir si cette dernière envisageait sa fuite du territoire indien. De simples indices d'un plan de fuite étaient suffisants pour la saisie des biens²²⁷⁴. Il faut souligner que les droits de propriété sur les

²²⁷⁰ *The Administration of Evacuee Property Act*, 1950, act n. 31 de 1950, 17 avril 1950, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5420.html>.

²²⁷¹ Pour une critique adressée de la part des autorités pakistanaïses aux mesures indiennes même avant la loi de 1950 v. « Pakistan and India fail to agree on treatment of evacuee property », *Pakistan affairs*, 3, 32 juillet 1949, p. 4. Cité par Mulder, « The trading with the enemy acts in the age of expropriation », *op.cit.*, p. 95.

²²⁷² Selon la section 2 (d) de la loi de 1950 sur l'administration des biens des évacués, un « évacué » était défini comme « une personne qui, en raison des hostilités entre l'Inde et le Pakistan, de troubles civils ou de la crainte de tels troubles, (a) a quitté le territoire de l'Inde pour un endroit situé à l'extérieur de celui-ci, ou (b) est devenu un résident du Pakistan et a cessé d'occuper, de gérer ou de superviser ses biens en Inde, ou a obtenu, en personne ou par l'intermédiaire d'un membre de sa famille, par voie d'achat ou d'échange, un droit, un intérêt ou un bénéfice sur un bien traité comme bien d'un évacué au Pakistan ». Cela signifie qu'une personne qui est devenue propriétaire d'un bien évacué ou abandonné en vertu de toute loi pakistanaïse, après le 14 août 1947, est également considérée comme un évacué, selon les dispositions de la loi indienne.

²²⁷³ Pour une analyse critique de la loi v. Sh. Goel, « Tales of restoration : a study of the evacuee property laws », *Studies in History*, 2020, pp. 251-280.

²²⁷⁴ Selon la section 2(e) de la loi de 1950 sur l'administration des biens des personnes évacuées, une personne ayant l'intention de s'installer au Pakistan était une personne dont « l'intention de s'installer au Pakistan était établie par sa conduite ou par des preuves documentaires ». Les signes d'une conduite suspecte, selon la section 2(e), comprenaient : (a) le transfert de richesses au Pakistan à des fins commerciales ou personnelles, (b) l'acquisition de certains biens au Pakistan directement ou par l'intermédiaire d'un membre de la famille et (c) la tentative d'échanger un bien contre un bien au Pakistan.

« biens évacués » restaient légalement détenus par le propriétaire d'origine²²⁷⁵. Toutefois, il était devenu pratiquement impossible pour les propriétaires d'origine de récupérer leurs biens une fois qu'ils étaient déclarés « personnes évacuées » ou leurs biens avaient été attribués à des personnes déplacées²²⁷⁶.

1011. Le régime des biens des personnes évacuées s'avère particulièrement complexe. Cette complexité s'est aggravée par le fait qu'aux mesures de gestion des biens abandonnés ont été ajoutées des mesures dictées par des actes relevant de l'état de guerre formel.

ii. Des mesures relevant de l'état de guerre au sens formel.

1012. Malgré la durée brève de la guerre de 1965, les actes portant sur les biens ennemis cette fois-ci sont restés en vigueur même après la cessation des hostilités. En effet, après la guerre de 1965 entre l'Inde et le Pakistan, le gouvernement indien et le gouvernement pakistanais ont pris en charge la propriété des biens meubles et immeubles laissés par les personnes qui avaient quitté les pays²²⁷⁷. Le nouveau cadre normatif émanant de la guerre de 1965 a été ainsi utilisé par la suite comme fondement d'une politique systématique de saisie des biens privés.

1013. Il faut souligner que l'état de guerre au sens formel du terme persiste toujours entre l'Inde et le Pakistan. Des lois promulguées lors de la guerre de 1965 ou de 1971 continuent à être en vigueur mettant en œuvre un régime particulièrement préjudiciable pour les

²²⁷⁵ Le gardien avait le pouvoir absolu de juger de cette intention en observant le comportement d'une personne. Une fois déclarée « personne ayant l'intention d'évacuer », ses avoirs étaient gelés et elle ne pouvait pas vendre de maisons, de bureaux, ni transférer de l'argent au Pakistan sans l'autorisation du gardien. La première tâche du bureau du gardien était ainsi d'identifier les personnes évacuées et de prendre le contrôle de leurs propriétés. Une fois qu'une propriété était dévolue à ce bureau, le gardien pouvait fonctionner comme un propriétaire *de facto* de la propriété, avec le pouvoir de gérer les affaires de l'évacué ; nommer un gestionnaire pour s'occuper de la propriété ; entreprendre des réparations et des constructions ; payer les taxes au nom de l'évacué ; engager, défendre et poursuivre toute procédure judiciaire poursuites judiciaires au nom de l'évacué ; prendre le contrôle de l'ensemble de l'entreprise si la personne déclarée comme évacué détenait 51 % des parts de l'entreprise. ; expulser les locataires qui se trouvaient sur la propriété avant qu'elle ne soit déclarée comme évacuée et même vendre les biens qui lui ont été dévolus avec l'approbation du gardien général. Le bureau du gardien était également habilité à attribuer/louer toute propriété déclarée « évacuée » à une personne déplacée. Il doit aussi être souligné, qu'en cas de contestation de la qualité du bien en tant que propriété évacuée, la charge de la preuve incombait à la personne concernée et non pas au gardien.

²²⁷⁶ Pour un aperçu de la jurisprudence portant sur l'application de la loi de 1950 et des actes antérieurs relatifs aux biens des personnes évacuées v. Ch. Sayan, « Critical analysis of evacuee property laws and their legal administration in India, *International journal of law and legal jurisprudence studies*, 2021, vol. 6, pp. 87-112.

²²⁷⁷ À la suite de la déclaration de l'état d'urgence par le gouvernement pakistanais en vertu de l'article 30 par. 1 de la Constitution du pays, le gouverneur du Pakistan oriental a promulgué l'« enemy property order » le 3 décembre 1965. A ce sujet v. A. Barkat, *Deprivation of Hindu minority in Bangladesh : living with vested property*, Pathak Shamabesh, Ddhaka, 2008, 235 p. L'auteur précise que « [t]he simple de facto meaning of this act (the Enemy property (Custody and Registration) order, 1965) is, Hindustan= Enemystan (place of enemies), and Hindu (irrespective of geographic location of residence) = Enemy. And that was applied with a spiteful design to not only the Hindu minority, but also to all the religious and ethnic minorities », p.6. La logique protectrice de ces mesures a été aussi soulignée par la jurisprudence du Bangladesh. Cour suprême de Bangladesh, arrêt *Benoy Bhusan v. SDOB Baria* : « the right which accrued to the Deputy Custodian or Assistant Custodian by virtue of the vesting in consequence of the order made under Rule 182(1)(b), was no larger right than that of protection and management of the property, the benefit of which would ultimately rebound to the credit of the enemy owner », *Benoy Bhusan Bardhan v. Sub—Divisional Officer, Brahmanbaria and others* 1978, 30 DLR (HCD) 139, 149.

ressortissants de chaque pays²²⁷⁸. Dans le cadre de cette confrontation continue, susceptible d'être qualifiée guerre au sens formel du terme, les biens des ressortissants ennemis semblent être saisis en vue de consolidation de l'autorité des États et de divisions de communautés de confession différentes. Une distinction claire et nette du régime des « biens des personnes évacuées » par rapport au régime des « biens ennemis » serait inenvisageable.

1014. Il faut rappeler que les actes portant sur les biens des personnes évacuées émanaient de l'arsenal juridique applicable lors d'une guerre. L'extension des prérogatives au profit des autorités en charge du contrôle des biens des personnes évacuées s'explique par le fait que ces actes ont été conçus comme moyens de répartition des populations en fonction de leurs convictions religieuses. Cette finalité a été altérée en raison du fait que les relations entre les États de la péninsule indienne se sont par la suite envenimées davantage et des nouveaux actes, portant sur les biens ennemis cette fois-ci, ont été mis en œuvre. Cette évolution des mesures démontre la plasticité du concept des biens ennemis qui sous l'appellation des biens des personnes évacuées est susceptible de réapparaître comme outil d'intégration en vue de consolidation du pouvoir d'un État sur son propre territoire²²⁷⁹.

1015. La loi sur les biens des personnes évacuées présente un cas d'espèce démontrant le changement de fonction d'un cadre législatif qui émane initialement de l'état de guerre et, de même, retrouve une autre finalité à la suite de la cessation des hostilités. À la lumière de cette continuité normative, les biens ennemis sont dorénavant qualifiés des biens appartenant aux

²²⁷⁸ L'exemple du dispositif pakistanais est éloquent. Tout d'abord, il faut rappeler qu'après la guerre de 1965, l'Inde et le Pakistan ont signé la Déclaration de Tachkent en 1966. Une promesse a été donnée de négocier l'éventuel retour des biens pris par l'une ou l'autre des parties après la guerre. Clause VIII de la déclaration de Tachkent : « The Prime Minister of India and the President of Pakistan have agreed that the sides will continue the discussion of questions relating to the problems of refugees and evictions/illegal immigrations. They also agreed that both sides will create conditions which will prevent the exodus of people. They further agreed to discuss the return of the property and assets taken over by either side in connection with the conflict ». Parliament of India, Report of the select committee on the enemy property (amendment and validation) bill 2016, le 6 mai 2016, New Delhi, 95 p., p. 8 <https://prsindia.org/billtrack/the-enemy-property-amendment-and-validation-bill-2016>. En effet, malgré la breveté de la guerre, qui a été terminée par un cessez-le-feu proclamé par le Conseil de sécurité le 20 septembre 1965, l'ordre est resté en vigueur jusqu'à sa révocation le 16 février 1969. Toutefois, même si l'état d'urgence a été révoqué par les autorités pakistanaises le 16 février 1969, les règles relatives au contrôle du commerce avec l'ennemi et la saisie de la propriété ennemie continuaient à s'appliquer. Tout le régime juridique a été de nouveau mis en application en raison de la proclamation de l'*enemy property (Continuance of Emergency provisions) Ordinance*, publié le même jour. Dans le préambule de l'ordonnance n. 1 de 1969 était précisé que la promulgation visait à « provide for the continuance of certain provisions of the Defence of Pakistan Rules relating to control of trading with enemy and control of enemy firms, and the administration of property belonging to them », cité par T. Yasmin, « The enemy property laws in Bangladesh grabbing lands under the guise of legislation », *Oxford University commonwealth law journal*, 2015, pp.121-147, p.130. Il faut aussi souligner que l'arsenal normatif pakistanais a été repris par le Bangladesh à la suite de son indépendance acquise en 1971. Après l'indépendance du Bangladesh en 1971, les propriétés saisies sous la loi régissant les propriétés ennemies n'ont pas été restituées à leurs anciens propriétaires. Après l'indépendance de Bangladesh, le terme *enemy property* a été remplacé par le terme *vested property*. Pour une analyse détaillée v. A. Barkat et al., *Political economy of the vested property act in rural Bangladesh*, Dhaka, Mizanour Rahman, Association for land reforms and development 1997, 198 p.

²²⁷⁹ V. à ce sujet A. Barkat, « A treatise on political economy of unpeopling of religious minorities in Bangladesh through the Enemy property act and vested property act », *Bangladesh journal of political economy*, 2014, pp.1-62.

personnes évacuées, et leur usage est confié aux nouvelles populations réfugiées sur le territoire. L'objectif poursuivi semble en être l'atteinte du caractère solide de l'État du point de vue religieux. L'atteinte de cet objectif se présente comme garantie d'apaisement des hostilités ethniques et religieuses des populations de la péninsule indienne.

1016. La relation entre les biens ennemis et les biens des personnes évacuées démontre la porosité entre un régime relevant du *jus in bello* et un régime censé refléter des rapports établis *post bellum*. Il est évident que cette distinction semble non-opératoire en cas d'hostilités prolongées, comme c'est le cas des affrontements militaires en péninsule indienne. Dans les cas de guerres prolongées, des mesures affectant les biens des personnes évacuées peuvent ainsi coexister avec des mesures relevant de l'état de guerre au sens formel et affectant les biens des civils ennemis²²⁸⁰.

b. La catégorie israélienne des biens des absents.

1017. Inspiré par les innovations indiennes et pakistanaises, Israël, dont la création est contemporaine de ces deux entités étatiques, a repris le modèle des lois portant sur les biens des évacués du sous-continent indien. Un ensemble normatif relatif aux biens abandonnés par la population palestinienne a été utilisé par le gouvernement israélien pour saisir les terres palestiniennes.

²²⁸⁰ L'Inde a promulgué la loi relative aux biens de l'ennemi en 1968, qui prévoyait leur mise sous séquestre *The Enemy property act* 1968, act. N. 34 de 1968, entrée en vigueur le 20 août 1968, <https://www.mha.gov.in/sites/default/files/2022-09/TheEnemypropertyAct%2C1968%5B1%5D.pdf>. La qualification d'ennemi concernait : « a person or country who or which was an enemy, an enemy subject or an enemy firm, or as the case may be, under the Defense of India Act, 1962 and the Defense of India Rules 1962 ». En vertu de la section 2c du *Defence of India act* de 1962, (acte n. 51, 12 décembre 1962), et la section 2b du *Defence of India Act* de 1971, (acte n. 42, 12 avril 1971), le caractère d'ennemi concerne « i) any person or country committing external aggression against India, ii) any person belonging to a country committing such aggression, iii) such other country as may be declared by the Central Government to be assisting the country committing such aggression, iv) any person belonging to such country ». V. aussi Clapham, *War, op.cit.*, p.353 Pour une analyse détaillée de la jurisprudence indienne relative à cet acte v. U. Sanober, « Constructing the « citizen enemy » - the impact of the enemy property act of 1968 on India's Muslims », *Journal of Muslim minority affairs*, 2019, pp.457-477. Le gouvernement indien a toutefois été contraint à modifier la loi, vieille de 50 ans, en 2016, en raison de l'augmentation des revendications de succession des héritiers légaux des propriétaires initiaux des biens ennemis. En rendant la définition des termes « ennemi » et « sujet ennemi » plus inclusive, la loi de 2016 a établi que, quelle que soit leur nationalité, les héritiers de ceux qui ont quitté l'Inde après les guerres de 1962, 1965 et 1971, ne peuvent pas revendiquer la propriété des propriétés ennemies. Selon l'amendement de 2016, la définition des termes « ennemi » et « sujet ennemi » inclut ainsi l'héritier légal et le successeur de tout ennemi, qu'il soit citoyen indien ou citoyen d'un pays qui n'est pas un ennemi. Elle inclut également l'entreprise successeur d'une entreprise ennemie dans la définition d'« entreprise ennemie », quelle que soit la nationalité de ses membres ou partenaires. La loi stipule également que le droit des successions ou toute coutume ou tout usage régissant les successions ne sera pas applicables en ce qui concerne les biens ennemis. Il est aussi précisé dans l'*explanation* n° 1 : « For the purposes of this clause, it is hereby clarified that “enemy property” shall, notwithstanding that the enemy or the enemy subject or the enemy firm has ceased to be an enemy due to death, extinction, winding up of business or change of nationality or that the legal heir and successor is a citizen of India or the citizen of a country which is not an enemy, continue and always be deemed to be continued as an enemy property ». *The enemy property (amendment and validation) bill*, n. 53, 2016, présenté le 6 mai 2016, <https://prsindia.org/billtrack/the-enemy-property-amendment-and-validation-bill-2016>.

1018. L'interrogation autour du sort des biens abandonnés par des membres de groupes expulsés s'est posée avec acuité pendant et à la suite de la fin des hostilités survenues en Israël de 1947 à 1949. En 1949, quelque 800 000 Palestiniens avaient été déplacés de leurs terres et villages. Israël contrôlait désormais un ensemble de terres relevant jadis de la Palestine mandataire. Le premier défi auquel Israël devait faire face était de transformer son contrôle de fait sur les terres en titre juridique. C'est ce qui a motivé l'adoption de plusieurs lois foncières applicables sur des terres appartenant aux Palestiniens ayant fui pendant les hostilités (vi). Les mêmes objectifs étaient servis par des lois en matière d'octroi de nationalité de l'État d'Israël.

1019. Israël a utilisé le droit interne et les ordres militaires comme outils pour préserver les changements démographiques massifs (i), prendre le contrôle des propriétés palestiniennes et contenir la population palestinienne indigène. La loi sur la citoyenneté à l'intérieur d'Israël ainsi que les ordres militaires ont ainsi eu pour fonction d'exclure le retour des réfugiés palestiniens et de préserver l'homogénéité démographique juive²²⁸¹. Les catégories juridiques de l'*absentee* (ii) ou même du *present absentee* (iii) ont émergé, facilitant la saisie des biens abandonnés. La qualification d'*absentee* semble avoir remplacé celle d'ennemi (iii).

i. Les actes de dépossession en tant que mesures de sécurité.

1020. Israël se considérait légitimé en tant que vainqueur de la guerre à refuser toute restitution des biens saisis pendant les hostilités. L'une des premières mesures adoptées par le nouvel État a été la réactivation des règlements de défense d'urgence adoptés précédemment par les Britanniques en 1939 et abrogés par la suite²²⁸². Le Règlement de défense (d'urgence) 125

²²⁸¹ En vertu de la « Loi du retour » de 1950 tout Juif peut acquérir automatiquement la citoyenneté en Israël, v. *Law of Return 1950, 5710-1949/50, Laws of the State of Israel*, vol. 4, p.114. Selon les termes de la loi sur la nationalité de 1952 applicable aux non-juifs, les Palestiniens doivent être en mesure de prouver qu'ils se trouvaient dans l'État d'Israël le 14 juillet 1952 ou après ou être la progéniture d'un Palestinien qui remplit cette condition, v. (*Nationality law, 5712-1952, Laws of the State of Israel*, vol. 6, p. 50). Bien que la loi évite soigneusement l'utilisation du terme « non-juif » dans la description des catégories étroitement définies des personnes qui sont devenues éligibles à la citoyenneté israélienne sur la base de la loi sur la nationalité de 1952, il devient clair que la loi avait manifestement l'intention de s'appliquer aux non-juifs uniquement parce que les Juifs se prévaudraient manifestement des conditions et procédures beaucoup plus avantageuses prévues dans la loi du retour. En revanche, la loi sur la nationalité de 1952 (pour les non-juifs) impose des exigences strictes selon lesquelles les personnes demandant le statut de nationalité (ou de citoyenneté) sur la base de cette loi doivent avoir été physiquement présentes à l'intérieur des lignes d'armistice de 1949 entre certaines dates. Article 3, alinéa a : « Une personne qui, immédiatement avant la création de l'État, était un citoyen palestinien et qui ne devient pas un ressortissant israélien en vertu de la section 2, deviendra un ressortissant israélien à compter du jour de la création de l'État si : (1) elle a été enregistrée le 4 Adar, 5712 (1er mars 1952) en tant qu'habitant en vertu de l'ordonnance sur l'enregistrement des habitants, 5709-1949 ; et (2) elle est un habitant d'Israël le jour de l'entrée en vigueur de la présente loi ; et (3) elle se trouvait en Israël, ou dans une zone qui est devenue un territoire israélien après la création de l'État jusqu'au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, ou est entrée légalement en Israël pendant cette période ». La grande majorité des réfugiés palestiniens de 1948 étaient en fait incapables de remplir ces exigences strictes de présence physique de la loi israélienne de 1952 sur la nationalité. En raison du fait que la plupart des réfugiés palestiniens ont été déplacés en dehors des frontières de l'État d'Israël le 14 juillet 1952 ou après, ils ne peuvent pas reprendre leur domicile dans leur pays d'origine.

²²⁸² Pour une présentation de l'arsenal britannique et plus précisément les différents décrets d'urgence, v. H.D. Nakkara, H.D. Nakkara, « Israeli Land seizure under various defense and emergency regulations », *Journal of Palestine Studies*, 1985, pp.13-34, p. 14.

(1948) a été utilisé par Israël pour déclarer des zones de « sécurité » fermées et expulser leurs habitants²²⁸³. Ces terres ont ensuite été déclarées « non cultivées » par le ministère de l'Agriculture qui assumait le rôle d'administrateur pour ces parcelles de terre²²⁸⁴. La justification officielle pour la mise en œuvre d'un tel régime ne laissait pas deviner d'intentions de confiscation des biens privés. L'objectif semblait être le maintien de la production agricole et la non-détérioration des plantations, sans préjudice du droit de propriété. Le fait de déclarer des terres comme « terres non cultivées » avait pour effet de les soumettre au contrôle étatique. D'autres règlements d'urgence ont permis au gouvernement de déclarer certains villages arabes en tant que « zones fermées », dont les habitants d'origine arabe étaient exclus²²⁸⁵. Prétendument introduites à des fins de sécurité, elles ont en fait été utilisées pour évacuer et expulser les Arabes vivant sur leurs terres près de la frontière. Le gouvernement était autorisé à restreindre la circulation, à détenir ou expulser des personnes, imposer des couvre-feux, ou même démolir des maisons²²⁸⁶. Les colons juifs, ainsi que les immigrants plus récents en Israël, n'étaient pas soumis à ces restrictions et étaient libres de cultiver les terres, y compris celles appartenant aux Arabes qui étaient restés dans le nouvel État et qui étaient eux-mêmes largement empêchés d'accéder à leurs propres terres.

1021. La Loi sur la réquisition des terres en cas d'urgence 5710-1949 autorisait l'expropriation de terres pour « la défense de l'État, la sécurité publique, le maintien des fournitures essentielles ou des services publics essentiels, l'absorption d'immigrants ou la réhabilitation d'anciens soldats ou d'invalides de guerre ». La loi comprenait des clauses concernant la réquisition de maisons, et autorisait « l'usage de la force dans la mesure requise pour l'exécution d'un ordre donné par une autorité compétente ». La loi rendait légales de manière rétroactive les réquisitions de terres et de logements effectuées précédemment en vertu des règlements d'urgence.

²²⁸³ *Regulation closed areas 125* : « A military commander may by order declare any area or place to be a closed area for the purposes of these Regulations. Any person who, during any period in which any such order is in force in relation to any area or place, enters or leaves that area or place without a permit in writing issued by or on behalf of the military Commander shall be guilty of an offense against these Regulations ». Cité par H.D. Nakkara, *idem*, p.15.

²²⁸⁴ *Emergency regulations concerning the cultivation of waste lands and the use of unexploited water resources*, 1948, *idem* p. 16.

²²⁸⁵ *Emergency Regulations –security zones*, 1949, *idem*, p.26 et s.

²²⁸⁶ L'autorité compétente pouvait même enjoindre à un résident permanent d'une zone de sécurité de quitter cette zone. Un résident permanent à qui cet ordre aurait été donné devait quitter la zone de sécurité dans un délai de quatorze jours à compter de la date de signification de l'ordre. À l'expiration de la période de 14 jours, le résident permanent cessait d'être un résident permanent de la zone de sécurité et encourait le risque d'expulsion et d'engagement de sa responsabilité pénale. *Idem*.

ii. La saisie des biens des « absentes ».

1022. Les lois sur la terre et la propriété en Israël ont été dictées par l'impératif d'acquérir physiquement et de coloniser les terres laissées vacantes par les Palestiniens qui avaient fui ou qui avaient été expulsés, et d'en empêcher le retour. La nécessité de rendre licites ces acquisitions de terres afin d'anticiper toute réclamation future faite par les réfugiés ou leurs descendants et l'objectif de poursuivre le processus de « judaïsation » dans les régions du pays se trouvent derrière les mesures prises. Les terres prises aux Palestiniens devaient alors être transformées en propriété juive. Il s'agissait de l'idée directrice d'une approche qui se fondait sur l'adoption d'un ensemble de lois portant sur la « propriété des absents », à savoir les terres de ceux qui avaient fui ou avaient été expulsés du pays. Le 30 juin 1948, le gouvernement a publié l'*Abandoned Areas Ordinance*. Le 5 juillet 1948, le contrôle des biens était confié au « Custodian of Abandoned Property », agissant sous l'autorité du ministre des finances²²⁸⁷. Le règlement du 12 décembre 1948 portant sur l'*Absentees' property* marque une vraie rupture puisqu'une définition du terme juridique d'« *absentee* » y est proposée et aucun droit de retour n'est reconnu au profit des Palestiniens²²⁸⁸. En vertu de ce règlement, « toute zone ou lieu conquis par les forces armées [israéliennes], ou déserté par tout ou partie de ses habitants, peut être déclaré par décret zone abandonnée ». Toutes les propriétés situées dans ces zones étaient également déclarées « abandonnées » et le gouvernement avait l'autorisation pour émettre des instructions quant à la disposition de ces propriétés²²⁸⁹.

1023. Le 14 mars 1950, l'*Absentees' property law* a été votée et sa nouveauté réside dans le fait que pour la première fois, au *Custodian* a été conféré le droit de vendre les biens des Palestiniens déplacés²²⁹⁰. Les terres et les biens confisqués conformément à la loi sur les biens des absents ont été transférés au « gardien des biens des absents ». Selon l'art. 4 (a) (2), « tous les droits qu'un absent avait sur une propriété passent automatiquement au gardien au moment de la dévolution de la propriété ; et le statut du gardien est le même que celui du propriétaire de la propriété ». En vertu de cette disposition, le gardien pouvait exproprier n'importe quelle propriété à sa discrétion, à la seule condition qu'il certifie par écrit que la propriété ou ses

²²⁸⁷ Les prérogatives de gestion des biens des *absentees* étaient confiés à la *Custodian*. Pour une analyse de ses compétences v. D. Peretz, *Israel and the Palestine Arabs*, Washington, Middel East Institute, 1958, xi-264 p., p.151.

²²⁸⁸ Pour un aperçu de ces actes v. UNCCP — Israeli regulations on property of absentees — Working paper of the Secretariat, Emergency regulations on property of absentees, 9 février 1951, <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-211848/>

²²⁸⁹ La définition d'*Absentee* dans la régulation de décembre de 1948 incluait toute personne : « who held property in Israel and who on, or after, November 29, 1947 (the date of the United Nations' Resolution concerning the partition of Palestine) were : (a) citizens or subjects of Lebanon, Egypt, Syria, Saudi Arabia, Jordan, Iraq or the Yemen, or (b) were in any of these countries or in any part of Palestine outside the area of the regulation, or (c) were Palestine citizens and left their places of habitual residence ».

²²⁹⁰ *Absentees' property law*, 5710-1950, 14 mars 1950, *Laws of the State of Israel*, vol. 4, p. 68.

propriétaires avait la qualité d'« absent ». La certification écrite de ce statut transférait automatiquement la propriété au bureau du gardien. La charge de la preuve passait alors au présumé absent pour démontrer qu'il n'était pas en fait un absent au sens de la loi. Mais le Règlement rendait extrêmement difficile pour quiconque de contester les faits énoncés dans un tel certificat. Ceux qui occupaient une propriété en violation de cette loi pouvaient être expulsés, et ceux qui construisaient sur cette propriété pouvaient voir leurs biens immobiliers démolis.

1024. Progressivement, les prérogatives conférées au gardien des biens abandonnés se sont multipliées. En effet, la loi du 31 juillet 1950 a prévu la possibilité de transfert des biens gérés par la Custodian à l'*Autorité de développement*. Ce dernier organe était essentiellement une agence de « blanchiment des terres » dont la raison d'être était d'éloigner le gouvernement de toute implication directe dans l'action unilatérale d'expropriation des terres des absents²²⁹¹. La loi habilitait l'*Autorité de développement* à « acheter, louer, prendre ou louer en échange ou acquérir d'une autre manière des biens » auprès du gardien, et à « vendre ou disposer d'une autre manière, accorder des baux et hypothéquer des biens » à l'État, au *Jewish national fund* ou aux autorités locales²²⁹². Comme déjà précisé, les terres gérées par le gardien ont été transférées à l'Autorité de développement, devenant ainsi propriété de l'État. Une vraie scission a été ainsi marquée puisque la dépossession devenait ainsi définitive²²⁹³.

L'exercice des prérogatives dont titulaire était le gardien dépendaient d'une qualification, à savoir le caractère d'absent au propriétaire des biens en question.

²²⁹¹ Pour une présentation des activités de la *Development authority* v. S. Jiryis « The legal structure for the expropriation and Absorption of Arab Lands in Israel », *Journal of Palestine Studies*, 1973, p.82-104, p.88-89.

²²⁹² *Idem*.

²²⁹³ V. aussi la loi de 1953 portant sur l'acquisition foncière qui donnait une validité juridique aux expropriations de terre effectuées pour des raisons militaires et entreprises entre 1948 et 1952. *The land acquisition (Validation of acts and compensation) law*, 1953, v. H.D. Nakkara, *op. cit.*, p. 18 et s. Alors que les règlements d'urgence relatifs aux terres incultes et à leur exploitation affectaient l'utilisation et la possession des terres arabes, cette loi a été promulguée pour mettre fin à la propriété arabe de ces terres, pour s'appropriier les droits légaux sur celles-ci et pour transférer leur propriété à l'« autorité de développement ». La loi prévoyait non seulement la réquisition de la propriété et de la possession, mais validait toute confiscation illégale ou illicite de terres arabes commise avant l'entrée en vigueur de cette loi. D. Piroyansky, « Retrouver son foyer : propriété et dépossession dans les récits de visite des exilés palestiniens à leur ancienne maison », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2014, pp. 97-122, p.110 : « Le processus légal qui permit l'appropriation de biens à l'origine palestiniens transforma la propriété de personnes dites "absentes" en propriété d'État, à la fois de facto et de jure ». Les motivations de cette loi ont été exposées dans un débat devant le Parlement israélien où le ministre des Finances a expliqué sa portée. Cette loi avait ainsi comme objectif « to legalise certain actions taken during and after the war, and when the authorities started to take possession of absentees properties that had been earmarked requirements other areas expropriated for the same purposes. Basically, in agricultural areas, the ownership rights were not sufficiently clear, and they are reasons connected with the security of the state and the execution of essential development projects, which make it impossible to return these lands to their owners », cité par A. Jawad, *Les violations des droits de l'homme au détriment du peuple palestinien dans les territoires occupés par Israël*, Thèse, Paris X, p.1008, pp.1273-1316.

iii. La qualification d'« absentee » remplaçant la qualification d'ennemi.

1025. Désormais, une terre était considérée comme abandonnée si ses propriétaires étaient déclarés absents. Si cette condition était remplie, leurs biens pouvaient être saisis par l'État. Le caractère d'absent était attribué à toute personne qui le 29 novembre 1947 ou après cette date, correspondant à la date de vote de la résolution de la partition palestinienne par l'assemblée générale de l'ONU, était citoyen ou sujet d'un des pays arabes en guerre avec Israël, ou qui y résidait, ainsi que les citoyens de la Palestine ayant abandonné leur résidence ordinaire²²⁹⁴. Il faut souligner que la saisie des biens des membres de la communauté juive de l'Irak a souvent été présentée comme contre-mesure à la politique de gestion des biens appartenant à des Arabes en Palestine²²⁹⁵. La mise en œuvre de mesures associées à l'expulsion massive des Arabes

²²⁹⁴ Une nouvelle définition de l'« absentee » a été proposée dans l'« absentees' property law ». Selon le paragraphe b de l'article 1 : « Absentee means- 1) a person who, at any time during the period between the 29th November, 1947 and the day on which a declaration is published, under section 9(d) of the Law and Administrative Ordinance, 1948, that the state of emergency declared by the Provisional Council of State on 19th May 1948, has ceased to exist, was the legal owner of any property situated in the area of Israel or enjoyed or held it, whether by himself or through another, and who, at any time during the said period- (i) was a national or citizen of the Lebanon, Egypt, Syria, Saudi Arabia, Transjordan, Iraq or the Yemen, or, (ii) Was in one of these countries or in any part of Palestine outside the area of Israel, or (iii) was a Palestinian citizen and left his ordinary place of residence in Palestine (a) for a place outside Palestine before the 1st September 1948; or (b) for a place in Palestine held at the time by forces which sought to prevent the establishing of the State of Israel or which fought against it after its establishment; 2) a body of persons which, at any time during the period specified in paragraph (1), was a legal owner of any property situated in the area of Israel or enjoyed or held such property, whether by itself r through another, and all the members, partners, shareholders, directors or managers of which are absentees within the meaning of paragraph (1), or the management of the business of which is otherwise decisively controlled by such absentees, or all the capital of which is in the hands of such absentees ». Pour une analyse v. D. Kretzmer, *The legal status of the Arabs in Israel*, London, Routledge, 2020, xii-197 p., p.56.

²²⁹⁵ Le 10 mars 1951 une loi a été votée par le Parlement de l'Irak qui prévoyait la saisie de la propriété à la fois mobilière et immobilière des Juifs. Cette loi s'inscrit dans le cadre de l'« opération Ezra et Néhémie », à savoir l'ensemble d'actions visant l'exode des Juifs de l'Irak et leur installation en Israël. La loi de saisie des biens juifs s'inscrivait dans le sillage d'autres textes normatifs portant sur le retrait de la nationalité irakienne pour les membres de la communauté juive installée en Irak. Pour un aperçu de la politique anti-israélienne de l'Irak aux années 40 et 50 et la remontée du nationalisme irakien de l'époque v. O. Bashkin, *New Babylonians, a history of Jews in modern Irak*, Stanford, Stanford university press, 2012, 310 p. not. pp. 183 et s. En vertu de la loi du 10 mars 1951, la gestion des biens juifs a été confiée à un *Custodian*. Dans la lettre adressée à la Commission de conciliation des Nations Unies pour la Palestine, le directeur général du ministère des affaires étrangères d'Israël a déclaré l'intention du gouvernement de prendre en considération ces biens pour la résolution du conflit relatif à l'« absentees' property ». Paragraphe 5 : « Le gouvernement d'Israël s'est vu obligé de prendre des mesures pour protéger les intérêts des Juifs irakiens qui, en signifiant leur intention d'émigrer en Israël, sont virtuellement devenus des hors-la-loi. La Commission de Conciliation pour la Palestine sait que le Gouvernement d'Israël s'est engagé à contribuer au règlement du problème des réfugiés arabes dans le Proche-Orient. À cet effet il s'est déclaré prêt à participer au fonds de réintégration qui sera constitué par les Nations Unies, en y versant les sommes représentant les indemnités de compensation pour les terres arabes abandonnées. [...] La Commission n'ignore sans doute pas qu'un grand nombre de ces émigrants possédaient des fortunes considérables qui, convenablement réalisées auraient été d'un grand secours pour financer l'installation en Israël de la communauté juive irakienne. [...] En effet l'extrême dénuement auquel ces milliers de personnes ont été réduites, en attendant de quitter le territoire de l'Irak, nécessite que l'on prenne d'urgence des mesures pour les secourir dans ce pays même. Étant donné les faits précités, le Gouvernement d'Israël a décidé de tenir compte de la valeur des biens juifs saisis en Irak au détriment des émigrants et des Juifs en instance de départ pour Israël, au moment de la mise à exécution de l'engagement qu'il a souscrit concernant la compensation des biens arabes abandonnés en Israël ». Lettre en date du 29 mars 1951 adressée au Président de la Commission de conciliation par Walter Eytan, le Directeur général du ministère des Affaires étrangères d'Israël. Pour une analyse détaillée de l'argumentation juive concernant la prise en compte de la valeur des biens abandonnés en Irak par les membres de la Communauté juive dans l'affaire du calcul des indemnisations redevables à l'égard des Arabes palestiniens v. Y. Shenhav, « The Jews of Iraq, Zionist ideology, and the property of the Palestinian refugees of 1948 : an anomaly of national accounting », *International journal of Middle East studies*, 1999, pp.605-630.

d'Israël et des Juifs de plusieurs pays du moyen orient ont amené certains auteurs à évoquer le terme d'échange de populations fondé sur un accord implicite²²⁹⁶.

1026. Les personnes qualifiées d'« absentes » se déterminaient ainsi en fonction d'un lien de rattachement aux États ennemis. Ce lien était soit la nationalité soit la seule présence dans un État ennemi. À ces critères s'ajoutait la référence à des personnes qui avaient fui leurs résidences entre le 29 novembre 1947 et le 1 septembre 1948 soit à l'étranger soit dans des régions contrôlées pendant la guerre par des puissances hostiles et appartenant, après la fin de la guerre à l'État d'Israël. La parenté entre cette loi et la législation de guerre est manifeste. Pour l'attribution de la qualité d'« absent », les critères de nationalité et de résidence ont été retenus. La jurisprudence a fourni des éléments d'interprétation de la notion d'« absentee »²²⁹⁷. Alors que le titre et la terminologie de la loi israélienne renvoient à la catégorie de propriétaires absents, une étude approfondie de ses dispositions de fond et l'examen de son contexte historique, ainsi que la manière dont elle a été mise en œuvre indiquent que, dans une large mesure, sa raison d'être et son objectif était de rendre permanente l'administration des biens ennemis en temps de guerre²²⁹⁸. D'après le ministre de finance Elizer Kaplan, présentant le projet de loi en 1949 devant le Knesset, l'*Absentees' property law* reprenait les structures du *Trading with the Enemy Act* britannique et les modalités de fonctionnement du *Custodian for*

L'auteur souligne que : « [t]he Jews of Iraq became hostages- and a fig leaf- of the Israeli government in its efforts to divest itself of responsibility for compensating the Palestinian refugees », p.623.

²²⁹⁶ V. l'analyse de S. Karagiannis, « Des traités d'échange de population au nettoyage ethnique », *op.cit.*, p.209-210. L'auteur rejette cette thèse et affirme qu'« [i] l est plus sain de rompre totalement avec la logique largement artificielle de l'échange et de regarder les choses comme elles se sont réellement produites. Il y a eu éloignement de populations de leurs foyers ancestraux, mais de manière unilatérale, quitte à ce que les deux unilatéralismes puissent momentanément — et tout à fait superficiellement — donner l'impression d'un accord implicite, tacite, secret ».

²²⁹⁷ Jerusalem District Court, arrêt 2514/08 *Awad v. Custodian of Absentee property*, cité par Y. Ben-Hilal, *The absentee property law and its implementation in East Jerusalem, a legal guide and analysis*, Norwegian Refugee council, Mai 2013, 94 p. p.16. La Cour a procédé à l'interprétation de la notion de résidence : « There is no justification to interpret the words « was in » that appear in the Article as including a clearly temporary sojourn in an enemy country, which is technical and transient and is done only for the passage into other countries. In this matter as well, weight is given to the interpretive principle according to which it is necessary to interpret the provisions of the law so as to narrow its scope as much as possible in order to reduce any impingement on the constitutional right to property. This conclusion is in line with the purpose of the Absentee Property Law, which does not justify its application to a sojourn of the type under discussion in one of the enemy countries ».

²²⁹⁸ E. Benvenisti, E. Zamir, « Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement », *AJIL*, 1995, pp.295-340, p.300. Les auteurs précisent que les règlements d'urgence antérieurs à la loi de 1950 ont été émis pendant la guerre de 1948, et se référaient principalement aux Palestiniens luttant contre le nouvel État d'Israël. Quant à la loi de 1950, elle s'applique aux sujets des pays arabes qui ont combattu Israël, même s'ils sont restés en Israël. Par conséquent, la loi s'applique également aux Juifs résidant dans les pays arabes qui ont ensuite récupéré leurs biens lorsqu'ils ont immigré en Israël. Cependant, les auteurs soulignent que « neither the absenteeism rationale nor the enemy rationale can satisfactorily explain the continuing applicability of the law to « absentees » who later became residents and citizens of Israel ».

the enemy property britannique de la Seconde Guerre mondiale²²⁹⁹. Des similitudes apparentes avec les règles portant sur les biens évacués en Inde et au Pakistan ont aussi été soulignées²³⁰⁰.

iv. L'émergence de la notion de « present absentees ».

1027. L'intérêt porte sur la manière d'application de cette loi aux Palestiniens. L'attention est attirée par le fait que le caractère discriminatoire et préjudiciable aux Palestiniens de cette loi n'est pas apparent. La définition retenue par la loi du terme « absentee » incluait même des Palestiniens qui étaient présents dans le territoire contrôlé par Israël. Une nouvelle catégorie a émergé à savoir celle des « present absentees », qui faisait référence aux déplacés internes palestiniens qui, au cours de la guerre de 1948, tout en restant présents sur le territoire devenu celui du nouvel État, se sont absentes de leurs foyers et se sont trouvés privés du droit de propriété sur leurs terres, déclarées vacantes²³⁰¹. À l'époque, environ la moitié d'entre eux, soit environ 40 000 à 75 000 personnes, ne se trouvaient pas dans leur lieu de résidence habituelle tel que défini par la loi. Elles ont donc été appelées « absents présents ». Cette notion contradictoire s'appliquait ainsi aux Palestiniens qui étaient des déplacés internes, « présents » à l'intérieur de l'État d'Israël, mais « absents » selon les critères établis par la loi.

1028. Il faut souligner qu'aucune mesure discriminatoire contre les adeptes d'une religion ou les adeptes d'une communauté n'est repérable dans la loi sur les biens des absents. En théorie, des citoyens juifs résidant dans les pays arabes étaient aussi concernés par cette législation²³⁰².

²²⁹⁹ « The tendency to slip automatically into an « enemy » mindset, for example, reveals itself quite early in the formulation of the 1950 Absentees' property law, which, it has been pointed out, closely resembled Britain's *Trading with the Enemy Act* at that time. [...] However, it is strikingly inappropriate if, in actual fact, the 1948 externally displaced Palestinians are presumed nationals of Israel, in which case the "enemy" characterization becomes moot ». G. Boling, « Absentees property laws and Israel's confiscation of Palestinian property: A violation of U.N. general assembly resolution 194 and international law », *Palestine Yearbook of international law*, 2000, vol. 11, pp. 73-130, p.85.

²³⁰⁰ Y. Holzman-Gazit, *Land expropriation in Israel : law, culture and society*, London, Routledge, 2007, 204 p., p.110. Des critiques ont été exprimées contre la loi par des membres du *Knesset*. V. p. ex. le discours prononcé par le membre du parlement Klebanoff, relevant du courant centriste des « sionistes généraux », *idem*, p. 111 : « We are not dealing with enemy property, but with the property of a substantial part of the population of our country, who have and must have very important rights-people who can come to us with very serious claims, financial and moral. We cannot treat their property as enemy property ». V. aussi D. Peretz, *Israel, and the Palestine Arabs*, *op.cit.*, p.169 et 187.

²³⁰¹ Les résidents arabes des zones qui se trouvaient au-delà des frontières d'Israël avant la guerre, mais qui ont ensuite été annexées à Israël, en vertu des accords d'armistice, sont également entrés dans la catégorie juridique des absents, sans avoir même quitté leur domicile. Le cas le plus notoire est celui des résidents d'une zone connue sous le nom de « Triangle », une bande de 30 kilomètres bordant la Cisjordanie. L'accord d'armistice de Rhodes de 1949 entre la Jordanie et Israël a déterminé que la zone serait cédée à Israël. Les résidents du « Triangle » ont donc acquis la citoyenneté israélienne. Néanmoins, ils étaient considérés comme des absents en ce qui concerne leurs biens à l'intérieur de l'Israël d'avant 1949, puisqu'au moment de la publication du Règlement sur les biens des absents en décembre 1948, ils étaient des résidents jordaniens.

²³⁰² Néanmoins, des moyens existaient pour prévenir la confiscation des propriétés juives. A ce sujet v. g. Forman, A. Kedar, « From Arab land to 'Israel Lands': the legal dispossession of the Palestinians displaced by Israel in the wake of 1948, *Environment and Planning* », *Society and Space*, 2004, vol. 22, pp.809-830, p.815 : « In fact, [the absentee definition] was so all encompassing that it included most residents of Israel-Jews and Arabs alike. Israel, however, had no intention of applying this status to Jews, so the regulations contained a clause by which Jews could be systematically exempted, without incorporating explicitly discriminating provisions. The result was that practically no Jewish Israelis, but tens of thousands of Arab Israeli citizens, were classified as absentees, assuming the paradoxical legal identity of "present absentee" ».

Néanmoins, en réalité, la loi n'a jamais été destinée à s'appliquer aux Juifs qui avaient abandonné leurs maisons au cours de la guerre d'indépendance et qui sont ensuite retournés en Israël. Le règlement sur les biens des absents contenait des mécanismes conçus pour exempter les Juifs du statut d'« absents ». Par exemple, l'article 28 de la loi prévoyait la délivrance d'une confirmation du statut de « non-absent » aux personnes qui, tout en étant susceptibles d'être qualifiés d'« absents », « avaient quitté leur lieu de résidence par crainte des ennemis d'Israël (...) ou qui étaient capables de gérer leurs biens efficacement et qui, ce faisant, n'aideraient pas les ennemis d'Israël ». Cette disposition met en exergue le rapport intrinsèque entre deux finalités distinctes. D'une part, la loi sur les biens des absents visait à sceller le sort des biens d'une population déplacée. Le caractère définitif d'une dépossession était expliqué par le fait que cette législation s'inscrivait dans le cadre des rapports établis *post bellum*. D'autre part, cette loi était dictée par des considérations sécuritaires émanant du *jus in bello*. Toute tentative de dissocier ces deux facettes paraît être probablement vaine.

v. Les limites du contrôle juridictionnel de la qualification d'« absentee »

1029. Le contrôle juridictionnel du caractère d'*absentee* en vue de saisie des terres a été insuffisant. En effet, par rapport à l'étendue des terres saisies, le nombre d'affaires portées devant la Cour suprême en vertu des nouvelles lois des années 1950 est faible²³⁰³. Cela s'explique par le fait que ceux qui étaient légalement qualifiés d'« absents » étaient des réfugiés qui se trouvaient physiquement à l'extérieur du pays, vivant dans des pays en guerre avec Israël. En pratique, il leur était impossible de présenter une pétition à la Haute Cour, d'intenter une action en justice ou de comparaître en personne devant le juge israélien. Les affaires qui ont atteint la Cour suprême concernaient donc principalement des personnes qualifiées d'« absents présents ». En outre, en statuant sur les cas d'expropriation des « absents », la Cour suprême n'avait qu'une autorité limitée. Puisqu'Israël a adopté le modèle britannique de démocratie parlementaire, la Cour n'avait pas le pouvoir du contrôle judiciaire des lois. Par conséquent, la Cour ne pouvait pas rendre invalide la législation portant sur les biens des absents. La Cour suprême israélienne ne jouissait ainsi que d'un pouvoir d'interprétation de cette loi. Par conséquent, les requérants, en s'adressant à la Cour, avaient tendance à ne pas contester

²³⁰³ Néanmoins, il faut souligner que le caractère provisoire de contrôle des biens des « absentees » a été soulignée par la Cour suprême d'Israël. V. Cour suprême d'Israël, 6/50, *Froind v. Supervisor of Absentee Property*, Jerusalem, 1950, 4 P. D., pp. 333 et s. : « In general, it is possible to say that the Law is designed to actualize the State's interests in this property at least as much as it is designed to preserve the property for its absentee owners and protecting their interests therein: the ability to utilize it for the benefit of the country, while preventing the exploitation of the property by someone who is absent according to the meaning of this term in the Law, and the ability to hold onto the property (or its monetary value) until the formulation of political arrangements between Israel and its neighbors that will determine the fate of this property on the basis of reciprocity between the countries », p. 337.

directement la législation sur la propriété des « absents », mais tentaient plutôt de persuader la Cour de réviser les décisions du gardien²³⁰⁴. Les juges d'Israël ont ainsi montré une attitude de déférence à l'égard des autorités mettant en place un régime de dépossession affectant les Palestiniens²³⁰⁵.

1030. La notion des biens des absents a été inventée par Israël pour mettre en place un régime de dépossession sur les territoires qui relevaient de sa propre compétence à l'issue de la guerre de 1948. La politique de saisie des biens privés s'avère beaucoup plus compliquée dans les

²³⁰⁴ Un nombre limité de pétitionnaires arabes ont réussi à convaincre la Cour suprême que le gardien les avait incorrectement classés comme absents — la première étape vers la récupération de leurs terres. Par exemple, dans un cas survenu en 1950, le gardien n'a pas délivré le certificat écrit approprié requis par la législation. La Cour a convenu avec le pétitionnaire, un Arabe chrétien, que le gardien n'avait pas réussi, pour cette raison technique, à prouver que le pétitionnaire était un « absent ». Dans le même temps, cependant, la Cour a rappelé au gardien qu'il jouissait de larges pouvoirs en matière de preuve. En d'autres termes, si le gardien délivre une certification écrite indiquant que le propriétaire du bien répond à la définition légale d'« absent », il peut exproprier pratiquement tous les biens qu'il juge appropriés. Les juges ont souligné dans leur avis que leur décision en faveur du requérant n'empêchait pas le gardien de délivrer un tel certificat à une date ultérieure. Cour suprême d'Israël, 91/50, *Yoseph v. Inspector of Absentee Property*, 5 (1) P. D., p. 154. Dans une autre affaire ultérieure, la Cour a même autorisé le gardien à délivrer un certificat alors que la procédure judiciaire était encore en cours. Une fois le certificat délivré, la charge de la preuve passait automatiquement au pétitionnaire pour démontrer qu'il n'était pas légalement un « absent ». Dans ce cas, le pétitionnaire n'a pas réussi à s'acquitter de la charge de la preuve et la Cour a rejeté sa requête. Cour suprême d'Israël, 137/50, *El Marti v. Custodian of Absentee Property*, 5(1) P.D., p. 645. Une autre série d'affaires devant la Cour suprême concernait des requérants qui demandaient à être reclassés comme « non-absents ». Il s'agissait de personnes qui admettaient avoir quitté leur lieu de résidence et qui, par conséquent, répondaient formellement aux exigences de la définition d'« absent ». Toutefois, elles ont fait valoir qu'elles étaient en droit de recevoir un certificat de non-absenté, car elles avaient quitté leur domicile non pas « en raison d'opérations militaires, ni par crainte de celles-ci, ni par crainte des ennemis d'Israël ». Il convient de noter que les quelques personnes qui sont parvenues jusqu'à la Cour suprême pour demander à être exemptées du statut d'« absent » n'étaient pas les propriétaires fonciers arabes expropriés typiques. Il s'agissait plutôt d'Arabes chrétiens. Cour suprême d'Israël, 43/49, *Ashkar v. Inspector of Absentee Property*, 2 P. D., p. 926 ; Cour suprême d'Israël, 3/50, *Kauer v. Custodian of Absentee Property*, 4 P. D., p. 654.

²³⁰⁵ Les juridictions israéliennes ont même adopté une interprétation extensive des prérogatives de dépossession des biens découlant de la législation diverse sur les biens. La construction et l'application judiciaires des règles de preuve, telles que la charge de la preuve, et des règles de procédure, telles que le refus du droit à une audience, ont facilité le transfert des terres des Arabes aux Juifs et ont rendu plus solide le nouveau régime foncier en le présentant comme technique, neutre et exempt de préjugés politiques. Les quelques décisions favorables aux propriétaires fonciers arabes ont été ignorées par les autorités civiles et militaires. Le cas le plus notoire à cet égard est celui des villages arabes chrétiens d'*Iqrit* et de *Bir'im*. Les deux villages, situés à la frontière nord d'Israël avec le Liban, se sont rendus aux forces israéliennes pendant la guerre de 1948. Environ une semaine après la reddition, les 600 habitants catholiques d'*Iqrit* ont reçu l'ordre du commandant militaire de la Galilée de quitter leurs maisons, étant entendu qu'ils seraient autorisés à revenir dès que la frontière serait sécurisée. Les 800 habitants chrétiens maronites de *Bir'im* ont également été évacués, et la même promesse leur a été adressée. Ces promesses n'ont pas été tenues. Lorsque les combats ont cessé, le gouvernement militaire a déclaré les villages zones militaires fermées, conformément au règlement d'urgence en vigueur. Les règlements d'urgence (zones de sécurité) autorisaient le ministre de la Défense à déclarer une « zone de sécurité » dans un rayon de 10 kilomètres de la frontière d'Israël dans la moitié nord du pays et dans un rayon de 25 kilomètres de la frontière de la moitié sud. Il était, dès lors, impossible d'entrer ou de sortir de cette zone sans permis. En juillet 1951, les villageois ont fait appel devant la Haute Cour de justice, qui a confirmé leur droit de retourner chez eux, une décision fondée sur les motifs suivants : premièrement, les villageois étaient des résidents permanents (en d'autres termes, ils n'étaient pas des « absents ») et, deuxièmement, l'ordre d'évacuation était techniquement invalide, car il n'avait pas été publié dans le *Journal officiel*. H.C. 64/51, Cour suprême d'Israël, 64/51, *Daud v. Minister of Security*, 5 (2) P. D., p. 1117. Toutefois, la décision de la Cour n'a jamais été appliquée. Dans le but d'empêcher les villageois de revenir, les commandants militaires ont corrigé le défaut de l'ordre d'évacuation initial en émettant de nouveaux ordres d'évacuation en septembre 1951. Les villageois ont à nouveau adressé une pétition à la Haute Cour, mais avant que la Cour n'ait eu l'occasion d'entendre l'affaire, l'armée de l'air israélienne a fait exploser tous les bâtiments résidentiels d'*Iqrit* et de *Bir'im*. Lors de la deuxième audience, la Cour a rejeté la pétition au motif que l'ordre d'expulsion était légalement valide puisqu'il avait été publié comme il se devait. Cour suprême d'Israël, 239/51, *Daud v. Comité d'appel pour les zones de sécurité, Galilée*, 6 (1) P. D., p. 229. La destruction des villages a eu lieu alors que la pétition était pendante.

territoires contrôlés par Israël après 1967. Le statut probablement incertain de ces régions fait apparaître un cadre complexe des prérogatives en matière de saisie des biens des populations expulsées.

vi. La complexité du régime juridique des biens abandonnés en territoires sous occupation israélienne.

1031. Du point de vue juridique, les méthodes employées pour la saisie des biens — et plus précisément des terres — à l'intérieur des frontières israéliennes d'avant 1967 diffèrent considérablement de celles appliquées en Cisjordanie et dans la Bande de Gaza, territoires contrôlés par Israël après la guerre des Six Jours²³⁰⁶. Cela est dû au fait qu'Israël, en tant qu'occupant belligérant, ne peut pas appliquer sa loi aux citoyens des territoires occupés. Contrairement aux saisies menées sur le territoire où Israël exerce sa compétence territoriale, la légalité des expropriations et des implantations des colonies dans les territoires occupés est soumise au droit international et les règles concernant l'occupation belligérante. Puisqu'Israël n'a pas annexé les Territoires, ces derniers sont restés des zones légalement « occupées » (ou « administrées ») dans lesquelles les dispositions du droit humanitaire s'appliquent.

1032. Au cours de la première décennie qui a suivi la guerre des Six Jours, le gouvernement israélien a mis l'accent sur la prise de terres uniquement à des fins sécuritaires et militaires. Sur cette base, les commandants militaires israéliens ont émis des dizaines d'ordres de réquisition de terres privées en Cisjordanie, au motif qu'elles étaient requises pour des « besoins militaires essentiels et urgents ». Toutefois, après la guerre de 1967, le gouvernement israélien a annexé la vieille ville de Jérusalem et ses environs (collectivement appelés Jérusalem-Est), incorporant ces zones dans la municipalité existante de Jérusalem (Ouest). Par conséquent, le cadre d'expropriation qui s'applique en territoire d'Israël d'avant 1967 en particulier, est également applicable, du point de vue des autorités israéliennes, à Jérusalem-Est. De plus, il doit être mis en exergue que les expropriations massives de propriétés des « absents » ont pratiquement pris fin au milieu des années 1950. En effet, à partir des années 1970 les expropriations des terres sises en Jérusalem-Est ont été entreprises en vertu de la loi générale sur l'expropriation et non pas des législations spéciales.

²³⁰⁶ Pour un aperçu général v. E. Benvenisti, E. Zamir, « Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement », *op.cit.*, p.298 et s.

1033. La différence de statut, du point de vue israélien, entre Jérusalem-Est, d'une part, et le reste de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, d'autre part, s'est traduite par un traitement différent des biens situés dans ces zones. Bien que la fuite des civils pendant la guerre de 1967 n'ait pas été aussi massive que pendant la guerre de 1948, un nombre important de personnes ont quitté la Cisjordanie et la bande de Gaza juste avant ou après l'entrée des forces armées israéliennes. Il s'agissait principalement des réfugiés arabes de la guerre de 1948, contraints à se déplacer de nouveau. Certaines de ces personnes ont abandonné leurs biens soumis, par conséquent, au pouvoir des autorités d'occupation israélienne selon le droit international.

1034. Il faut souligner que les territoires contrôlés par Israël depuis 1967 à titre d'occupant n'avaient pas le même statut, au moment d'établissement de son occupation militaire. En effet, la Cisjordanie était annexée par la Transjordanie en 1950, tandis que la bande de Gaza a été occupée militairement par l'Égypte²³⁰⁷. Cette différence doit être prise en considération pour

²³⁰⁷ À l'issue de la guerre israélo-arabe de 1948, la Jordanie prétendait avoir annexé la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est. Il s'agissait d'une annexion unilatérale de territoires occupés, reconnue seulement par le Royaume-Uni, l'Irak et le Pakistan. Au moment de l'annexion, le gouvernement jordanien a maintenu en vigueur la loi antérieure en Cisjordanie, y compris la législation britannique mandataire qui s'appliquait à ce territoire. La législation jordanienne ultérieure a été appliquée à tout le territoire jordanien, y compris la Cisjordanie. Les autorités jordaniennes ont administré les biens des Israéliens restés en Cisjordanie conformément aux pouvoirs et aux règles fixées par l'ordonnance de 1939 relative au commerce avec l'ennemi. L'ordonnance britannique mandataire a été formulée conformément au *Trading with the enemy act*, 1939, promulguée en Grande-Bretagne à la même époque. L'ordonnance n. 55 du 16 août 1950, émise par le Gouverneur jordanien, prévoyait que tous les habitants de l'État d'Israël étaient qualifiés d'ennemis en vertu de la législation portant sur le commerce avec l'ennemi. L'objectif de cette législation de guerre était de rompre le lien entre les ressortissants de l'État ennemi et leurs biens situés à l'intérieur des frontières de l'État de Jordanie, et de confier l'administration de ces biens à un séquestre. S'appuyant sur l'ordonnance sur le commerce avec l'ennemi, le ministre jordanien de l'Intérieur a nommé un « gardien » des biens ennemis et lui a dévolu, par une multitude d'ordres de dévolution spécifiques et généraux, les biens des Israéliens en Cisjordanie. Certains de ces biens ont été utilisés par le gardien jordanien à des fins publiques, telles que l'établissement de camps de réfugiés, la réhabilitation des réfugiés et la mise en place de camps et de marchés de l'armée. Dans d'autres cas, les biens ont été loués à des particuliers, qui ont utilisé les terres à des fins agricoles, commerciales ou résidentielles. La pratique de la Jordanie était alors conforme aux règles internationales relatives au traitement par un État des biens ennemis situés sur son propre territoire. Cependant, cette pratique ne semble pas être conforme aux règles internationales sur le traitement des biens situés en territoire occupé. À la différence de la Cisjordanie annexée à la Transjordanie en 1950, la bande de Gaza n'a pas été annexée par l'Égypte, dont l'armée a établi un régime d'occupation militaire jusqu'à la guerre des Six Jours. Contrairement à la Jordanie, l'Égypte n'a pas prétendu annexer le territoire qu'elle a occupé en 1948. Au lieu de cela, elle a administré la bande de Gaza, comme un territoire sous occupation belligérante dont les habitants n'étaient pas des citoyens égyptiens, mais plutôt des citoyens de Palestine. En administrant les biens des Israéliens, le gouvernement militaire égyptien n'a pas appliqué l'ordonnance du Mandat britannique sur le commerce avec l'ennemi. Au lieu de cela, une ordonnance spécifique a été émise. Il s'agissait de l'ordonnance n° 25 qui réglementait l'administration des biens des Juifs dans les zones soumises au contrôle des forces égyptiennes en Palestine. L'ordonnance, publiée en 1950, stipulait que les biens juifs devaient être soumis à la gestion d'un directeur général. En vertu de cette ordonnance, le « Commissaire responsable des biens des Juifs », avait le contrôle et la gestion des biens soumis au directeur général égyptien. L'article 9 (a) de l'ordonnance autorisait le commissaire à transférer le bien ou son produit aux propriétaires d'origine, ou à leurs successeurs « à son entière discrétion, au moment et de la manière qu'il juge opportuns ». Ce pouvoir toutefois n'a jamais été exercé. En fait, la validité même de cet article peut être contestée, car il paraît incompatible avec les règles relatives au traitement des biens privés ou publics en territoire occupé. En 1956, le champ d'application de l'ordre a été étendu pour englober les propriétés appartenant aux Arabes vivant en Israël. Par conséquent, malgré la différence au niveau de la nature du pouvoir exercé sur les deux territoires par la Jordanie et par l'Égypte, il y avait une grande similitude entre les moyens et les objectifs de l'ordonnance égyptienne n° 25, d'une part, et ceux de l'ordonnance sur le commerce avec l'ennemi applicable en Cisjordanie, d'autre part. V. en détail E. Benvenisti, E. Zamir, *Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement*, op.cit., p.303.

appréhender les règles en vigueur dans ces régions en matière de gestion des biens des Israéliens. En effet, des règles précises ont été édictées ayant comme objet la gestion des biens appartenant aux ressortissants juifs déplacés lors de la guerre de 1948. En l'occurrence, les biens juifs étaient des biens ennemis qualifiés explicitement comme tels. Qualifiés d'ennemis les biens juifs avaient ainsi été administrés par les autorités de la Transjordanie et de l'Égypte. Par conséquent, après l'établissement de l'occupation juive en Cisjordanie et sur la bande de Gaza, l'Israël devait se prononcer sur le sort des biens juifs, précédemment qualifiés ennemis par la Transjordanie et l'Égypte. Une puissance d'occupation, en l'occurrence l'Israël, devait ainsi se prononcer sur les effets des actes relevant des occupants précédents, en l'occurrence l'Égypte et la Transjordanie — cette dernière prétendait avoir de titres souverains sur la Cisjordanie. L'État d'Israël n'a pas voulu contester les actes de contrôle des biens israéliens à titre des biens ennemis par ces deux États²³⁰⁸. L'explication pour cela réside dans le fait que le sort des biens juifs en Cisjordanie et sur la bande de Gaza en 1948, était étroitement lié au sort des biens abandonnés par les Palestiniens en Israël pendant la même époque²³⁰⁹. La corrélation était ainsi évidente entre les biens israéliens-juifs qualifiés d'ennemis et les biens abandonnés des Palestiniens²³¹⁰. Cette corrélation démontre la parenté qui existe entre la qualification de biens ennemis et la qualification biens abandonnés.

²³⁰⁸ Les biens des Israéliens avaient été soumis, entre 1948 et 1967, à l'administration du « gardien » jordanien des biens ennemis (en Cisjordanie) ou du directeur général égyptien (dans la bande de Gaza).

²³⁰⁹ L'argument juridique principal pour ne pas restituer les biens des Israéliens en Cisjordanie à leurs propriétaires d'origine était que ces biens étaient devenus des biens publics. Les biens dévolus au gardien jordanien des biens ennemis, une autorité gouvernementale jordanienne, devaient être considérés comme des biens dévolus à une autorité publique. Par conséquent, en vertu des règles d'occupation, le gouvernement militaire israélien devait traiter ces biens comme des biens publics ou gouvernementaux. Selon l'article 55 du Règlement de La Haye, l'occupant est considéré comme administrateur et usufruitier de ces biens. Il est clair que l'occupant n'est pas le propriétaire d'un bien public et qu'il n'a donc pas le pouvoir de vendre ou de transférer d'une autre manière la propriété de ce bien à des tiers (y compris, selon lui, aux propriétaires originaux). Quant à la gestion des biens des Israéliens dans la bande de Gaza, la pratique israélienne consistait à poursuivre l'administration des biens. Dès 1967, un ordre spécifique a été émis, faisant référence à l'ordre égyptien n° 25 concernant les biens des Juifs. E. Benvenisti, E. Zamir, *Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement*, *op.cit.*, p. 313.

²³¹⁰ Le gouvernement militaire israélien en place en Cisjordanie et dans la bande de Gaza était confronté à deux alternatives fondamentales concernant les biens des Israéliens qui avaient été administrés jusqu'en 1967 par les autorités jordaniennes ou égyptiennes : l'une était de restituer les biens à leurs propriétaires d'origine (ou leurs successeurs) ; l'autre était de continuer à administrer ces biens, en attendant un futur règlement politique. Une politique de libération immédiate aurait pu être juridiquement défendable. L'administration de la Cisjordanie par la Jordanie et de la bande de Gaza par l'Égypte était illégale, car elle avait pour origine l'annexion injustifiée de la Palestine en 1948, non reconnue par la communauté internationale. Ainsi, aucune validité ne pouvait être reconnue aux actions menées par la Jordanie en Cisjordanie après sa prétendue annexion. Selon cette logique, Israël n'était pas obligé de se conformer aux actes des occupants et respecter leurs effets. En outre, l'Israël n'était pas tenu par le droit de l'occupation belligérante d'adhérer à toutes les lois locales et surtout aux lois qui étaient dirigées contre l'intérêt des Israéliens qui, dans ce cas, incluent les biens des Israéliens. Il serait inenvisageable que les fonctionnaires israéliens, agissant au nom de l'État d'Israël, traitent les Israéliens comme des « ennemis », comme l'ont fait les gouvernements jordanien et égyptien. E. Benvenisti, E. Zamir, « Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement », *op.cit.*, p.307.

1035. La complexité de la législation portant sur les biens abandonnés réside dans la pluralité des régimes applicables sur les différentes parcelles relevant jadis de la Palestine mandataire. Le changement constant des autorités et l'insécurité quant à la nature des pouvoirs exercés par les différents acteurs rend perplexe la présentation de l'arsenal législatif et réglementaire relatif aux biens privés. Si la législation britannique de guerre portant sur le commerce avec l'ennemi semble être la matrice de tout nouveau cadre des règles, l'usage qu'en font les différents acteurs prend plusieurs formes. Les États de la région s'appuient sur un dispositif de guerre pour rendre légitimes des comportements qui relèvent des États exerçant des compétences souveraines. L'invocation de cette loi et son application dans un contexte dépassant le cadre des hostilités actives s'inscrit dans une politique globale d'affermissement du pouvoir sur un territoire donné. Le contrôle et la saisie dissimulée des biens abandonnés se présentent comme des outils de renforcement d'une autorité étatique sur un espace, habité par des personnes dont l'allégeance aux autorités en place n'est pas suspicieuse. La législation israélienne, applicable sur le territoire sur lequel Israël considère qu'il exerce des compétences à titre de souverain, diffère considérablement de la législation britannique de guerre dont elle émane. Alors que la législation portant sur le commerce avec l'ennemi se présentait comme une arme de guerre économique temporaire, la législation israélienne constitue un outil d'expropriation des terres arabes, au-delà des rapports de belligérance active. A l'image du modèle indien et pakistanais, la législation britannique est ainsi transformée en outil de dépossession et réinstallation, en vue de l'objectif de rendre homogène, du point de vue ethnique ou religieux, un territoire donné²³¹¹.

1036. Le terme « biens abandonnés » ne se présente que comme une variation du terme biens ennemis. Cette parenté entre les termes est due à la porosité des frontières qui existe entre un régime de contrôle des biens ennemis relevant du *jus in bello* un régime de biens abandonnés relevant du *jus post bellum*.

1037. Dans le cadre d'affrontements militaires de longue haleine ou de guerres ininterrompues du point de vue de l'état formel de guerre, une dissociation entre le *jus in bello* et le *jus post bellum* ne semble pas envisageable. La notion des biens abandonnés sert ainsi comme support, voire comme substitut, à celle des biens ennemis. Sa finalité est ainsi d'étendre le champ d'application des mesures étroitement liées à la qualification d'ennemi et relevant de l'état de

²³¹¹ Pour la comparaison de la manière dont ces territoires appartenant jadis ou contrôlés par l'empire britannique ont utilisé le legs normatif de l'empire v. V. Zamindar, *The long partition and the making of modern South Asia*, Columbia Univ. Press, New York, 2007, xiv-288 p., p. 130.

guerre au sens formel du terme. La notion des biens abandonnés sert ainsi de moyen de prolonger l'applicabilité d'un régime discriminatoire dont les racines relèvent de l'état de guerre au sens formel du terme. En outre, il joue le rôle d'un outil normatif dont l'application est susceptible de renforcer l'homogénéité ethnique ou nationale d'un État. La saisie des biens abandonnés, en vue de gérer la répartition d'une population, diffère de la saisie des biens des ressortissants ennemis en tant que réparations de guerre. Comme il a déjà été expliqué, la confiscation des biens des ressortissants ennemis ne donne aucun droit aux propriétaires dépossédés, à l'exception de l'obligation incombant à l'État ennemi de réparer de manière générale le préjudice subi. Dans ces conditions, un régime de responsabilité collective est ainsi mis en œuvre. En revanche, si les biens abandonnés sont saisis sans référence à un régime de réparations de guerre, un droit favorable aux propriétaires dépossédés est envisageable. L'émergence d'une protection en faveur du titulaire des biens abandonnés s'explique par l'absence d'un rapport asymétrique, équivalent à celui régissant les réparations de guerre imposées à l'ennemi vaincu.

Section II Les biens abandonnés non-perçus en tant que biens ennemis. L'émergence de protection des propriétaires dépossédés.

1038. La saisie des biens abandonnés, appartenant jadis à des populations contraintes à fuir, met en avant l'interrogation autour des droits, dont les personnes expulsées et spoliées seraient titulaires. Dans le cadre des réparations de guerre prenant la forme d'un régime de responsabilité collective, aucune obligation d'indemnisation ou de restitution n'incombe à l'État ayant dicté l'expulsion et saisi par la suite les biens ennemis. La seule voie pour les propriétaires expulsés est ainsi de réclamer la réparation des préjudices subis auprès des autorités de leur propre État. La reconnaissance d'une telle possibilité rend au mécanisme de réparations de guerre son caractère interétatique. La notion des biens des ressortissants ennemis expulsés renvoie ainsi à ce mécanisme d'accaparement de la propriété privée. Comme il a été précédemment expliqué, cette notion semble avoir été mise en œuvre au lendemain de la Seconde Guerre mondiale contre les Allemands de l'Europe de l'Est. Toutefois, une politique systématique d'expulsion et de confiscation des biens privés peut obéir à une autre finalité, à savoir l'homogénéisation *post bellum* de la population d'un territoire du point de vue religieux, ethnique ou national. Ce changement de finalités entraînerait des conséquences pratiques. En effet, si les personnes spoliées ne subissent pas d'atteintes à leur droit de propriété à titre de réparations de guerre, un droit d'indemnisation voire de restitution à l'encontre de l'État auteur

du préjudice devrait être reconnu en leur faveur. Dans cette hypothèse, l'État n'agirait pas en tant qu'État vainqueur, réclamant le droit d'établissement d'un rapport asymétrique avec l'État ennemi vaincu et ses ressortissants. En absence d'un tel rapport asymétrique, susceptible de rendre légitime voire légal un régime de responsabilité collective, l'acte de dépossession n'est qu'un acte illicite engageant la responsabilité internationale de l'État. Notre attention est attirée par l'émergence progressive d'une protection en faveur des propriétaires dépossédés et expulsés. La reconnaissance de ces personnes en tant que titulaires de droits rend le recours à la notion de biens des ressortissants ennemis non pertinents. Cela s'explique par le fait qu'à l'aune des règles du droit international d'aujourd'hui, les personnes ne sont plus perçues en tant que simples émanations de l'État, susceptibles de subir les conséquences d'un comportement particulier adopté par cet État. L'évolution est significative.

1039. Alors que dans la première moitié du vingtième siècle, les transferts de population étaient conçus comme moyen de mise en œuvre de réparations de guerre voire de résolution de conflits ethniques minant durablement la paix internationale ou interne, les transferts de population et les expulsions massives sont désormais considérés comme une violation du droit international. Si de tels déplacements surviennent, il convient d'examiner la possibilité de reconnaissance d'un droit de retour dont titulaires seraient les membres de la communauté ayant subi les mesures de déplacement (§1). La reconnaissance d'un tel droit de retour est intrinsèquement liée à la reconnaissance d'un droit de réparation des préjudices patrimoniaux subis (§2). En cas de refus d'un droit de retour, la possibilité de mettre en œuvre un droit de restitution des biens doit être exclue. Le cas du refus de l'État d'Israël à octroyer un droit de retour aux Palestiniens réfugiés en constitue l'exemple emblématique. Le non-octroi du droit de refus se présente comme l'approbation du caractère définitif de la saisie des biens abandonnés.

§1 Le lien intrinsèque entre le droit de restitution des biens et la reconnaissance d'un droit de retour

Lorsque l'on remonte de Jaffa au sud, vers notre ville au nord... retiens bien... un jour tu parcourras cette route et tu ne dois pas t'y perdre, ni avoir l'air d'un étranger qui débarque au pays... pour remonter de Jaffa au sud, vers notre ville au nord... tu longeras Salama sur la droite... Dans ce village repose l'un des compagnons du Prophète et le village est reconnaissable par la coupole du sanctuaire... Il est entouré de champs de blé et d'avoine, de bananiers et d'orangers... Salama était un petit village, mais il avait néanmoins cinq cafés et même une petite compagnie d'autobus, le Salama-Abassiya Automobile Company... le village est tombé le 30 avril 1948, Ben Gourion vint visiter le site, il nota ce jour-là dans son journal qu'il n'y restait plus « qu'une vieille femme aveugle »... Après Salama tu passeras par Massoudiyé, puis Jarisha, alors tu longeras Jammasin et... un jour tu parcourras cette route. Retiens, retiens les noms et ne t'inquiète pas si tu ne retrouves pas tous ces villages. La plupart ont été rasés. Ne t'inquiète pas, eux, ils te verront, car ils sont encore là. La terre est obstinée.

E. Salbar, *Le bien des absents*, Actes Sud 2001, p.132

1040. Toute interrogation autour du droit à la restitution des biens au lendemain d'un conflit armé implique la reconnaissance d'un droit de retour au profit des personnes ayant dû fuir leurs domiciles. Le droit à la restitution des biens pourrait ainsi être conçu en tant que déclinaison du droit au/de retour. Si la restitution est intrinsèquement liée au droit de retour, reconnaître le droit à la restitution des biens signifierait *ipso facto* la reconnaissance du droit de retour. Il est évident que la jouissance du droit de propriété ne pourrait pas survenir, si le droit de retour ne leur était pas reconnu. La reconnaissance d'un tel droit met en exergue l'importance du droit individuel au dédommagement. Un tel droit, dont titulaires seraient les personnes expulsées, se trouve aux antipodes de l'intérêt de l'État à préserver le caractère homogène de sa population²³¹². Le droit de retour (a) peut être interprété en tant que condition de réalisation du droit de restitution des biens spoliés (b).

a. Les incertitudes quant à l'existence du droit de retour au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

1041. Le droit au retour est souvent associé au « droit à la patrie ». Toutefois, aucune règle du droit international ne comporte le terme de « droit au foyer », au « sol natal » ou à la « patrie »²³¹³. Le terme « droit à la patrie » a émergé en Allemagne au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et est lié à la revendication de retour des Allemands expulsés de l'Est à leurs anciens domiciles²³¹⁴.

1042. Les représentants des expulsés Allemands ont publié en 1950 la *Charte des expulsés*, qui comprenait leurs demandes patrimoniales liées aux préjudices subis après leur expulsion de l'Europe de l'Est (i). Néanmoins, il faut préciser que cette Charte ne comprenait pas de réclamations patrimoniales à l'encontre de la Pologne ou de la Tchécoslovaquie²³¹⁵. Le texte avait comme destinataire des autorités de la RFA. Une valeur juridique relevant du droit interne semble avoir été attribuée au terme « droit à la patrie ». Plusieurs interrogations émergent

²³¹² V. Ch. Philpott, « From the right of return to the return of Rights: completing Post war property restitution in Bosnia Herzegovina », *International journal of refugee law*, 2006, pp.30-80, p.32.

²³¹³ Sur les subtilités sémantiques du mot *Heimat* en allemand v. B. Schlink, *Heimat als Utopie*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000, 49 p.

²³¹⁴ Dans la Charte des expulsés proclamée le 5 août 1950 à Stuttgart il était indiqué que « [s] éparer l'homme de sa patrie par la contrainte, c'est le tuer en esprit. Nous avons subi et vécu ce sort. C'est pourquoi nous nous sentons appelés à exiger que le droit à la patrie soit reconnu et réalisé comme l'un des droits fondamentaux de l'humanité donnés par Dieu ». Cité par Chr. Tomuschat, « Das Recht auf die Heimat », *Zeitschrift für Menschenrechte*, 2018, p.150-155, p.150. Pour un aperçu des revendications des expulsés v. Fl. Lelait, « Les expulsés allemands. Des victimes en quête de reconnaissance », *Revue Amnis*, version électronique, 2006, vol. 6 ; P. Hadrossek, *Stand und Kritik der rechtstheoretischen Diskussion zum natürlichen Recht auf die Heimat*, Köln, Verl.Wiss.und Politik, 1969, 135 p., p.93. L'auteur adopte la position de Theodor Veiter qui utilise le terme « sol ancestral ou sol des ancêtres. Dans T. Veiter, « Fédéralisme, droit des peuples au sol natal et droit d'autodisposition », dans *Justice dans le monde*, 1967, pp.23-49.

²³¹⁵ Art. 1 : « Nous, les victimes de la déportation (*Heimatvertriebenen*), renonçons à la vengeance et aux représailles. Cette décision est sérieuse et sacrée pour nous, en souvenir des souffrances infinies que la dernière décennie en particulier a infligées à l'humanité ». Pour le texte de la Charte v. H.A. Jacobsen(éd.), *Bonn-Warschau, 1945-1991, Die deutsch-polnischen Beziehungen*, Analyse und Dokumentation, Köln, 1992, 74p.

lorsque le terme de droit de retour est évoqué. La source de ce droit demeure incertaine (ii). Son caractère en tant que droit collectif ou individuel (iii, iv), son rapport avec un espace concret (v), sa relation avec les droits reconnus aux réfugiés (vi) représentent certains aspects cruciaux pour comprendre l'apport de ce droit.

i. La reconnaissance du « droit à la patrie » par l'ordre juridique allemand.

1043. Le terme patrie a été repris par la Constituante en Allemagne. En effet, l'article 3 par. 3 de la Loi fondamentale dispose que les *Heimatfremde*, terme renvoyant aux nationaux allemands expulsés à la suite de la guerre, « doivent être protégés contre toute discrimination »²³¹⁶. La Cour constitutionnelle a même proposé des définitions du terme patrie, sans toutefois les associer à une perspective de retour²³¹⁷. La loi relative au règlement des questions portant sur la nationalité du 22 février 1955 semble avoir reconnu le droit à la patrie en faveur des expulsés Allemands²³¹⁸. Toutefois, cette loi ne reconnaissait pas de droits individuels opposables à d'autres États²³¹⁹. Si cette loi avait reconnu des droits individuels précis, toute violation du « droit à la patrie » commise par d'autres États aurait pu avoir comme conséquence l'engagement de la responsabilité internationale. Le droit au retour aurait été ainsi perçu comme le droit à la restitution ad integrum, comme conséquence de la violation du « droit à la patrie »²³²⁰. Les incertitudes quant au sens et la signification de ce terme occupaient aussi la doctrine du droit international²³²¹.

²³¹⁶ « Le terme allemand *Heimat* qui n'a pas de correspondance exacte dans plusieurs des langues principales et qui est une notion intermédiaire entre foyer et patrie correspond tout de même à une valeur psychique de haute importance et portée générale ». Max Huber insiste sur l'émergence d'un droit au sol natal sous l'influence des époques du romantisme et du nationalisme. Observation de Max Huber sur le rapport de G. Balladore Pallieri, « Les transferts internationaux de populations, rapport et observations, 1950 », *Annuaire de l'institut de droit international*, t. 44 vol. II, 1952, p. 138 et s., p.166.

²³¹⁷ Pour la Cour le terme de patrie renvoie à l'« origine locale par naissance ou résidence » (*örtliche Herkunft nach Geburt oder Ansässigkeit*), BVerfG 9, 124, *Armenrecht*, 22 janvier 1959. Elle est juxtaposée à la notion de l'« altérité exposée au risque de discrimination dans un environnement étranger » (*diskriminierungsgefährdeten Fremdheit in anderer Umgebung*), *Beck-Rechtssprechung* 2021, 8557, 16 avril 2021

²³¹⁸ « Art.25 : Les déclarations faites en vertu de la présente loi n'affectent pas le droit national des personnes déplacées ni les règles relatives à leur nationalité qui en découleront à l'avenir ». Loi sur la nationalité du 22 février 1955 (*Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit*) Bundesgesetzblätter, 25 février 1955, Teil I p. 65.

²³¹⁹ Sur sa nature politique et non juridique v. K. Hailbronner, G. Renner, M. Wiedemann, *Staatsangehörigkeitsrecht*, Berlin, Beck, 2005, 1447 p., par.25.

²³²⁰ B. Parameswaran, « Vertreibung und Rückkehr: Zur Frage eines Rückkehrrechts der palästinensischen Flüchtlinge von 1947/48 Vertreibung und Rückkehr: Zur Frage eines Rückkehrrechts der palästinensischen Flüchtlinge von 1947/48 », *Archiv des Völkerrechts*, 2003, pp.1-61, p.4 : « Au sens juridique du terme, la patrie est le lieu, à la fois géographique et spirituel, qui permet à l'homme de développer sa personnalité, soit par filiation, soit par choix. Il est formulé comme le droit de l'homme à résider sans être inquiété dans un domicile librement choisi et légalement acquis. La résidence est considérée comme paisible lorsque l'individu a le droit de rester tranquillement à son domicile et qu'il est protégé contre un éloignement arbitraire de son domicile librement choisi ».

²³²¹ La Société allemande pour le droit international s'était prononcée de manière explicite en faveur de la reconnaissance du droit de retour en tant que droit de l'homme. « Entschließung I », Erste Tagung der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Hambourg, 16-18 avril 1947 dans *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 1, 1957 p. 73: « Article 5 : Le droit à la liberté personnelle, qui fait partie des droits universels de l'homme, comprend le droit de vivre dans sa patrie et de ne pas en être expulsé de force ». V. aussi la suite « Entschließung I », 26-28 avril 1950, *idem*, p. 76 : « Pour l'attribution d'un territoire, la volonté de la population d'origine est un élément décisif. La séparation de

ii. Le « droit à la patrie » en droit international

1044. Il faut souligner que la reconnaissance du droit au retour se trouve aux antipodes de tout mécanisme d'échange obligatoire de populations qui vise à établir une nouvelle répartition des populations, de manière définitive et irréversible. Des critiques à l'égard des échanges de la population auraient pu évoquer la violation de ce droit. Cette argumentation est défendue par Redslob qui dans son Cours à l'académie de la Haye en 1931 évoque de manière explicite le « droit à la patrie » en la qualifiant de droit de l'homme²³²².

1045. Les incertitudes quant au statut et l'existence même d'un tel droit sont dues au fait que la détermination des éléments inhérents à la notion de patrie s'avère difficile en raison de son caractère subjectif²³²³. La notion même de droit à la patrie a été ainsi rejetée par certains auteurs en raison de l'impossibilité de saisir son sens en employant des critères objectifs²³²⁴. D'autres auteurs ont mis en avant le lien intrinsèque entre la notion de la patrie et celle du domicile. Il a ainsi été souligné, que l'attachement à un territoire précis donne du sens juridique au terme de domicile²³²⁵. L'élément intrinsèque aux manifestations de cette notion serait celle de la proximité, qui caractérise le rapport d'une population à un espace déterminé²³²⁶. Le même rapport à l'espace caractérise les personnes déplacées dans le cadre d'un conflit armé non international²³²⁷. Une autre considération importante concerne l'identification du titulaire du « droit à la patrie ».

la population ancestrale de sa terre d'origine sans sa volonté est contraire aux principes du droit international généralement reconnus jusqu'à présent. C'est pourquoi, lors de la codification des droits fondamentaux de l'homme, le droit de rester dans son pays d'origine devait être expressément reconnu ».

²³²² Il considère que la transplantation forcée d'un peuple même si elle peut constituer une cristallisation du principe de l'autodétermination collective, elle engendre le sacrifice du droit à la terre « qui plonge ses racines dans des croyances de justice », p. 45. R. Redslob, *Le principe des nationalités*, CARDI, t. 37, 1931, pp.1-82.

²³²³ En allemand les termes utilisés sont ceux de « *Zusammengehörigkeit* » et « *innere Verbundenheit* ». Tous les deux mettent l'accent sur la relation de l'individu avec un groupe.

²³²⁴ D. Fischer, *Die Aussichten für die Positivierung eines Menschenrechts auf die Heimat*, Würzburg, Thèse, 1966, xxiii-143 p., p.15. L'auteur emploie le terme des rapports/rerelations irrationaux et émotionaux (*Irrationale Verknüpfungen, emotionale Bindungen*) pour démontrer que le terme ne pourrait pas être saisi par la réflexion rationnelle.

²³²⁵ F. du Buy, *Das Recht auf die Heimat im historisch-politischen Prozess*, Euskirchen, VZD, 1974, 200 p., p.22 et s. qui néanmoins considère que le terme de patrie ne pourrait pas se réduire à sa dimension territoriale. Pour Tomuschat la question reste de savoir s'il peut effectivement être considéré comme une figure ayant un contenu juridique tangible ou s'il ne s'agit que d'un ensemble d'aspirations politiques qui n'ont pas obtenu la reconnaissance générale en tant que principe juridique du droit public.

²³²⁶Le rapport d'une population avec son territoire est aussi mis en lumière par le juge Ammon dans son opinion individuelle dans le cadre de l'avis consultatif du Sahara occidental. Son objectif est de s'opposer à la notion de *terra nullius*, qualifiée de « matérialiste » pour y substituer « un concept spiritualiste : le lien ancestral entre la terre, ou la "mère nature", et l'homme qui en est issu, qui y reste attaché, et qui doit y retourner un jour pour s'unir à ses ascendants. Ce lien fonde la propriété du sol ou, mieux encore, la souveraineté. Ce qui revient à nier la notion même de *terra nullius* au sens d'une terre susceptible d'approbation par quelqu'un qui n'en est pas issu », p.85-86. CIJ, *Sahara occidental*, avis consultatif, CIJ Recueil 1975, p. 12.

²³²⁷Depuis 2016, après une longue période de calme, des affrontements violents ont de nouveau eu lieu entre les musulmans Rohingyas du nord du Myanmar et les autorités du pays, qui ont réagi de manière si radicale que des centaines de milliers de personnes ont dû se replier sur le territoire du Bangladesh voisin. La confrontation se poursuit malgré les efforts de l'Assemblée générale et du Conseil des droits de l'homme des Nations unies. Bien que des voies de retour aient été officiellement ouvertes, la majorité des personnes qui ont fui considèrent que les garanties de sécurité offertes

iii. La nature hybride du « droit à la patrie » : un droit individuel et collectif.

1046. Si le terme patrie décrit un rapport d'enracinement à un lieu défini, l'interrogation porte sur le sujet de ce droit. De prime abord, l'hypothèse de l'État en tant que titulaire du droit à un sol doit être exclue. Le droit de l'État à son territoire n'est pas identique au droit d'individus à leur sol natal. En effet, la souveraineté nationale ne se résume qu'en compétence dans un espace spécifique et ne renvoie à aucun droit de propriété sur le sol²³²⁸. Des interrogations émergent quant à l'identification de la nature de ce droit en tant que droit individuel ou droit collectif²³²⁹. La consolidation historique de cette notion démontre qu'elle est fondée sur l'expérience d'expulsions collectives, ordonnées à la suite de la prise en considération d'une nationalité ou d'une appartenance ethnique particulières²³³⁰. En outre, le droit à la patrie est qualifié de droit aux origines (*Stammrecht*) qui comporte plusieurs autres droits individuels²³³¹. Ces droits sont des droits primaires qui permettent aux individus de demander qu'il leur soit permis de rester chez eux, et de ne pas faire l'objet d'expulsions ou de déportations. La facette collective et la facette individuelle du droit à la patrie semblent ainsi être intrinsèquement liées. Quant à la facette de droit individuel, il implique le droit à ne pas être soumis à une pression d'expulsion. Il implique donc un droit à l'abstention de toute mesure ou de tout comportement visant à rendre

sont peu fiables. Il convient également de mentionner les territoires géorgiens de l'Abkhazie et de l'Ossétie du Sud, conquis par les forces russes, d'où les Géorgiens ont été expulsés.

²³²⁸ V. p. ex. H. von Nawiasky, *Allgemeine Staatslehre*, vol.III, Zürich, Benziger, 1956, xiii-173 p., p.45 : « Le territoire national n'est pas un objet sur lequel s'applique un droit subjectif étatique, comme un terrain privé sur lequel s'exerce un droit subjectif privé, à savoir le droit de propriété. Il est plutôt un support spatial, le théâtre de l'activité des organes normaux de l'État. Plus précisément, il s'agit du domaine de compétence spatiale des autorités étatiques [...] Dans les relations internationales, on s'accroche souvent à l'idée selon laquelle le territoire s'apparente à un terrain privé. En cas de changement de frontières, on parle de cession, d'affermage, de vente, de création de droits d'usage étrangers (servitudes d'État). Mais ce ne sont que des analogies, des comparaisons. En termes corrects, il s'agit d'une autre délimitation de l'activité des autorités publiques, d'une modification de leur compétence territoriale ».

²³²⁹ Le Haut Représentant-Commissaire pour les droits de l'homme José Ayala Lasso a déclaré le 6 août 2005 à Berlin devant les *Vertriebenen* : « Parmi les droits collectifs, le droit à l'autodétermination revêt bien sûr une importance particulière pour nous [...]. D'autres droits collectifs, y compris les droits des minorités et le droit à la patrie, ne sont pas encore pleinement mis en œuvre. Cependant, le droit à la patrie n'est pas seulement un droit collectif, mais aussi un droit individuel et une condition préalable à l'exercice de nombreux droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels ». Cité par A. De Zayas, *Die Nemesis von Potsdam : Die Anglo-Amerikaner und die Vertreibung der Deutschen*, *op.cit.*, p.404.

²³³⁰ D. Murswiek, « Die völkerrechtliche Geltung eines Rechts auf die Heimat », pp.17-35, p.21, dans Gornig G.H., Murswiek D., *Das Recht auf die Heimat*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, pp.182, p. 21 : « Le droit à la patrie peut être construit par référence à un individu ou à un groupe. Il est possible d'attribuer un tel droit à chaque individu qui a grandi dans un lieu donné et qui y est intégré dans son environnement social. Historiquement, l'idée d'un droit à la patrie est née de l'expérience des expulsions massives, qui n'étaient pas dirigées contre des individus, mais contre des groupes de personnes en raison de leur spécificité ethnique. Cela pourrait plaider en faveur de la construction d'un droit à la patrie en tant que droit de groupes partageant des caractéristiques ethniques communes et vivant dans leur zone d'établissement traditionnelle ».

²³³¹ Pour la qualification de *Stammrecht* v. Chr. Tomuschat « Das Recht auf die Heimat, neue Rechtliche Aspekte », pp.183-212, dans J. Jekewitz (éd.), *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung. Festschrift für Karl Josef Partsch*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, xviii-615 p, p.188. À la tentative d'identifier les éléments de droit positif qui pourraient fonder ce droit, s'oppose l'approche qui privilégie la compréhension du droit à la patrie comme relevant du droit naturel F. Peeters, « Naturrecht und Recht auf Heimat », p.489-502, dans J. Höffner, A. Verdross, et al. (éd.), *Naturordnung in Gesellschaft, Staat und Wirtschaft, Festschrift für Johannes Messner*, Innsbruck, Tyrolia, 1961, 728 p., not. p.498.

la vie dans le pays d'origine plus difficile et insupportable, afin d'inciter les personnes concernées à le quitter. De plus, le droit de conserver sa propre nationalité peut également être rattaché, en tant que droit complémentaire, au droit primaire à la patrie. Cela s'expliquerait par le fait que le retrait de nationalité constitue souvent la première étape de mise en œuvre d'une mesure d'expatriation. Hormis ces dimensions individuelles, l'appréhension du droit à la patrie en tant que droit collectif ne doit pas être négligée. Le caractère collectif du droit à la patrie s'explique clairement par son attachement au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes²³³².

1047. En effet, un peuple dépourvu de son territoire et de sa patrie ne pourrait pas exercer son droit à disposer de soi-même²³³³. Pour cette raison, par exemple, une agression armée ne constitue pas seulement violation de l'interdiction du recours à la force, mais aussi violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes²³³⁴. La thèse peut être soutenue, en vertu de laquelle le groupe d'individus continue à pouvoir réclamer son droit de retour, pourvu qu'il continue à préserver son identité collective et que le statut territorial n'ait pas changé en raison de l'émergence d'un nouveau droit de disposer de soi-même, exercé par une nouvelle population.

²³³² Dans les années « 90, des résolutions concernant les hostilités dans la péninsule balkanique font référence au droit au retour des réfugiés ou personnes déplacées. V. S/RES/1120 (1997) du 14 juillet 1997 sur la Croatie ; S/RES/1199 (1998) du 23 septembre 1998, S/RES/1203 (1998) du 24 octobre 1998 et S/RES/1244 (1999) du 10 juin 1999 sur le cas du Kosovo ; Accord de Dayton signé le 14 décembre 1995 à Paris, "Annex 7 : Agreement on Refugees and Displaced Persons". Pour le Kosovo v. aussi l'Accord de Rambouillet — Accord intérimaire pour la paix et l'autonomie au Kosovo du 23 février 1999, S/1999/648, Chapitre 4a par. 3. V. aussi le rapport sur la situation des droits de l'homme en Afghanistan, établi par Felix Ermacora, Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, E/CN.4/1991/31, 28 janvier 1991. Le rapporteur spécial évoquait la relation entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le droit de retour des réfugiés afghans : "Par. 75. Le droit à l'autodétermination s'entend aussi en effet du droit d'un peuple de choisir librement son statut politique et son mode de développement économique, social et culturel. Dans son analyse de l'article premier du Pacte internationale relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme a précisé que, pour encourager la réalisation de ce droit, les gouvernements devaient instituer une procédure qui en régitte l'exercice. Par. 76. L'exercice du droit à l'autodétermination implique aussi que les réfugiés puissent revenir dans leur pays s'associer au choix de leur système politique et social". Au lendemain de l'invasion soviétique en Afghanistan, toutes les parties concernées ont été invitées à créer les conditions nécessaires pour que les réfugiés afghans puissent rentrer chez eux. Rés. AG 35/37, du 20 novembre 1980, par. 4 : "L'Assemblée générale demande également à toutes les parties intéressées d'œuvrer pour aboutir d'urgence à une solution politique et à la création des conditions nécessaires qui permettraient aux réfugiés afghans de retourner de leur plein gré dans leurs foyers en toute sécurité et dans l'honneur".

²³³³ V. K. Rabl, *Das Selbstbestimmungsrecht der Völker*, München, Korn, 1963, 276 p., p.173 : « En l'état actuel des choses, la notion de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes peut être définie comme suit : Chaque peuple a le droit de vivre sur son territoire ancestral dans l'unité et la liberté extérieure et intérieure. Dans la mesure où ce droit n'est pas réalisé, il existe une revendication à ce sujet ».

²³³⁴ Dans le cadre du conflit entre le Cambodge et le Viet Nam, l'Assemblée générale a critiqué l'invasion vietnamienne comme une atteinte au droit du peuple cambodgien à l'autodétermination et a souligné le droit inaliénable du peuple cambodgien à retourner dans son pays d'origine. Rés. AG 35/6, 22 octobre 1980. V. le préambule et le par. 9 : « [L'Assemblée générale] demande à nouveau à tous les États d'assurer la réinstallation des personnes déplacées du Kampuchéa qui ont cherché refuge dans des pays voisins et qui ne désirent pas retourner dans leur patrie ». La Commission des droits de l'homme des Nations unies a déclaré que l'occupation du Cambodge par des militaires étrangers violait le droit à l'autodétermination du peuple cambodgien et a reconnu au profit des personnes ayant fui leur propre pays un droit inaliénable de retour. Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, documents officiels 1984, supplément n. 4, Résolution sur la situation au Kampuchea, 1984/12 p. 41 : « Reconnaissant que la persistance de l'occupation illégale du Kampuchea par des forces étrangères a pour effet non seulement d'empêcher le peuple kampuchéen d'exercer son droit à l'autodétermination, mais oblige en outre un grand nombre de Kampuchéens à fuir leur propre patrie et à vivre hors du Kampuchea en tant que réfugiés et personnes déplacées ».

Le droit à la patrie risque de s'affaiblir en cas d'émergence d'un droit à la patrie dont titulaire serait la nouvelle population établie²³³⁵. Bien que le droit à la patrie ne soit pas reconnu en tant que tel en droit international, plusieurs de ses manifestations ou composantes font l'objet de protection par des règles du droit international. L'intérêt porte ainsi sur l'identification des fondements éventuels du droit au retour.

iv. L'émergence progressive d'un droit individuel de retour

1048. Le droit de retour aux domiciles et aux propriétés s'est cristallisé à la suite du déclenchement des conflits armés au lendemain de la Seconde Guerre mondiale²³³⁶. Il s'agit d'un changement de paradigme puisque les populations civiles ne sont plus perçues comme l'objet de contrainte, dont la justification réside dans les atrocités commises par un État, auquel les expulsés sont rattachés. À l'aune de l'évolution du droit international après 1945, plusieurs textes consacrent le droit de l'individu à ne pas faire l'objet de politiques d'expulsion collective et lui reconnaissent le droit de retour²³³⁷.

1049. Jadis, les déplacements massifs de population ne relevaient pas du droit. L'évolution du droit humanitaire d'une part, et du droit des droits de l'homme d'autre part, a rendu possible de donner une forme juridique au lien entretenu entre une personne et un territoire donné. À l'aune du droit international d'aujourd'hui, la notion de civil ennemi, soumis à un déplacement forcé, ne semble plus valide et elle est remplacée par celle du réfugié ou de la personne déplacée dans le cadre de conflits armés non internationaux. En effet, plusieurs articles de la CG IV évoquent la question du rapatriement et du retour « après la fin des hostilités »²³³⁸.

²³³⁵ La conscience d'appartenance collective au groupe se délite en fonction du degré d'intégration dans l'État d'accueil. En cas d'installation de nouveaux habitants dans le territoire en question, un conflit est provoqué. Au fil du temps se consolide un nouveau droit de la part de la population installée qui semble affaiblir le droit des expulsés, indépendamment de l'illicéité de l'événement de la première expulsion. La réalisation de ce droit dépend des facteurs politiques et des relations de pouvoir. D. Murswiek, *Die völkerrechtliche Geltung eines Rechts auf die Heimat, op.cit.*, p.33 : « Le droit à la patrie est donc un droit dont la violation est certes un délit international et peut même constituer un crime au sens du droit pénal international, mais qui tend à se dissoudre pour ainsi dire au fil du temps si sa réalisation ne réussit pas et si la volonté politique de l'imposer s'affaiblit. Ce qui reste alors, ce sont des droits patrimoniaux, dont la réalisation dépend également des rapports de force politiques et de la volonté politique de les faire valoir ».

²³³⁶ Référence au droit de retour a été faite au conflit en Chypre concernant les biens de grecs-chypriotes, le Cambodge ou même l'Afghanistan. Pour un aperçu v. Chr. Tomuschat « Das Recht auf die Heimat, neue Rechtliche Aspekte », *op.cit.*, p.200.

²³³⁷ Pour une présentation du caractère évolutif du droit international et un aperçu des textes internationaux relatifs à l'interdiction des mesures d'expulsion collective et la reconnaissance éventuelle du droit de retour v. A. De Zayas, « The Illegality of Population Transfers and the Application of Emerging International Norms in the Palestinian Context », *Palestinian yearbook of international law*, 1990/1991, pp.17-55, p.39 : « It is not enough to recognize that population transfers are an historical aberration, an anachronism in the light of the Human Rights Covenants. It is necessary for the world community to take action and to insist on the only appropriate remedy to the violation: the implementation of the right to return ».

²³³⁸ CG IV, art. 45, 46, 49, 133, 134. L'art. 45, à propos de l'interdiction du transfert de personnes protégées, stipule que « cette disposition ne saurait faire obstacle au rapatriement des personnes protégées ou à leur retour au pays de leur domicile après la fin des hostilités ».

1050. L'aspect individuel du droit à la patrie est protégé par l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1948 (ci — après DUDHC), qui dans son deuxième paragraphe prévoit le droit de retour au pays²³³⁹. Le sujet de ce droit semble être l'individu ayant personnellement subi la perte de son domicile et de sa patrie²³⁴⁰. La protection du droit de retour est consacrée dans plusieurs autres conventions internationales, dont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après PIDCP)²³⁴¹. Même si l'article 13 du Pacte n'interdit pas expressément l'expulsion collective, dans les observations du Comité des droits de l'homme (ci-après CDH) concernant la situation des étrangers au regard du pacte, la référence à l'interdiction des expulsions collectives est explicite²³⁴². Le droit à la patrie relève aussi du par.4 de l'art. 12 du PIDCP, qui prévoit que « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ».

1051. Toutefois, malgré l'identification des fondements précis du droit à la patrie, certaines limites ont été mises au champ d'application de ce droit, reconnu par plusieurs traités

²³³⁹ Article 13 DUDH : « 1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ». Il est intéressant de noter que le projet de Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) a été discuté successivement au Comité de rédaction de la Commission des droits de l'homme, à la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, et à la Commission des droits de l'homme, sans aucune référence à un droit de retour. Ce n'est que lors de la discussion au sein de la Troisième Commission de l'Assemblée générale en 1948 qu'un amendement à cet effet a été introduit. Selon la déclaration du représentant du Liban, qui a proposé l'amendement, « [l']idéal serait que toute personne puisse entrer dans le pays de son choix, mais il faut tenir compte des faits réels. L'exigence minimale est que toute personne puisse retourner dans son pays. Si ce droit était reconnu, le droit de quitter un pays, déjà sanctionné dans l'article, serait renforcé par l'assurance du droit de retour ». Cité par J. Inglès, *Study of Discrimination in Respect of the Right of Everyone to Leave Any Country, Including his Own, and to Return to his Country* 1 (1963) (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/229/Rev. 1).

²³⁴⁰ Sur l'aspect subjectif du droit Ziegler K., *Fluchtverursachung als völkerrechtliches Delikt*, *op.cit.*, p. 304 : « Plus l'aspect socio-affectif du droit à la patrie l'emporte sur l'aspect territorial pour la personne déplacée, plus la survie de ce droit dépend du fait que d'autres personnes déplacées continuent à voir leur patrie là d'où elles ont été chassées et où elles souhaitent retourner à l'avenir. Si la totalité ou la majorité de la population d'une région a été déplacée et qu'une grande partie ne veut plus y retourner parce qu'elle a fondé une nouvelle patrie ailleurs, le droit à l'ancienne patrie peut cesser d'exister ». V. aussi Comité des droits de l'homme, Observation générale n. 15, Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, par. 10. Il est aussi souligné que les enfants des personnes déplacées ne pourraient pas réclamer un droit de restitution, mais simplement des droits d'indemnisation. Les enfants de personnes déplacées, s'ils ont grandi dans l'État d'accueil, n'ont donc en principe pas de droit d'origine propre dans la zone d'expulsion. On pourrait songer à l'hypothèse où les enfants des personnes déplacées se trouvent dans des camps de réfugiés et n'ont aucune possibilité d'enracinement dans la société de l'État d'accueil.

²³⁴¹ V. Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 5 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 10 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à « égard des femmes », art. 15. Le Comité des droits de l'Homme explique la portée de l'art. 12 (liberté de circulation) du PIDCP dans son observation générale n. 27, UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. (1999). Le Comité souligne que « le droit de retourner dans son pays est de la plus haute importance pour les réfugiés qui demandent leur rapatriement librement consenti ». Le droit de retour est aussi inscrit dans diverses conventions régionales : Le protocole n. 4 de la CEDH, art. 2 et 3 ; La Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 22. Pour une présentation détaillée de l'arsenal juridique relatif au droit de retour v. A. Meffre, *Les déracinés post-conflit : perspectives et lacunes du droit international dans la transition d'après guerre pour les populations réfugiées et déplacées internes*, Univ. du Québec, 2008, 145 p.

²³⁴² Comité des droits de l'homme, Observation générale n. 15 : Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), par. 10 : « L'article 13 ne porte directement que sur la procédure, et non sur les motifs de fond de l'expulsion. Cependant, pour autant qu'il n'autorise que les mesures exécutées à la suite d'une décision prise conformément à la loi », son objectif évident est d'éviter les expulsions arbitraires. D'autre part, il reconnaît à chaque étranger le droit à une décision individuelle ; il s'ensuit que les lois ou décisions qui prévoiraient des mesures d'expulsion collective ou massive ne répondraient pas aux dispositions de l'article 13 ».

internationaux. En effet, il a été mis en avant que l'intention à la fois de la DDHC et du PIDCP « n'était pas ici d'aborder les revendications des masses de personnes qui ont été déplacées en tant que sous-produit de la guerre ou par des transferts politiques de territoire ou de population, comme la relocalisation des Allemands ethniques d'Europe de l'Est pendant et après la Seconde Guerre mondiale, la fuite des Palestiniens de ce qui est devenu Israël, ou le mouvement des Juifs des pays arabes »²³⁴³. La consécration d'un tel droit était ainsi suivie des restrictions précises quant à son invocabilité dans certains contextes historiques, Un cadre historique bien précis est ainsi esquissé qui ne permet pas aux personnes affectées par des mesures de déplacement ayant eu lieu dans cette époque particulière de s'appuyer sur leur droit de retour.

1052. Une autre interrogation majeure porte sur l'identification du lien qui doit exister entre un individu et l'État auquel incombe l'obligation de respecter le droit de retour.

v. La nécessité d'un lien d'attachement à l'État de retour.

1053. Tant la CEDH que la Convention américaine des droits de l'homme (ci-après CADH) limitent expressément le droit de retour à l'État dont la personne est ressortissante. Elles font ainsi référence au droit d'entrée de la personne dans « son propre pays »²³⁴⁴. Cela soulève la question de savoir, si le pays auquel un individu a le droit de retourner est l'État dont il a la nationalité officielle, ou si seul un lien non formel avec un territoire serait suffisant. Si cette dernière interprétation est retenue, le concept de nationalité, à savoir l'existence d'un lien juridique entre l'individu et l'État donnant lieu à des droits et obligations mutuels, ne constitue qu'un point de départ de l'interprétation de « son propre pays ». Dans ce cas, l'expression « de

²³⁴³ S. Jagerskiold, « The Freedom of Movement », pp.166-180, dans L. Henkin (éd.), *The international bill of rights : the covenant on civil and political rights*, Columbia University Press, New York, 1981, x-523 p., p.180 : « This right is intended to apply to individuals asserting an individual right. There was no intention here to address the claims of masses of people who have been displaced as a byproduct of war or by political transfers of territory or population, such as the relocation of ethnic Germans from Eastern Europe during and after the Second World War, the flight of Palestinians from what became Israel, or the movement of Jews from the Arab countries (....) [T]he Covenant does not deal with those issues and cannot be invoked to support a right to "return". These claims will require international political solutions on a large scale ». Toutefois, il a été mis en avant que rien dans le texte ou les travaux préparatoires des dispositions pertinentes de la DUDH, du PIDCP ou de la CIEDR ne limite l'application du droit au retour aux cas individuels de refus de rapatriement. En fait, il a été soutenu que les rédacteurs n'avaient pas l'intention d'exclure les mouvements de masse de réfugiés et de personnes déplacées du champ d'application de ce droit. V. à ce sujet H. Hannum, *The right to leave and return in international law and practice*, Dordrecht, Nijhoff, 1987, xiii-189 p., p.60: « There is a difference between acknowledging that a right to return exists although in certain instances it may not be implementable due to the unresolved political situation-and declaring that the issue of the return of large groups is beyond the scope of international law and resolvable only as part of ongoing political negotiations ».

²³⁴⁴ Protocole n. 4 à la CEDH, Article 3 (2) : « Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ». CADH, Article 22(5) : « No one can be expelled from the territory of the State of which he is a national or be deprived of the right to enter it ». PIDCP Article 12(4) : « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». DUDH 1948 Article 13(2) : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

son propre pays » ne serait pas réductible à ce lien formel²³⁴⁵²³⁴⁶. Alors que la nationalité formelle ou *de jure*, telle que reconnue par le droit interne, constitue une preuve *prima facie* de l'existence d'un « pays », en son absence, un demandeur peut toujours invoquer un droit au retour dans un pays « en remplissant une combinaison de critères objectifs et subjectifs indiquant ses liens étroits avec le pays en question, y compris la propriété, les liens familiaux, le centre d'intérêts, l'attachement au pays en question et les intentions exprimées pour l'avenir »²³⁴⁷. Le droit de retourner dans « son propre pays » soulève des difficultés supplémentaires lorsqu'il est appliqué à des individus qui n'ont eu aucun lien physique avec le pays et n'en ont pas été les citoyens. Dans cette hypothèse, le demandeur doit démontrer, qu'un lien étroit fondé sur ces critères existait dans le passé, que ce lien a été arbitrairement rompu et que, par conséquent, le droit à son rétablissement par le biais du droit au retour devait être assuré²³⁴⁸.

vi. La rupture du lien de rattachement avec la patrie et l'extinction du droit de retour

1054. Il peut ainsi être aisément constaté que l'exécution du droit au retour s'avère irréalisable lorsque les causes du déplacement initial demeurent. Même la définition du pays d'origine peut poser des problèmes lorsque les frontières et les régimes politiques ont fait l'objet de

²³⁴⁵ Les travaux préparatoires n'offrent pas d'indices favorables à une interprétation restrictive de l'expression « de son propre pays » pour qu'elle renvoie, de manière exclusive, au pays dont la personne a la nationalité. Le contenu exact de cette expression reste ainsi indéterminé. Pour cette argumentation, v. K. Lawand, « The right to return of Palestinians in international law », *International journal of refugee law*, 1996, pp.532-568, p.550 ; H. Hannum, *The right to leave and return in international law and practice, op.cit.*, p.56 : « During the debates in the UN Commission on Human Rights and General Assembly on the adoption of Art. 12 4 of the Covenant, reference was made to three distinct groups : nationals (or citizens) of q country living or who have lived in a country, nationals or citizens born outside the country and who have never lived therein, and permanent residents or others who have a legal right to residence within a country but are not nationals thereof ».

²³⁴⁶ Cette interprétation est retenue par le Comité des Droits de l'homme. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 novembre 1999, Observation générale n° 27 sur l'article 12 (4) établit que l'expression « son propre pays » s'applique à un groupe de personnes beaucoup plus large que les simples « ressortissants » d'un État. Le langage est destiné à inclure : « les ressortissants d'un pays qui ont été déchus de leur nationalité en violation du droit international, [...] les personnes dont le pays de nationalité a été incorporé ou transféré à une autre entité, dont la nationalité leur est refusée [...] et] les apatrides arbitrairement privés du droit d'acquérir la nationalité du pays de [leur] résidence de longue durée ».

²³⁴⁷ K. Lawand, « The right to return of Palestinians in international law », *op.cit.*, p.557 : « What the claimant must show is that a close link based on these criteria existed in the past, that it has been arbitrarily severed, and that consequently, he or she has a right to its restoration through the right to return. It may be that a person has such a 'genuine connection' with more than one State. Where a claim to return is weakened by the prolonged absence of the claimant due to factors beyond his or her control, including those resulting directly or indirectly from action by the government of the country of origin, these factors will weigh in the claimant's favor against an otherwise weakened "genuine link" ». Même la longue durée de résidence suffit, pour certains, pour qu'une personne puisse qualifier un pays de « sien », tandis que le point de vue le plus largement répandu considère qu'un simple « sentiment d'appartenance » est suffisant, si un lien historique, culturel, traditionnel, religieux, familial similaire avec le lieu peut être prouvé. V. H. Hannum, *The right to leave and return in international law and practice, op.cit.*, p.56.

²³⁴⁸ v. *Strasbourg Declaration on the Right to Leave and Return*, adoptée le 26 November 1986 par un groupe d'experts qui avait comme objectif d'animer la discussion scientifique autour de l'article 13 de la DUDH et de l'article 12 du PDCP. L'article 8 de la déclaration précise que : « [o]n humanitarian grounds, a state should give sympathetic consideration to permitting the return of a former resident, in particular a stateless person, who has maintained strong *bona fide* links with that state », v. H. Hannum, « The Strasbourg Declaration on the right to leave and return », *AJIL*, 1987, pp.432-438.

changements. D'autres facteurs sont susceptibles à rendre compliquée la reconnaissance d'un tel droit, comme p. ex. un état de guerre continu, des échanges de population de facto ou même la prétention d'un État d'esquisser de nouveau les contours de ses propres ressortissants en fonction de leur loyauté à son égard²³⁴⁹. Il n'est pas exclu que des circonstances extérieures rendent la protection du droit de retour irréalisable et illusoire.

1055. Cette hypothèse d'un affaiblissement éventuel du lien à la patrie renvoie à des interrogations relatives à l'objet de ce droit. Il semble que la possibilité de réalisation du droit à la patrie présuppose la conception d'une patrie concrète dans laquelle s'enracine la personne²³⁵⁰. En cas de changement radical survenu sur la patrie originaire, le droit au retour ne pourrait pas être réclamé.

1056. Si ce caractère concret du droit à une patrie est pris en compte, le droit au retour des victimes d'expulsions massives serait difficilement défendable. Si la patrie originaire n'existe pas, le droit au retour ne peut pas être reconnu au profit des personnes expulsées. Le même constat s'impose, si des raisons spéciales liées à un contexte spécifique rendent licite une politique de reconfiguration de l'ancienne patrie des personnes expulsées. Ce raisonnement pourrait être appliqué à la réclamation d'un droit au retour de la part des Allemands de l'Europe de l'Est. En effet, une politique dictée par l'objectif de punition collective de l'Allemagne semble ne pas être conforme avec la reconnaissance d'un droit à la patrie²³⁵¹²³⁵².

1057. La rupture du lien avec la patrie ainsi que ses répercussions éventuelles sur la reconnaissance d'un droit de retour se trouve aussi au centre des considérations relevant de la protection internationale accordée aux réfugiés.

vii. Le droit de retour en faveur des réfugiés.

1058. Tout d'abord, il faut souligner que la protection accordée aux réfugiés en vertu du droit international renvoie à des droits individuels et non pas de droits collectifs. L'individu n'est pas

²³⁴⁹ A. Dowty, *Closed Borders. The contemporary assault on freedom of movement*, New Haven, Yale University press, 1987, xvi-270 p., p.110.

²³⁵⁰ La distinction est proposée entre le droit naturel d'un individu à une patrie en tant que telle (droit qui dérive d'un besoin fondamental de la nature humaine) et le droit naturel de l'individu au lieu ou au pays concrets qui constituent sa patrie v. à ce sujet P. Hadrossek, *Stand und Kritik der rechtstheoretischen Diskussion zum natürlichen Recht auf die Heimat*, *op.cit.*, p.115 ; K. Ziegler, *Fluchtverursachung als völkerrechtliches Delikt*, *op.cit.*, p. 238 : « Le droit à la patrie a un caractère purement défensif, lié au *statu quo*. Il n'existe donc pas de droit abstrait à la patrie, mais seulement un droit de rester dans son propre État ou le droit de rester dans son "propre pays". Le droit à la patrie ne se réfère pas seulement à l'unité territoriale de l'État, mais renvoie aussi à l'entité sous-jacente nommée "patrie" en tant qu'espace social de référence et protège également le sentiment d'appartenance à un espace donné ».

²³⁵¹ Chr. Tomuschat « Das Recht auf die Heimat, neue Rechtliche Aspekte », *op.cit.*, p.184.

²³⁵² L'auteur yougoslave Vojin Dimitrijevic a ouvertement déclaré qu'il fallait être généralement prudent lorsqu'il s'agissait d'aborder le droit de retour des réfugiés : « En effet, les Allemands qui ont dû quitter les parties du Reich annexées à la Pologne et à l'URSS après la Seconde Guerre mondiale sont ceux qui invoquent le plus volontiers et le plus fréquemment le soi-disant droit au sol ». V. Dimitrijevic, *Rechtsstellung der Palästinaflüchtlinge*, Internationale Politik, Belgrad, Heft 427, 1968, cité par Tomuschat, *idem*, p. 187.

perçu comme membre d'un groupe et la finalité poursuivie par le droit des réfugiés n'est pas le retour dans une condition antérieure, mais la protection contre des menaces de persécution²³⁵³. La finalité des règles protectrices de son statut n'est ainsi ni son retour à sa condition antérieure, ni une indemnisation pour les pertes subies. En revanche, l'objectif même du droit d'asile est la cessation de tout rapport avec un État qui procède à des mesures de persécution. L'opposition entre les droits relevant du statut du réfugié et le droit au retour est ainsi manifeste. Le droit à la patrie présuppose la volonté de retour et le refus de toute intégration complète à l'État d'accueil. Toutefois, cette appréciation doit être nuancée. En vertu du droit des réfugiés, le principe du droit absolu des réfugiés au retour sur une base volontaire à leur lieu d'origine (y compris vers leur foyer d'origine) est central à la mise en œuvre des solutions durables conçues par la communauté internationale pour faire face aux flux de réfugiés. Parmi les trois solutions durables — le rapatriement volontaire (c'est-à-dire le retour), l'intégration volontaire dans le pays d'accueil et la réinstallation volontaire — le Haut-Commissariat pour les Réfugiés considère que le rapatriement volontaire est la solution la plus appropriée aux problèmes des réfugiés²³⁵⁴. Par conséquent, le droit au retour semble en partie relever du droit des réfugiés, puisqu'il se présente comme l'une des alternatives envisageables pour remédier à leur situation précaire.

1059. Le terme droit au retour permet ainsi de saisir certaines manifestations du « droit à la patrie ». En effet, le « droit à la patrie » est ainsi perçu comme une notion plus large comprenant la règle de non-expulsion des membres d'un groupe de son territoire, la règle du retour à la suite de pressions qui leur ont été exercées ou sous la force d'un conflit, ainsi que la règle d'interdiction de modification du rapport dans la population du territoire occupé par des

²³⁵³ Néanmoins, la Convention de Genève de 1951 dans la définition même du réfugié fait allusion à un critère collectif, à savoir la race, la religion, la nationalité, ou l'appartenance à un certain groupe social ou politique. Le cercle des personnes affectées par de mesures de persécution, est ainsi esquissé par référence à ces critères. Toutefois, le sujet du droit au statut du réfugié reste l'individu et non pas le groupe, en tant que tel. Chaque individu a la prétention de ne pas être persécuté pour des raisons liées à sa race, à sa religion, à sa nationalité, à son appartenance à un groupe ou pour ses convictions politiques. La doctrine y voit une conception individualiste et volontariste qui s'inspire des droits de l'homme, mais regrette le fait que l'aspect primordial de la collectivité soit négligé. P. Hadrossek, *Stand und Kritik der rechtstheoretischen Diskussion zum natürlichen Recht auf die Heimat*, *op.cit.*, p.113. L'auteur attribue même une personnalité juridique propre au groupe des personnes expulsés. « Toute conception individualiste et volontariste néglige une partie de la réalité. C'est que l'homme est en même temps un individu et un membre d'une communauté. En traitant la patrie comme si elle était identique au simple domicile, c'est-à-dire comme si elle constituait une donnée individuelle et non pas un phénomène essentiellement collectif, et en déterminant le droit à la patrie comme un droit purement individuel, on ne tient pas compte de certaines réalités et on présente mal, par conséquent, le véritable état de choses ».

²³⁵⁴ HCR, Executive Committee Conclusion No. 18 (XXXI) 1980, Voluntary Repatriation; HCR, Executive Committee Conclusion No. 40 (XXIX) 1985, Voluntary Repatriation.

habitants qui possèdent la nationalité de la puissance occupante. C'est l'association de ces éléments qui rend saisissable le sens du « droit à la patrie »²³⁵⁵.

1060. La reconnaissance du droit de retour, en tant que composante principale du « droit à la patrie », se cristallise, en cas de violation, à des réclamations dont une partie concerne les biens abandonnés. La réclamation principale qui est susceptible d'assurer la protection du droit de retour et aussi du droit à la patrie est la restitution des biens abandonnés. L'incompatibilité de la reconnaissance d'un tel droit avec toute conception de saisie des biens abandonnés en tant que réparations de guerre est manifeste. La corrélation entre droit au retour et droit à la restitution des biens est ainsi aisément compréhensible.

b. La saisie définitive des biens abandonnés en tant que conséquence du refus de reconnaissance du droit de retour.

1061. Certains États ne souhaitant pas mettre en place un mécanisme de restitution des biens des personnes expulsées ne reconnaissent pas à leur profit un droit de retour. La non-reconnaissance d'un droit de retour permet ainsi la non-remise en cause de la saisie des biens abandonnés par les populations expulsées. Cette explication se trouve derrière le refus de l'État d'Israël (i) de reconnaître un droit de retour aux Palestiniens ayant fui le pays pendant la guerre de 1948²³⁵⁶. Le non-octroi du droit de retour aux Palestiniens (ii) est la condition de non-contestation de la saisie des biens abandonnés.

i. Le refus de l'État d'Israël de mettre en œuvre un droit de retour au profit des Palestiniens.

1062. Le débat autour de la reconnaissance d'un droit de retour en faveur des populations expulsées a surgi à la suite de la fondation de l'État d'Israël. L'interrogation portait sur la reconnaissance d'un tel droit au profit des Palestiniens. Ce droit pouvait se concrétiser à des revendications concrètes pour la restitution des biens privés abandonnés par les réfugiés palestiniens. Dans sa résolution 181 de 1947, l'assemblée générale de l'ONU a exprimé son opposition aux expropriations encourues en Palestine, fondées sur les critères de nationalité ou

²³⁵⁵ Tomuschat, « Das Recht auf die Heimat, neue Rechtliche Aspekte », *op.cit.*, p.204 : « Si l'on résume ces affirmations juridiques, elles ne représentent rien d'autre, dans leur lien mutuel, que ce que l'on peut comprendre, en termes de contenu, par le terme droit à la patrie. Ce dernier suppose un lien entre l'homme et son environnement ancestral, qui mérite une protection juridique. Ce droit de rester sur le lieu des ancêtres n'est pas spécifiquement souligné en tant que tel, mais il constitue la prémisse logique de ces trois règles ».

²³⁵⁶ Le rejet du droit de retour par l'État d'Israël a conduit plusieurs auteurs à souligner les similitudes du sort des Palestiniens réfugiés avec le sort des 1 Allemands des Sudètes expulsés de la Tchécoslovaquie. B. Morris, *The Birth of the Palestinian Refugee problem revisited*, Cambridge, Cambridge University press, 2004, xxii-640 p., p. 324. Le parallélisme entre la situation des expulsés allemands revendiquant le droit à la patrie et celle des réfugiés palestiniens a été mis en avant très tôt par la doctrine. F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, München, Beck, 1960, 1. vol., pp. xx-505, p.75

d'appartenance à une ethnie des propriétaires des biens²³⁵⁷. La résolution prévoyait même des indemnités pour les Palestiniens Arabes, victimes de saisies systématiques de leurs biens par l'État d'Israël.

1063. Le droit de retour a été revendiqué au profit des Palestiniens dans le rapport du médiateur pour la Palestine du 16 septembre 1948. Dans son rapport, le droit de retour a été explicitement lié au droit de restitution ou de compensation des biens privés²³⁵⁸. L'Assemblée générale est revenue sur les droits des Palestiniens de rentrer à leurs propriétés ou de réclamer des indemnités dans la Résolution 194 (III) du 11 décembre 1948, et a créé la Commission de conciliation des Nations Unies (CCNU), un mécanisme responsable pour faciliter la mise en œuvre de solutions durables pour les réfugiés en Palestine²³⁵⁹.

1064. Les Palestiniens réclamaient la reconnaissance d'un droit au retour et à la restitution de leurs biens en vertu du paragraphe 11 de la Résolution 194 (III) de l'AG du 11 décembre 1948²³⁶⁰. Cette résolution identifie de manière explicite trois droits distincts que les réfugiés palestiniens, à la fois à titre individuel et collectif, sont autorisés à exercer en vertu du droit international, à savoir le retour, la restitution et l'indemnité²³⁶¹. La Résolution précise aussi que les réfugiés qui choisissent de ne pas exercer leur droit au retour ont le droit d'être réinstallés et de recevoir une compensation pour leurs pertes²³⁶². Malgré cette reconnaissance explicite d'un tel droit, les points de vue quant à la valeur juridique attribuée à cette reconnaissance divergeaient considérablement.

²³⁵⁷ Rés. AG 181 (II), 29 novembre 1947, Chap. 2 par. 8 : « Aucune expropriation d'un terrain possédé par un Arabe dans l'État juif (par un Juif dans l'État arabe) ne sera autorisée, sauf pour cause d'utilité publique. Dans tous les cas d'expropriation, le propriétaire sera entièrement et préalablement indemnisé, au taux fixé par la Cour suprême ».

²³⁵⁸ Progress Report of the United Nations Mediator on Palestine submitted to the Secretary-General for transmission to the Members of the United Nations in pursuance of paragraph 2, part II, of Resolution 168 (S-2) of the General Assembly of 14 May 1948, 16, para. 3(e) : « (T)he right of innocent people, uprooted from their homes by the present terror and ravages of war, to return to their homes, should be affirmed and made effective, with assurance of adequate compensation for the property of those who may choose not to return ».

²³⁵⁹ Rés. AG 194 (III), 11 décembre 1948, par. 11 : « Décide qu'il y a lieu de permettre aux réfugiés qui le désirent, de rentrer dans leurs foyers le plus tôt possible et de vivre en paix avec leurs voisins, et que des indemnités doivent être payées à titre de compensation pour les biens de ceux qui décident de ne pas rentrer dans leurs foyers et pour tout bien perdu ou endommagé lorsque, en vertu des principes du droit international ou en équité, cette perte ou ce dommage doit être réparé par les gouvernements ou autorités responsables ».

²³⁶⁰ *Idem*.

²³⁶¹ L'une des premières formulations du droit au retour se trouve dans le rapport d'activité de 1948 du Médiateur des Nations Unies pour la Palestine à l'Assemblée générale : « Le droit des réfugiés arabes de retourner dans leurs foyers en territoire contrôlé par les Juifs le plus tôt possible devrait être affirmé par les Nations Unies, et leur rapatriement, leur réinstallation et leur réhabilitation économique et sociale, ainsi que le paiement d'une compensation adéquate pour les biens de ceux qui choisissent de ne pas retourner, devraient être supervisés et assistés par les Nations Unies ». Progress Report of the United Nations Mediator on Palestine — Submitted to the Secretary-General for Transmission to the Members of the United Nations, UN doc. A/648 (18 Sept. 1948)

²³⁶² Sur l'analyse des formules employées par la Résolution v. T. Miller, *Die Frage der Rückkehr palästinensischer Flüchtlinge unter Berücksichtigung der Lösungsansätze der Vereinten Nationen*, Frankfurt am Main, Lang, 2007, xiii-478 p., p.322-328 et B. Parameswaran, « Vertreibung und Rückkehr », *op.cit.*, pp.7 et s.

1065. Tout d'abord, il faut souligner que la Résolution 194 (III) de 1948 faisait référence à l'obligation de permettre le retour des réfugiés à leurs foyers « le plus tôt possible » (*the earliest practicable date*). Cette formule a fait l'objet de plusieurs interprétations selon lesquelles, l'obligation d'assurer les conditions du retour pouvait être respectée par des dispositions relevant d'un traité de paix futur. Il est évident qu'une telle interprétation lui enlève le caractère juridiquement contraignant²³⁶³. Par ailleurs, au cours des décennies qui ont suivi l'adoption de la résolution 194 III, l'Assemblée générale a adopté une série de résolutions appelant les États arabes d'accueil à réinstaller et à intégrer les Palestiniens déplacés et installés dans leurs propres territoires²³⁶⁴. Un projet de réinstallation et d'intégration des Palestiniens dans les États de refuge ne semblait pas compatible avec la reconnaissance d'un droit de retour exercé à l'égard d'Israël.

1066. En outre, la Résolution 194 de la AG, semble avoir été amendée par la Résolution 242 du CS qui dans son article 2 b affirme la nécessité « de réaliser un juste règlement du problème des réfugiés », sans aucune précision quant aux modalités de ce règlement²³⁶⁵. Conformément à cette résolution, le rapatriement des Palestiniens expulsés pourrait être interprété comme dépourvu de nature juridique²³⁶⁶. Ce point de vue semble aussi être partagé par la Commission de Conciliation des Nations Unies pour la Palestine, créée par la Résolution 181 du CS. En effet, cette Commission considérait qu'un rapatriement sans restriction n'était ni une option réalisable ni une option privilégiée et que par conséquent toute décision concernant le retour

²³⁶³ Les défenseurs de la cause palestinienne interprètent la Résolution comme texte réaffirmant de manière explicite le droit de retour. Les opposants mettent l'accent sur le caractère non-contraignant du texte de la Résolution. Pour une analyse des positions respectives v. G. J. Tomeh, « Legal Status of Arab Refugees », *Law and contemporary problems*, 1968, pp.110-124, not. p.118 ; R. Lapidoth, « The right of return in International law, with special reference to the Palestinian refugees », *Israel yearbook on human rights*, 1968, pp.103-125.

²³⁶⁴ Rés. AG 513 (VI), 26 janvier 1952, not. Art. 2,3 ; Rés. AG 2452 B (XXIII), 19 décembre 1968, par. 1 : « [L'Assemblée Générale] note avec un profond regret que ni le rapatriement ni l'indemnisation des réfugiés prévus au paragraphe 11 de la résolution 194 (III) de l'Assemblée Générale n'ont encore eu lieu, qu'aucun progrès notable n'a été réalisé en ce qui concerne le programme de réintégration des réfugiés, soit par le rapatriement soit par la réinstallation, programme que l'Assemblée Générale a fait sien au par. 2 de la résolution 513 (VI), et que, de ce fait, la situation des réfugiés continue d'être un sujet de grave préoccupation ».

²³⁶⁵ Il ne doit pas être négligé que parallèlement à sa réaffirmation continue de la Résolution 194 (III), l'Assemblée générale s'est concentrée sur des programmes qui incluraient la réinstallation des réfugiés dans les pays arabes. Selon l'article 4 de la résolution 393 (V) du 2 décembre 1950 l'Assemblée générale estime que « sans préjudice des dispositions du paragraphe 11 de la résolution 194 (III), adoptée par l'AG le 11 décembre 1948, la réintégration des réfugiés dans la vie économique du Proche Orient, soit par le rapatriement soit par la réinstallation, est essentielle en prévision de l'époque où l'aide internationale ne sera plus disponible et pour assurer la paix et la stabilité dans cette région ». Dans les années suivantes, avec la consolidation de la majorité anti-israélienne à l'Assemblée générale, le ton des Résolutions concernant les réfugiés de 1948 a changé. À partir de 1981, les résolutions de l'Assemblée générale font référence au droit des réfugiés arabes de Palestine à leurs biens et aux revenus provenant de leurs biens » p. ex. AG/Rés.36/146C du 16 décembre 1981.

²³⁶⁶ Pour cette interprétation v. E. Benvenisti, E. Zamir, « Private claims to property rights in the future Israeli-Palestinian settlement », pp. 326 et s.

devait être coordonnée avec le gouvernement israélien au lieu de lui être imposée²³⁶⁷. À cet État incombait le rôle de préciser les conditions d'exercice du droit de retour.

1067. Selon la Résolution 194, le droit au retour est confié aux réfugiés « souhaitant vivre en paix avec leurs voisins ». En vertu de cette disposition, l'État d'Israël revendiquait le droit de filtrer les réfugiés réclamant leur retour selon ses propres critères. L'État d'Israël pourrait ainsi être reconnu comme titulaire d'un pouvoir discrétionnaire quant à la réalisation de ce retour. Des doutes légitimes apparaissent quant au caractère arbitraire d'une telle prérogative. En effet, par le recours à des critères particulièrement restrictifs, les autorités israéliennes pourraient rendre le droit de retour des Palestiniens totalement inefficace. Le non-octroi du droit de retour aurait, par ailleurs, comme conséquence la non-contestation des actes de saisie des biens abandonnés. L'interrogation porte ainsi sur les conditions qui doivent être remplies pour qu'un État se voie obligé d'octroyer le droit de retour.

1068. L'État ne serait pas autorisé à refuser le droit de retour pour des raisons arbitraires. Cette obligation émane probablement de l'art. 12 du PIDCP. En effet, l'art.12 reconnaît la liberté de circulation, du choix de résidence et la liberté de quitter un pays. Le paragraphe 3 de l'art. 12 du Pacte permet de limiter ces libertés, pour des raisons liées à la protection de la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui. Cependant, il ressort de la formulation et de l'économie de l'article 12 que le paragraphe 3 ne s'applique qu'aux droits mentionnés aux paragraphes 1 et 2 qui concernent le droit de circuler librement, de choisir sa résidence et de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. Or, le par. 4 dispose que « nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays »²³⁶⁸. Il semble ainsi que les restrictions visées au paragraphe 3 ne s'appliquent pas à cette disposition censée consacrer le droit de retour. Par conséquent, la seule restriction au droit de retour prévu au paragraphe 4 découle du qualificatif employé « arbitraire ». Par le biais d'une interprétation extensive de ce qualificatif, des considérations de politique de sécurité pourraient être présentées comme des raisons objectives susceptibles d'exclure le retour²³⁶⁹. Toutefois,

²³⁶⁷ Progress Report of the United Nations Mediator on Palestine — Submitted to the Secretary-General for Transmission to the Members of the United Nations, UN doc. A/648 (18 Sept. 1948), p. 5, sec. 32 : « The areas from which the refugees came are no longer vacant, and any movement of return would have to be carefully worked out and executed with the active co-operation of the Government of Israel. Therefore it is indispensable that this Government should have definite, concrete figures on which to work, so that it can integrate plans of repatriation into its own economy. On the other hand, it is equally necessary that the refugees who opt to return do so in the full knowledge of the actual conditions under which they would be repatriated ».

²³⁶⁸ V. en détail J. Quigley, « Displaced Palestinians and a right of return », *Harvard international law journal*, 1998, pp.171-229, not. p.201.

²³⁶⁹ R. Lapidoth « The right of return in International law, with special reference to the Palestinian refugees », *op.cit.*, p.115. L'auteur considère qu'Israël n'est pas tenu de faciliter le retour des réfugiés palestiniens tant qu'il se trouve dans une situation d'urgence publique au sens de l'article 4, paragraphe 1, du PIDCP. Contre cette interprétation Parameswaran, *op.cit.*, p.39. Il explique que la référence au caractère arbitraire est due au fait que certains États qui

une décision de rejet du droit de retour pour des considérations sécuritaires dépendrait toujours des circonstances. Par conséquent, une politique conséquente de rejet d'un tel droit ne pourrait pas être fondée sur cette argumentation. Le refus d'octroi du droit de retour pour des considérations de sécurité ne peut qu'être provisoire.

1069. Il faut par conséquent examiner, si l'État pourrait refuser l'octroi d'un tel droit pour une autre raison non conjoncturelle. Une telle raison pourrait être l'absence de lien des personnes réclamant le droit de retour avec l'État censé obligé le mettre en œuvre. L'exemple du cas des réfugiés palestiniens offre un cadre de réflexion assez riche à ce sujet.

ii. L'identification des titulaires du droit de retour.

1070. L'interrogation porte sur l'identification du lien qui doit unir les titulaires du droit de retour avec l'État censé mettre en œuvre ce droit. Un tel lien pourrait être le lien formel de nationalité. Selon cette hypothèse, seuls les ressortissants de l'État seraient autorisés à réclamer la protection de leur droit de retour (a). Cette réflexion met en exergue le rapport intrinsèque qui existe entre une politique d'octroi ou de retrait de nationalités, de reconnaissance du droit de retour, et de demande de restitution des biens abandonnés (b).

a. Le droit de retour reconnu au profit des ressortissants de l'État.

1071. En effet, seules les personnes auxquelles l'État choisirait d'attribuer sa nationalité ou de ne pas la retirer seraient titulaires du droit de retour dont l'exercice pourrait donner lieu à la restitution des biens abandonnés. Si l'État est souverain quant à l'attribution et le retrait de sa nationalité, il est l'arbitre final des bénéficiaires du droit de retour. Dans les cas des réfugiés palestiniens, la reconnaissance d'un droit de retour et par conséquent d'un droit de restitution des biens ne serait envisageable qu'après considération du lien entretenu avec l'État d'Israël.

1072. L'identification du lien des réfugiés palestiniens avec l'État d'Israël présente plusieurs particularités liées à la création de cet État. Il faut souligner que pendant le mandat britannique,

approuvaient l'exil en tant que sanction pénale craignaient de ne pas pouvoir la maintenir, si le droit de retour était reconnu de manière inconditionnelle. À la lumière de cela, Parameswaran souligne que « la règle se présente comme un compromis en ce sens qu'elle utilise la caractéristique de l'arbitraire pour n'interdire que la peine de l'exil qui ne se fonde pas sur une disposition précise. Étant donné que les exceptions doivent être interprétées de manière restrictive, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, toute restriction au droit d'entrée en dehors d'un exil légal doit être considérée comme une violation de l'article 12, paragraphe 4, du PIDCP ».

tous les habitants de la Palestine étaient des « citoyens palestiniens » en vertu du décret de 1925 sur la citoyenneté palestinienne. La question soulevée concerne la reconnaissance d'une obligation incombant à l'État successeur, en l'occurrence l'État d'Israël, de reconnaître un droit de retour aux ressortissants de l'ancienne structure étatique, en l'occurrence la Palestine mandataire.

1073. En vertu des règles du droit international, lorsqu'un territoire subit un changement de souveraineté, le droit de la succession d'États exige que les habitants habituels du territoire géographique passant sous la nouvelle souveraineté se voient offrir la nationalité par le nouvel État²³⁷⁰. Cette règle s'applique, indépendamment du fait que les résidents habituels du territoire ainsi affecté soient présents physiquement sur le territoire concerné par le changement de souveraineté, à la date effective de celui-ci ou non. Ce n'est qu'en cas de renonciation volontaire que l'ancienne nationalité est maintenue, sinon le changement de nationalité est présumé avoir eu lieu²³⁷¹. L'attribution de nationalité par l'État successeur est ainsi soumise à des restrictions fondées sur les devoirs envers les autres États et sur les règles contre la déchéance de nationalité et la discrimination arbitraires²³⁷². À la lumière de ces règles doit être examinée la pratique israélienne relative à l'attribution de nationalité.

1074. La loi israélienne sur la nationalité de 1952 ne semble pas avoir respecté ces règles. En effet, à la lumière des conditions restrictives d'acquisition de la nationalité israélienne — parmi lesquelles figurait la résidence dans l'État d'Israël — les réfugiés palestiniens de la guerre de

²³⁷⁰ Ch.Ch. Hyde, *International law chiefly as interpreted and applied by the United States*, *op. cit.*, p.1090 : « Whenever a State acquires from another a part of its territory the inhabitants of the area transferred, who were nationals of the former sovereign are in the absence of agreement, collectively naturalized ».

²³⁷¹ J. Kunz, *L'option de nationalité*, RCADH, 1930, recueil t. 31, pp.107-176.

²³⁷² v. I. Brownlie, *Principles of Public International law*, Oxford, Clarendon, 1990, xlviii-748 p., pp.664-665 : « Sovereignty denotes responsibility, and a change of sovereignty does not give the new sovereign the right to dispose of the population concerned at the discretion of the government. The population goes with the territory: on the one hand, it would be illegal, and a derogation from the grant, for the transferor to try to retain the population as its own nationals, and, on the other hand, it would be illegal for the successor to take any steps which involved attempts to avoid responsibility for conditions on the territory, for example by treating the population as de facto stateless ». V. aussi J.M Chan, « The Right to a nationality as a human right », *Human Rights Law Journal*, 1991, pp.1-14, p.4 : « [A]ll persons who have a genuine and effective link with the new State will automatically acquire the nationality of the new State. It is primarily within the competence of each State to determine what constitutes a genuine and effective link in the conferment of its nationality, subject to the presumption of avoidance of statelessness and the duty not to enact or apply any law on a discriminatory basis. Habitual residence will give rise to the presumption of a genuine and effective link ». Il paraît qu'après 1945 le principe général de non-discrimination met des bornes à la possibilité d'un État de mettre en œuvre une politique arbitraire de déchéance de nationalité. Toutefois, cette règle ne semble pas relever du droit international coutumier. Hannum H., *The right to leave and return in international law and practice*, *op.cit.*, p. 62 : « Denationalization cannot violate treaty obligations which the denationalization state has accepted. Here the various multilateral human rights treaties are obviously relevant, although if one looks solely at the right to a nationality rather than the right to return to one's country, only the American Convention on Human Rights and the Universal Declaration of Human Rights prohibits the arbitrary deprivation of nationality ».

1948 n'étaient pas considérés éligibles à son obtention²³⁷³. Ce choix de critères pourrait être qualifié d'arbitraire, du point de vue du droit international²³⁷⁴.

1075. Conformément à ce raisonnement, le refus d'octroi du droit de retour aux Arabes palestiniens, habitant jadis les territoires sur lesquels l'État d'Israël exerce sa compétence territoriale en tant qu'État souverain, était illicite. L'État d'Israël aurait dû octroyer un tel droit à des personnes qui auraient dû être reconnues comme ses propres ressortissants en vertu du droit de succession des États. Si un tel droit de retour leur était reconnu, l'exercice d'une demande de restitution des biens abandonnés aurait été envisageable.

1076. Une référence s'impose à l'obligation de reconnaissance d'un droit de retour aux réfugiés palestiniens relevant de la bande de Gaza et de la Cisjordanie. L'obligation de reconnaissance d'un tel droit émane du droit humanitaire. En vertu du droit humanitaire, il existe un droit général de retour, qui s'applique à toutes les personnes déplacées, indépendamment de la manière dont elles ont été déplacées lors du conflit. Cette règle a été

²³⁷³ En vertu de cette loi, tous les résidents non-juifs, qui étaient auparavant des citoyens palestiniens, étaient éligibles pour la citoyenneté israélienne s'ils remplissaient, de manière cumulative, trois conditions spécifiques, à savoir qu'ils se trouvaient en Israël le jour de sa création, qu'ils étaient résidents d'Israël le jour d'entrée en vigueur de la loi sur la nationalité, et qu'ils étaient enregistrés comme résidents d'Israël le 1er mars 1952. Ces conditions avaient pour effet d'empêcher les anciens citoyens ou résidents arabes de Palestine qui avaient fui leurs foyers en 1948 d'acquérir la citoyenneté israélienne. Il faut souligner que selon les principes régissant la succession d'États, les citoyens palestiniens étaient automatiquement devenus des ressortissants israéliens en 1948. En principe, en tant que ressortissants, ils auraient eu un droit automatique au retour.

²³⁷⁴ Cette qualification est justifiable par référence à l'article 14 (2) des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, rédigés par la Commission du droit international et adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU. Les articles prévoient de manière explicite un droit de retour pour tous les résidents habituels d'un territoire qui subit un changement de souveraineté. Rés. AG 55/153 12 décembre 2000. L'article 14 (2) dispose qu'« un État concerné prend toutes les mesures nécessaires pour permettre aux personnes concernées [c'est-à-dire les résidents habituels] qui, en raison d'événements liés à la succession d'États, ont été contraintes de quitter leur résidence habituelle sur son territoire, d'y retourner ». La Commission de droit international a, par conséquent, estimé que les « nouveaux » États, ou ceux qui subissent des changements territoriaux, doivent étendre leur citoyenneté aux habitants du territoire nouvellement créé. R. Rosenstock, « The Forty-Seventh Session of the International Law Commission », *AJIL*, 1996, pp.106-115, p.114 : « Successor states should be obliged to grant nationality to nationals of a predecessor state residing in the successor state or a third state unless, in the latter case, they also have the nationality of the third state ». En vertu de l'art. 14, la nationalité n'est pas retenue comme élément requis pour que les résidents habituels d'un territoire subissant un changement de souveraineté aient un droit de retour dans cette zone géographique. Titulaires du droit de retour sont ainsi tous les résidents habituels d'un territoire donné subissant un changement de souveraineté, même s'ils se trouvaient effectivement hors du territoire géographique concerné à la date effective de la succession. Par conséquent, la loi sur la nationalité de 1952, qui perpétue les conséquences des expulsions par le recours à la résidence permanente en Israël comme critère déterminant d'attribution de la nationalité israélienne, se présente donc comme un outil législatif de déchéance de nationalité contraire au droit international. Le refus d'Israël de considérer les Palestiniens déplacés comme ses propres ressortissants, aurait comme résultat la création d'une situation d'apatridie pour les réfugiés palestiniens. Pour l'analyse de cet argument v. Parameswaran, *op.cit.*, p.52. En général, s'il est vrai qu'il appartient en principe à chaque État, en vertu du principe de souveraineté nationale, de déterminer, par son droit de la nationalité, qui sont ses ressortissants et de quelle manière cette nationalité est acquise, le droit international impose également certaines limites à cet égard. V. p. ex. HCR, Division of International Protection, *The Czech and the Slovak Citizenship Laws and the Problem of Statelessness*, 1996, p.18: « Nationality matters fall within the sovereign domain of each State to define the rules and principles governing the acquisition and loss of nationality provided these rules do not contradict international law ».

codifiée pour la première fois dans l'article 43 du Règlement de La Haye (et incorporée dans tout le droit humanitaire coutumier ultérieur, y compris les Conventions de Genève et leurs Protocoles connexes). Selon cette règle, un occupant belligérant doit préserver le statu quo juridique et social dans le territoire occupé dans toute la mesure du possible, en attendant la résolution juridique finale du conflit (c'est-à-dire un accord de paix)²³⁷⁵. À la lumière du droit d'occupation militaire, un droit de retour devrait être reconnu aux réfugiés palestiniens qui éventuellement leur permettraient de réclamer leur droit aux biens abandonnés dans ces régions occupées.

1077. Il faut s'interroger, si les personnes réclamant le droit de retour, tout en n'étant pas des ressortissants de l'État d'Israël, peuvent se fonder sur d'autres arguments leur permettant de revendiquer un lien informel, mais néanmoins effectif avec cet État.

b. La possibilité de reconnaissance du droit de retour aux personnes ayant un lien substantiel et non formel avec l'État.

1078. Un moyen de contournement d'une politique discriminatoire d'octroi et de retrait de nationalité, serait la reconnaissance de validité d'autres liens, invocables éventuellement par les personnes expulsées réclamant un droit de retour. Dans le cas des réfugiés palestiniens, l'absence de lien juridique formel avec les États limitrophes d'accueil pourrait être interprétée en tant que signe d'une volonté de préservation d'un lien substantiel avec l'État d'Israël. La non-obtention de la nationalité d'un État limitrophe accueillant les réfugiés palestiniens pendant plusieurs décennies serait ainsi perçu comme indice de l'existence d'un lien substantiel avec l'État d'Israël, à la lumière duquel le droit du retour devrait leur être reconnu²³⁷⁶. La

²³⁷⁵ Les sources du droit de retour dans la IV^{ème} Convention de Genève sont l'article 4, l'article 6 (4) et l'article 158 (3). L'article 4 définit les personnes protégées qui sont couvertes par la Convention. La définition des personnes protégées couvre tous les résidents habituels d'un territoire qui ont pu être déplacés temporairement de leur lieu d'origine pendant le conflit (quelle qu'en soit la raison), et dont le rapatriement a été prévu dans deux articles distincts de la Convention. La première disposition relative au rapatriement apparaît à l'article 6 (4), qui porte sur la fixation de la fin d'applicabilité de la Convention. Plus précisément, l'article 6 (4) stipule que la Convention restera en vigueur, même après la cessation des hostilités, pour les personnes protégées qui ont besoin d'être rapatriées. La deuxième disposition relative au rapatriement apparaît à l'article 158, qui porte sur les procédures par lesquelles un État peut « dénoncer » la Convention. Plus précisément, l'article 158 (3) stipule qu'une dénonciation ne peut prendre effet qu'après le rapatriement des personnes protégées a eu lieu.

²³⁷⁶ K.La wand, « The right to return of Palestinians in international law », *op.cit.*, p. 567 : « However, the existence of a nexus with Israel, no matter how weak, and if only on the basis of factors such as the place of former habitual residence, the consistently expressed intention to return to such place, and the absence of substantial integration in the population of another country, may be sufficient to ground a claim to return to the extent that the transformation of the Palestinian's 'country' over time can be said to be the direct result of the persistent denial by Israel of the right to return ». En tant qu'indice d'existence d'un lien solide avec l'État d'accueil pourrait être perçu l'octroi de nationalité de cet État aux réfugiés. En cas d'obtention de cette nationalité émerge la question d'application de la théorie d'estoppel. À la lumière

reconnaissance d'un tel droit leur donnerait la possibilité de réclamer la protection pour les biens abandonnés²³⁷⁷.

1079. Le refus des autorités israéliennes d'octroyer le droit de retour aux réfugiés palestiniens rend impossible toute réclamation de restitution des biens abandonnés liée à la reconnaissance d'un tel droit. Par conséquent, le sort des biens abandonnés des réfugiés palestiniens reste en suspens jusqu'au moment d'élaboration d'un traité de paix réglementant aussi cet aspect crucial du différend global. Néanmoins, la reconnaissance du droit de retour en vertu d'un traité de paix semble inenvisageable. Hormis les difficultés liées à la reconnaissance du statut du cocontractant, la reconnaissance d'un droit de retour signifierait l'annihilation de toute la politique de saisie des biens, poursuivie par l'État d'Israël depuis 1948²³⁷⁸. Il faut rappeler que les biens des réfugiés palestiniens n'ont pas été saisis à titre de réparations de guerre, mais à titre de moyen de consolidation de l'homogénéité de la population habitant sur l'État d'Israël. La reconnaissance d'un droit de retour, suivi par la reconnaissance d'un droit à la restitution des biens abandonnés marquerait l'annulation d'une politique israélienne systématique et conséquente²³⁷⁹. La reconnaissance d'un droit de restitution des biens abandonnés au profit des

de cette théorie, l'obtention de la nationalité du pays d'accueil pourrait être interprétée comme acte de renonciation implicite à l'exercice du droit au retour. Il faut souligner que dans le cadre palestinien, seule la Jordanie, parmi les pays de refuge, a étendu sa nationalité aux réfugiés palestiniens.

²³⁷⁷ Par conséquent, un lien formel de nationalité ne constitue pas le seul fondement de reconnaissance du droit de retour. Un retrait de nationalité arbitraire, justifiée par des raisons ethniques, équivaudrait à une privation arbitraire du droit au retour et serait contraire à l'art. 12 par. 4 du PIDCP. K. Lawand, « The right to return of Palestinians in international law », *op.cit.*, p. 60 : « Thus, while formal nationality is *prima facie* evidence of one's "own country", its absence is not to be taken at face value when determining whether a claimant has a right of return. A non-national may still claim a country as his or her 'own' by showing that he or she has a 'genuine connection' with the said country. The criteria for the determination of "his own country" within the meaning of article 12(4) are based on those developed in the *Nottebohm* case and include habitual residence, property, family ties, center of interests, attachment to the country in question and expressed intentions for the future. It follows from this that, for the purposes of the right to return, the withdrawal of nationality by the State, or denationalization, will be of no effect if the facts do not support such a withdrawal ». Par conséquent, cet « arrêt de principe » laisse entendre que la question du droit au retour dépend moins de critères formels (nationalité) que d'un lien réel (*genuine link*). V. en détail, Parameswaran, B. Parameswaran, « Vertreibung und Rückkehr... », *op.cit.*, p.28.

²³⁷⁸ Sur les conditions de négociation et de conclusion d'un traité de paix et les problèmes liés à la reconnaissance de statut international à la PLO par l'État d'Israël, v. T. Megiddo, E. Benvenisti, « Inclusion and representation: the settlement of property claims of the dispossessed in the aftermath of an armed conflict, Settlement of property claims », *Theoretical inquiries in law*, 2020, p.397-425, not. p. 402. Les auteurs reconnaissent un large pouvoir discrétionnaire lorsque les États établissent des accords internationaux qui règlent les réclamations pour violation des droits de propriété privée dans les situations postérieures à un conflit. Il est ainsi admis que lorsque les États négocient des accords de paix à la suite d'un conflit militaire, ils peuvent choisir de renoncer, en tout ou en partie, aux droits de propriété des personnes appartenant à leur communauté qui se trouvent sur le territoire de l'autre État. Ce faisant, ils peuvent être considérés comme redistribuant les biens privés et publics au sein de leurs communautés, au nom de la paix et de la sécurité. Néanmoins, pour qu'une telle perspective de résolution du conflit soit envisageable, les personnes dont les biens privés se trouvent impliqués dans ce processus, doivent, par conséquent, se sentir représentées par les autorités en charge des négociations de paix. V. aussi p. 410. Idem p.421 : « [L]arge scale post-conflict redistribution of property rights and determination of adverse possession situations en masse ought to be guided by considerations of the public good of all affected communities and decided by them ».

²³⁷⁹ C'est ainsi probablement que s'explique le fait qu'aucun droit de retour n'était reconnu aux Palestiniens expulsés en 1948 de l'actuel État israélien dans les accords d'Oslo de 1993, prévoyant la création d'un État palestinien distinct sur

propriétaires dépossédés pourrait être effectuée en vertu d'un traité paix. Le traité de paix pourrait ainsi offrir un cadre protecteur pour les propriétaires dépossédés. Un tel cadre protecteur se trouve aux antipodes des traités réglementant le sort des biens des ressortissants ennemis. La figure du ressortissant ennemi, soumis à un régime de responsabilité collective, est ainsi remplacée par celui d'une personne protégée, titulaire des droits soit conférés en vertu d'un traité de paix, soit reconnus en vertu d'autres règles du droit international.

§ 2 La reconnaissance des droits subjectifs des propriétaires déplacés sur les biens abandonnés.

1080. Les biens abandonnés par des personnes déplacées ne peuvent plus être saisis à titre de réparations de guerre. En outre, des mesures de dépossession dictées par la volonté de consolider l'homogénéité nationale d'un territoire ne pourraient pas être reconnues comme licites à l'aune de l'évolution du droit international depuis 1945. Le propriétaire des biens abandonnés n'est plus perçu comme le ressortissant ennemi, dont le destin est intrinsèquement lié à celui de l'État ennemi vaincu. À la place du ressortissant ennemi se met le propriétaire dépossédé qui réclame la réparation pour les préjudices patrimoniaux subis. Des dispositions relevant des traités entre les anciens belligérants peuvent consacrer une telle protection. Il est évident que ces traités ne se fondent pas sur rapport asymétrique entre les anciens belligérants (a). D'autres règles du droit international sont aussi susceptibles de reconnaître des droits à réparation aux propriétaires déplacés (b). Un statut protecteur émerge ainsi au profit du propriétaire dépossédé. La protection juridictionnelle de ses droits constitue une garantie de respect de ce statut (C). La figure du ressortissant ennemi expulsé et spolié serait ainsi remplacée par celle d'un titulaire des droits à réparation.

a. La protection accordée aux propriétaires expulsés et dépossédés en vertu d'un traité de paix.

1081. Le droit de retour et par conséquent le droit à la restitution des biens abandonnés peut être consacré par un traité de paix. Un régime protecteur en faveur des propriétaires expulsés et spoliés peut ainsi être mis en œuvre. Le traité est ainsi censé mettre en œuvre un régime global

le territoire de la bande de Gaza et de la Cisjordanie. En vertu de ces accords, les individus dont les anciens lieux de résidence se trouveraient toujours sur le territoire israélien se verraient refuser le retour. L'injustice déjà infligée à ces personnes par l'expulsion et le refus de retour serait ainsi définitivement consolidée et se présenterait comme un transfert forcé d'un territoire à un autre. Déclaration de principes sur des arrangements intérimaires d'autonomie (Accords d'Oslo), 13 septembre 1993, A/48/486, S/26 560, 11 octobre 1993 ; Accord intérimaire israélo-palestinien sur la Rive occidentale et la bande de Gaza (Oslo II), 28 septembre 1995, A/51/889, S/1997/357, 5 mai 1997. Cette opinion est défendue par Parameswaran, *op.cit.*, p.53 et s.

de réparations en faveur des victimes²³⁸⁰. La finalité est ainsi l'élimination des effets d'actes d'expulsion et de saisie des biens abandonnés mis en œuvre pendant les hostilités. Dans ce cas,

²³⁸⁰ Il faut souligner que des dispositions protectrices des biens vacants relevant d'un traité de paix ne garantissent pas, *ipso facto*, la protection effective du droit de propriété. Les accords d'Évian de 1962 en constituent l'exemple emblématique. En l'occurrence, les actes pris par l'État algérien au détriment des biens des Français, entraient en conflit avec les prévisions de ces accords. Accord de cessez-le-feu en Algérie et Déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 relatives à l'Algérie, *J.O.* 20 mars 1962 pp. 3019 et s. *Déclaration générale, chapitre II* : « A.II. Des droits et libertés des personnes et de leurs garanties 2. Dispositions concernant les citoyens français de statut civil de droit commun. [...] Leurs droits de propriété seront respectés. Aucune mesure de dépossession ne sera prise à leur rencontre sans l'octroi d'une indemnité équitable préalablement fixée » ; « Déclaration de principes relative à la coopération économique et financière : [...] L'Algérie garantit les intérêts de la France et les droits acquis des personnes physiques et morales ». *Chapitre III, Français résidant en Algérie en qualité d'étrangers*. « Article 5 : Aucune mesure arbitraire ou discriminatoire ne sera prise à l'encontre des biens, intérêts et droits acquis des ressortissants français. Nul ne peut être privé de ses droits, sans une indemnité équitable préalablement fixée ». *Titre IV, Garanties des droits acquis et des engagements antérieurs*, « Art. 12 : L'Algérie assurera sans aucune discrimination une libre et paisible jouissance des droits patrimoniaux acquis sur son territoire avant l'autodétermination. Nul ne sera privé de ces droits sans une indemnité préalablement fixée » [...] « Art. 17 : L'Algérie garantit aux sociétés françaises installées sur son territoire, ainsi qu'aux sociétés dont le capital est en majorité détenu par des personnes physiques ou morales françaises, l'exercice normal de leurs activités dans des conditions excluant toute discrimination à leur préjudice ». Toutefois, cette protection s'est avérée lettre morte. Les biens abandonnés ont été qualifiés de « vacants » et l'ensemble des agriculteurs français ont été atteints par des mesures discriminatoires de dépossession. Ordonnance n° 62-020 du 24 août 1962 concernant la protection et la gestion des biens vacants, *J. O. de l'État Algérien*, 7 septembre 1962, pp. 138 et s. Le premier article prévoyait l'administration par les Préfets « de tous les biens, meubles ou immeubles, vacants ou dont l'usage, l'occupation ou la jouissance ne sont plus exercés depuis plus de deux mois par le titulaire légal d'un de ces droits ». Il a fallu attendre le décret du 18 mars 1963 pour la proposition d'une définition globale de la notion des « biens vacants », Décret n° 63-88 du 18 mars 1963 portant réglementation des biens vacants, *J. O. de la République algérienne*, 22 mars 1963, pp. 282 et s. Selon le 1^{er} article du décret, cette qualification concernait les entreprises et les établissements à caractère industriel, commercial, artisanal, financier et minier, les exploitations agricoles et sylvicoles qui à la date de publication du décret avaient « fait l'objet d'une constatation de vacance » ou n'étaient pas « en activité ou normalement exploités, hors le cas de motif légitime » ainsi que ceux dont l'activité ou l'exploitation normale allaient cesser suite à la publication du décret. Le décret prévoyait une voie de recours de contestation de l'acte de saisie des biens. L'attention est aussi attirée par le décret n° 63-168 du 9 mai 1963 « relatif à la mise sous protection de l'État des biens mobiliers et immobiliers dont le mode d'acquisition, de gestion, d'exploitation ou d'utilisation [était] susceptible de troubler l'ordre public ou la paix sociale », *J. O. de la République algérienne*, 14 mai 1963, pp. 450 et s. En vertu de ce décret, sous protection de l'État étaient placés non seulement les biens vacants, mais aussi toute entreprise, tout bien immobilier dont le mode de gestion, d'exploitation ou d'utilisation était susceptible de constituer un trouble à l'ordre public ou à la paix sociale. Il s'agissait d'un accroissement significatif des pouvoirs conférés au préfet. En outre, à la différence du décret du 18 mars 1963, aucune possibilité de saisir le juge des référés n'était prévue dans le décret du 9 mai. En absence des limites de temps qui seraient en mesure d'encadrer les mesures prises par l'administration, les mesures de dépossession ont été perçues comme des mesures d'« expropriation déguisée ». G. Vedel et al., *Le Droit à indemnisation des Français d'Algérie atteints par des mesures de dépossession*, Paris, Montchrestien, 1965, 195 p., p.18. Les atteintes portées aux biens privés étrangers ont pris un caractère définitif en vertu du décret du 1er octobre 1963, « déclarant biens de l'État les exploitations agricoles appartenant à certaines personnes physiques ou morales ». L'objectif du décret était la mise en œuvre du programme de redressement du nouvel État algérien. Le décret prévoyait la nationalisation de toute exploitation agricole appartenant à des personnes civiles ou morales de nationalité étrangère. Le caractère discriminatoire au détriment des étrangers se déduit facilement de la lettre de l'art. 1 du décret : « [s] ont déclarées biens de l'État, les exploitations agricoles appartenant aux personnes physiques ou morales qui, à la date du présent décret, ne jouissaient pas de la nationalité algérienne ou ne justifiaient pas avoir accompli les formalités légales pour l'acquisition de cette nationalité ». La saisie des biens privés des Français pourrait ainsi être interprétée comme mise en œuvre d'un mécanisme de réparations de guerre. Pour cette interprétation v. I. Seidl-Hohenveldern, « La réparation des dommages subis par les nationaux à l'étranger à la suite de bouleversements politiques, comparaison des solutions françaises et allemandes », *Revue internationale de droit comparé*, 1969, pp. 763-778, not. p.764. Comme dans le cas des ressortissants allemands, victimes de mesures de dépossession, il fallait déterminer quel État était censé leur offrir des garanties pour leur dédommagement. Vedel, dans la Consultation, s'interroge sur les voies de recours des personnes dépossédés auprès des juridictions algériennes. L'auteur met en avant les moyens d'annulation qui peuvent être soulevés devant la Cour suprême algérienne et principalement la contradiction des mesures de dépossession avec les accords d'Évian, faisant partie intégrante de la législation algérienne et étant revêtus de valeur législative, *op.cit.*, pp.34-39. Il a été soutenu que l'État français, en prenant l'initiative de signer les accords d'Évian, s'engageait lui-même pour le respect des droits explicitement garantis. Cette thèse renvoyait au problème de la nature juridique des accords d'Évian. Sur les questions relatives au statut accordé au Gouvernement provisoire de la République algérienne v. J. Charpentier, « La reconnaissance du G.R.P.A. », *AFDI*, 1959, pp. 799-816 et pour une présentation générale du contenu des accords v. J. Frowein, « Die

le traité de paix doit se prononcer de manière explicite sur les législations en matière des biens abandonnés. La question du sort des biens abandonnés et l'identification des titulaires des droits (ii) a occupé une place centrale dans les accords de Dayton qui ont mis un terme à la guerre de Bosnie-Herzégovine (i). Toutefois, d'autres types de réglementation des biens abandonnés en vertu d'un traité de paix sont envisageables (iii, iv).

Abmachungen von Evian und die Entstehung des algerischen Staates », *ZaoeRV*, 1963, pp. 21-48. v. Rousseau Ch., *RGDIP*, Note, 1961, p.118-119. Si une obligation directe de l'État français d'indemniser les personnes dépossédées ne pouvait pas être dégagée des dispositions des accords, l'interrogation a émergé quant à la possibilité d'engager la responsabilité de l'État pour des fautes commises dans la conduite des relations internationales ou pour le non-recours au mécanisme de la protection diplomatique au profit des personnes lésées par l'État algérien. L'impossibilité d'adresser des critiques de nature juridictionnelle à la politique nationale en matière des relations internationales et, par conséquent, l'absence de faute commise par l'État a conduit à l'hypothèse de l'engagement de la responsabilité de l'État sur la base de rupture d'égalité devant les charges publiques V. l'argumentation de Vedel, *op.cit.*, p.57-63. Le fondement spécial des réclamations d'indemnisation des personnes victimes de spoliations est repérable dans la loi du 26 décembre 1961, consacrée à l'accueil et la réinstallation des Français d'outre-mer. Loi n° 61-1439 du 26 décembre 1961 relative à l'accueil et à la réinstallation des Français d'outre-mer, *J.O.*, 28 décembre 1961, pp. 11996-1197. Cette loi, composée de quatre articles, assurait le versement d'allocations, prévoyait le relogement et faisait allusion à la possibilité d'indemnisation pour les biens perdus. En vertu du 1^{er} article du décret, le concours de l'État en faveur des dépossédés était fondé sur le devoir de solidarité nationale affirmée par le préambule de la Constitution de 1946. Il est intéressant de relever le fait que dans les débats qui ont eu lieu à la fois devant le Sénat et l'Assemblée nationale, nombreuses ont été les références à la législation allemande relative à l'indemnisation au profit des Allemands ayant subi des pertes de biens sis à l'étranger en vertu des actes étrangers menés à titre de réparations de guerre. Toutefois, et malgré les similitudes apparentes entre les deux régimes, plusieurs parlementaires ont souligné la particularité du cas allemand. La particularité du régime de péréquation de charges était justifiée par le destin spécial de l'« État ennemi vaincu ». Pour une présentation des débats parlementaires v. Y. Scioldo-Zürcher, « La discrète, mais réelle anticipation du rapatriement des Français d'Algérie : la construction de la loi du 26 décembre 1961 » dans A. Bouchène, J. P. Peyroulou, O. Siari Tengour, S. Thénault, *Histoire de l'Algérie à la période coloniale 1830-1962*, Paris — Alger, La Découverte, Paris, 2012, 717 p., pp. 564-569. A l'image des propriétaires allemands, les Français rapatriés d'Algérie, victimes de spoliations de la part des autorités algériennes, n'ayant reçu aucune réparation de l'État français, ont voulu obtenir justice auprès des juridictions administratives. Les requérants soutenaient que le refus de l'État algérien d'accorder d'indemnisations aux victimes des mesures de spoliation aurait comme résultat la substitution de l'État français à l'État algérien. V. CE, arrêt du 27 mars 1968, *Dalloz* 1968, 678, note Silvéra ; CE, 31 Janvier 1969, *Moraly et Soc. Moraly*, *RDP*, 1969, p. 693 ; CE, 29 novembre, *Tallagrand*, *RDP*, 1969, p. 692, note de jurisprudence, *RDP*, 1969, p.686-691. Dans le sillage de la loi du 26 décembre 1961 s'inscrit la loi n° 70-632 du 15 juillet 1970 relative à une contribution nationale à l'indemnisation des Français dépossédés de biens situés dans un territoire antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France, *J.O.*, 17 juillet 1970, pp. 6651 et s. V. aussi la loi n° 87-549 du 16 juillet 1987 relative au règlement de l'indemnisation des rapatriés, *J.O.*, 19 juillet 1987, pp. 8070 et s., qui cherchait à régler définitivement les dossiers des biens perdus ou « spoliés » outre-mer. V. aussi la loi n° 2005-158 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, adoptée le 23 février 2005, *J.O.*, 24 février 2005, n° 0046. Une communication relative aux biens spoliés en Algérie à la suite de la déclaration d'indépendance a été présentée par Armand Anton, ressortissant français et ancien propriétaire de nombreux lots à Oran, auprès du Comité des droits de l'homme le 24 novembre 2004, CDH, *Armand Anton c. Algérie*, Communication No. 1424/2005, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1424/2005, 1 novembre 2006. Sa communication présente beaucoup de similitudes avec des communications présentées par des membres des communautés allemandes de l'Europe de l'Est ayant subi les expulsions et spoliations massives au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. En l'occurrence, il reprochait à l'Algérie une série de violations du PIDCP commises en vertu des mesures de spoliation de biens privés et d'expulsion des membres de la minorité française pendant et après la guerre d'indépendance. L'auteur se considérait, entre autres, victime « d'une confiscation continue de ses biens, fondée sur une législation discriminatoire qui a frappé l'exercice de son droit de propriété sans justification objective et raisonnable », par. 3.12. L'auteur de la communication attirait l'attention sur l'existence d'une ordonnance algérienne du 25 septembre 1995 en vertu de laquelle « les personnes physiques de nationalité algérienne dont les terres ont été nationalisées [...] sont rétablies dans leurs droits de propriété [...] », Ordonnance n° 95-26 du 25 septembre 1995, *J.O. de la République algérienne*, 27 septembre 1995, p. 8. et s. Néanmoins, cette ordonnance ne se référait pas à l'ensemble des actes de nationalisation survenues depuis l'indépendance de l'État algérien, mais seulement à une partie des nationalisations ayant eu lieu en 1970. Seules les personnes affectées par cette vague de nationalisations avaient droit, sous certaines conditions, à une restitution de leurs biens Par conséquent, aucune discrimination au détriment du requérant ne pouvait être constatée par cette ordonnance de 1995. Les autres allégations ont été déclarées irrecevables *ratione temporis* par le Comité, puisqu'elles concernaient des faits antérieurs à la ratification du PIDCP par l'Algérie en 1989.

i. La détermination du sort des biens abandonnés par un traité de paix, l'exemple des accords de Dayton.

1082. Les accords de Dayton, signés le 14 décembre 1995 à Paris, ont reconnu de manière explicite le droit de retour et de restitution de biens en faveur des réfugiés et des personnes déplacées²³⁸¹. En effet lors de la guerre de la Yougoslavie les atteintes aux biens appartenant à

²³⁸¹ Article 1 annexe, Accord de paix de Dayton, 14 décembre 1995, *Agreement on Refugees and Displaced Persons*, « All refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin. They shall have the right to have restored to them property of which they were deprived in the course of the hostilities since 1991 and to be compensated for any property that cannot be restored to them ». Pour la traduction française v. *Documents d'Actualité internationale, Accords de paix concernant l'ex-Yougoslavie*, n. hors-série, Paris, La documentation française, février 1996. Ce traité de paix condamnait ainsi la politique de purification ethnique en reconnaissant un véritable droit au retour pour les personnes déplacées. Avant l'accord de 1995, l'importance de retour des personnes déplacées a été soulignée par le CS. Le 15 mai 1992, le Conseil de sécurité, en réponse à l'escalade rapide de la crise humanitaire en Bosnie, a adopté à l'unanimité une résolution soutenant pleinement les efforts « pour fournir une aide humanitaire à toutes les victimes du conflit et pour aider au retour volontaire des personnes déplacées dans leurs foyers ». S/ RES/752 (1992), 15 mai 1992, paragraphe 6 : « [Le Conseil de sécurité] [a] ppele toutes les parties et les autres intéressés à s'assurer que cessent immédiatement, où que ce soit dans la République fédérative socialiste de Yougoslavie, les expulsions forcées de personnes de leur lieu de résidence et toutes les tentatives visant à changer la composition ethnique de la population » ; Paragraphe 7 : « [Le Conseil de sécurité] [s] ouligne le besoin urgent d'une aide humanitaire, matérielle et financière, compte tenu du nombre considérable de réfugiés et de personnes déplacées et appuie pleinement les efforts actuellement déployés pour apporter une aide humanitaire à toutes les victimes du conflit et pour aider au retour volontaire dans leurs foyers des personnes déplacées ». Dans presque toutes les résolutions portant sur le conflit en Bosnie, le Conseil de sécurité a souligné que l'inversion du « nettoyage ethnique » et le retour volontaire de tous les réfugiés et personnes déplacées dans leurs foyers d'avant-guerre devaient faire partie de la solution durable du conflit. S/ RES/1088 (1996), 12 décembre 1996, paragraphe 11 : « [Le Conseil de sécurité] [n] ote avec satisfaction que les parties ont affirmé leur attachement au droit qu'ont tous les réfugiés et personnes déplacées de regagner librement leurs lieux d'origine ou de se rendre dans d'autres lieux de leur choix en Bosnie-Herzégovine, en toute sécurité ». S/ RES/941 (1994), 23 septembre 1994, paragraphe 3 : « [Le Conseil de sécurité] [r] éaffirme son adhésion aux principes établis selon lesquels toutes les déclarations faites et tous les engagements pris sous la contrainte, particulièrement ceux concernant la terre et la propriété, sont nuls et non avenue, et qu'il doit être permis à toutes les personnes déplacées de regagner paisiblement leurs foyers ». S/ RES/820, (1993), 17 avril 1993, « [Le Conseil de sécurité] [r] éaffirme qu'il souscrit aux principes établissant que toutes les déclarations faites et tous les engagements pris sous la contrainte, particulièrement ceux concernant la terre et la propriété, sont entièrement nuls et non avenue, et que toutes les personnes déplacées ont le droit de rentrer en paix dans leurs anciens foyers et devraient recevoir une assistance à cette fin ». Dans de nombreuses résolutions en rapport avec le conflit en Bosnie et en Croatie, le Conseil de sécurité fait référence au droit de retour. V. p. ex. S/RES/1145 (1997), 19 décembre 1997, paragraphe 7 : « [Le Conseil de sécurité] [r] éaffirme que tous les réfugiés et personnes déplacées originaires de la République de Croatie ont le droit de retourner chez eux dans l'ensemble de la République de Croatie, constate avec satisfaction que certains progrès ont été faits en ce qui concerne le retour pacifique dans les deux sens des personnes déplacées et le rapatriement des réfugiés dans la région, et demande au Gouvernement de la République de Croatie de lever les obstacles, juridiques et autres, au retour dans les deux sens, notamment en réglant les questions liées à la récupération des biens, en mettant en place des procédures simplifiées pour le retour, en finançant comme il convient le Conseil conjoint des municipalités et toutes les activités menées par les municipalités dans ce domaine, en précisant et en appliquant pleinement la loi d'amnistie et en prenant les autres mesures énoncées dans le rapport du Secrétaire général » ; S/ RES/1088 (1996), 12 décembre 1996, paragraphe 11 : « [Le Conseil de sécurité] [n] ote avec satisfaction que les parties ont affirmé leur attachement au droit qu'ont tous les réfugiés et personnes déplacées de regagner librement leurs lieux d'origine ou de se rendre dans d'autres lieux de leur choix en Bosnie-Herzégovine, en toute sécurité, note le rôle pilote dans le domaine humanitaire que l'Accord de paix a confié au Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, en coordination avec d'autres organes compétents et sous l'autorité du Secrétaire général, en vue d'aider à rapatrier et secourir les réfugiés et personnes déplacées, et souligne qu'il importe de faciliter le retour ou la réinstallation des réfugiés et personnes déplacées, qui devraient s'effectuer graduellement et en bon ordre, grâce à des programmes progressifs et coordonnés qui tiennent compte de la nécessité d'assurer la sécurité ainsi que des logements et des emplois au niveau local, tout en respectant pleinement l'annexe 7 de l'Accord de paix ainsi que d'autres procédures établies ». Des dispositions similaires à celles des accords de Dayton se trouvent dans l'accord quadripartite sur le rapatriement librement consenti des réfugiés et des personnes déplacées, signé à Moscou entre la Géorgie et la Fédération de Russie au sujet des populations déplacées en région d'Abkhazie le 4 avril 1994 pour cet accord v. annexe II S/RES/397 (1994), 5 avril 1994, paragraphe 3 e) : « Les parties feront en sorte qu'à leur retour les rapatriés jouissent de la liberté de mouvement et d'établissement, y compris le droit de revenir là où ils vivaient avant de quitter la zone de conflit ou de s'installer au lieu de leur choix — Partie abkhaze, partie géorgienne,

des minorités ethniques dont les membres avaient été déplacés ont été systématiques. Le dispositif relatif aux biens abandonnés a joué ainsi un rôle primordial dans la guerre en Yougoslavie²³⁸². Pendant la guerre, des lois de redistribution des biens privés ont été promulguées par les différentes entités émergentes distinctes du point de vue ethnique²³⁸³. En effet, toutes les communautés ethniques — les Serbes, les Croates et les Bosniaques — se sont intéressées à la gestion des propriétés privées. Les autorités censées représenter les différentes communautés ont adopté des lois sur les biens abandonnés, conférant ainsi des fondements juridiques à la saisie des logements et des biens. Les différentes règles peuvent être interprétées en tant que moyens normatifs de mise en œuvre d'un nettoyage ethnique²³⁸⁴. Bien que les

Fédération de Russie, Haut-commissaire des Nations Unies pour les réfugiés ». S/ RES/1036 (1996), du 12 Janvier 1996 (préambule) :

« [Le Conseil de sécurité] [r] éaffirmant aussi le droit de tous les réfugiés et personnes déplacées touchés par le conflit de retourner en toute sécurité dans leurs foyers, conformément au droit international et comme le prévoit l'Accord quadripartite sur le rapatriement librement consenti des réfugiés et des personnes déplacées signé le 14 avril 1994, Déplorant que les autorités abkhazes continuent de faire obstruction à ce retour ». S/ RES/1287 (2000), 31 janvier 2000n paragraphe 8 : « [Le Conseil de sécurité] [r] éaffirme le caractère inacceptable des changements démographiques résultant du conflit et le droit imprescriptible de tous les réfugiés et personnes déplacées touchés par le conflit de regagner en toute sécurité leurs foyers, conformément au droit international et comme le prévoit l'Accord quadripartite du 4 avril 1994 (S/1994/397, annexe II), et exhorte les parties à s'attaquer d'urgence à ce problème en adoptant d'un commun accord et en appliquant des mesures propres à garantir la sécurité de ceux qui exercent leur droit inconditionnel au retour, y compris ceux qui sont déjà revenus ».

²³⁸² Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 1998/26 : « Housing and property restitution in the context of the return of refugees and internally displaced persons », E/CN.4/ Sub.2/Res/1998/26, 22 août 1998, paragraphe 3 : « [T]he adoption or application of laws by States which are designed to or result in the loss of removal of tenancy, use, ownership or other rights connected with housing or property , the active retraction of the right to reside within a particular place, or laws of abandonment employed against refugees or internally displaced persons pose serious impediments to the return and reintegration of refugees and internally displaced persons and to reconstruction and reconciliation ».

²³⁸³ L. Hastings, « Implementation of the property legislation in Bosnia Herzegovina », *Stanford journal of international law*, 2001, vol. 37, pp. 221-254, p.226. L'auteur utilise le terme de « regulated redistribution ». Il souligne que ce type de dispositifs « often retroactively legalized the redistribution of property along ethnic lines, sanctioning the ethnic cleansing that had occurred during and immediately following the war ».

²³⁸⁴ En 1995 une loi a été votée en Bosnie-Herzégovine d'après laquelle, une habitation était censée être abandonnée quand le titulaire ne se déclarait pas dans un délai de 7 jours ou dans un délai de 15 jours, s'il s'agissait d'un réfugié, après la cessation de l'état de guerre. La cessation a eu lieu le 22 décembre 1995, ce qui signifiait que le retour devait être effectué jusqu'au 29 décembre pour les personnes déplacées et jusqu'au 6 Janvier 1996 pour les réfugiés. *Law on Abandoned apartments*, Nr. 6/92, 8/92, 13/94, 36/94, 9/95, 33/95, dans *Official Gazette of the Republic of Bosnia and Herzegovina* n. 6/92. Article 3 : « An apartment will not be considered as abandoned if the holder of the occupancy right [...] is located on the territory of the Republic of Bosnia and Herzegovina and who [...] with members of his /her household, commences to use the same apartment within seven days after this Law comes into force; or within fifteen days after this Law comes into force, for the holder of the occupancy right who is located outside the territory of the Republic of Bosnia and Herzegovina » ; Article 10 « If the holder of an occupancy right cited in Article 1 does not commence to use his/her apartment again, in the term cited in Article 3 after the date of the Decree on the Cessation of the State of War is passed, it is to be considered that he/she has deserted his/her apartment permanently. On the day of the expiration of the term cited in paragraph 1 of this Article the holder of the apartment occupancy right loses that right for his/her apartment and that fact will be stated by the decision of the competent authority ». Le caractère discriminatoire de cette disposition réside dans le fait que la période de temps lors de laquelle la demande de restitution des biens peut être adressée rend ce droit inefficace pour les personnes déplacées. V. la critique adressée par le Haut représentant international en Bosnie-Herzégovine (BHR) dans son opinion de Janvier 1997 relative à la loi sur les appartements abandonnés : « [A]rticle 10[...] infringes upon the right of return set forth in Annex & (Article I) and Annex 4 (Article II par. 5) of the GFAP by imposing an arbitrary and discriminatory time period in which refugees and displaced persons are required to return and reoccupy their apartments(...). In addition, given that war is itself a temporary state and that the Law in question was passed to address the consequences of abandonment in a war-time context, permanent loss of property rights (including rights regarding socially owned property) is both unjustified and violates the right to property

législations de chaque entité soient quelque peu différentes, elles partagent le même objectif : priver les résidents d'origine de leurs droits de propriété tout en renforçant la position juridique des occupants secondaires.

1083. L'objectif des accords était ainsi de réparer les préjudices subis par les membres des minorités ethniques en raison du recours à des mesures de dépossession systématique, entreprises par les différentes communautés. À cet effet une interprétation large du terme propriété a été retenue. En l'occurrence, la notion de propriété était conçue de manière très étendue et comprenait même le droit d'occupation des logements sociaux (*socially owned apartments*)²³⁸⁵. Cette particularité s'explique par le système de propriété immobilière dans la Fédération

provided for in Article I of Annex 7 and Articles II (e) (K) and (5) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina (Annex 4) », v. en détail M. Cox, « The right to return home: international intervention and ethnic cleansing in Bosnia and Herzegovina », *The international and comparative law quarterly*, 1998, pp. 599-613, not. 615. Le gouvernement de Croatie avait aussi adopté des lois portant sur les biens abandonnés qui étaient favorables aux personnes d'origine ethnique croate. Les Croates partis étaient considérés être partis pour des raisons légitimes, tandis que le départ des membres d'autres communautés ethniques était qualifié de « volontaire ». V. *Law on renting apartments in the liberated areas and the law on temporary taking over and administration of specified property*, août 1995, citée par S. Leckie, « New directions in housing and property restitution », pp. 3-61, dans S. Leckie (éd.), *Returning home housing and property restitution rights of refugees and displaced persons*, Transnational publ., Ardsley, 2003, xx-433 p, p.46. Leckie renvoie aussi à la critique du HCR dans son rapport de mai 1998 intitulé : « The problem of access to land and ownership in repatriation operations », Inspection and evaluation service, paragraphe 44: « In certain countries national legislation may provide that the occupant in good faith of property left vacant or abandoned during a period fixed by law may have his right to enter into possession of said property recognized. This should not, however, be applied to returnees and UNCHR would be justified in intervening to ensure that they be exempt. Indeed, in so far as the abandonment is justified by armed conflict, violence, or grace acts of discrimination, the holder of a real right has given it up by constraint, against his will. In such conditions the temporary abandonment, no matter for how long, cannot justify the loss of property rights ». En 1996 une loi pareille a été votée en République Srpska selon laquelle la propriété ne pouvait pas être restituée aux anciens propriétaires si une indemnisation n'était pas proposée aux habitants actuels. *Law on the use of abandoned property of the Republika Srpska*, 27 février 1996, *Republica Srpska official Gazette*, V, n. 3, February 27, 1996, cité par T. Waters, « The naked land: the Dayton accords, property disputes, and Bosnia's real constitution », *Harvard international law journal*, 1999, pp.1-81, p.24. La loi prévoyait que de la catégorie des biens abandonnés relevaient « the real estate and the movable property which had been left by the owners, which has to be proved in any concrete case by record, during the inventorying and keeping of a file on abandoned property ».

Cette définition des biens abandonnés a fait l'objet des critiques de la part Bureau du haut représentant en Bosnie-Herzégovine, à savoir l'institution *ad hoc* créée par les Accords de Dayton. OHR, *Law on the Use of Abandoned Property: Compliance with the Provisions of the General Framework Agreement for Peace and the International Instruments Referred Therein* [pas de référence de date précise] : « The abandoned property under this law is practically undefined. The definition amounts to say that the abandoned property is the property that has been abandoned. No further criteria or conditions are set in order to determine or to limit the scope of this definition. [...] Such an imprecise, even negligent, manner of regulating an issue such as a loss of a vested right [...] infringes directly upon one of the most fundamental, generally recognized principles of law- the principle of "legal certainty". This principle is an integral part of the legal systems of Bosnia and Herzegovina and the Entities », cité par Waters, *idem*, p. 24.

²³⁸⁵ Sur le droit de possession ou d'occupation (*stanarsko pravo*) de ces appartements : « The occupancy right, which is greater than a tenancy right and less than full ownership must be considered as a *sui generis* right : the right to quasi-ownership. There is no precedent in comparative law or in the practice of international human rights organizations (notably in the jurisprudence of the European Court of Human Rights) on which one could rely in order to determine its legal nature. In the official ideology and the legal doctrine of the former Yugoslavia, the occupancy right was conceived as a basic right in the field of housing, which was gradually to replace the private property. It was also protected as such by the Constitution. As a consequence, the volume of the privately-owned apartments was negligible when compared to the quantity of apartments to which the holders had occupancy rights ». OHR, *Bosnia and Herzegovina law on abandoned apartments: Compliance with the Provisions of the Dayton Peace agreement and the European Convention on Human rights 5-6*, passages cités par Waters, « Naked land: the Dayton accords, property disputes and Bosnia's real constitution », *op.cit.*, pp. 21-22.

socialiste de Yougoslavie de jadis qui permettait aux bénéficiaires de louer ou même léguer les appartements à leurs héritiers.

1084. La création d'un cadre institutionnel favorable pour les propriétaires dépossédés (a) n'excluait pas les conflits surtout avec les occupants secondaires en cas de décision de restitution des biens abandonnés à leurs anciens propriétaires (b).

a. La création d'un cadre institutionnel favorable aux propriétaires déplacés.

1085. Les accords de Dayton prévoyaient l'établissement d'une Commission pour les demandes des réfugiés et des personnes déplacées, investie du pouvoir de décider de la restitution ou l'indemnisation des biens spoliés en guerre²³⁸⁶. La possibilité octroyée aux membres des communautés expulsées d'effectuer un choix, entre restitution et indemnisation, leur permettait de s'établir dans une nouvelle région où leur ethnie d'appartenance était majoritaire. En outre, la Commission avait le pouvoir de déclarer nulle et non avenue toute transaction survenue en état de détresse, en rapport avec des politiques de nettoyage ethnique²³⁸⁷. Les accords de Dayton se sont aussi prononcés sur la portée normative de différentes lois proclamées lors de la guerre par les différents acteurs portant sur les biens abandonnés de différentes communautés ethniques.

1086. L'office du Haut représentant de l'accord de paix de Dayton, à savoir de l'institution *ad hoc*, créée par les accords de Dayton du 14 décembre 1995 et chargée de faciliter leur application, a fixé un délai de révocation des lois portant sur les biens abandonnés, promulguées par les différentes entités lors des hostilités²³⁸⁸. La révocation de ces dispositifs a été présentée

²³⁸⁶ La Commission était composée du bureau du médiateur des droits de l'homme et d'une chambre des droits de l'homme. La principale différence entre les institutions réside dans les pouvoirs d'émettre soit des recommandations, soit des décisions juridiquement contraignantes. Si le médiateur était investi de larges pouvoirs, il ne pouvait formuler que des recommandations auxquelles les parties concernées avaient l'obligation de répondre, mais qui n'étaient pas juridiquement contraignantes. La Chambre, en revanche, avait le pouvoir d'émettre des décisions définitives et contraignantes. Le Mandat de la « Commission for real property claims of refugees and displaced persons » prévoyait dans l'article XI : « The Commission shall receive and decide any claims for real property in Bosnia and Herzegovina, where the property has not voluntarily been sold or otherwise transferred since April 1, 1992, and where the claimant does not now enjoy possession of that proper. Claims may be for return of the property or for just compensation in lieu of return ». Pour un aperçu du rôle, du fonctionnement et un bilan des travaux de la Commission v. H. von Houtte, « Commission for real property claims of displaced persons and refugees », *Max Planck Encyclopedia of Public international law*, version numérique, 2019.

²³⁸⁷ Annexe 7, article XII.3 : « Any illegal property transaction, including any transfer that was made under duress, in exchange for exit permission or documents, or that was otherwise in connection with ethnic cleansing ». <https://www.ohr.int/dayton-peace-agreement/annex-7-2/>

²³⁸⁸ Il faut souligner que des mécanismes équivalents ont été institués à la suite de la fin des hostilités au Kosovo. A l'issue du conflit, et en vertu de la Résolution du Conseil de sécurité 1244 du 10 juin 1999, la Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo a été investie de la mission de garantir la restitution des biens des réfugiés et des expulsés. En l'occurrence, au début des années 1990 une série des lois ont été votées par le gouvernement serbe qui avaient comme objectif des privilégier la minorité serbe qui vivait dans la région du Kosovo. Pour cette série des lois v. Housing and property directorate, Claims Commission (éd), *Collection of basic texts : housing and property rights in Kosovo*, Pristina December 1999. En effet, pour la gestion du problème des propriétés a été créée le *Housing and Property Directorate and Claims Commission-HPD/CC*. Cet organe était responsable des réclamations relatives à la propriété privée, UNMIK (Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo) *Regulation n. 1999/23 on*

comme condition indispensable pour la mise en œuvre de la restitution des biens à leurs anciens propriétaires. La révocation de ces lois portant sur les biens abandonnés était justifiée par référence à leur caractère profondément discriminatoire. L'objectif de cette révocation était ainsi l'inversion des effets des politiques de purification ethnique entreprises pendant la guerre.

b. Un conflit de droits inévitable en cas de restitution des biens abandonnés.

1087. Toutefois, la révocation des lois portant sur les biens abandonnés faisait naître le problème du conflit entre le respect du droit des propriétaires/occupants d'avant-guerre à retourner dans leurs maisons et les droits des occupants actuels ou « occupants secondaires ». La reconnaissance d'un droit de restitution entrainait en conflit avec un droit d'occupation exercé depuis la guerre. La plupart des fois, il était difficile de se prononcer en faveur du propriétaire initial dépossédé puisque l'occupant secondaire était aussi victime de mesures d'expulsion et par conséquent ses biens étaient aussi déclarés abandonnés. La tension existait entre le droit de restitution, dont la protection était susceptible de porter préjudice au processus de réconciliation, et le respect des droits de l'occupant secondaire qui pourrait être perçu comme « un refus de justice »²³⁸⁹. Sur les différends relatifs à la protection du droit de propriété soit du propriétaire initial soit de l'occupant secondaire s'est prononcée à plusieurs reprises la Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie et Herzégovine. Ce corps judiciaire, institué en vertu de l'annexe VI des accords de Dayton, appréciait la conformité des lois portant sur les biens abandonnés avec la CEDH²³⁹⁰. La jurisprudence de la Chambre offre ainsi d'éléments

the Establishment of the housing and property Directorate and Housing and Property Claims Commission, 15 novembre 1999. V. aussi l'analyse relative aux compétences de l'UNMIK, V. Carlowitz, « Crossing the boundary from the international to the domestic legal realm, UNMIK lawmaking and property rights in Kosovo », *Global governance*, 2004, p.307-331.

²³⁸⁹ « The choice must be justified in the light of political, legal, and economic imperatives, as well as ethical considerations. It must also be measured against the requirements of national reconciliation. It is clear, for example, that the choice between restitution and compensation must be based on the legal systems governing land ownership, in order to ensure that the rights of individuals are guaranteed. If a systematic policy of restitution could gravely jeopardize national reconciliation, it is also clear that a refusal to devolve the land could be perceived as a denial of justice, no matter how generous the compensation offered. The interests of the various groups concerned, as well as the economic and cultural consequences, must therefore be taken into account in an effort to ensure their peaceful coexistence ». UNCHR Inspection and Evaluation service, *The problem of access to land and ownership in Repatriation operations* May 1998.

²³⁹⁰ La loi relative à la propriété abandonnée de la République Srpska a été déclarée non conforme à la CEDH. HRC BiH, *Esfak Pletilic a.o. c. Republika Srpska*, September 10 1999, par. 204-205 : « The Chamber notes that the effect of the old Law was to make it practically impossible for persons who were forced to leave their properties to regain possession of those properties. The effect of the old law was therefore to reinforce the ethnic cleansing which occurred during the war. Almost by definition all the persons who were forced to leave the territory of the Republika Srpska were members of a minority. Accordingly, those are the persons who will suffer as a result of the fact that the old Law did not provide any real possibility of regaining possession of property which those persons had been forced to leave as a result of the war. The old law will not be used to prevent persons of Serb origin from returning to Gradiska, as they were not required to leave in the first place. On the contrary, the old Law serves to protect the persons of Serb origin who now occupy property which was considered abandoned under the old Law. Accordingly, the effect of the old law is twofold: it prevents minority return and protects the position of persons of Serb origin who now occupy the properties concerned in the applications ».

d'interprétation du droit à la propriété privée garanti par le Premier Protocole de la Convention et du droit du domicile figurant dans l'art.8 de la Convention²³⁹¹.

ii. Les propriétaires des biens abandonnés en tant que titulaires de droits.

1088. Les accords de Dayton et le mécanisme juridictionnel institué, dont l'objectif était d'assurer la protection des propriétaires dépossédés, marquent une rupture quant à la concrétisation du droit de retour, reconnu au profit des réfugiés ou des déplacés d'un conflit armé. L'intérêt de l'État à rendre la population résidant sur son territoire homogène du point de vue ethnique ou religieux ne prime plus sur les intérêts individuels des membres des groupes déplacés. Le recours à la technique de dépossession par la notion de biens abandonnés ne semble plus licite. Des droits relevant d'un texte international, comme en l'occurrence les accords de Dayton, sont ainsi conférés aux personnes expulsées et spoliées. Par conséquent, les effets d'une législation portant sur les biens privés abandonnés doivent être renversés par des mécanismes privilégiant la restitution voire l'indemnisation pour les pertes subies par les personnes déplacées. Toutefois, la primauté octroyée aux droits individuels au détriment de l'intérêt étatique d'exercer son autorité sur une population homogène n'est pas absolue.

1089. L'importance accordée au droit de restitution semble moindre surtout lorsque le règlement de paix est atteint plusieurs décennies après la fin des hostilités actives. Dans ce cas, il semblerait que la protection accordée aux propriétaires dépossédés soit soumise à plusieurs

²³⁹¹ La jurisprudence offre ainsi d'éléments d'interprétation du terme « biens » relevant du Premier protocole de la CEDH. Selon la Chambre, même un droit d'occupation non susceptible d'être transféré, constitue un bien au sens de l'article. Pour l'interprétation du terme « biens » v. p. ex. HRC BiH, *M.J c. Republika Srpska*, Case n.CH/96/28, December 3 1997. Quant à la possibilité de transfert d'un titre et son appréciation en tant que « bien » v. HRC BiH, *Milivoje Bulatovic c. Bosnia and Herzegovina*, CH/96/22, Novembre 7 1997, paragraphe 34 : « Assuming the applicant's contract to have been valid (which there is no reason to doubt since the contract was entered into before 15 February 1992) it conferred on him rights to occupy the apartment as an owner, and to have himself registered as owner. Although the contract did not of itself transfer to him any real property in the apartment it thus conferred on him valuable personal rights which in the Chamber's opinion constituted asset and were possessions for the purposes of Art. 1 of the Protocol ». Pour une étude synthétique de la jurisprudence de la Human Rights Chamber v. A.C. Buyse, *Post-conflict housing restitution : the European human rights perspective, with a case study on Bosnia and Herzegovina*, Thèse, Universiteit Leiden, 2008, 435 p. Quant au champ d'application de l'article 8 de la CEDH, la Chambre a précisé que la reconnaissance de ce droit ne dépendait pas de l'existence d'un titre valide conférant des droits sur le domicile. Une importance particulière était ainsi donnée à la réalité de l'usage effectif par la personne réclamant la reconnaissance de son droit au domicile en vertu de l'article 8 de la CEDH. V. p. ex. HRC BiH, *D.K. c. Republika Srpska*, Case n. CH/98/710, December 10 1999, par. 31 : « The Chamber notes that the applicant lived in the apartment from January 1995 until his eviction in July 1998. It is therefore clear that the apartment is to be considered as the applicant's home for the purposes of Art. 8 of the Convention. This is unchanged by the fact that under the law of the Republika Sprska the applicant has no right to reside in the apartment at the time of his eviction. Article 8 of the Convention does not require the existence of a legal basis under national law for the place where a person lives to be considered to be his or her home ». Et pour une interprétation plus restrictive de la notion de domicile v. HRC BiH, *Ubovic et al. c. the Federation of Bosnia, CH/99/2425-31 and CH/99/2433-35*, September 7 2001, par. 69 : « The Chamber finds that [...] these properties did not constitute a home, as protected under Art. 8 of the Convention. It is not enough to maintain close ties to a previous home. The fact that one was born at a place or that one's ancestors had lived and were buried at a place is not sufficient for the place to be considered a home for the purposes of art. 8 of the Convention ». Pour un aperçu v. W. Englbrecht, « Property rights in Bosnia and Herzegovina: the contributions of the Human Rights Ombudsman and the Human Rights Chamber towards their protection », pp. 83-142, dans S. Leckie (éd.), *Returning home housing and property restitution rights of refugees and displaced persons*, Transnational publ., Ardsley, 2003, xx-433 p.

conditions. L'objectif visé serait ainsi l'équilibre entre la protection des intérêts des personnes déplacées et l'objectif de création des communautés homogènes voire la non-remise en cause des rapports établis depuis longtemps. Les différents projets de résolution du conflit chypriote et constituent un exemple de cette mise en balance entre des droits et des intérêts hétérogènes.

iii. Des limites au droit de restitution des biens abandonnés.

1090. Dans l'« Ensemble d'idées sur un accord-cadre global sur Chypre » du 15 juillet 1992, rédigé par le secrétaire général de l'ONU, Boutros Boutros-Ghali, qui a servi de base aux négociations entre les dirigeants des deux communautés, les personnes déplacées avaient la possibilité de « retourner à leur ancienne résidence ou de réclamer une compensation pour les biens situés dans l'État fédéré administré par l'autre communauté »²³⁹². Cet ensemble d'idées, approuvé par le Conseil de sécurité, proposait une séparation territoriale entre les communautés suivant les lignes ethniques. Deux zones auraient ainsi été créées, chacune « administrée par une communauté à laquelle sera garantie une nette majorité de la population et de la propriété foncière dans sa zone ». Cette proposition prévoyait également un retour limité des réfugiés, et un système de compensation pour ceux qui ne rentreraient pas. En vertu de ce texte, aucune primauté n'était accordée au droit de retour des personnes déplacées et par conséquent le droit de restitution des biens n'était pas pleinement assuré. Les mêmes considérations sous-tendaient le plan du Secrétaire général de l'ONU Kofi Annan, rendu public le 1^{er} avril 2003²³⁹³. Dans son rapport, Annan avait fait une distinction claire entre « les positions adoptées récemment par les Nations Unies et la communauté internationale dans l'ex-Yougoslavie » et le conflit chypriote. Il insistait sur le facteur temporel, à savoir « le fait que les événements de Chypre se sont produits il y a 30 à 40 ans et que les personnes déplacées ont dû reconstruire leur vie et leur économie pendant cette période », et reconnaissait le caractère légitime des revendications tant des réfugiés que de ceux qui résidaient depuis dans leurs propriétés à titre d'occupants secondaires. À la lumière de ces considérations, seul un droit de retour limité et progressif était reconnu au profit des personnes déplacées²³⁹⁴. En outre, le plan Annan proposait un traitement complexe des revendications de propriété. Dans les zones faisant l'objet d'ajustements

²³⁹² Rapport du Secrétaire général sur sa mission de bons offices à Chypre, 21 août 1992, S/24 472.

²³⁹³ Rapport du Secrétaire général sur sa mission de bons offices à Chypre, 1 avril 2003, S/2003/398. Pour l'approbation du plan par le CS v. S/RES/1475 (2003), 14 avril 2003, paragraphe 4 : « [Le Conseil de sécurité a] ppuie pleinement le plan soigneusement équilibré du Secrétaire général du 26 février 2003, qui constitue une base unique pour de nouvelles négociations, et engage toutes les parties concernées à négocier dans le cadre de la mission de bons offices du Secrétaire général en utilisant le plan afin de parvenir à un règlement global comme il est énoncé aux paragraphes 144 à 151 du rapport du Secrétaire général ».

²³⁹⁴ Selon les prévisions du plan, chaque municipalité ou village n'aurait absorbé pas plus de 20 % de sa population. Au total, chacune des deux entités politiques aurait admis un nombre des réfugiés ne représentant pas plus de 10 % de sa population.

territoriaux, les propriétés auraient été restituées à leurs anciens propriétaires. Toutefois, dans d'autres zones, les propriétaires dépossédés auraient pu choisir entre une combinaison d'options de restitution et d'indemnisation. Par ailleurs, le plan reconnaissait des droits en dont titulaires étaient les occupants secondaires des propriétés sises dans le nord de l'île. Il leur était ainsi permis de réclamer le titre de propriété des biens qu'ils occupaient, en échange de la renonciation à leurs droits sur leurs biens laissés dans le sud de l'île. Par conséquent, le plan ne prévoyait pas la reconnaissance d'un droit individuel à la restitution des biens privés. L'affirmation d'un tel droit était liée à des circonstances spéciales liées en rapport avec le lieu d'origine de la personne.

iv. Les deux types de réglementation des droits privés par un traité de paix.

1091. Des dispositions relevant d'un traité de paix peuvent régler de manière globale le sort des biens privés²³⁹⁵. Dans le cadre d'une telle réglementation, les propriétaires dépossédés ne sont pas pleinement reconnus en tant que titulaires d'un droit de restitution des biens. Le sort de leurs biens s'insère dans le cadre général d'un traité, dont l'objectif est le rétablissement de la paix. L'écoulement du temps depuis la spoliation des biens, l'objectif de restructuration de la démographie du territoire d'un État sont des facteurs, dont la prise en considération pourrait ainsi mettre des bornes à la reconnaissance d'un droit inconditionnel de retour et de restitution des biens, accordé à chaque réfugié ou personne déplacée.

1092. Aux antipodes du modèle de réglementation du sort des biens privés par le biais d'un accord global se trouve la reconnaissance d'un droit individuel de restitution au profit de tout propriétaire dépossédé. Un tel modèle attribue une importance particulière aux réclamations individuelles. À la lumière de cet objectif, un mécanisme de contrôle de chaque requête de

²³⁹⁵ À ce sujet v. T. Megiddo, E. Benvenisti, « Inclusion and representation: the settlement of property claims of the dispossessed in the aftermath of an armed conflict, Settlement of property claims », *op. cit.* Pour que l'issue politique globale des négociations de paix soit acceptée par les (anciens) propriétaires, ces derniers doivent se sentir « inclus » dans, et « représentés » par, l'organe ou l'autorité ayant eu la charge de ces négociations. Si les conditions d'« inclusion » et de « représentation » sont remplies, un règlement global paraît envisageable. « [S]tates may choose to forfeit in whole or in part property claims of individuals belonging to their community which are located in the territory of the other state. In doing so, the negotiation governments may be deemed to redistribute both private property rights and public good across their communities, in the name of peace and security. [...] [P]ost-conflict arrangements may regularize and consequently also legitimize instances of adverse possession which originally may have been obtained unjustly or illegally. They do so with a view to considerations of justice in the present, rather than in order to cement past injustices. [...] The discretion to take private property is therefore also limited, and requires that the conditions of inclusion and representation are met in order to ensure that all members of the community enjoy a share of the augmented public good. A unilateral attempt by a government to regulate post-conflict property rights is therefore suspect when the owners are individuals who are not part of the relevant community, and who are not represented by the said government », pp. 409-410.

restitution des biens pourrait être mis en œuvre²³⁹⁶. La différence entre ces deux modèles réside dans l'importance octroyée aux droits du propriétaire dépossédé. En effet, ce dernier n'est plus perçu comme le ressortissant ennemi dépourvu de protection. Un régime de protection émerge qui est favorable au propriétaire dépossédé. Le changement de paradigme est ainsi aisément perceptible. Toutefois, le degré de protection diffère en fonction des choix effectués par les gouvernements négociant un traité de paix. Il faut examiner si la réglementation des droits de propriété par les autorités des anciens belligérants dans le cadre d'un traité de paix est régie par des règles relevant du droit international et reconnaissant le propriétaire dépossédé en tant que sujet de droit. L'existence éventuelle de ces règles aurait comme effet la délimitation des prérogatives des gouvernements des anciens belligérants de négocier un traité de paix qui prévoit une protection incomplète des propriétaires dépossédés.

b. L'émergence d'un droit à la réparation des préjudices patrimoniaux subis par les personnes expulsées ou déplacées.

1093. Au-delà des articles relevant des traités de paix, des dispositions relatives à la protection des biens des personnes expulsées se trouvent dans des instruments de la Commission des droits de l'homme et d'autres organes des Nations Unies.

1094. Faute de traité général sur le déplacement forcé de populations, des règles de *soft law* portant sur la question ont vu le jour au cours de dernières décennies. Les différents instruments élaborés sous les auspices des organes de l'ONU ne sont pas contraignants, mais démontrent l'évolution du droit international à ce sujet. Dans les différents instruments relatifs aux déplacements forcés, plusieurs règles portent sur la gestion des biens abandonnés. Une des conséquences majeures de l'interdiction de toute politique d'expulsion massive semble être l'émergence d'une obligation de restitution des biens ou d'indemnisation pour les biens dont la restitution s'avère impossible. L'objectif de ces textes est de conférer des droits subjectifs aux membres de groupes déplacés. Bien que les règles qui figurent dans les différents textes ne soient pas appliquées de manière universelle, elles offrent des lignes interprétatives et dictent

²³⁹⁶ S. Leckie, «Conclusions — best practices to guide future housing and property restitution efforts », pp. 395-407, dans S. Leckie (éd.), *Returning home housing and property restitution rights of refugees and displaced persons*, op.cit. p.398 : « Since rights relating to the recovery of housing and property are essentially individual human rights, these cannot be used as bargaining chips in peace negotiations. Rather, these rights must be subject to adjudication on a case-by-case basis, as has been the case with all remedial mechanisms emerging from peace agreements or voluntary repatriation agreements ».

le chemin à suivre en vue du développement des règles du droit international²³⁹⁷. Un rapport existe aussi entre la saisie des biens et la mise en œuvre des politiques de nettoyage ethnique (ii).

i. Des règles relevant du « soft law » portant sur le droit des propriétaires expulsés ou déplacés.

1095. En 1992 la Commission des droits de l'homme a demandé au rapporteur Francis Deng d'élaborer une étude concernant les différents aspects de la protection des personnes expulsées²³⁹⁸. Dans son étude, Francis Deng exprimait des doutes quant à la reconnaissance d'un droit de restitution des biens accordé aux personnes expulsées²³⁹⁹. Après la préparation d'une deuxième étude portant sur la protection des victimes d'expulsions massives²⁴⁰⁰, la Commission a voté les « [p] rincipes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays »²⁴⁰¹. Au-delà des règles prohibant le déplacement en tant que punition collective, des règles spécifiques concernant la protection des biens sont repérables dans les principes directeurs adoptés par la Commission²⁴⁰². En vertu du principe 28, le devoir

²³⁹⁷ V. parmi d'autres, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale XXII concernant l'article 5 et les réfugiés et personnes déplacées., 49^{ème} session, 1996, A/52/18, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.6 at 212 (2003). Rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard, le droit à un logement convenable pendant un conflit violent, Balakrishnan Rajagopal transmis à l'AG, A/77/190, le 19 juillet 2022. CDH, Observation générale n. 15, Situation des étrangers au regard du Pacte, Vingt septième session, 1986, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994). CDH, Observation Générale n. 18, Article 26 : Principe d'égalité, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994). Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 7 : Le droit à un logement suffisant : expulsions forcées (art.11 [1]), E/1998/22, Seizième session, 1997. Comité des droits économiques sociaux et culturels, Observation générale n. 20. La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC/20, Quarante-deuxième session, 2 juillet 2009. Comité des droits économiques sociaux et culturels, Observation générale n. 26 (2022) sur la terre et les droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/GC/26, Soixante-douzième session, 24 janvier 2023.

²³⁹⁸ Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Rapport du représentant du Secrétaire général Francis Deng, présenté en application de la résolution 1995/57 de la Commission des droits de l'homme, Personnes déplacées dans leur propre pays, UN Doc. E/CN.4/1996/52/Add.2, 5 décembre 1995.

²³⁹⁹ *Idem*, par. 269 : « Généralement, les personnes déplacées dans leur pays perdent une grande partie de leurs biens lors de leur déplacement. En raison de leur vulnérabilité, ces personnes ont besoin d'une protection pour les biens qui leur restent ou qu'elles acquièrent au cours de leur déplacement. La destruction ou le vol de récoltes et de bétail, le bombardement ou l'incendie d'abris et la confiscation ou l'occupation forcée de demeures privées par des forces militaires ou paramilitaires font partie des expériences vécues par les personnes déplacées dans leur pays, en particulier dans des situations de conflits armés. Lorsque ces personnes reviennent chez elles, il se peut qu'elles trouvent leurs biens occupés par des tiers ; dès lors, elles doivent obtenir la restitution des biens ou une indemnisation pour leur perte ». Par. 416 : « [L] a protection juridique des personnes déplacées dans leur propre pays comporte des lacunes manifestes dans les domaines suivants [...] f) En ce qui concerne les besoins liés au droit à la propriété, le droit à la restitution des biens perdus par suite du déplacement ou à une indemnisation en raison de leur perte n'est pas pleinement reconnu ; il y a là une lacune évidente en cas de conflit armé, aussi bien interne qu'international ».

²⁴⁰⁰ UN Doc. A/CN.4/1998/53/Add. 1, Compilation et Analyse des normes juridiques, Partie II : Aspects juridiques de la protection contre le déplacement arbitraire, 11 février 1998.

²⁴⁰¹ UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add. 2, Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, 11 février 1998.

²⁴⁰² *Idem*, principe n. 21 : « 1. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété et de ses possessions. 2. La propriété et les possessions des personnes déplacées à l'intérieure de leur propre pays seront en toutes circonstances protégées, en particuliers contre les actes suivants : a) le pillage, b) les attaques directes ou sans discrimination ou autres actes de violence ; c) l'utilisation en guise de bouclier pour des opérations ou des objectifs militaires, d) L'utilisation comme objets de représailles ; et e) la destruction ou l'appropriation comme moyen de punition collective. 3. La propriété et les

soit de permettre le retour, soit de faciliter l'établissement dans un autre espace de l'État incombe aux autorités compétentes. D'après le principe 29 par. 2, les autorités ont aussi l'obligation d'assister les expulsés en leur restituant leurs biens ou en leur proposant une indemnisation d'un autre type²⁴⁰³. Par ailleurs, le Comité sur l'élimination de la discrimination raciale en 1996 a proposé une recommandation concernant les réfugiés et les déplacés. Le droit au retour et à la restitution des biens y figurait de manière explicite²⁴⁰⁴. Des dispositions similaires se trouvent aussi dans la recommandation XXIII du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale concernant la protection des droits à la propriété des peuples indigènes²⁴⁰⁵. Par ailleurs, le sujet de la restitution des biens des réfugiés et des déplacés a été abordé aussi par la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités relevant de la Commission des droits de l'homme²⁴⁰⁶.

1096. Les considérations en matière des biens abandonnés occupent une place prépondérante dans le rapport des rapporteurs spéciaux Awn Shawkat Al Khasawneh et Ribot Hatano portant sur les expulsions massives, qui a été approuvé par le Conseil économique et social des Nations

possessions laissées par les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays au moment de leur départ devraient être protégées contre la destruction, ainsi que l'appropriation, l'occupation ou l'utilisation arbitraire et illégale ». En détail S. Bagshaw, « Property restitution and the development of a normative framework for the internally displaced », *Refugee Survey quarterly*, 2000, pp.209-223.

²⁴⁰³ Principe 29, par.2 : « Les autorités compétentes ont le devoir et la responsabilité d'aider les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays qui ont regagné leur lieu d'origine ou ont été réinstallées à recouvrer, dans la mesure du possible, la propriété et les possessions qu'elles avaient laissées ou dont elles avaient été dépossédées au moment de leur départ. Lorsque leur recouvrement n'est pas possible, les autorités compétentes accordent à ces personnes une indemnisation appropriée ou une autre forme de réparation équitable ou les aident à les obtenir ».

²⁴⁰⁴ Recommandation générale XXII concernant l'article 5 et les réfugiés et personnes déplacées., 49^{ème} session, 1996, A/52/18, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 212 (2003), Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, « [...] 2. *Souligne* à cet égard que : a) Tous les réfugiés et personnes déplacées susmentionnés ont le droit de retourner librement dans leurs foyers d'origine en toute sécurité ; b) Les États parties sont tenus de veiller à ce que le retour des réfugiés et personnes déplacées susmentionnés soit librement consenti et de respecter le principe du non-refoulement et de la non-expulsion des réfugiés ; c) Tous les réfugiés et personnes déplacées susmentionnés ont, une fois de retour dans leurs foyers d'origine, le droit de se voir restituer les biens dont ils ont été dépouillés au cours du conflit et d'être dûment indemnisés pour ceux qui ne peuvent leur être restitués. Tout engagement pris ou déclaration faite sous la contrainte en ce qui concerne ces biens est nul et non avenue ».

²⁴⁰⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale XXIII concernant les droits des populations autochtones, 59^{ème} session, 1997, A/52/18, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 212 (2003), « 5. Le Comité demande tout spécialement aux États parties de reconnaître et de protéger le droit des populations autochtones de posséder, de mettre en valeur, de contrôler et d'utiliser leurs terres, leurs ressources et leurs territoires communaux et, lorsqu'ils ont été privés des terres et territoires qui, traditionnellement, leur appartenaient ou, sinon, qu'ils habitaient ou utilisaient, sans leur consentement libre et informé, de prendre des mesures pour que ces terres et ces territoires leur soient rendus. Ce n'est que dans les cas où il est factuellement impossible de le faire que le droit à la restitution devrait être remplacé par le droit à une indemnisation juste, équitable et rapide. Cette indemnisation devrait, dans la mesure du possible, se faire sous forme de terres et de territoires ».

²⁴⁰⁶ Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Examen global de sujets précis relatifs à l'élimination de la discrimination raciale, Note du secrétariat, E/CN.4/Sub. 2/1997/31, 27 mai 1997 : « Des centaines de milliers de personnes sont souvent contraintes à la suite d'un conflit armé d'abandonner leurs maisons et leurs biens, dont s'emparent alors fréquemment des personnes non autorisées. C'est ce qui se passe actuellement dans la région des Grands Lacs, en Bosnie-Herzégovine, à Chypre et ailleurs. A leur retour chez eux, tous ces réfugiés et ces personnes déplacées ont le droit de se voir restituer les biens dont ils ont été dépossédés au cours du conflit et d'être indemnisés pour leur perte éventuelle. En outre, aucune validité ne devrait être accordée aux engagements pris ou aux déclarations faites sous la contrainte au sujet de ces biens ».

Unies en 1998²⁴⁰⁷. Ayant comme objectif de s'appliquer « dans toutes les situations » et à imposer des règles qui « doivent être respectées en toutes circonstances », ce projet prévoit notamment que « nul ne peut être contraint de quitter son lieu de résidence » et inclut l'interdiction des politiques d'implantation de colons et de modification démographique dans un territoire. Les rapporteurs se focalisent à plusieurs reprises sur les mesures de confiscation des biens des personnes expulsées de manière massive « par la partie victorieuse au conflit »²⁴⁰⁸. Leur attention est attirée par l'importance et la valeur symbolique des terres appartenant à des communautés rurales qui relèvent de l'identité collective des populations expulsées²⁴⁰⁹. En raison de cette importance symbolique des terres abandonnées, le dédommagement monétaire ne semble pas en mesure de compenser l'ampleur des pertes subies. L'association des terres à l'identité collective amène les rapporteurs à employer la notion d'ethnocide. Certes, ce terme n'est pas censé qualifier juridiquement le simple acte de saisie des biens. Il est ainsi précisé que « les effets cumulés du transfert de populations semblent coïncider avec un processus d'ethnocide impliquant la destruction ou l'usurpation du contrôle, par un État, des ressources ou des éléments culturels vitaux d'une population, d'un peuple ou d'une nation donnés, pouvant aller jusqu'à l'anéantissement total de ces éléments »²⁴¹⁰. La perte des biens et des terres abandonnées est ainsi conçue comme étape d'un processus de perte de l'identité culturelle d'un peuple autochtone²⁴¹¹. Les rapporteurs s'attardent longuement sur les transferts de population opérés à la suite d'un conflit militaire et qui sont perçus comme moyen de réparations en nature²⁴¹². Ils précisent ainsi que l'hypothèse de répétition de transferts massifs de population à titre de réparations de guerre en nature ne serait pas inenvisageable²⁴¹³. Les rapporteurs se prononcent aussi sur les transferts de populations comme moyen de consolidation ethnique de la population d'un État. Tout en admettant cette finalité en soi, ils soulignent que la mise en œuvre d'une telle politique ne serait pas conforme aux droits de l'homme. A l'aune de cette

²⁴⁰⁷ Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités Quarante-cinquième session, Les transferts de populations, y compris l'implantation de colons et de colonies, considérés sous l'angle des droits de l'homme, Rapport par. A.S. Al-Khasawneh et R. Hatano. 2-27 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/17, 6 juillet 1993.

²⁴⁰⁸ *Idem*, par. 41. Et surtout par. 90 et s.

²⁴⁰⁹ *Idem*, par. 93.

²⁴¹⁰ *Idem*, par. 100.

²⁴¹¹ *Idem*, par. 101.

²⁴¹² *Idem*, par. 41 : « Mais il arrive aussi que ces transferts soient imposés, à titre de capitulation ou de "réparation en nature", aux populations du pays vaincu ou à des populations résidant hors du territoire de ce dernier, mais qui lui sont assimilées de par leur origine ethnique ou leur nationalité ».

²⁴¹³ *Idem*, par.139 : « En vertu des interdictions concernant la guerre énoncées dans la Charte des Nations Unies, il est théoriquement impossible que se reproduise aujourd'hui entre États-membres une telle situation. Toutefois, ces interdictions ne se sont pas révélées efficaces et il serait par conséquent imprudent de présumer qu'une guerre illégale n'aboutirait plus jamais à ce type de réparations en nature ».

analyse, la conformité de mesures portant sur des biens abandonnés avec les droits de l'homme ne pourrait pas être approuvée.

1097. Dans la résolution 1998/26, la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités est revenue sur des lois qui concernaient des biens abandonnés de la part des réfugiés ou des personnes déplacées²⁴¹⁴. Lors de la session n° 53, la sous-Commission a demandé au rapporteur spécial Pinheiro de lui soumettre un rapport concernant la restitution des biens des réfugiés et des personnes déplacées. Le terme employé était celui de « housing ». Le premier rapport a été soumis en 2003²⁴¹⁵. Le rapport étroit entre la restitution des biens et la garantie de la paix a été accentué²⁴¹⁶. Dans la résolution 2005/21, la sous-commission a admis les principes élaborés. Les principes s'appliquent à des situations « dans lesquelles le déplacement a eu pour résultat de priver “arbitrairement” ou “illégalement” des personnes de leur logement, de leurs terres et de leurs biens ou de leur lieu de résidence habituelle »²⁴¹⁷. Les principes réaffirment ainsi le droit de retour. Leur particularité réside dans le fait que l'accent n'est pas mis sur le droit collectif au retour, mais sur le droit individuel à la propriété²⁴¹⁸. Il a été souligné qu'aucune loi ne pourrait être votée ou appliquée qui serait en mesure de porter atteinte au processus de restitution des biens des réfugiés ou des personnes déplacées. À cet effet, une définition large du terme « biens » est proposée²⁴¹⁹. Même si l'indemnisation n'est pas exclue comme méthode de

²⁴¹⁴ Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Résolution 1998/26, Projet de convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les dispositions forcées, E/CN.4/Sub.2/1998/45, 30 septembre 1998. La Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités : « 3. [C] onfirme que l'adoption ou l'application par les États de lois ayant pour objet ou pour résultat la perte ou la suppression de droits en matière de location, de jouissance, ou de propriété ou d'autres droits concernant le logement ou les biens, la révocation active du droit de résider en un lieu particulier, ou de lois relatives à l'abandon, employées contre les réfugiés ou les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, font gravement obstacle au retour et à la réintégration des réfugiés et des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, ainsi qu'à la reconstruction et à la réconciliation ; 4. Invite instamment tous les États à veiller à ce que tous les réfugiés et toutes les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays jouissent, de manière libre et équitable, du droit de retourner dans leurs foyer et lieu de résidence habituel et à mettre au point des procédures juridiques, administratives et autres, efficaces et rapides, pour garantir l'exercice libre et équitable de ce droit, y compris des mécanismes équitables et efficaces conçus pour résoudre les problèmes de logements et de biens non encore réglés ».

²⁴¹⁵ Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Commission des droits de l'homme, Restitution des logements et des biens dans le cadre du retour des réfugiés et autres personnes déplacées, Rapport préliminaire du Rapporteur spécial, M. Paulo Sérgio Pinheiro UN Doc E/CN.4 Sub.2/2003/11, 16 juin 2003.

²⁴¹⁶ *Idem*, par. 57-65.

²⁴¹⁷ Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Restitution des logements et des biens dans le cadre du retour des réfugiés et autres personnes déplacés, Rapport final du Rapporteur spécial, Paulo Sérgio Pinheiro, E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 juin 2005, [Principes Pinheiro] section I, art. 1 relatif à la portée et au champ d'application.

²⁴¹⁸ V. à ce sujet K. Hassine, S. Leckie, *The United Nations principles on housing and property restitution for refugees and displaced persons* (« *The pinheiro principles* »), a commentary, Brill Nijhoff, Leiden, 2016, pp.xxi-402, p.9.

²⁴¹⁹ Conseil Norvégien pour les réfugiés (éd.), *Manuel sur la restitution des logements et des biens des réfugiés et personnes déplacées, pour la mise en œuvre des « Principes Pinheiro »*, 2007, 106 p., p.19 : « Les principes s'appliquent-ils uniquement aux logements et aux terres ? Le terme “biens” inclut-il les biens commerciaux, y compris les terres

récompense, la restitution se présente comme élément de justice restauratrice²⁴²⁰. Le droit à la restitution est affirmé comme moyen de réparation de l'injustice commise. L'importance primaire octroyée à la restitution est à comparer avec l'indemnisation qui figure aussi parmi les principes²⁴²¹.

1098. Dans l'article 7 des principes, référence est faite au droit de propriété, nommé toutefois droit à la jouissance pacifique des biens²⁴²². Il faut préciser que cet article s'apparente à l'article 1 du premier protocole de la CEDH.²⁴²³ L'article qui prohibe les expulsions fait aussi référence à l'interdiction de confiscation des propriétés.²⁴²⁴ Le droit de retour est aussi reconnu en vertu de l'article 10. Dans le commentaire, il est précisé qu'il ne comprend pas seulement le retour au pays, mais aussi le « retour » à la propriété privée individuelle²⁴²⁵. Parmi les obligations qui incombent aux États, figure celle relative à la prévision des mécanismes de

agricoles ? Les principes visent avant tout à rétablir les droits des réfugiés et des personnes déplacées sur les terres, les logements et les biens qu'ils possédaient, sur lesquels ils avaient des droits ou sur lesquels ils vivaient au moment où ils ont été déplacés. Mais ils font aussi référence aux droits de récupérer les biens commerciaux lors du retour, ainsi que les terres agricoles ».

²⁴²⁰ *Idem*, p. 17 : « On assiste à une prise de conscience de plus en plus grande de la nécessité de prendre en compte les droits à la restitution des logements et des biens et de résoudre équitablement tous les conflits sur les logements et les biens qui y sont liés, pour garantir une paix durable. De nombreux accords de paix illustrent cette évolution en incluant de façon explicite des dispositions sur les droits à restitution des logements, des terres et des biens pour les réfugiés et les personnes déplacés ». Rapport final du Rapporteur spécial, Paulo Sérgio Pinheiro, E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 juin 2005, principe 2 : « Le droit à la restitution des logements et des biens. 2.1. Tous les réfugiés et personnes déplacées ont le droit de se voir restituer tout logement, terre et/ou bien dont ils ont été privés arbitrairement ou illégalement, ou de recevoir une compensation pour tout logement, terre, et/ou bien qu'il est matériellement impossible de leur restituer, comme établi par un tribunal indépendant et impartial ».

²⁴²¹ *Idem*, principe 21 : « Indemnisation. 21.1. Tous les réfugiés et toutes les personnes déplacées ont droit à une indemnisation intégrale et effective en tant que partie intégrante du processus de restitution. L'indemnisation peut se faire en numéraire ou en nature. Afin de se conformer au principe de la justice réparatrice, les États veillent à ce qu'il ne soit procédé à une indemnisation en tant que moyen de recours que lorsque la restitution n'est pas possible dans les faits ou que la partie lésée accepte l'indemnisation en lieu et place de la restitution, en connaissance de cause et de son plein gré, ou lorsque les termes d'un accord de paix négocié prévoient d'associer restitution et indemnisation. 21.2. En règle générale, les États devraient veiller à ce que la restitution ne soit déclarée impossible de fait que dans des circonstances exceptionnelles, à savoir lorsque le logement, les terres et/ou les biens sont détruits ou n'existent plus, comme établi par un tribunal indépendant et impartial. Même en pareil cas, la personne qui détient les droits sur le logement, les terres et/ou les biens devrait, lorsque cela s'y prête, se voir offrir la possibilité de réparer ou de reconstruire. Il se peut que, dans certains cas, le moyen de recours et la forme de justice réparatrice les plus appropriés consistent à associer indemnisation et restitution ».

²⁴²² L'auteur du manuel explique que « [p] our des raisons historiques, le “droit à la propriété privée” ne figure pas dans la plupart des instruments internationaux, et notamment dans les deux pactes, parce que ce droit était considéré comme le reflet de valeurs sociales occidentales et libérales que d'autres régions ne partageaient pas, et qu'elles ne partagent toujours pas. Ce n'est donc pas par hasard si c'est la formulation “droit à la jouissance pacifique des biens” qui a été choisie plutôt que le celle de “droit de propriété”, *Conseil Norvégien pour les réfugiés (éd.), Manuel sur la restitution des logements et des biens des réfugiés et personnes déplacées, pour la mise en œuvre des “Principes Pinheiro”, op. cit.*, p.42.

²⁴²³ Principe 7 : « Le droit à la jouissance pacifique des biens. 7.1. Chacun a droit à la jouissance pacifique de ses biens. 7.2 Les États subordonnent uniquement l'utilisation et la jouissance des biens à l'intérêt public et aux conditions prévues par la loi et par les principes généraux du droit international. Dans toute la mesure possible, l'“intérêt de la société” doit être interprété dans un sens restrictif, de manière à impliquer uniquement une ingérence temporaire ou limitée eu égard au droit de jouissance pacifique de ses biens », E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 juin 2005, *op. cit.*

²⁴²⁴ *Idem*, Principe 5 : « Le droit d'être protégé contre les déplacements. 5.3. Les États interdisent l'éviction force, la démolition de logements et la destruction de zones agricoles et la confiscation ou l'expropriation arbitraires de terres comme sanction ou comme instrument ou méthode de guerre ».

²⁴²⁵ *Conseil Norvégien pour les réfugiés (éd.), Manuel sur la restitution des logements et des biens des réfugiés et personnes déplacées, pour la mise en œuvre des « Principes Pinheiro », op.cit.*, p.42.

restitution des biens dans les accords de paix négociés par les États ainsi que celle relative à l'interdiction d'adoption des lois arbitraires et discriminatoires susceptibles à porter atteinte au processus de restitution²⁴²⁶. Cette disposition faisait référence aux lois relatives aux biens abandonnés à la suite de l'expulsion collective des membres d'une communauté. Comme déjà analysé, ces lois s'appliquent à des fins d'appropriation de biens appartenant aux personnes qui ont dû fuir au cours d'un conflit et qui n'ont pas pu revenir dans les délais prévus par les différentes lois sur les biens abandonnés pour réclamer leurs biens²⁴²⁷. Le caractère discriminatoire de ces lois est évident. Ces lois prévoient des conditions restrictives pour l'exercice des demandes de restitution. En vertu des lois sur les biens abandonnés, les demandes de restitution sont soumises à plusieurs conditions, dont un lien légal entre le requérant et l'État. En effet, plusieurs lois portant sur les biens abandonnés, reconnaissent un tel droit aux nationaux ou aux résidents d'un pays donné. L'abrogation des lois discriminatoires, utilisées afin de légitimer le nettoyage ethnique en tant qu'outil de manipulation démographique, a été ainsi conçue comme une condition préalable à l'application effective des droits à restitution des biens.

1099. Il semble ainsi évident que le recours à des mesures portant sur les biens abandonnés s'inscrive dans le cadre d'une politique difficilement compatible avec les règles du droit international contemporain²⁴²⁸. Saisir les biens abandonnés en vertu des règles juridiques, à la

²⁴²⁶ Principe 19 : « Interdiction d'adopter des lois arbitraires et discriminatoires. 19.1 Les États ne devraient ni adopter ni appliquer des lois qui portent atteinte au processus de restitution, en particulier des lois relatives à l'abandon ou des dispositions relatives à la prescription arbitraires, discriminatoires ou injustes. 19.2 Les États devraient prendre des mesures immédiates pour abroger les lois injustes ou arbitraires et les lois qui ont un effet discriminatoire sur la jouissance du droit à la restitution des logements, des terres et des biens et veiller à ce que ceux qui ont été lésés par l'application antérieure de telles lois disposent de moyens de recours. 19.3 Les États devraient veiller à ce que toutes les politiques nationales relatives au droit à la restitution des logements, des terres et des biens garantissent pleinement le droit des femmes et des filles à être protégées de la discrimination et à l'égalité en vertu de la législation et dans la pratique ». *Manuel sur la restitution des logements et des biens des réfugiés et personnes déplacées, pour la mise en œuvre des « Principes Pinheiro »*, *op.cit.*, p. 32 « Étant donné l'adhésion universelle des États à de nombreuses dispositions du droit international interdisant la discrimination, il est de plus en plus rare qu'une législation nationale contienne une disposition ouvertement discriminatoire. Mais des lois discriminatoires susceptibles de porter atteinte aux droits de restitution restent en vigueur dans plusieurs pays et l'application de lois en apparence neutres a souvent un effet discriminatoire. L'analyse des causes du déplacement et du comportement des agents publics et/ou privés impliqués peut faire ressortir des tendances permettant d'établir qu'une discrimination est à l'origine du déplacement. Il faut surveiller les motivations ethniques ou autres qui ont pu faire obstacle à l'application des lois sur la restitution des logements et des biens ».

²⁴²⁷ K. Hassine, S. Leckie, *The United Nations principles on housing and property restitution for refugees and displaced persons ("The pinheiro principles")*, *a commentary, op. cit.*, p. 149.

²⁴²⁸ Un certain nombre de textes internationaux relatifs aux droits de l'homme offrent également une protection indirecte contre le nettoyage ethnique. Il a été suggéré, par exemple, que cette protection indirecte peut découler de dispositions concernant notamment le droit à l'autodétermination des peuples, la protection contre le génocide et la discrimination, la liberté de circulation, la liberté de culte, la liberté de réunion, la liberté d'expression, l'identité culturelle, le logement adéquat, le droit à l'éducation et la protection contre le travail forcé. Toutes ces dispositions concernent des actes qui entrent dans la catégorie des pratiques associées au nettoyage ethnique. De telles dispositions peuvent être trouvées dans un certain nombre de textes internationaux, dont les suivants : la Charte de l'ONU, la DUDH, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, le Pacte international sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le PIDCP, le PIDESC, et la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités

suite d'un échange obligatoire de populations, voire d'une expulsion collective unilatérale, visant à garantir l'homogénéité ethnique de la population d'un État, signifie donner des formes juridiques aux effets d'un nettoyage ethnique.

ii. La saisie des biens privés en tant qu'opération de nettoyage ethnique voire de génocide

1100. Le nettoyage ethnique n'est plus censé être un outil relevant de l'arsenal des États belligérants ou des États voulant éliminer tout danger éventuel d'irréductibilité en dehors du contexte d'hostilités ouvertes. L'idéal d'un État homogène du point de vue ethnique, qui justifiait jadis le recours à des actes d'épuration ethnique est ainsi remplacé par celui d'un État dont l'unité politique n'est plus fondée sur un nationalisme ethnique²⁴²⁹. Bien que le terme ne soit utilisé que dans certaines résolutions du CS, voire la jurisprudence de certains tribunaux *ad hoc*, plusieurs notions voisines figurent dans les articles du Statut du Tribunal *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie, ou même le Statut de Rome de 1998²⁴³⁰. Le nettoyage ethnique peut ainsi être appréhendé en tant que déportation ou transfert d'une population ou en tant que persécution pour des raisons politiques, raciales, nationales, ethniques, culturelles, religieuses ou sexistes²⁴³¹. Les règles relatives à la gestion des biens s'inscrivent ainsi dans le cadre normatif général de mise en œuvre d'un processus de purification ethnique, qualifié juridiquement de crime contre l'humanité.

nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques. Une interdiction expresse des expulsions massives a été incluse dans le quatrième protocole à la CEDH. V. à ce sujet le rapport par A.S. Al-Khasawneh et R. Hatano, E/CN.4/Sub.2/1993/17, op.cit., et not. les paragraphes 192-195 consacrés à la Convention contre la discrimination raciale, ainsi que le paragraphe 236 consacré au PIDESC.

²⁴²⁹ Pour cette analyse v. J. J. Preece, « Ethnic cleansing as an instrument of nation-state creation: changing state practices and evolving legal norms », *Human rights quarterly*, 1998, pp.817-842, p.840.

²⁴³⁰ Pour l'usage du terme nettoyage ethnique v. Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780 (1992) du CS, premier rapport intérimaire du 10 février 1993, Doc. off. UN S/25 274, par. 55. La Commission d'experts pour l'ex-Yougoslavie notait dans son premier rapport intérimaire que « le nettoyage ethnique consiste à rendre une zone ethniquement homogène en utilisant la force ou l'intimidation pour faire disparaître de la zone en question les personnes appartenant à des groupes déterminés ». V. aussi S/RES/820, (1993), 17 avril 1993, S/RES/827 (1993) du 25 mai 1993. La résolution du 25 mai 1993 créait le TPIY. V. aussi le rapport du Secrétaire général sur le TPIY soumis au Conseil de sécurité le 3 mai 1993 (rapport S/25 704). V. le Statut actualisé du TPIY art. 5 d (crimes contre l'humanité — expulsion) et 5 h (crimes contre l'humanité — persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses). V. aussi le Statut de Rome de la CPI, art. 7 d (crimes contre l'humanité — Déportation ou transfert forcé de population) et h (crimes contre l'humanité — persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du par. 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour). V. en détail, Y. Jurovics, Commentaire de l'art. 7, pp.567 — 626 et not. pp.576-579, dans J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubeda-Saillard, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2019, 2943 p.

²⁴³¹ Statut de Rome art. 7 par. 2, d : « Par “déportation ou transfert forcé de population”, on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international » ; g : « Par “persécution”, on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ».

1101. Il serait toutefois difficile d'admettre la thèse selon laquelle l'épuration ethnique, prenant la forme de l'expulsion massive d'une partie de la population, équivaut à un génocide²⁴³². L'obstacle pour cela serait l'absence de l'intention d'élimination physique d'une population dans le cas du nettoyage ethnique²⁴³³. En effet, la volonté d'expulsion collective ne pourrait pas être assimilée à une volonté de mettre en œuvre un génocide²⁴³⁴. Le déplacement forcé d'une population, suivi par la saisie des biens abandonnés, a été aussi qualifié par la doctrine de génocide culturel. Étant donné que la Convention sur le génocide exclut ce concept, la doctrine s'interroge sur les conditions d'interdiction de cette pratique en vertu d'autres règles du droit international. La notion de génocide culturel présuppose que le lien de la population déplacée avec la terre natale soit si profond, qu'il constitue un élément fondamental de l'identité culturelle de la communauté²⁴³⁵. L'attention doit aussi être attirée par l'introduction du terme

²⁴³² L'interprétation étendue du crime de génocide a été soutenue par R. Lemkin, *Axis rule in occupied Europe, op.cit.* L'auteur employait le terme « génocide économique » pour décrire les attaques contre les biens privés menées par le Troisième Reich. Il soulignait que le génocide est dirigé contre le groupe national en tant qu'entité, et les actions répréhensibles sont dirigées contre les individus en tant que membres de ce groupe national. « La confiscation des biens des ressortissants d'une zone occupée peut être considérée comme une simple privation de leurs droits de propriété individuels. Cependant, si les confiscations sont ordonnées à l'encontre d'individus uniquement parce qu'ils sont Polonais, Juifs ou Tchèques, leur objectif est l'affaiblissement voire l'anéantissement de ces groupes. En se focalisant sur le terme de génocide économique il précisait que « la destruction des fondements de l'existence économique d'un groupe national entraîne nécessairement une paralysie de son développement, voire une régression. L'abaissement du niveau de vie crée des difficultés pour répondre aux exigences culturelles et spirituelles. De plus, la lutte quotidienne pour le pain et la survie physique peut handicaper la pensée générale et nationale. L'objectif de l'occupant était de créer de telles conditions parmi les peuples des pays occupés, en particulier les peuples visés par les premiers plans de génocide élaborés par lui — les Polonais, les Soviétiques et les Juifs. Les Juifs ont été immédiatement privés des moyens élémentaires d'existence. Quant aux Polonais de la Pologne incorporée, l'objectif de l'occupant était de transférer les ressources économiques du groupe national polonais au groupe national allemand. Il fallait donc appauvrir le groupe national polonais et enrichir le groupe national allemand. Cet objectif est atteint principalement par la confiscation des biens polonais sous l'autorité du Commissaire du Reich pour le renforcement du germanisme », pp. 85-86.

²⁴³³ Pour l'assimilation des termes de nettoyage ethnique et de génocide v. Rés. AG 47/121, 18 décembre 1992. Dans le préambule, l'Assemblée générale dénonçait « l'ignoble politique de nettoyage ethnique qui est une forme de génocide ». V. à ce sujet E. Ouedraogo, « Le “nettoyage ethnique” en droit international », *Annuaire canadien de droit international*, 2017, pp.188-226, p.221-3. L'auteur met en exergue la différence de ces deux termes du point de vue de leurs finalités.

²⁴³⁴ Lors de l'élaboration de la Convention sur le génocide de 1948, la délégation syrienne a proposé d'ajouter à l'article 2 précisant le contenu du terme génocide une référence aux « mesures tendant à mettre les populations dans l'obligation d'abandonner leurs foyers afin d'échapper à la menace de mauvais traitements ». Doc. Off. UN A/C. 6/234 du 15 octobre 1948. Toutefois, cette proposition n'a pas été retenue parce que le déplacement d'un groupe n'a pas été qualifié de mesure entraînant la destruction physique d'un groupe. Si cette proposition avait été retenue, les États auraient été obligés de reconsidérer des politiques privilégiées par eux-mêmes. W. Schabas, *Genocide in international law: the crime of crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, xviii-741 p., pp.226-227 : « During the drafting of the Convention, the United States expressed concern that the proposed definition of the crime “might be extended to embrace forced transfers of minority groups such as have already been carried out by members of the UN ».

²⁴³⁵ Pour une définition du crime de génocide culturel v. J. Zagorac, *Le génocide culturel : un crime oublié du droit international ?*, Bâle, Helbing, 2022, xxiv-548 p., p. 115 : « Le génocide culturel se définit comme l'un quelconque des actes suivants, commis dans l'intention de détruire entièrement ou partiellement un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel, à savoir le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe, le déplacement forcé de tout ou partie du groupe du territoire qu'il occupe traditionnellement et qui constitue un élément fondamental de son identité, l'atteinte grave au patrimoine culturel du groupe ainsi que toute autre méthode de déculturation forcée des membres du groupe ». Ce lien culturel est particulièrement profond pour les peuples autochtones, puisque le droit à la propriété foncière englobe aussi les ressources naturelles, éléments indispensables à la survie économique de ces groupes. Le cadre juridique protecteur des populations autochtones semble être bien précis. La Convention n. 169 de l'Organisation internationale du travail relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, v. les articles 14 et 16. V. aussi l'art. 10 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Cette déclaration pose le principe selon lequel les peuples autochtones ne doivent pas être déplacés de force des terres qu'ils occupent, car le lien des autochtones avec

« domicile » dans le débat relatif au droit à un logement convenable. La nature juridique du terme est revendiquée notamment par une partie de la doctrine²⁴³⁶. Sur cette doctrine s'est appuyé le Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard, dans son rapport de 2022²⁴³⁷. Selon le rapporteur Balakrishnan Rajagopal, la destruction systématique des logements deviendrait un crime à part et autonome par rapport à d'autres comportements voisins déjà réprimandés par la loi pénale. La restitution comme moyen de réparation pour les personnes affectées par le « domicile » devait être privilégiée²⁴³⁸.

1102. Un corps des règles relevant du droit international esquisse un cadre protecteur pour les propriétaires dont les biens ont été abandonnés. Néanmoins, le caractère contraignant de plusieurs textes consacrant le droit de restitution des biens des réfugiés ou des personnes déplacées est douteux. Par conséquent, il faudrait se focaliser sur la manière dont des organes juridictionnels se prononcent sur les droits des anciens propriétaires, dont les « biens abandonnés » ont été saisis pendant, ou à la suite d'un conflit militaire. La reconnaissance d'un tel droit pourrait avoir lieu à l'occasion d'un jugement sur la licéité ou sur l'application d'une loi relative à la gestion des propriétés abandonnées.

c. La protection juridictionnelle des droits des propriétaires expulsés ou déplacés.

1103. La reconnaissance d'un droit à la restitution des biens au profit des anciens propriétaires risque de porter un préjudice excessif à la situation juridique des occupants secondaires. L'interrogation porte ainsi sur la validité du principe *ex iniuria non ius oritur*, invocable théoriquement par l'ancien propriétaire dépossédé. Il faut examiner les conditions, dans lesquelles ce principe se laisserait fléchir devant la force normative du factuel ou d'un fait

leurs territoires est essentiel au maintien de l'identité et de la culture communautaires. La DUDPA souligne l'importance de ce lien à la terre en garantissant, parallèlement à l'interdiction du transfert forcé, le droit des autochtones à ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture. DUDPA v. art. 8, par. 1. les dispositions protectrices de la culture et de l'identité individuelles et collectives, ainsi que le droit à l'autodétermination, peuvent contribuer à protéger les communautés autochtones et minoritaires contre les déplacements forcés susceptibles de porter atteinte à leur existence culturelle. V. en détail Zagorac, *Le génocide culturel*, op. cit., p. 305 et s. V. aussi Comité des droits économique et sociaux, Observation générale n° 21, 21 Novembre 2009, E/C.12/GC/21, par. 36.

²⁴³⁶ V. notamment J. D. Porteous, E. S. Smith, *Domicide : The Global Destruction of Home*, McGill, Queen's University Press, 2001, 283 p.

²⁴³⁷ Il faut rappeler que le droit à un logement convenable est consacré à l'art. 25 par. 1 de la DUDH, l'art. 11 du PIDCP ainsi que dans d'autres traités régionaux de l'homme (p.ex. CEDH art. 8). La Commission des droits de l'homme a adopté le 17 avril 2000 la résolution 2000/9, dans laquelle elle a décidé de nommer, pour une période initiale de trois ans, un Rapporteur spécial dont le mandat porterait sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant.

²⁴³⁸ Rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard, le droit à un logement convenable pendant un conflit violent, Balakrishnan Rajagopal transmis à l'AG, A/77/190, le 19 juillet 2022. Sur la relation du « domicile » avec les autres crimes déjà prévus par le droit international pénal. V. par. 42-46. Sur la justification de la reconnaissance autonome du crime de « domicile » v. par. 76-80. Sur les différents moyens de réparations offerts aux personnes victimes du crime de génocide v. par. 61-74. Les solutions de la restitution, de l'indemnisation en nature et, en dernier lieu, de l'indemnisation pécuniaire sont envisagées par le rapporteur.

accompli, invoqué par le propriétaire secondaire²⁴³⁹. Par conséquent, l'octroi d'un droit à la restitution des biens risque d'être préjudiciable pour des personnes qui réclament une protection de leur droit à l'usage du bien occupé. En effet, en vertu des principes Pinheiro, les occupants secondaires doivent être protégés de toute éviction arbitraire et illégale. Si leur éviction est justifiée, des résidences alternatives doivent leur être proposées. En outre, les États doivent créer des mécanismes qui offriraient des indemnisations aux occupants secondaires ayant agi en bonne foi. Toutefois, il est précisé que l'hypothèse de création des droits de bonne foi sur les biens abandonnés à la suite d'un déplacement massif ne soit pas envisageable²⁴⁴⁰.

1104. La reconnaissance d'un droit individuel de restitution des biens abandonnés risque de porter préjudice à une situation établie depuis longtemps et ainsi miner davantage les conditions de rétablissement de la paix, dans une société traumatisée par un conflit armé et des déplacements massifs de populations. La mise en balance des droits des propriétaires initiaux, avec ceux des occupants secondaires, s'avère particulièrement délicate²⁴⁴¹. Le caractère délicat de cette opération de conciliation de droits contradictoires peut être constaté dans la jurisprudence relative aux biens abandonnés en île de Chypre, au moment de sa division de facto en 1974 (i). Il faudrait ainsi examiner comment cette opération de conciliation a été effectuée par le juge chypriote (ii) pour se pencher, par la suite, sur la jurisprudence de la CEDH (iii).

i. Les biens abandonnés par les personnes déplacées en île de Chypre.

Les maisons que j'avais, on me les a prises. Il se trouva
Que les années furent néfastes : guerres, ravages, exil.
Parfois le chasseur atteint les oiseaux de passage,
Parfois il ne les atteint pas. La chasse

²⁴³⁹ Oppenheim se montre favorable à la protection des droits de l'ancien propriétaire dans son ouvrage *War and neutrality*, *op. cit.*, p. 619 : « If the occupant has performed acts which according to International Law he was not competent to perform, *post liminium* makes the invalidity of these illegitimate acts apparent. Therefore, if the occupant has sold immovable state property, such property may afterwards be claimed from the purchaser, whoever he is without compensation. [...] If he has appropriated and sold such private or public property as may not legitimately be appropriated by a military occupant, it may afterwards be claimed from the purchaser without payment of compensation ».

²⁴⁴⁰ E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 juin 2005, Principes Pinheiro, *op. cit.*, par. 17,1, 17,3, Dans le par. 17.4 il est précisé que : « Lorsque le logement, la terre ou les biens ont été vendus par les occupants secondaires à des tiers agissant de bonne foi, les États peuvent envisager d'établir des mécanismes pour indemniser les tiers lésés. Toutefois, on peut faire valoir que la notoriété du déplacement implique la connaissance du caractère illégal de l'achat des biens abandonnés, ce qui exclut en pareil cas la naissance de droits de bonne foi sur ces biens ».

²⁴⁴¹ Cette interrogation renvoie à une question de justice fondamentale relative au droit des occupants secondaires à se substituer aux anciens propriétaires. Selon cette hypothèse, un jugement de droit et de justice peut différer en fonction du temps. Les changements historiques peuvent ainsi remédier au caractère injuste d'un acte primaire, en l'occurrence l'occupation des biens privés. Cette argumentation est développée par J. Waldron, « Superseding historic injustice », *Ethics*, Octobre 1992, vol. 103, n. 1, pp. 4-28. Dans son article, « Settlement, return and the supersession thesis », paru dans *Theoretical Inquiries in law*, 2004, pp.237-268, Waldron étudie l'application de la « thèse de la substitution » aux questions relatives au droit de retour des Palestiniens et aux colonies israéliennes dans les territoires occupés. Il affirme que « s'il n'est pas impensable que la thèse de la substitution finisse par légitimer les colonies et par compromettre le droit au retour des Palestiniens, il n'y a aucune garantie que cela se produise ». Il précise que le changement des circonstances et pas le seul écoulement du temps serait en mesure de conférer de légitimité à une telle théorie selon laquelle les droits des occupants secondaires prévaudraient sur ceux des propriétaires originaux.

Fut bonne en ce temps-là, beaucoup furent touchés par
les plombs
Les autres errent sans répit ou deviennent fous dans
les abris.
(...)
Tu sais, les maisons s'irritent facilement
Quand on les dépouille.

Seferis G., *La maison près de la mer*, La Grive, Poèmes 1933-1955, Trad. Lacarrière J., Mavraki E., Ed. Mercure de France 1987p. 127-128

1105. A la suite de la division *de facto* de l'île, le problème de gestion des biens abandonnés par les personnes déplacées s'est posé avec acuité. La loi 139/1991 de la République de Chypre porte sur la gestion des propriétés abandonnées, appartenant à des membres de la minorité turcophone, et sises au sud de l'île²⁴⁴². Cette loi reconnaît un empêchement à l'exercice du droit de propriété des Chypriotes Turcs qui toutefois reste intact jusqu'à la résolution future du conflit²⁴⁴³. En vertu de l'article 7 de la loi de 1991, le ministre des Affaires étrangères de la République de Chypre assume le rôle du gardien des propriétés abandonnées²⁴⁴⁴. La Cour suprême de la République de Chypre a précisé que la saisie des biens des Chypriotes turcs n'était pas l'équivalent d'une expropriation et que la gestion de ces biens n'avait qu'un caractère temporaire²⁴⁴⁵. L'usage des propriétés abandonnées peut être confié à des personnes déplacées de la partie au nord de l'île²⁴⁴⁶. Il semble ainsi que cette loi opère une mise en balance visant à réconcilier le droit de propriété des propriétaires initiaux avec le droit d'usage des biens dont titulaires sont des personnes déplacées de la partie du nord.

1106. Après la réouverture de la frontière entre les deux unités politiques de l'île en 2003, plusieurs propriétaires ont réclamé la restitution de leurs biens abandonnés depuis 1974.

ii. La prise en compte du contexte politique pour la reconnaissance des droits individuels sur les biens abandonnés

1107. La question de reconnaissance d'un tel droit a fait l'objet de plusieurs décisions du juge chypriote. La décision *Arif Mustafa v. ministre de l'Intérieur* de 2004 a ouvert la voie à la

²⁴⁴² Loi de 1991 sur les propriétés chypriotes turques (gestion et autres questions) (dispositions provisoires). [Ο περί Τουρκοκυπριακών Περιουσιών (Διαχείριση και Άλλα Θέματα) (Προσωρινές Διατάξεις) Νόμος του 1991 (N. 139/1991) E.E., Παρ.Ι, Αρ.2598, 26/4/1991 http://www.cylaw.org/nomoi/indexes/1991_1_139.html].

²⁴⁴³ Pour une présentation de cette loi v. CEDH, *Kazali and Others v. Cyprus*, requête n. 49 247/08, 6 mars 2012

²⁴⁴⁴ Une référence spéciale doit être faite à la gestion des biens des institutions religieuses ottomanes. D'après l'article 23 par. 10 de la Constitution de Chypre, toute restriction apportée aux biens de ces institutions doit être soumise à l'accord de la communauté turque. L'article 2 de la loi 139/91 prévoyait l'attribution de leur gestion à un administrateur. Le problème de sa conformité avec la constitution était apparent.

²⁴⁴⁵ V. Les affaires Cour suprême de Chypre, *Panagiotis Kritis v. Attoreny general*, 20 juillet 2001, [v. les liens pour la consultation des décisions de la Cour suprême Chypriote dans la bibliographie].

²⁴⁴⁶ V. en détail N. Τριμκλιωνίτης, Κ. Δημητρίου, *Le déplacement des populations à Chypre, le cadre juridique de la République de Chypre* [Ο εκτοπισμός στην Κύπρο, Νομικό πλαίσιο στην Κυπριακή Δημοκρατία], Prio, Oslo, 2012, 53 p., p.35.

reconnaissance du droit de restitution en faveur des Chypriotes Turcs²⁴⁴⁷. En l'occurrence, la propriété abandonnée du requérant avait été mise sous le contrôle de l'administrateur. Un recours devant la Cour suprême a été exercé contre le refus de l'administrateur de lui rendre ses biens. La Cour a dû se prononcer sur les pouvoirs de l'administrateur en cas de retour du propriétaire initial. Le requérant prétendait, que le retour ultérieur du propriétaire à la zone contrôlée par la République Chypre avait comme effet la cessation des pouvoirs confiés à l'administrateur²⁴⁴⁸. La Cour suprême a retenu son argumentation et a procédé à l'annulation de la décision de l'autorité administrative. La Cour a ainsi précisé que la finalité des fonctions de l'administrateur était la protection des biens abandonnés, et non pas leur gestion à titre de contre-mesures pour les mesures de dépossession, prises contre les biens abandonnés au nord de l'île, par les autorités de la République turque de Chypre du nord²⁴⁴⁹. Cette jurisprudence démontre la volonté du juge d'appréhender les différends liés aux biens abandonnés, en dehors du contexte global des relations entre les deux communautés. Le propriétaire dépossédé et déplacé est ainsi pris en considération sans aucune référence au cadre politique du différend. La question des propriétés acquiert ainsi une certaine autonomie et n'est plus liée aux considérations émanant du *jus post bellum*. Néanmoins, cette jurisprudence n'a pas été accueillie favorablement par les autorités de l'État chypriote²⁴⁵⁰.

1108. Les raisons de cette hésitation à approuver le raisonnement de la Cour sont compréhensibles. Le gouvernement chypriote considère que la résolution du problème des biens abandonnés par les membres des deux communautés ayant fui en 1974 fait partie du problème politique global, sévissant entre les deux communautés. Par conséquent, selon son interprétation, les intérêts des propriétaires dépossédés doivent être insérés dans un cadre de négociations global. La mise en balance ne s'effectue pas, de manière exclusive, entre les droits des propriétaires initiaux et ceux des occupants secondaires. La reconnaissance d'un droit de restitution et la mise en œuvre d'un droit de restitution présupposent la résolution politique du différend des deux communautés dans son ensemble. La distance qui sépare les deux visions du problème de gestion des biens abandonnés est aisément perceptible.

²⁴⁴⁷ Cour suprême de Chypre, *Arif Mustafa v Ministry of interior*, 24 septembre 2004.

²⁴⁴⁸ *Idem*. Toute distinction en fonction de la date de mise en vigueur de la loi a été jugée comme restriction excessive au droit de propriété et ne donnerait aucun motif aux Chypriotes Turcs ayant fui leurs biens dans le sud d'y rentrer, rendant ainsi la scission de l'île définitive.

²⁴⁴⁹ La saisie des biens des membres de la communauté turque appréhendée comme politique discriminatoire aurait été contraire à l'article 6 de la Constitution de la République de Chypre qui interdit toute mesure discriminatoire contre des membres des deux communautés ethniques de l'île.

²⁴⁵⁰ Γ. Νεάρχου, « La clé à la main, il se rend à sa maison d'Episcopi » [«Με το κλειδι στο χέρι πάει στο σπίτι του στην Επισκοπή»], Πολίτης 14.02.2006, p.20.

1109. À la suite des réactions multiples à cette jurisprudence, les juges chypriotes ont adopté une position moins favorable à la reconnaissance d'un droit de restitution des biens abandonnés au profit des Chypriotes Turcs n'a pas été adoptée dans d'autres arrêts de la Cour suprême. Une référence pourrait être faite à l'affaire *Kiamil Ali Riza v. ministre de l'Intérieur*. En l'espèce, le requérant réclamait la restitution de sa propriété sise dans le sud et mise sous le contrôle de l'administrateur²⁴⁵¹. Le requérant considérait que la loi de 1991 portait préjudice à l'égalité devant la loi. La Cour suprême dans sa décision a rejeté sa demande soulignant que cette loi était une concrétisation « du droit de nécessité ». Il faut rappeler que le droit de nécessité a été invoqué par la Cour suprême déjà dans l'affaire Ibrahim de 1964²⁴⁵². Cette doctrine a été invoquée même après l'invasion militaire pour faire face aux difficultés liées à la gestion de la crise des personnes déplacées.²⁴⁵³ Plusieurs affaires postérieures ont mis en avant la possibilité d'invocation du droit de nécessité pour apporter des restrictions aux droits fondamentaux, comme en l'occurrence le droit à la propriété privée²⁴⁵⁴. La Cour s'est appuyée sur le droit de nécessité pour justifier les décrets qui réglementaient la saisie des biens, appartenant à des Chypriotes Turcs. Ces saisies avaient eu lieu afin de subvenir aux besoins de logement des personnes ayant fui la partie au nord de l'île, lors de l'intervention militaire turque²⁴⁵⁵. En effet, l'invocation du droit de nécessité a été récurrente par la Cour suprême chypriote pour rejeter les recours faits contre des refus de restitution des biens émis par l'administrateur des biens abandonnés²⁴⁵⁶. Une référence particulière pourrait être faite à l'arrêt de la Cour suprême

²⁴⁵¹ Cour suprême de Chypre, *Kiamil Ali Riza v. Ministry of interior acting as the Guardian of Turkish Cypriot properties*, n.133/2005, 19.01.2007.

²⁴⁵² Cour suprême de Chypre, *Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim*, 6 Octobre 1964. La décision portait sur la modification apportée au système juridictionnel après le départ des membres relevant de la communauté des Chypriotes Turcs au lendemain des hostilités qui avaient éclaté aux années 1962-64. Pour une analyse v. S. Papasavvas, *La justice constitutionnelle à Chypre*, Paris, Economica, 1998, 259 p., p.35 et du même auteur « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle-Les droits constitutionnels des étrangers », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1995, pp. 59-74.

²⁴⁵³ À ce sujet v. G. Pikis, *Constitutionalism Human rights Separation of powers, the Cyprus precedent*, Leiden, Brill, 2006, 188p., pp.27-40 et A. Emilianides, « Accession of the Republic of Cyprus to the EU, the Constitution and the Cypriot Doctrine of necessity », *Cyprus Yearbook of international relation*, 2007, pp. 65-82.

²⁴⁵⁴ Cour suprême de Chypre, *Costantinos Chimonides v. Evanthia Manglis*, 1967, *Cyprian law review* 1967, p.125, 1 novembre 1967 ; , et Cour suprême de Chypre, *Andreas Aloupas and Another v. National Bank of Greece*, 1983, *Cyprian law review*, 1983, 1, p.55, 24 février 1983.

²⁴⁵⁵ Cour suprême de Chypre, *Aristides and Others v. the Republic*, 30 Janvier 1982, *Cyprian law review*, 1983, p.1507 ; Cour suprême de Chypre, *Loukis Kritiotis v. The municipality of Paphos*, 8 février 1986, *Cyprian law review*, 1986, 3, p. 322, À ce sujet v. M. Kyprianou, « The law of necessity and the orders of requisition », *Επιθεώρηση Κυπριακού Δικαίου*, 1985, pp.1874-1876.

²⁴⁵⁶ V. les affaires de la Cour suprême de Chypre, *Kiamil Ali Riza v. Ministry of interior acting as the Guardian of Turkish Cypriot properties*, n.133/2005, 19.01.2007 ; *Solomonides c. the Republic and the Ministry of interior acting as the Guardian of Turkish Cypriot properties*, 29 septembre 2003 ; *Ozgun Ahment Mumtaz (Soyer) v. the Republic*, 16 décembre 2008,

portant sur le recours pour excès de pouvoir d'Ahmet Mulla Sulleyman²⁴⁵⁷. En l'occurrence, le requérant contestait la conformité de la loi de 1991 avec plusieurs articles de la Constitution chypriote ainsi que le 1^{er} article du PA de la CEDH²⁴⁵⁸. La Cour n'a pas retenu cette argumentation précisant que les restrictions au droit de propriété avaient un caractère temporaire et que les restrictions apportées au droit à la propriété privée étaient conformes à l'objectif poursuivi, à savoir l'installation des personnes déplacées du nord de l'île. Il semble ainsi que la Cour reste attachée à l'invocation du droit de nécessité justifiant des restrictions à l'exercice des droits et libertés²⁴⁵⁹. En 2007 la Cour suprême a examiné la demande d'un Chypriote turc dont l'objectif était de renvoyer à la CJUE une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 2 de la directive 2000/43/CE qui interdisait toute discrimination pour des raisons d'origine raciale ou ethnique²⁴⁶⁰. L'interrogation portait sur la conformité du refus à un groupe de citoyens — en l'occurrence les Chypriotes Turcs — de vendre leurs propres biens avec la directive. La Cour suprême a rejeté cette demande et a précisé que l'accès à la propriété est exclu du champ d'application de cette directive. Néanmoins, des réserves pourraient être émises à l'égard de cette décision, étant donné que selon l'article 3 (1), la directive s'applique à toutes les personnes et concerne « l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public, y compris en matière de logement ». La référence au logement aurait pu être interprétée comme renvoi explicite au droit de propriété.

²⁴⁵⁷ Cour suprême de Chypre, *Ahmet Mulla Suleyman v. the Republic of Cyprus, through (i) the Minister of the Interior as the Custodian of Turkish-Cypriot properties; and (ii) the Director of Management of Turkish-Cypriot properties*, 21 mai 2007.

²⁴⁵⁸ Les articles de la Constitution de 1960 invoqués par le requérant étaient l'art. 6 interdisant toute discrimination contre des membres des deux communautés ethniques, l'art. 13 reconnaissant la liberté d'aller et venir ainsi que l'art. 23 relatif à la protection de la propriété privée.

²⁴⁵⁹ V. Cour suprême de Chypre, *Zehra Kemal Ahmet kai Nuray Kemal Ahmet v. Minister of the Interior as the Custodian of Turkish-Cypriot properties*, 8 juin 2007. En l'occurrence la Cour est restée fidèle à sa tactique à s'appuyer sur la doctrine de nécessité pour justifier des restrictions au droit de propriété.

²⁴⁶⁰ Cour suprême de Chypre, *Perihan Mustafa Korkut η Eyiam Perihan v. Apostolou Georgiou*, 17 décembre 2007. Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Article 2 : « Concept de discrimination. 1. Aux fins de la présente directive, on entend par "principe de l'égalité de traitement", l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique. 2. Aux fins du paragraphe 1 : a) une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ; b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires. 3. Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres. 4. Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes pour des raisons de race ou d'origine ethnique est considéré comme une discrimination au sens du paragraphe 1 ».

1110. Le juge chypriote témoigne de la déférence à l'égard de la politique restrictive de restitution des biens à titre individuel poursuivie par les autorités gréco-chypriotes. La construction jurisprudentielle du « droit de nécessité » offre les outils nécessaires au juge, qui lui permettent de mettre en œuvre un régime d'exception. Dans le cadre de ce régime d'exception, le droit de restitution des biens, formellement reconnu au profit des propriétaires déplacés, ne donne pas lieu à la restitution effective des biens abandonnés. La logique intrinsèque à ce raisonnement est l'appréhension du problème des biens abandonnés en tant que facette du problème global des relations entre les deux communautés. Les droits des membres des communautés sont ainsi des droits dont le respect est conditionné par l'issue politique du conflit. Il faut alors examiner si le même raisonnement se retrouve dans la jurisprudence de la CEDH.

1111. La CEDH a été appelée, à plusieurs reprises, à se prononcer sur la licéité des mesures portant sur les biens abandonnés appartenant aux membres des deux communautés ethniques expulsées, à savoir la communauté gréco-chypriote, expulsée du nord de l'île et la communauté turco-chypriote, expulsée du sud de l'île. La CEDH a été saisie des demandes d'appréciation de la conformité des règles relatives aux biens abandonnés avec le droit à la propriété privée, protégé en vertu du premier article du 1^{er} PA.

iii. Des droits à la réparation en faveur des propriétaires dépossédés reconnus par la CEDH

1112. La CEDH a apprécié la conformité des dispositifs normatifs des deux communautés réglementant le sort des biens abandonnés. La Cour a dû ainsi étudier les prérogatives conférées à l'administrateur, l'organe de la République de Chypre compétent à gérer les propriétés abandonnées. Une marge de manœuvre a été reconnue au profit des autorités étatiques (a) qui pouvaient ainsi déterminer le type de réparation pour des violations de caractère continu (b). La restitution ne semble plus ainsi être la solution unique envisagée (c, d,e).

a. L'approbation d'une marge de manœuvre reconnue au profit des autorités étatiques quant à la détermination du type de réparation.

1113. En 2010 des modifications importantes ont été apportées à la loi de 1991²⁴⁶¹. La nouvelle version de la loi prévoit la possibilité de levée du régime de gestion par l'administrateur de propriétés abandonnées, après considération de différents facteurs liés aux liens du propriétaire avec la République de Chypre et avec la République turque de Chypre du nord. Une marge de

²⁴⁶¹ Loi de 2010 sur les propriétés chypriotes turques (gestion et autres questions) (dispositions temporaires), 7 mai 2010, [Ο περί Τουρκοκυπριακών Περιουσιών (Διαχείριση και Άλλα Θέματα) (Προσωρινές Διατάξεις) (Τροποποιητικός) Νόμος του 2010 (Ν. 39 [I]/2010) Ε.Ε., Παρ.Ι(Ι), Αρ.4240].

manœuvre importante est ainsi reconnue au profit de l'administrateur dont la décision peut être fondée sur plusieurs critères, énumérés à titre indicatif dans la loi. En effet, la possibilité de restitution de la propriété abandonnée est envisageable, sous condition que l'ancien propriétaire réside à l'étranger ou envisage son retour à la République de Chypre. Par conséquent, la restitution des propriétés n'est pas envisageable pour les personnes déplacées au nord, qui sont des occupants secondaires des propriétés abandonnées, par des Greco-chypriotes au nord de l'île. La loi semble ainsi privilégier les anciens propriétaires qui démontrent leur volonté à ne pas entretenir des liens avec la zone administrée par la République turque de Chypre du nord. La CEDH s'est prononcée sur la conformité des modifications de 2010 apportées à la loi de 1991 avec la Charte²⁴⁶². Les requérants Turco-chypriotes, après avoir analysé avec minutie les décisions émises par l'administrateur des biens abandonnés ainsi que les différentes décisions des juridictions de la République Chypre, évoquaient la violation de l'article 8, du premier article du premier protocole additionnel, ainsi que de l'art. 14 de la Charte. En l'occurrence, les requérants faisaient valoir que le pouvoir discrétionnaire très étendu octroyé au gardien rendait très difficile une décision de levée du séquestre²⁴⁶³. Le gouvernement de Chypre a précisé que le pouvoir discrétionnaire du gardien était soumis à un contrôle judiciaire et, par conséquent, ne pouvait pas être exercé de manière arbitraire. Une référence particulière a été faite à l'importance de la modification de la loi en 2010 qui reconnaissait, sous certaines conditions, un droit à l'indemnisation et à la restitution de biens. À la lumière de ces éléments, la Cour a estimé que la loi de 1991, modifiée en 2010, permettait aux requérants de présenter au gardien une réclamation alléguant une violation de leurs droits figurant dans la Convention et, en l'absence de réponse favorable, d'introduire une action devant le tribunal administratif qui pourrait aboutir à la restitution des biens ou à l'indemnisation des dommages pécuniaires et non pécuniaires subis²⁴⁶⁴. Par conséquent, la Cour « ne pouvait pas exclure que la loi 139/1991, telle que modifiée, offre un cadre de recours accessibles et efficaces portant sur des demandes de restitution de biens appartenant à des Chypriotes turcs »²⁴⁶⁵. Des moyens effectifs pour la

²⁴⁶² CEDH, *Kazali et autres c. Chypre*, requête n. 49 247/08, 6 mars 2012.

²⁴⁶³ *Idem*, par. 116 -118.

²⁴⁶⁴ *Idem*, par. 139 : « Insofar as criticism is made of the allegedly overly-restrictive approach to restitution of possession of property to its Turkish Cypriot owners by the Custodian, the Court reiterates that any decision of the Custodian can subsequently be reviewed by the courts ». Par. 152 : « The new provisions in Law 139/1991 are formulated in broad terms and by express reference to the guarantees of the Convention as interpreted by this Court. They allow the applicants to make a claim to the Custodian alleging a violation of their Convention rights and, in the absence of a favorable response, to lodge a case in the District Court. The remedies available include an order for restoration of the property and an order for payment of compensation to cover pecuniary and non-pecuniary damage as well as costs and expenses ».

²⁴⁶⁵ *Idem*, par. 153 : « The Court therefore cannot exclude that Law 139/1991 as amended provides an accessible and effective framework of redress in respect of complaints about interference with the property owned by Turkish Cypriots ».

contestation des décisions de l'autorité administrative étaient ainsi à la disposition des propriétaires chypriotes turcs²⁴⁶⁶. Le cadre législatif relatif à la gestion des biens abandonnés dont les propriétaires avaient fui la partie contrôlée par la République de Chypre a été ainsi approuvé par la CJUE. Nonobstant la marge d'appréciation étendue, reconnue en faveur du gardien des propriétés abandonnées, la protection juridictionnelle des droits des personnes déplacées était, d'après l'appréciation de la Cour, assurée.

1114. Par cette décision, la Cour s'est prononcée en faveur de la possibilité d'un État de mettre en œuvre des conditions restrictives à l'exercice du droit de restitution des biens. En l'occurrence, les conditions prévues par la loi n'étaient pas arbitraires. Il faut rappeler que la loi excluait tout droit de restitution aux occupants secondaires des propriétés gréco-chypriotes sises au nord de l'île. Un droit d'occupation sur des biens abandonnés au nord de l'île excluait toute possibilité de restitution des biens dans le sud.

1115. La Cour s'est prononcée aussi sur les biens abandonnés par les Chypriotes Grecs et l'arsenal normatif de la République turque de Chypre du Nord portant sur les biens abandonnés.

b. Des droits à la réparation conférés pour des violations de caractère continu

1116. Les titres des Chypriotes Grecs déplacés sur les biens abandonnés dans le nord de l'île sont passés à la République turque de Chypre du nord, en vertu de l'article 159 paragraphe 1 alinéa b de la Constitution de cette entité, entrée en vigueur en 1985²⁴⁶⁷. En s'appuyant sur cet article, le Gouvernement turc considérait que la confiscation des biens abandonnés avait déjà été achevée en 1985 et par conséquent aucune possibilité de contestation de la conformité de cette disposition avec la Charte ne pouvait être envisageable. La thèse contraire relative au caractère continu de la violation du droit de propriété a été défendue par plusieurs requérants ainsi que la République de Chypre auprès de la CEDH. Dans l'affaire *Loizidou*, la Cour a considéré que le titre de la propriétaire victime de l'expulsion massive était resté non affecté du fait de l'occupation militaire turque. La requérante et le gouvernement chypriote qualifiaient l'empiètement sur le droit à la propriété en tant qu'ingérence continue et injustifiée, non

²⁴⁶⁶ La même argumentation est reprise dans l'arrêt CEDH, *Ali Kamil Karamanoğlu et autres c. Chypre*, requêtes n. 16865/10, 12 mars 2013.

²⁴⁶⁷ « Tous les biens immobiliers, bâtiments et installations qui furent trouvés abandonnés le 13 février 1975 lorsque fut proclamé l'État fédéré turc de Chypre ou qui furent considérés par la loi comme abandonnés ou sans propriétaire postérieurement à la date susmentionnée ou qui auraient dû être en la possession ou sous le contrôle de l'État même si leur appartenance n'avait pas encore été déterminée [...] et [...] situés dans les limites de la RTCN au 15 novembre 1983, seront propriété de la RTCN nonobstant le fait qu'ils ne soient pas enregistrés comme tels au bureau du cadastre ; et celui-ci sera modifié en conséquence ». Cité dans CEDH, *Loizidou c. Turquie*, requête n. 15318/89, 18 décembre 1996, par. 18. Selon la Turquie, l'expropriation fondée sur l'article 159 par. 1 b constitue l'aboutissement d'un processus de « dépossession » commencé en 1974 et justifié au regard de la « théorie de la nécessité en droit international », *idem*, par. 35. La Cour a précisé que le gouvernement n'avait avancé aucun argument justifiant la perte du titre relatif aux biens de la requérante.

conforme à l'article 1 du PA. Il a été précisé que la violation avait un caractère continu et la Cour pouvait ainsi exercer sa compétence *ratione temporis*. La Cour, sans élaborer « une théorie générale sur la légalité des actes législatifs et administratifs » relevant d'une entité politique non reconnue juridiquement au niveau international, a précisé qu'elle ne pouvait pas « attribuer de validité juridique » à l'art. 159²⁴⁶⁸. Par conséquent, la perte des titres de propriété n'est pas contestée en raison de son caractère manifestement disproportionné, par rapport à l'objectif poursuivi, mais en raison du fait que son seul fondement juridique se trouve dans un texte émanant d'une entité politique non reconnue comme État au regard du droit international. Cette appréciation constitue le fondement de reconnaissance de la compétence de la Cour *ratione temporis* pour apprécier la légalité des ingérences continues au droit à la propriété privée des personnes relevant de la communauté des Chypriotes Grecs déplacés vers le sud de l'île.

c. La reconnaissance des droits en faveur des propriétaires déplacés : le rejet implicite de la nature politique du différend relatif au sort des biens

1117. La reconnaissance de compétence de la CJU, pour se prononcer sur le sort juridique des biens abandonnés par des personnes relevant des communautés déplacées, pourrait être interprétée en tant que signe d'exclusion de cette matière du champ politique de négociations, menées en vue du rétablissement de la paix. En effet, la reconnaissance des droits subjectifs sur les biens privés au profit des personnes déplacées met des bornes aux prérogatives des États à gérer les biens abandonnés en vue d'obtenir des réparations de guerre, ou d'atteindre l'homogénéisation ethnique d'un territoire. Si la notion juridique des biens abandonnés est susceptible d'être utilisée par les États comme outil dans la phase postérieure au conflit, la reconnaissance des droits subjectifs sur les mêmes biens abandonnés rend cette tentative illusoire. Dans le cas des biens abandonnés en Chypre, le gouvernement turc, procédant à des déclarations politiques, essayait de souligner que la question des droits de propriété se trouve au cœur du conflit global et que les problèmes qui en découlent ne peuvent être réglés que par des négociations sur la base de principe de la bi-zonalité et de la bi-communauté²⁴⁶⁹. L'argument relatif à la nature éminemment politique de la gestion des biens privés abandonnés relevé par la Turquie n'a pas été retenu par la Cour qui a même procédé au constat de violation

²⁴⁶⁸ *Idem*, par. 44-45. La formulation employée par la Cour n'est pas dépourvue d'ambiguïtés puisque la Cour n'aurait pas été en position d'« attribuer une validité juridique » à cet article de la Convention. Le verbe reconnaître aurait été, en l'occurrence, plus convenable.

²⁴⁶⁹ CEDH, *Affaire Loizidou c. Turquie*, Article 50, requête n. 40/1993/435/514, 28 juillet 1998, par. 21 : « [L]a question des droits de propriété et des indemnités réciproques est au cœur même du conflit de Chypre. Ces problèmes ne peuvent se régler que par des négociations et sur la base de principes déjà acquis de bizonalité et de bicommunauté. Le premier ne manquera pas d'entraîner un échange entre des biens appartenant à des Chypriotes turcs dans le sud et des biens appartenant à des Chypriotes grecs dans le nord et, le cas échéant, le versement d'une indemnité compensatoire ».

continue du droit à la propriété privée depuis l'invasion militaire turque²⁴⁷⁰. L'ingérence dans la propriété privée n'a pas été perçue en tant qu'acte instantané, exclu du champ de juridiction de la Cour et du champ d'application de la CEDH. En cela réside la différence principale par rapport aux actes d'ingérence dans les biens privés entrepris dans le cadre des réparations de guerre. Jadis, les ennemis expulsés n'étaient titulaires d'aucun droit sur leurs biens abandonnés. La mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective touchant à leur droit de propriété excluait toute procédure de restitution des biens et les réclamations d'indemnisation devaient être adressées aux États auxquels ils étaient attachés du point de vue ethnique. Ce mécanisme ne pourrait pas être reproduit dans le cas des personnes déplacées. Une procédure de reconnaissance des droits devait être mise en place pour garantir le respect des droits de cette catégorie des personnes. Par conséquent, le respect du droit à la propriété privée présupposait le fonctionnement d'un mécanisme compétent à se prononcer sur les demandes effectuées par les personnes déplacées. À l'instigation de la Cour, un tel mécanisme a été mis en œuvre en Chypre du Nord.

1118. La République turque de Chypre du Nord a institué la « Commission pour la propriété immobilière » qui serait compétente à examiner des réclamations d'indemnisation. Parallèlement à la création de cet organe administratif, la loi 49/2003 prévoyait une indemnisation pour les biens immobiliers, ainsi que la création d'une commission d'indemnisation, à laquelle les personnes concernées devaient soumettre leurs demandes²⁴⁷¹. Cette loi a fait l'objet de critiques de la part de la CEHD dans l'affaire *Xenides-Arestis c. Turquie* pour une série de raisons liées au type de réparation²⁴⁷². La loi ne prévoyait qu'une réparation partielle du dommage matériel, puisque le dommage subi par la perte des biens mobiliers n'était pas régi par la loi. La réparation pour des dommages moraux était aussi exclue ainsi que toute possibilité de restitution des biens²⁴⁷³.

²⁴⁷⁰ Pour une définition de la notion de violation continue v. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, 616 p., p.99 : « [I] l y a violation continue chaque fois qu'une disposition de la Convention garantit aux individus la jouissance d'une certaine situation et si le requérant allègue qu'il a été privé et qu'il reste privé de ce bénéfice pendant une période qui se prolonge sans aucun recours interne efficace pour y remédier ».

²⁴⁷¹ Dans l'affaire *Xenides*, des précisions concrètes sur le mode de fonctionnement de la Commission ont été apportées, CEDH, *Xenides-Arestis c. Turquie*, requête n. 46347/99, 22 décembre 2005. Pour une présentation globale de l'arsenal juridique de la République turque de Chypre du nord et la reconnaissance de son statut internationale v. A. Gürel, *L'expulsion à Chypre. Les conséquences du conflit politique et militaire. Le cadre juridique chypriote turc [Ο εκτοπισμός στην Κύπρο. Οι συνέπειες της πολιτειακής και της στρατιωτικής διαμάχης. Το τουρκοκυπριακό νομικό πλαίσιο]*, PRIO, Oslo, 2012, pp.42.

²⁴⁷² CEDH, *Xenides-Arestis c. Turquie*, *op. cit.*, par. 12 : « Le 30 Juin 2003, le « Parlement de la RTCN » adopta « la loi sur l'indemnisation relative aux biens immobiliers situés à l'intérieur des frontières de la République turque de Chypre du Nord » (n.49/2003), qui entra en vigueur le jour même. Le 30 Juillet 2003, en vertu de l'article 11 de cette "loi", une "commission chargée des biens immobiliers, du recensement, de l'évaluation et de l'indemnisation" fut créée au sein de la "RTCN" ».

²⁴⁷³ *Idem*, par. 40 : « La Cour estime que l'État défendeur doit mettre en place un recours qui garantisse véritablement une réparation effective des violations de la Convention constatées en l'espèce dans le chef de la présente requérante,

1119. À la suite de ces critiques, une nouvelle loi a été promulguée qui — comme son titre l’indique — offrait le choix entre « l’indemnisation, l’échange et la restitution des biens immobiliers »²⁴⁷⁴. Cette loi a fait l’objet d’un contrôle par la CEDH dans l’affaire *Demopoulos c. Turquie*. Compte tenu du fait que la nouvelle loi de 2005 prévoyait également la restitution des biens pour certains cas — corrigeant ainsi le défaut de la loi précédente — la Cour a rejeté l’argument des requérants, selon lequel la procédure prévue par la nouvelle loi ne répondait pas aux exigences d’un recours effectif²⁴⁷⁵. Par cette affaire, la CEDH a eu l’occasion de qualifier la Commission constituée en tant qu’organe capable de correspondre aux exigences de l’article 35 (1) de la CEDH²⁴⁷⁶. Le recours à cet organe était ainsi interprété en tant que condition de recevabilité d’une requête auprès de la Cour²⁴⁷⁷.

1120. Le propriétaire dépossédé est dorénavant censé s’adresser aux autorités du pays à l’origine de l’acte préjudiciable pour réclamer la protection de son droit à la propriété privée. En effet, la mise en œuvre d’un régime de protection des biens des personnes déplacées présuppose le fonctionnement d’un mécanisme offrant de garanties d’efficacité et d’impartialité. Le propriétaire réclame sa protection à titre individuel auprès des autorités administratives d’un État. Il est évident que cet acte implique de manière implicite la reconnaissance de légalité du mécanisme institué par les autorités locales. Toutefois, dans le cas de transferts massifs de populations, le statut légal des autorités est souvent contesté par les personnes déplacées et dépossédées, censées toutefois y recourir pour assurer la réparation des

mais aussi dans toutes les affaires similaires pendantes devant elle, suivant les principes de protection des droits énoncés dans les articles 8 de la Convention et 1 du Protocole n. 1 et conformément à sa décision sur la recevabilité du 14 mars 2005 ».

²⁴⁷⁴ La loi sur l’indemnisation, l’échange et la restitution des biens immobiliers qui relèvent de l’alinéa b du paragraphe 1 de l’article 159 de la Constitution de la RTCN, telle que modifiée par les lois n° 59/2006 et 85/2007 (« la loi n° 67/2005 »), CEDH, *Demopoulos et autres c. Turquie*, requêtes n. 46113/99 et al., 1 mars 2010, par.35 et s.

²⁴⁷⁵ Il a été reproché à la Cour de ne pas avoir pris en considération le caractère dégradant pour les personnes ayant subi des mesures d’expulsion et de dépossession du lancement d’une procédure devant les autorités de la puissance d’occupation. L. Loucaides, « Is the European Court of Human Rights still a principled court of human rights after the Demopoulos case? », *Leiden journal of international law*, 2011, pp.435-465, pp.446-447 : « the Court fails convincingly to answer the argument of the applicants that, being the victims of occupation in their own country, they should not be expected to go to the occupying authorities to ask for a remedy for the evils caused by such occupation. Their feelings of dignity and love for their country will be deeply wounded. It would be degrading and unfair for these people to be forced to cross the 'border' into the militarily occupied territory and apply to the illegal occupying authorities to help them solve their problems, created by the occupation ».

²⁴⁷⁶ CEDH, *Demopoulos et autres c. Turquie*, requêtes n. 46113/99 et al., par. 96 : « Même si les requérants ne vivent pas à proprement parler sous le contrôle de la RTCN, la Cour considère que, s’il existe sous les auspices de l’État défendeur un recours effectif pour leurs griefs, la règle de l’épuisement des voies de recours internes énoncée à l’article 35 par 1 de la Convention s’applique. Comme la Cour ne cesse de le souligner, cette conclusion ne remet nullement en cause la position adoptée par la communauté internationale quant à l’établissement de la RTCN ou le fait que le gouvernement de la République de Chypre reste le seul gouvernement légitime de Chypre. La Cour demeure de l’avis que permettre à l’État défendeur de redresser les torts qui lui sont imputables n’emporte pas légitimation indirecte d’un régime illégal au regard du droit international ».

²⁴⁷⁷ Néanmoins, la Cour a souligné que la composition de la Commission d’indemnisation soulevait d’interrogations quant à son impartialité puisqu’une partie de ses membres habitaient des maisons appartenant à des Chypriotes grecs. Pour une présentation de ces argument v. *idem*, par.120.

préjudices subis²⁴⁷⁸. La voie de la protection des droits de propriété en vertu des recours individuels auprès des autorités dont le statut même est contesté, se présente comme l'alternative à une solution politique globale du problème.

1121. Cette argumentation a été adoptée par la Cour dans l'affaire *Demopoulos*²⁴⁷⁹. La Cour a précisé que les requérants devaient s'adresser d'abord au Comité interne pour avoir rempli alors les conditions de recevabilité d'un recours devant la CEDH²⁴⁸⁰. La Cour a précisé que le recours auprès de la Commission n'était pas obligatoire. Néanmoins, un tel recours était la seule alternative à l'attente d'une résolution politique du conflit²⁴⁸¹. La reconnaissance d'une obligation de recours auprès de la Commission constitue un apport crucial de l'affaire *Demopoulos*. Toutefois, son intérêt principal réside dans le rapport établi entre le droit à la restitution des biens et le droit à l'indemnisation pour les pertes subies.

d. Le caractère discrétionnaire de la décision relative au type de réparation : la résurgence indirecte de l'aspect politique de la gestion des biens abandonnés

1122. La Cour s'est référée longuement aux différentes possibilités de résolution du conflit relatif aux biens, à savoir la restitution, l'indemnisation ou l'échange des propriétés²⁴⁸². La Cour, tout en admettant que la restitution constitue un moyen indispensable en cas des violations du droit à la propriété, a reconnu une certaine marge d'appréciation aux gouvernements. Les gouvernements pourraient ainsi déterminer dans quels cas la restitution est impossible et, par conséquent, des remèdes alternatifs doivent être proposés, comme la compensation financière ou l'échange des propriétés²⁴⁸³. Cette décision laissait ainsi aux

²⁴⁷⁸ La Cour s'était déjà penchée sur la question du statut de l'ordre juridique de l'État de facto dans l'affaire CEDH, *Affaire Chypre c. Turquie*, n. 25781/94, 10 mai 2001. Selon la Cour, l'obligation procédurale d'épuisement des voies de recours internes prévus par l'ordre de l'entité de facto ne constituait pas un acte de reconnaissance implicite du statut légal des autorités locales.

²⁴⁷⁹ La Cour a insisté sur le fait que le recours à la Commission instituée ne pourrait pas être interprété en tant que signe de reconnaissance du statut juridique de l'entité de facto. *Idem*, par. 96 : « La Cour demeure de l'avis que permettre à l'État défendeur de redresser les torts qui lui sont imputables n'emporte pas légitimation indirecte d'un régime illégal au regard du droit international ».

²⁴⁸⁰ CEDH, *Demopoulos et autres c. Turquie, op.cit.*, par.90-91. Plus récemment, la Cour s'est prononcée sur le fonctionnement de la Commission dans sa décision *Ioannou c. Turquie*, requête n. 53240/14, du 12 décembre 2017. En l'occurrence, la requérante se plaignait du fait que la procédure devant la CIP par laquelle elle avait demandé une indemnisation pour ses biens situés en « RTCN » avait été longue et inefficace et qu'elle avait donc violé les articles 6 et 13 de la Convention et l'article 1 du 1^{er} Protocole additionnel. La Cour s'est penchée sur les allégations de la requérante quant à l'inefficacité du mécanisme de recours auprès de la Commission. En n'excluant pas, de manière abstraite et générale l'effectivité du mécanisme de recours auprès de la Commission, la Cour a estimé qu'en l'espèce, la Commission n'avait pas agi avec cohérence et diligence, v. par. 84,86, 104. En dépit de ce constat *in concreto*, il a été répété que le recours à la Commission reste « une voie de recours à épuiser par les autres requérants qui souhaitent réclamer la protection de leurs droits conférés par la Convention par la CEDH, par. 106.

²⁴⁸¹ CEDH, *Demopoulos et autres c. Turquie, op.cit.*, par. 128 : « [L]a Cour tient à souligner que la présente décision ne doit pas s'interpréter comme imposant aux requérants l'obligation de saisir la Commission. Ils peuvent choisir de ne pas le faire et attendre une solution politique ».

²⁴⁸² *Idem*, par. 115 : « Toute option globale doit résulter d'une solution politique qui ferait l'objet d'une négociation sur le conflit en Chypre ».

²⁴⁸³ *Idem*, par.116.

autorités turques la possibilité de choix, quant à la manière de réparer l'expropriation par le biais de la *restitutio in integrum* ou de l'indemnisation en fonction de la valeur du bien²⁴⁸⁴. La Cour a souligné que le caractère discrétionnaire d'une décision de restitution des biens abandonnés ne posait pas de problème de conformité avec la Charte. Il faut préciser qu'avant cette décision, la Cour n'avait jamais mis en doute le droit des personnes déplacées à revendiquer la restitution de leurs biens et l'indemnisation pour leur non-usage. La Cour s'est ainsi éloignée de ses considérations de l'affaire *Loizidou*, et a privilégié l'indemnisation, voire l'échange à la place de la restitution des biens²⁴⁸⁵.

1123. Cette affaire met en avant une nouvelle mise en balance opérée par la Cour. La prise en considération du temps écoulé depuis l'abandon des biens, ainsi que du fait de possession des biens par des tiers ont joué un rôle fondamental à l'appréciation de la Cour. La Cour laisse entendre qu'une obligation de restitution ne doit pas créer de « nouveaux torts disproportionnés »²⁴⁸⁶. La Cour a, ainsi, reconnu qu'il serait irréaliste d'ordonner au gouvernement turc de permettre aux requérants d'accéder à leurs anciens biens, indépendamment de leurs possesseurs actuels²⁴⁸⁷. Bien que les requérants continuent à être considérés comme des propriétaires, la Cour a émis des réserves concernant la « réalité pratique du titre sur les biens »²⁴⁸⁸.

1124. À la lumière de cette analyse, la restitution des biens n'est plus reconnue comme le remède par excellence pour le dédommagement des propriétaires dépossédés²⁴⁸⁹. La Cour

²⁴⁸⁴ *Idem*, par.114. Pour cette critique v. L. Loucaides, « Is the European Court of Human Rights still a principled court of human rights after the Demopoulos case? », *op.cit.*, p.561.

²⁴⁸⁵ Il est intéressant de relever l'opinion dissidente du juge turc Gölçüklü, jointe à la décision de l'affaire *Loizidou c. Turquie* du 18 décembre 1996, qui se réfère à un « échange des populations convenu d'un commun accord avec les deux administrations turque et chypriote ». Cette opinion s'inscrit dans le sillage de la position turque en vertu de laquelle un accord d'échange des populations a été conclu entre les deux communautés. La difficulté de qualification d'un tel accord réside dans le fait que la « République turque de Chypre du Nord » ne constitue pas une entité étatique reconnue par la République de Chypre. Cet accord serait ainsi assimilé à « un acte de droit interne ne sachant produire des effets dans l'ordre juridique international ». Karagiannis, « Des traités d'échange de populations au nettoyage ethnique », *op.cit.*, p.208.

²⁴⁸⁶ *Idem*, p. 117.

²⁴⁸⁷ Il faut souligner que la Cour a rejeté toute théorie d'après laquelle une occupation militaire pouvait être considérée comme « une forme de prescription acquisitive par le jeu de laquelle la propriété serait légalement transférée à l'envahisseur ». *Idem*, par.112.

²⁴⁸⁸ *Idem*, par.111 : « Dès lors, des personnes s'affirmant propriétaires de biens dans le nord peuvent en théorie se présenter périodiquement devant la Cour et se plaindre indéfiniment d'avoir perdu des loyers tant qu'une solution politique au problème de Chypre n'aura pas été trouvée. Au stade actuel, de nombreuses décennies après que les propriétaires d'alors ont perdu la possession de leurs biens, ceux-ci ont, dans de nombreux cas, changé de main, par donation, succession ou autre ; les personnes qui revendiquent le titre de propriété peuvent n'avoir jamais vu les biens en question et encore moins en avoir eu l'usage. Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure la notion de titre légal et l'espérance de jouir pleinement des avantages qui s'attachent à ce titre sont réalistes en pratique. Les pertes dont il est fait état deviennent de plus en plus spéculatives et hypothétiques. »

²⁴⁸⁹ Cette interprétation de la Cour a été perçue comme moyen de renforcement des prérogatives de la puissance d'occupation au détriment de la protection des droits de l'homme des personnes résidant dans ce territoire. Il a été reproché à la Cour d'avoir privilégié une solution qui exonère la Turquie de ses propres responsabilités et porte préjudice au caractère inviolable du titre de propriété. L. Loucaides, *op.cit.*, pp. 456-457 : « The Court completely disregards the

considère ainsi qu'il incombe aux États de choisir les moyens à utiliser pour redresser des atteintes aux droits de propriété, parmi lesquels figurent éventuellement l'indemnisation pécuniaire, voire l'échange de biens²⁴⁹⁰.

1125. Si l'obligation de procéder à une restitution était imposée à l'État défendeur, cette solution aurait, selon la Cour, manqué de discernement.²⁴⁹¹ La Cour semble avoir pleine conscience de la complexité politique de l'affaire qui lui est présentée²⁴⁹². La prise en considération de cette complexité lui permet de constater que soit l'indemnisation financière, soit l'échange de biens peut constituer « une forme acceptable de réparation »²⁴⁹³.

1126. L'arrêt *Demopoulos* marque une rupture par rapport aux conditions de restitution des biens²⁴⁹⁴. Une marge de manœuvre est ainsi reconnue au profit de l'État quant aux remèdes choisis pour la réparation du préjudice. Le changement de point de vue quant à la reconnaissance d'un droit à la restitution est associé à la nécessité de protéger les occupants

fact that the actors for which it finds that title holders owners suffered an acceptable loss (such as passage of time or interferences by third persons etc.) are the direct consequences of an illegal military occupation. International law gives no legal recognition to such factors, nor does any principle or Convention in the field of human rights accept that such factors can be lawful impediments to or restrictions on the titles in question. If it were otherwise, an occupied territory would become a legal paradise for violations of human rights, particularly the right to property and the respect for the homes of its inhabitant. It is true that the Court has established the application of the Convention in such territory occupied by a Convention party but, with the decision in the *Demopoulos* case, it reduced the protection of human rights in the same territory ».

²⁴⁹⁰ L'attention est attirée par le fait que la Cour, pour justifier sa position de rejet de l'application générale de la règle de *restitutio in integrum* dans le cas des Chypriotes grecs, s'est référée aux lois de restitution mises en œuvre aux États de l'Europe de l'Est après 1991 pour atténuer les conséquences des atteintes aux droits de propriété causées par les régimes communistes. L'alternative proposée entre la restitution, l'indemnisation ou le transfert est ainsi dictée par la nécessité de prendre en compte les circonstances de chaque espèce, par.117. En se prononçant sur les lois de restitution promulguées après 1991, la Cour a précisé que « (L) a législation devrait permettre de tenir compte des circonstances de chaque espèce (voir, par exemple, *Pincová et Pinc c. République tchèque*, no 36548/97, § 58, CEDH 2002 VIII). Il n'y a donc dans la jurisprudence de la Cour aucun précédent qui vienne à l'appui de la proposition voulant qu'un État contractant applique une politique généralisée consistant à restituer les biens aux propriétaires sans prendre en compte l'usage ou l'occupation auxquels les biens en question sont affectés au moment considéré ». Néanmoins, la pertinence de cette comparaison a été rejetée par certains auteurs, puisque les actes des autorités de la RTCN, dépourvues de statut au regard du droit international, étaient assimilés à des actes relevant d'États internationalement reconnus, comme c'était le cas des États communistes de l'Europe de l'Est. Pour cette argumentation, v. Loucaides, *op.cit.*, p. 460 qui ajoute que « what is more is that, in the case of the displaced Greek-Cypriots, the interferences were by a party to the European Convention and such interferences were continued for 36 years - even after findings by the judicial organs of the Council of Europe that they amounted to continuing violations of the Convention. In the case of the former communist regimes, the interferences were instantaneous acts by lawful authorities, they took place at a time at which the states concerned were not parties to the Convention, and they were not found to be continuing illegalities ».

²⁴⁹¹ CEDH, *Demopoulos et autres c. Turquie*, *op.cit.*, par.116.

²⁴⁹² *Idem*, par. 85 : « La Cour se trouve donc confrontée à des affaires lourdes d'une complexité politique, historique et factuelle tenant à un problème qui aurait dû être résolu par toutes les parties ayant la pleine responsabilité de trouver une solution au niveau politique ».

²⁴⁹³ *Idem*, par. 115.

²⁴⁹⁴ Il a été reproché à la Cour d'avoir approuvé les effets d'une politique d'expulsion massive et de gestion des biens abandonnés. Rozakis C., « The rights of displaced persons under Article 1 Protocol I and 8 of the European Convention on Human Rights », pp.553-566, dans *Liber amicorum Dean Spielmann*, Nijmegen, Wolf legal publ., 2015, xxviii-692 p., p.563 : « [T]he presumption which governs the new Turkish law establishing the compensation commission is that the property of the displaced Greek-Cypriots does not belong anymore to them, at least at the time of the promulgation of the law. As a consequence, the law offers the possibility of compensation to the victims of expropriation, or in exceptional circumstances, a possibility of restitution. Because of the fact that the old owners were not anymore owners of their property, their right of enjoyment lost its independent nature, and became in law only a corollary to the main claim of compensation for the expropriated property ».

secondaires qui réclament la protection assurée par l'article 8 de la Convention²⁴⁹⁵. L'arrêt reprend ainsi la solution proposée par le plan Annan qui prévoyait que les droits à la propriété des Chypriotes grecs devaient être mis en balance avec les droits et les intérêts des actuels possesseurs de ces biens²⁴⁹⁶. Il semble que la préoccupation principale de la Cour ait été la préservation des rapports patrimoniaux et la préservation du *statu quo*. Pour cette raison, la Cour déploie une argumentation fondée sur le facteur du temps. L'usage du qualificatif « politique » est ainsi justifié par cette référence aux éléments de fait exerçant une certaine force normative²⁴⁹⁷. À la lumière de la complexité politique et du passage de temps, l'interprétation et l'application de la Convention par la Cour « qui ne sauraient être ni statiques, ni aveugles aux circonstances factuelles concrètes si l'on veut qu'elles soient cohérentes et aient du sens »²⁴⁹⁸.

e. Les deux approches de la jurisprudence de la CEDH en matière de biens abandonnés.

1127. L'examen de la jurisprudence de la CEDH relative à la gestion des biens abandonnés par les personnes déplacées sur l'île de Chypre, met en lumière deux orientations distinctes²⁴⁹⁹.

²⁴⁹⁵ CEDH, *Demopoulos et autres c. Turquie*, *op.cit.*, par. 12.

²⁴⁹⁶ Pour une appréciation des résultats éventuels néfastes d'une éviction massive des occupants secondaires, *idem*, par.117.

²⁴⁹⁷ *Idem*, par.83 : « La Cour observe que les arguments de toutes les parties reflètent le différend politique profond qui oppose de longue date la République de Chypre et la Turquie à propos de l'avenir de l'île de Chypre et de la solution à apporter à la question des biens ». Par. 84 : « En ce qui concerne les présentes affaires, quelque trente-cinq ans se sont écoulés depuis que les requérants ont perdu, en 1974, la possession de leurs biens dans le nord de Chypre. Des générations sont passées. La population locale n'est pas demeurée immobile. Des Chypriotes turcs qui habitaient le nord ont déménagé ailleurs ; des réfugiés chypriotes turcs du sud se sont établis dans le nord ; des colons turcs de Turquie sont arrivés en grand nombre et ont établi leur domicile dans le nord. Maintes propriétés chypriotes grecques ont changé de main au moins une fois, que ce soit par mutation, donation ou héritage ».

²⁴⁹⁸ *Idem*, par.85.

²⁴⁹⁹ Le cas chypriote a servi de point de référence pour la CEDH lorsqu'elle s'est prononcée sur des requêtes exercées par des personnes ayant perdu leurs biens privés pendant les hostilités affectant la région du Nagorno Karabach. A plusieurs reprises les juges ont reconnu des similitudes manifestes entre la gestion des biens abandonnés entreprise par l'Azerbaïdjan et l'Arménie et la gestion de la même catégorie des biens sis en Chypre. Dans l'affaire de la Cour *Chiragov et autres c. Arménie*, Requête req.13216/05, 16/06/2015 du 16 juin 2015, les requérants étaient de ressortissants de l'Azerbaïdjan déplacés qui n'avaient aucun accès à leurs possessions sur le territoire du Nagorno Karabach. Il a été décidé par la Cour, qui s'est, en l'occurrence, appuyée sur la solution retenue dans l'arrêt Loizidou, que le fait que les requérants étaient privés de leur droit de retour à leurs possessions constitue une violation continue de leur droit d'accès et de jouissance de leur propriété. Par. 176 : « La cour a déjà connu par le passé d'affaires relatives au droit de propriété et au droit au logement de personnes déplacées à cause d'un conflit armé interne ou international. Ces affaires étaient nées de l'occupation de la partie nord de Chypre [...] ». Par. 195 : « Elle considère que, dans les conditions qui prévalent depuis toutes ces années — notamment la présence continue sur place de troupes arméniennes ou soutenues par l'Arménie, les violations du cessez-le-feu sur la ligne de contact, la relation globalement hostile entre l'Arménie et l'Azerbaïdjan et l'absence de perspective de solution politique à ce jour —, le retour d'Azerbaïdjanais dans ces territoires n'est pas envisageable de manière réaliste et pratique ». Par. 196 : « Dès lors que les requérants se sont vu priver de manière continue de l'accès à leurs biens et qu'ils en ont perdu le contrôle ainsi que toute possibilité d'en user et d'en jouir, ils ont subi relativement à leurs droits découlant de l'article 1 du Protocole n. 1 (CEDH, *Loizidou* fond, par. 63) une ingérence qui s'analyse en une atteinte à leur droit au respect de leurs biens ». En s'appuyant, de manière explicite, sur les principes de Pinheiro, en absence de toute perspective de conclusion d'un traité de paix, la Cour a suggéré la mise en place d'un mécanisme de revendication des biens qui permet aux requérants d'obtenir le « rétablissement de leurs droits sur les biens ainsi qu'une indemnisation pour la perte de jouissance de ces droits », par. 199. Des considérations similaires se trouvent dans l'affaire CEDH, *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, req.40167/06, 16/06/2015. En l'occurrence, un requérant arménien qui habitait en Azerbaïdjan a dû fuir en raison du conflit sévissant dans la région du Nagorno Karabach. Le requérant se plaignait de la « négation de son droit de tourner à son village, et d'y accéder à ses biens, de les contrôler, d'en user et d'en jouir, ou de percevoir une indemnisation pour leur perte », par. 152. La Cour s'est penchée sur la question si l'Azerbaïdjan devait restituer les biens au requérant ou si elle devait lui verser une indemnisation pour

La première met l'accent sur la reconnaissance d'un droit à la restitution des biens « abandonnés ». L'émergence du droit subjectif de restitution en faveur des propriétaires est appréhendée en tant qu'outil de réalisation du droit de retour. Le droit individuel à la restitution des biens abandonnés se présente comme le complément ou la condition de réalisation du droit collectif au retour dont titulaire est le groupe victime des mesures d'expulsion collective.

1128. La seconde accorde une importance particulière aux autres remèdes éventuels, à savoir l'indemnisation ou l'échange. Ni l'indemnisation pécuniaire, ni l'échange des biens ne permettent la mise en œuvre du droit de retour. Le retour pour le groupe expulsé n'est plus envisageable, puisqu'une de ses manifestations principales, à savoir la restitution des biens abandonnés, n'est pas envisageable. L'État réclame ainsi une marge d'appréciation quant au choix du remède approprié. Le choix d'octroi d'indemnisations, ou l'échange des biens abandonnés par les populations victimes de déplacement pourrait rendre définitifs les effets d'une politique d'homogénéisation démographique d'un territoire. Le recours à des mesures d'ingérence dans les biens abandonnés pourrait ainsi être indirectement approuvé. Néanmoins, cette affirmation doit être nuancée. À la lumière de la jurisprudence de la CEDH, la reconnaissance d'un tel choix ne saurait être défendable qu'en cas de prise en considération de facteurs factuels qui rendent particulièrement difficile le recours à la restitution. Dans des conditions exceptionnelles – certes toujours envisageables dans les contextes de pacification lente des sociétés *post bellum* —, les biens abandonnés peuvent être saisis. Cet acte de saisie ne s'inscrit que très exceptionnellement dans un processus qui pourrait aboutir au changement du titre de propriété.

Conclusion du chapitre

la perte de son usage, par. 228. L'attention de la Cour a été attirée aussi par une ordonnance spéciale du 6 novembre 1991 édictée par le soviet suprême de la République d'Azerbaïdjan « qui visait notamment à encadrer le développement de la pratique des échanges de propriétés entre les Arméniens quittant l'Azerbaïdjan et les Azerbaïdjanais quittant l'Arménie, le Haut-Karabagh et les provinces limitrophes », par. 83. L'Ordonnance du 6 novembre 1991 prévoyait le transfert « des propriétés privées libres des familles qui ne les ont pas échangées ou vendues lorsqu'elles ont quitté la République dans la propriété privée des familles de réfugiés qui sont arrivés en République d'Azerbaïdjan et qui résident de manière permanente dans ces lieux, à titre d'indemnisation pour les domiciles en Arménie qu'elles ont dû quitter sous la contrainte et sans indemnisation ». À la différence des arrêts portant sur le sort des biens sis en territoire occupé par l'armée turque en Chypre du nord, la Cour devait se prononcer sur les actions ou les omissions du gouvernement d'Azerbaïdjan à l'intérieur des frontières de son territoire internationalement reconnu. En s'appuyant sur les principes de Pinheiro, la Cour a précisé que « [d]ans les conditions actuelles, où un accord de paix global n'a pas encore été trouvé, il paraît particulièrement important de mettre en place un mécanisme de revendication des biens qui soit aisément accessible et qui offre des procédures fonctionnant avec des règles de preuve souples, de manière à permettre au requérant et aux autres personnes qui se trouvent dans la même situation que lui d'obtenir le rétablissement de leurs droits sur leurs biens ainsi qu'une indemnisation pour la perte de jouissance de ces droits », par. 238. Le requérant, en l'espèce, s'appuyait sur la jurisprudence de la Cour relative aux propriétés sises en Chypre du Nord, et considérait que la perte ou la non-jouissance de ces biens constituait une violation continue de l'article 1 du Protocole n.1. Cette argumentation a été retenue par la Cour qui a constaté aussi une violation du droit au respect de la vie privée et familiale.

1129. L'objectif du chapitre était de présenter une réflexion sur la notion des biens abandonnés par des populations obligées à fuir la guerre, en raison de leur rattachement formel ou informel à l'adversaire. Le chapitre a suivi l'évolution des pratiques des États, dictée par le renforcement du statut protecteur des civils, des réfugiés, des membres des minorités, des personnes déplacées. L'étude d'une pratique hétérogène de plusieurs États pendant le 20^{ème} siècle a démontré comment le mécanisme de saisie des biens abandonnés s'apparente au mécanisme de confiscation des biens ennemis à titre de réparations de guerre. Jadis, la saisie des biens abandonnés des personnes déplacées de manière obligatoire était conçue comme moyen de consolidation ethnique de la population d'un État. La licéité, voire la légitimité d'une telle finalité ne serait plus admise aujourd'hui.

1130. En effet, à la lumière du droit international d'aujourd'hui, les biens abandonnés sont considérés êtres les biens des réfugiés ou des personnes déplacées. La privation de ces personnes de leurs biens constitue un acte illicite. Par conséquent, l'interrogation porte sur l'identification des moyens aptes à réparer ce préjudice. Parmi les moyens de réparation, la restitution, conçue « comme élément clef de la justice réparatrice », occupe une place prépondérante.²⁵⁰⁰ L'indemnisation n'est ainsi concevable qu'en tant que forme de réparation en cas d'impossibilité de restitution.

1131. Néanmoins, accorder une priorité à la restitution au détriment de l'indemnisation pourrait ne pas être conforme avec les impératifs de la justice transitionnelle, à savoir « l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation »²⁵⁰¹. L'outil de l'indemnisation pourrait ainsi s'avérer plus conforme aux demandes de la justice transitionnelle, que la restitution des biens abandonnés²⁵⁰². Derrière l'oscillation entre la restitution et l'indemnisation, se trouve une mise en balance des intérêts de plusieurs facteurs, à savoir des propriétaires dépossédés et des occupants secondaires. Une marge d'appréciation est ainsi reconnue au profit de l'État qui lui permet de choisir le type de réparation le plus convenable. En vertu de la reconnaissance d'une large marge de manœuvre en matière de choix du type de réparation, l'État peut poursuivre ses propres finalités. Le choix de ne pas reconnaître aux propriétaires dépossédés un droit de restitution permet à l'État de rendre permanents les

²⁵⁰⁰ E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 juin 2005, *idem*, principe 2.2.

²⁵⁰¹ Rapport du Secrétaire général, Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, 23 août 2004, Doc. S/2004/616, par. 8.

²⁵⁰² V. R. Williams, *The contemporary right to property restitution in the context of transitional justice*, International center for transitional justice, May 2007, 52 p.

effets d'une pratique de dépossession, dont le fondement juridique sont des règles applicables aux biens abandonnés. Toutefois, la décision de ne pas reconnaître un droit de restitution ne pourrait pas être arbitraire. Un tel choix doit être dicté par des considérations liées aux spécificités de chaque situation. Les spécificités des circonstances *post bellum* dictent ainsi le choix du moyen de réparation. Par conséquent, le type des droits de réparation en faveur des personnes déplacées ou des réfugiés n'est pas déconnecté de l'issue politique du conflit dans sa globalité. Le choix du type de réparations du préjudice s'insère dans le cadre de la justice transitionnelle qui poursuit ses propres finalités. À la lumière de ces finalités, le choix de non-restitution des biens peut être licite. La finalité de rétablissement de la paix ainsi que le respect à l'égard des intérêts des propriétaires peuvent ainsi exercer une influence considérable sur les modalités de mise en œuvre de la protection des droits de l'homme²⁵⁰³. Le sort des biens des personnes déplacées et dépossédées fait partie intégrante du cadre global de pacification des relations interétatiques ou intercommunautaires *post bellum*²⁵⁰⁴. Le choix des modalités de réparation des atteintes au droit de propriété dépend ainsi des finalités fixées par l'État. Il paraît que le droit à la restitution des biens abandonnés cède devant les contraintes pesant sur l'État *post bellum*.

1132. En cela réside probablement la parenté entre le régime des biens abandonnés des personnes déplacées ou des réfugiés, et le régime des biens vacants des ressortissants ennemis expulsés. La parenté réside dans le fait que dans le cadre de ces deux régimes le sort des biens privés prend une allure politique. Néanmoins, malgré cette parenté, l'écart qui sépare ces deux régimes n'est pas négligeable. Cet écart est lié au rapport asymétrique intrinsèque à l'usage du terme « biens des ressortissants ennemis ». Ce terme rend légitime l'exclusion de tout moyen de réparation des préjudices subis par les ennemis dépossédés. En revanche, le refus de restitution des biens abandonnés ne signifie pas l'absence de tout autre moyen de réparation, qu'il soit l'indemnisation ou même l'échange des biens. La reconnaissance progressive des droits individuels au profit des membres de populations déplacées pour des pertes patrimoniales

²⁵⁰³ Pour une critique de cette affirmation v. L. Loucaides, *op.cit.*, p. 442 : « Questions of human rights and other legal questions may indeed be intertwined with political questions and form one aspect of a wider dispute or problem. This, however, is not a reason to affect the application of the relevant legal principles or the granting of the appropriate legal remedy ».

²⁵⁰⁴ Il faut rappeler que cette interprétation semble avoir été retenue par la Cour dans l'affaire *Demopoulos et autres c. Turquie*, *op.cit.*, par. 85. Pour une critique à cette interprétation v. Loucaides, *op.cit.*, p.443 : « [I]t should be stressed that the correct position should be that restoration of human rights should not await the settlement of related political issues but, on the contrary, should be used as a means to bring about such settlement.[...] . If political differences were allowed to block the way to the protection of human rights, that would render the very notion of human rights entirely meaningless, for serious violations of human rights are, as a rule, the result of political controversies. If, then, it is accepted that no remedy is possible pending the solution of such controversies, this would amount to condoning continuing violations of human rights - on any scale - *ad infinitum* at times at which these rights are in special need of protection ».

paraît incompatible avec toute référence aux biens des ennemis expulsés. Par conséquent, l'hypothèse de rétablissement du rapport asymétrique fondé sur la qualification d'ennemi ne semble plus envisageable. Les « biens abandonnés » ne peuvent plus relever de la catégorie des « biens ennemis ».

Conclusion du IIème titre

1133. Le titre portait sur les mesures portant sur les biens abandonnés par des populations expulsées ou déplacées lors d'une guerre, ou pendant la phase suivant la cessation des hostilités. Les biens abandonnés appartenant aux populations ennemies expulsées pourraient être saisis dans le cadre de réparations de guerre. En effet, la notion de biens abandonnés appartenant aux ressortissants ennemis semble correspondre à un régime de responsabilité collective dont les répercussions atteignent les populations expulsées rattachées à l'ennemi. Le contexte particulier de la fin de la Seconde Guerre mondiale a permis le recours à cette méthode contre les Allemands de l'Europe de l'Est. Ce cadre historique précis a permis l'émergence des mécanismes fondés sur la notion de biens des ressortissants ennemis. La licéité de ce mécanisme de responsabilité collective est ancrée dans les spécificités de cette période historique.

1134. En dehors de ce cadre historique, certains États ont mis en œuvre des mécanismes de saisie des biens appartenant à des populations expulsées ou déplacées lors d'un conflit armé. Le fondement de mise en œuvre de ces mécanismes était l'usage de la notion « biens abandonnés ». L'attribution du qualificatif « abandonné » sert ainsi comme motif pour mettre en œuvre une politique de dépossession dont la finalité est la consolidation nationale de la population d'un territoire. La qualification « biens abandonnés » aurait ainsi la même fonction que celle de « biens ennemis ». En effet, certains États ont recours au mécanisme de gestion et de saisie des biens abandonnés pour assurer la continuité d'un régime fondé sur l'attribution du caractère ennemi à des biens privés. Ce régime discriminatoire — et dont la licéité est douteuse — continue à s'appliquer aux mêmes biens qualifiés par la suite de biens abandonnés. Cette tactique remet en cause la distinction entre le régime applicable lors d'un conflit armé et celui applicable après sa fin. Toutefois, un tel choix normatif ne semble plus conforme aux règles émanant du droit international. Le statut protecteur des personnes expulsées ou déplacées et la protection nécessaire de leurs biens découlant de ce statut ne seraient pas conformes avec un tel usage discriminatoire de la notion de biens abandonnés.

Conclusion de la 2nd partie

1135. La seconde partie se penche sur l'usage de la notion de « biens des ressortissants ennemis *post bellum* ». En vertu de cette qualification, un mécanisme discriminatoire d'ingérence dans les biens des ressortissants ennemis pourrait être mis en œuvre à titre de réparations de guerre. En effet, un tel régime de responsabilité collective a été imposé aux ressortissants des États ennemis vaincus des deux Guerres mondiales. Les spécificités de ces périodes historiques ont ainsi permis de reconnaître comme licites des mesures prises à l'égard des biens des ressortissants des États (ex-) ennemis. Cependant, en dehors de ce contexte, le recours à des liquidations de biens privés à titre de réparation de guerre ou la confiscation des biens des personnes déplacées ne semble plus envisageable. L'usage d'un terme associé à un régime de responsabilité collective ne serait plus conforme aux impératifs de la justice transitionnelle.

Conclusion générale

1136. « De même que tout ce que touche le roi Midas se transforme en or, tout ce à quoi se rapporte le droit devient droit, une chose pourvue d'une existence juridique »²⁵⁰⁵. Le simple usage d'un terme par un acteur habilité à émettre des signes juridiques constitue, ainsi, le critère d'identification de sa nature normative. Grâce à cet usage, une expression relevant d'un registre *a priori* non juridique est susceptible de devenir une notion, voire un concept juridique. L'« existence juridique » de cette notion est ainsi prouvée par la mise en œuvre d'un régime spécifique. Les expressions « biens des civils ennemis » ou « biens des ressortissants (ex-) ennemis » pourraient ainsi être interprétées en tant que notions, catégories ou concepts juridiques. Leur invocation donne lieu à un régime discriminatoire et préjudiciable aux biens des personnes rattachées à un État. Le civil ou le ressortissant ennemi devient ainsi une émanation de l'État adverse. Son autonomie juridique en tant que personne physique ou morale disparaît, au profit d'une approche qui privilégie son lien d'attachement à un État. La qualification d'ennemi présente la singularité de percer le rapport interétatique d'hostilité²⁵⁰⁶.

²⁵⁰⁵ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 518, p.214.

²⁵⁰⁶ Ce percement du rapport interétatique semble avoir été étranger à la tradition du « droit international public européen ». V. à ce sujet R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calman-Lévy, 1985, xxxvii-794 p., p.119 : « Le droit international public européen n'avait jamais eu pour objectif ou pour principe la mise hors la loi de la guerre. Tout au contraire, il prévoyait les formes dans lesquelles elle devait être déclarée, il interdisait l'emploi de certains moyens, il réglementait les modalités de l'armistice ou de la signature de la paix, il imposait des obligations aux neutres à l'égard des belligérants, aux belligérants à l'égard des populations civiles, des prisonniers, etc. Bref, il légalisait et limitait la guerre, il n'en faisait pas un crime. La guerre étant légale, les belligérants pouvaient se tenir pour ennemis sans se haïr ni se vitupérer réciproquement. Les États se combattaient, non les personnes ». L'auteur faisant le commentaire d'un passage tiré des *Principes de la philosophie du droit* de Hegel précisait que « [L]a guerre est un état juridique, prévu à l'avance, qui suspend la plupart des obligations que contractent les États les uns à l'égard des autres en temps de paix, mais qui ne perd pas pour autant tout caractère légal. Les belligérants n'emploient pas n'importe quel moyen et, alors que se déchaîne la violence, ils n'oublient pas la restauration future de leurs relations juridiques. [...] La guerre ne devait plus être un épisode des rapports interétatiques, elle devait être au sens propre du terme, mise hors la loi », *idem*, p.121. Le passage en question est le suivant : « Du fait que les États se reconnaissent mutuellement en tant que tels, il demeure même dans la guerre — état d'absence de droit, de violence et de contingence — un lien dans lequel ils valent les uns pour les autres comme étant en et pour soi, en sorte que, dans la guerre même, la guerre est déterminée comme quelque chose qui doit être passager. Partant, elle contient la détermination du droit des gens (qui veut) que, dans la guerre, la possibilité de la paix soit préservée, que de ce fait les ambassadeurs, par exemple, soient respectés et, de manière générale, qu'elle ne soit pas conduite contre les institutions internes et la vie familiale et privée pacifique, contre les personnes privées. [...] Pour le reste, le comportement réciproque (des États) en guerre (par exemple, que l'on fasse des prisonniers) et ce que, en (temps de) paix, un État concède aux ressortissants d'un autre en matière de droits pour le commerce privé, etc., ceci repose avant toute chose sur les coutumes-éthiques des nations, en tant qu'elles sont

Le dépassement du rapport interétatique peut être utilisé en tant que critère d'identification d'un rapport d'inimitié, qui lui-même décrit un rapport conflictuel de haute intensité. L'intensité de ce rapport peut se concrétiser dans des mesures d'ingérence dans la sphère des personnes privées. Les personnes privées sont ainsi « incluses » dans le rapport d'inimitié établi, dans un premier temps, entre des États²⁵⁰⁷. Cependant, les personnes privées jouissent d'un certain nombre de privilèges qui leur permettent de ne pas être affectées par ce « rapport conflictuel de haute intensité ». Ces privilèges forment un régime protecteur qui met des bornes au processus

l'universalité interne de la conduite qui se maintient en tous les contextes », par. 338-339, p.541, G. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, J.F. Kervegan (éd. trad.), PUF, Paris, 2013, vii-798 p.

²⁵⁰⁷ Ce processus d'inclusion des civils dans le rapport d'inimitié est lié à la généralisation de la levée en masse de la population civile. Par ailleurs, la reconnaissance d'un rôle actif à la population civile coïncidait avec l'octroi progressif d'un caractère idéologique à la guerre qui l'a rendue encore plus atroce pour les civils. Le rapport symétrique entre des belligérants qui se confrontaient exclusivement par recours à leurs armées professionnelles semblait de plus en plus contrebalancé par un rapport asymétrique entre des opposants dont la confrontation idéologique présupposait la mobilisation massive des civils. La mobilisation des civils était ainsi justifiée par l'attribution d'un caractère idéologique à la confrontation militaire qui dorénavant englobait toutes les facettes de la vie sociale. Réfléchissant sur les guerres napoléoniennes, Clausewitz a souligné que les changements étaient dus à la participation directe du peuple, à l'existence de grandes armées de masse et à la tentative d'idéologisation de la guerre. Le domaine de la guerre s'étendait ainsi au-delà des corps militaires pour englober toutes les manifestations de la vie sociale. Pour une présentation des thèses de Clausewitz, dans le contexte européen de l'époque postrévolutionnaire v. J. Leonhard, *Bellizismus und Nation*, München, Oldenbourg, 2008, xix-1019 p., pp.268-282. V. aussi R. Aron, *Sur Clausewitz*, Bruxelles, Complexe, 1987, 188 p., p.46 : « Souvenons-nous, tout d'abord, que selon Clausewitz, c'est la participation du peuple aux affaires de l'État qui constitue la cause décisive du caractère impitoyable, hyperbolique, des guerres révolutionnaires, à la différence des guerres en dentelles, menées par les Cabinets européens au milieu de l'indifférence populaire. La Révolution a fait de tous les hommes valides des soldats avant d'en faire des citoyens actifs. Même la levée en masse n'aboutit pas encore à la mobilisation totale. Il faut que tous, hommes, femmes et enfants, prennent les armes pour que la guerre devienne effectivement celle de la nation tout entière ». Les réformes de l'armée prussienne entreprises dès l'époque de Frédéric le Grand ainsi que celles mises en œuvre au lendemain de la Révolution française reflètent un changement de perspective sur le phénomène de la guerre qui dorénavant n'est plus comprise comme affaire gouvernementale, mais plutôt comme affaire intéressant l'ensemble de la population. V. en détail G. Best, *Humanity in warfare*, New York, Columbia University Press, 1980, 401 p., not. p.78. Pour une histoire de la formation de l'armée moderne v. H. Delbruck, *Geschichte der Kriegskunst im Rahmen der politischen Geschichte*, 4ème vol., *Neuzeit, Die Epoche der Volkshere*, 1920, W. de Gruyter, Berlin, New York, 2000, 640 p., pp.550-600, livre 3 : *Die Epoche der stehenden Heere*. L'affrontement entre la Prusse et la France pendant le 18^{ème} et le 19^{ème} siècle signifiait ainsi l'opposition entre deux concepts différents d'armées, celui de l'armée des sujets (*Untertanenarmee*) et celui de l'armée des citoyens Pour une étude comparative entre la conception française du citoyen et la conception allemande du sujet v. Th. Hippler, *Soldats et citoyens, Naissance du service militaire en France et en Prusse*, PUF, Paris, 2006, 357 p. Le caractère idéologique justifiait l'émergence d'un rapport d'inimitié absolue, similaire aux confrontations confessionnelles du 16^{ème} et du 17^{ème} siècle. La guerre révolutionnaire et le rapport asymétrique qui était établi entre les belligérants mettait sous tension le principe selon lequel le civil devait rester en dehors du cadre des hostilités. V. S. Slanicka, « Feindbilder, „Die Darstellung des Kriegsgegners als negatives Spiegelbild“ », pp. 92-119, *Kriegsbilder in Mittelalter und früher Neuzeit*, Beiheft, 42, *Zeitschrift für historische Forschung*, Duncker und Humblot, Berlin, 2009. En vertu de cette nouvelle approche idéologique de la guerre, cette dernière est interprétée comme une croisade du peuple libéré, de la liberté universelle, contre les tyrans ayant comme objectif la libération d'autres peuples. Le climat d'inimitié absolue est reflétée de manière éloquent dans les écrits de H. von Kleist, inspirés par l'invasion de Napoléon, les défaites prussiennes et la dissolution du Saint Empire romain germanique. Une référence spéciale doit être faite à la pièce théâtrale *La bataille d'Arminius (Die Hermannsschlacht)*, à son essai politique *Le Catéchisme des Allemands (Katechismus der Deutschen)* ainsi qu'à son poème *Germania à ses enfants (Germania an ihre Kinder)*. Dans le catéchisme, Napoléon est qualifié d'abominable individu, de pécheur pour lequel « la langue des hommes n'a pas assez de mots pour l'accuser ; et le jour du jugement dernier, les anges en perdront le souffle ». « Catéchisme des Allemands rédigé d'après l'espagnol à l'usage des enfants et des vieillards », pp. 106-118, p. 110. H. von Kleist, *Petits écrits, œuvres complètes*, tome 1, Paris, Gallimard, 1999. Dans le poème *Germania à ses enfants*, il invite les enfants patriotes à tuer le « loup », faisant ainsi référence, de manière implicite, à Napoléon. « Joyeuse battue, pareille aux chasseurs, Du loup suivant la trace ! Abattez-le ! Le jugement dernier ne vous en demandera pas raison ! », *Germania à ses enfants*, p126-129, p. 128, *idem*. Pour une analyse de cette dimension patriotique des écrits de Kleist v. P. Michelsen, « Wehe mein Vaterland, dir! Heinrich von Kleists Hermannsschlacht », *Kleist- Jahrbuch*, 1987, pp.115-136.

de leur inclusion dans le rapport d'inimitié. Si leur qualité de civils décrit ainsi un statut personnel protecteur, ce statut neutralise les effets de la qualification d'ennemi. Le terme d'ennemi devient ainsi un simple « label » descriptif sans aucune influence sur leur qualité de civils. La même protection semble être assurée aux biens des civils qui se distinguent ainsi des objectifs militaires. Néanmoins, cette protection contre des attaques militaires ne les rend pas indemnes de mesures d'ingérence économique. En effet, si la force militaire exercée sur les biens des civils est régie par le principe de distinction, la contrainte économique pourrait toujours prendre la forme de mesures visant les biens des civils. Par le recours à des mesures de contrainte économique, les biens des civils seraient ainsi « inclus dans le rapport d'inimitié ». Les biens des civils deviendraient les « biens des civils ennemis » et cette qualification engendrerait la mise en œuvre d'un régime discriminatoire et préjudiciable au droit de propriété. Les mesures affectant les biens des civils peuvent ainsi être perçues comme signe d'éclatement d'un rapport d'inimitié. L'étude de la pratique des États belligérants met en exergue un régime juridique attaché à cet usage juridique de la qualification d'ennemi. Cette qualification et ce régime étaient récurrents lors de la guerre au sens formel. L'ingérence dans le statut patrimonial des ressortissants de l'État adverse relevait ainsi du régime juridique de la guerre. La guerre n'était pas interprétée comme simple action, ou comme un simple fait. Elle était liée à un statut juridique précis, englobant toutes les facettes des relations entre les belligérants, dont la gestion des biens des civils « ennemis ». En dehors du cadre de la guerre au sens formel, la possibilité de recourir à des mesures d'ingérence dans la propriété privée, en vertu de l'attribution du caractère ennemi, laisse planer des doutes légitimes. Il semble qu'à l'aune du renforcement de la protection des civils et de la prolifération des règles internationales relatives à la protection de la propriété privée, les prérogatives des États belligérants à mettre en œuvre un tel régime soient dorénavant encadrées²⁵⁰⁸. Ni les États belligérants impliqués dans un conflit armé international, ni les organes de la communauté internationale institutionnalisée ne devraient être en mesure de viser les biens des personnes physiques ou morales en vertu de l'invocation d'un simple rattachement à l'État adverse ou à l'État sanctionné. Une décision de mettre en œuvre un régime préjudiciable au droit de propriété privée doit être conforme aux différents régimes

²⁵⁰⁸ R. Cassin, hostile au processus d'inclusion des civils dans le rapport d'inimitié, précisait qu'« au lendemain de la première guerre mondiale qui avait engendré des atrocités sans nombre demeurées pratiquement impunies, il était devenu impossible de demeurer aveuglément fidèle au principe que la guerre est exclusivement une relation d'État à État [...] Comment l'individu, sujet de droit, pourra-t-il obtenir le respect effectif et universel des prérogatives dont il est titulaire ? Sera-t-il mis en mesure de faire jouer, le cas échéant, des garanties préventives ou des sanctions, en cas de violation de ses droits ou libertés fondamentales ? », pp. 68, 83, R. Cassin, « L'homme sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », pp. 67-91, dans *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ, Paris, 1950, t. 1, viii-913 p.

de protection de la propriété privée. Une politique d'ingérence globale fondée sur un critère formel comme la nationalité, ou un critère factuel comme la résidence ne pourrait pas être conforme à ces régimes de protection. Par conséquent, la notion « biens des civils ennemis » renvoie à un régime juridique qui ne pourrait pas être reproduit aujourd'hui. Le terme « biens des civils ennemis » relève de l'arsenal normatif associé à la guerre au sens formel du terme et censé être aboli après 1945. Toutefois, la réflexion sur une notion ou un concept dont les conditions de mise en œuvre semblent inenvisageables n'est pas dépourvue d'intérêt pour deux raisons.

1137. La première raison tient au fait que « la guerre, la guerre toujours recommencée, semble-t-elle bien constituer l'horizon indépassable du droit international, quelles que soient par ailleurs les généreuses avancées des conceptions éthiques dont il prétend se réclamer ou le perfectionnement des techniques qu'il met en œuvre »²⁵⁰⁹. La tentative juridique d'abolir la guerre, aussi louable soit-elle, est toujours compromise par les spécificités de l'ordre juridique international²⁵¹⁰. L'interdiction de la guerre prendrait ainsi la dimension d'une utopie, à savoir d'« un objet idéal vers lequel les actions conscientes doivent converger »²⁵¹¹. En effet, l'interdiction de la guerre aurait « d'une part un caractère transcendant en fonction de (son) contenu, une valeur absolue et universelle, et d'autre part une prétention à être réalisé(e), mis(e) en œuvre, sans référence particulière à un mode donné de formation du droit, indépendamment de toute procédure spécifique, en quelque sorte par une indétermination et un opportunisme de moyens »²⁵¹². Si l'abolition de la guerre relève de l'utopie, la réalité de la guerre persiste toujours. Par conséquent, une réflexion sur les « biens des civils ennemis » invite à reconsidérer le « statut chaotique du droit de la guerre »²⁵¹³ et à identifier un régime qui, tout en étant juridiquement aboli, risque de surgir de nouveau.

1138. La seconde raison de se pencher sur la notion des « biens des civils ennemis » est pratique. Le recours à des mesures d'ingérence dans la propriété des civils de l'adversaire correspond à un type de contrainte économique qui n'est pas admis en droit international, ni en

²⁵⁰⁹ P.M. Dupuis, *Ordre juridique et désordre international*, Paris, Pedone, 2018, 359 p., p.71.

²⁵¹⁰ La tentative d'abolition de la guerre pourrait ainsi être interprétée comme tentative de transformation d'un droit de coordination à un droit de subordination. Pour l'apport des tentatives de la période de l'entre-deux-guerres v. O. A. Hathaway, S. Shapiro, *The internationalists and their plan to outlaw war*, Londres, Penguin, 2017, xxii-581 p. et B. Roscher, *Der Briand-Kellog-Pakt von 1928, der Verzicht auf den Krieg als Mitter nationaler Politik im völkerrechtlichen Denken der Zwischenkriegszeit*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp.356.

²⁵¹¹ S.Sur, *Les dynamiques du droit international*, Paris, Pedone, 2012, 313 p., p.33.

²⁵¹² *Idem*, p.34.

²⁵¹³ V. J. Kunz, « The Chaotic status of the laws of war and the urgent necessity for their revision », *AJIL*, 1951, pp.37-61.

temps de conflits armés, ni en temps de « paix ». Il s'agit d'un cas limite qui se fonde sur une vision qui n'attribue aucun statut autonome aux personnes physiques ou morales en tant que sujets du droit international, mais qui les perçoit en tant que simples objets de contrainte économique. La notion des « biens des civils ennemis » permet ainsi, par ricochet, d'esquisser les contours du champ des mesures licites de contrainte économique²⁵¹⁴. Le rejet de la possibilité de recourir à un mécanisme d'ingérence dans les biens des civils ennemis renforce l'idée selon laquelle « l'image de souverainetés débridées galopant librement sur les plaines sauvages de la justice privée appartient à un autre âge »²⁵¹⁵. La notion des « biens des civils ennemis » invite aussi à réfléchir sur les limites d'une ingérence prenant la forme des sanctions économiques imposées par une organisation internationale. Si l'atteinte aux biens des civils ennemis est interprétée en tant que manifestation juridique de la guerre au sens formel, il faut se demander si un organe comme le Conseil de sécurité pourrait recourir à des mesures d'une intensité pareille. En cas de réponse affirmative, un rapport d'inimitié, à savoir un rapport d'hostilité de haute intensité, pourrait être établi entre les États membres de l'ONU et l'État visé²⁵¹⁶. Il est évident que, à l'heure actuelle, la mise en œuvre d'un tel régime juridique n'est pas envisageable, puisqu'il se fonderait sur une conception de responsabilité collective et présupposerait l'effacement radical de l'autonomie juridique des personnes privées par rapport à l'État ciblé. La réflexion sur les « biens des civils ennemis » aboutit au constat selon lequel, une ligne juridiquement infranchissable doit séparer les mesures prises à l'occasion de l'état de guerre au sens formel de celles imposées dans le cadre des contre-mesures ou des sanctions. Il est possible d'affirmer que toute mesure prise contre des biens privés dont l'intensité est identique voire pareille à celle caractérisant les mesures imposées contre les « biens des civils ennemis » est illicite. Un tel degré d'intensité du rapport conflictuel ne pourrait être atteint ni dans le cadre d'un conflit armé international, ni dans le cadre des mesures coercitives de nature économique. Si, lors d'un état de guerre au sens formel du terme, n'importe quel lien de rattachement à l'État adverse est suffisant pour la mise en œuvre d'un régime discriminatoire

²⁵¹⁴ S. Neff, *Friends but not allies*, New York, Columbia Univ. Press, 1990, xxi-317 p., p.130 : « even if customary international law does not prohibit either economic warfare in general or the most common forms of it, certain specific categories of act are unlawful.[...] [I]llegal are various forms of interference with the property either of foreign states or of foreign nationals. The two most notable, in the modern world, are the freezing of financial assets and the nationalizing of property without payment of the compensation required by law ».

²⁵¹⁵ D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international*, op.cit., p.431.

²⁵¹⁶ La relation établie entre l'auteur d'un acte d'agression, de rupture de la paix ou de la sécurité internationale et le reste des États pourrait ainsi être caractérisée en tant que rapport d'inimitié, à savoir rapport d'hostilité de la plus haute intensité, marquée, d'autant plus, par une asymétrie radicale. Dans le cadre d'un tel rapport, l'État qui se trouve à l'origine de la violation de la légalité internationale ne jouirait plus d'un statut d'État égal aux autres. V. à ce sujet les développements et les renvois exhaustifs à la bibliographie dans K. Krakau, *Missionsbewußtsein und Völkerrechtsdoktrin in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Frankfurt am Main, Metzner, 1967, pp.567, pp.314-373.

et attentatoire aux intérêts patrimoniaux des personnes privées, en cas d'imposition de sanctions économiques, de mesures restrictives ou de contre-mesures, les personnes ciblées doivent avoir un rapport appréciable de manière objective avec l'État visé. En cela diffèrent les mesures de guerre économique prises en temps de guerre au sens formel par rapport aux sanctions ou aux contre-mesures de nature économique qui ciblent, le plus souvent, des biens relevant d'une catégorie spécifique d'activités ou appartenant à des personnes en lien avec le cercle restreint des responsables politiques de l'État visé.

1139. La notion de « biens des ressortissants (ex) ennemis », ou de « biens des ressortissants des pays ennemis vaincus » relève du cadre des rapports établis entre les belligérants *post bellum*. Cette notion et le régime qui lui est attaché fournissent la preuve de la continuité d'un rapport d'inimitié malgré la cessation des hostilités actives. La notion de « biens des ressortissants (ex) ennemis » peut donner lieu à la saisie des biens privés des ressortissants de l'État vaincu à titre de réparations de guerre. À cet effet, les biens des civils ennemis sont susceptibles d'être confisqués après la fin des hostilités, en raison de la mise en œuvre de la responsabilité réparatrice de l'État vaincu censé avoir préalablement transgressé la légalité internationale. Une continuité pourrait ainsi être constatée entre les mesures prises contre les « biens des civils ennemis » et les « biens des ressortissants ex-ennemis » à une différence considérable près : le caractère provisoire des mesures prises *pendente bello*, dont l'objectif est de priver l'ennemi de l'usage de certaines ressources appartenant à ses propres ressortissants, est remplacé par le caractère définitif de la dépossession *post bellum*. Ce transfert de titre se fonde sur une confusion entre le ressortissant et l'État vaincu. Cette confusion permet la prise en compte de ses biens dans le calcul des réparations de guerre imposées à l'État ex-ennemi. Il faut souligner que la prise en compte des biens, droits et intérêts des ressortissants ennemis présuppose un rapport asymétrique entre le vainqueur et le vaincu. L'asymétrie interétatique se reflète ainsi dans le sort des biens privés des ressortissants de l'État vaincu. Cette asymétrie pourrait aussi se cristalliser dans des mesures de déplacement des populations rattachées à l'ennemi vaincu. Les biens vacants des civils relevant de l'ennemi vaincu joueraient ainsi un rôle considérable en matière de réparations de guerre. Si l'acte de dépossession est entrepris à titre de réparations de guerre, la question qui mérite d'être soulevée est celle de la protection juridique éventuelle conférée à la personne privée. Un droit d'indemnisation voire de restitution pour les pertes subies pourrait être reconnu au ressortissant de l'État vaincu. Cependant, la reconnaissance d'un tel droit présuppose que l'individu ne soit pas impliqué dans le rapport asymétrique entre un État vainqueur et un État vaincu censé avoir transgressé la légalité

internationale. Si cette asymétrie ne forme plus le cadre d'appréhension des rapports interétatiques entre les anciens belligérants, le ressortissant de l'ennemi vaincu, associé automatiquement à son État, est remplacé par la figure d'un propriétaire dépourvu de ses biens ou éventuellement d'une personne déplacée de son lieu d'origine. La distance qui sépare les deux modèles s'explique par la différence entre le rapport asymétrique entre un État vainqueur et un État vaincu ennemi et les rapports symétriques qui normalement se concrétisent après la cessation des hostilités entre les anciens belligérants.

1140. La notion de « biens des ressortissants (ex) ennemis » reste ancrée dans la pratique suivie au lendemain des deux Guerres mondiales. La possibilité d'un recours actuel à ce mécanisme d'engagement de la responsabilité collective des ressortissants d'un État vaincu censé avoir transgressé les règles du *jus ad bellum* doit être exclue. La tentative d'affirmation et de consolidation doctrinale d'un *just post bellum* en tant que champ normatif autonome destiné à régir les rapports entre les anciens belligérants est incompatible avec toute approche asymétrique entre des vainqueurs et des vaincus²⁵¹⁷. Le *just post bellum* serait ainsi régi par des « principes juridiques ». Sous l'influence de ces principes, des mécanismes de responsabilité collective devraient être remplacés par des sanctions pénales contre les dirigeants, conformément à un modèle de responsabilité individuelle. La possibilité d'établissement d'un régime de dommages punitifs à l'État ayant déclenché une guerre agressive devrait alors être exclue. L'objectif poursuivi par cette tentative doctrinale *de lege ferenda* conduirait à un rétrécissement des prérogatives des anciens belligérants, au premier chef desquels l'État vainqueur. Le *just post bellum*, en tant qu'ensemble normatif, aurait pour finalité « d'imposer des restrictions au vainqueur, sans rien dire des obligations susceptibles de peser sur le vaincu ». En absence d'« ennemi-vaincu », l'asymétrie ne se transpose pas au niveau des individus et par conséquent le mécanisme des réparations de guerre impliquant des biens privés ne semble plus être opératoire. A l'aune de cet encadrement juridique des prérogatives reconnues aux anciens belligérants, la possibilité de recourir *post bellum* à des mesures visant les biens des ressortissants ennemis ne paraît plus envisageable.

1141. La réflexion sur les « biens des ressortissants ex-ennemis » mérite ainsi d'être développée pour deux raisons. La première vient d'être évoquée et est liée à l'élaboration du cadre normatif du *jus post bellum*. L'examen de la pratique suivie au lendemain des Guerres

²⁵¹⁷ « L'efficacité très restreinte du “droit de la guerre” n'est pas un phénomène nouveau. Le neuf est, qu'à la différence des guerres du passé, il n'y a plus ni vainqueur ni vaincu durables », R. Charvin, *Répliques : droit international : relations internationales*, Paris, Pedone, 2022, 238 p., p.170.

mondiales qui a pris la forme de mesures d'ingérence dans les biens privés des ressortissants des ennemis vaincus met en lumière la nécessité de protection des biens privés dans un contexte *post bellum*. L'illicéité de la saisie des « biens des ressortissants ex-ennemis » constitue une limite aux prérogatives dont sont dotées les anciens belligérants. Néanmoins, si le recours à la notion des « biens des ressortissants ex-ennemis » est inenvisageable aujourd'hui, les effets de l'usage de cette notion dans un cadre historique spécifique restent juridiquement contraignants. En cela réside la seconde raison de s'intéresser à cette notion. En effet, cette notion, ancrée dans le contexte des réparations imposées aux vaincus au lendemain des Guerres mondiales, fournit une clef d'interprétation de la pratique d'antan et justifie la non-remise en cause de ses effets. Malgré l'illicéité apparente des mesures de confiscation des biens privés à l'aune des conceptions du droit international d'aujourd'hui, leur validité ne peut pas être contestée. La non-contestation de leur validité n'est pas simplement liée à l'absence d'un cadre développé de protection du droit à la propriété privée en 1919 ou même en 1945 ou à la non-rétroactivité des Conventions internationales consacrant le droit à la propriété privée. L'approbation de leur validité est aussi liée à la spécificité du régime de responsabilité collective imposé aux États ennemis. La spécificité historique et l'ancrage précis de ces mesures leur confèrent une validité incontestable. Les réparations imposées aux États vaincus et l'inclusion des biens des ressortissants de ces pays à des rapports d'inimitié *post bellum* peuvent ainsi être interprétées en tant que régime spécial toujours valide, dont les effets sont intangibles. Cela ne relève probablement pas du hasard, que ce régime particulier (*Sonderregime*) a le plus affecté l'État ayant prétendument suivi, lors de sa formation, sa propre « voie particulière » (*Sonderweg*)²⁵¹⁸. La confiscation des biens des ressortissants ex-ennemis relève des mécanismes ancrés dans le passé, dont les effets sont toujours tangibles. Des mécanismes ou institutions de ce type constituent des objets d'étude de l'« histoire contemporaine du droit ». L'« histoire

²⁵¹⁸ « Compte tenu des meurtres de masse inimaginables jusqu'en 1940, qui ont ensuite été mis en scène de manière administrative et industrielle, avec un fanatisme froid de la part des auteurs, il est logique de chercher des raisons qui pourraient expliquer ce complexe d'événements de l'histoire allemande. La thèse d'un *Sonderweg* allemand tente de déduire de manière causale ou génétique ces grands crimes uniques en leur genre de l'histoire allemande. La thèse du *Sonderweg* allemand suggère une chaîne causale *ex antem* inéluctable qui devrait conduire à la catastrophe causée par la faute. L'hypothèse d'un *Sonderweg* allemand implique l'affirmation que l'histoire allemande n'est pas seulement unique, comme le sont toutes les histoires nationales, mais qu'elle est très particulière, unique, tout comme le meurtre de masse des Juifs est diagnostiqué comme unique. Comme s'il était nécessaire de justifier de manière causale l'énormité de l'extermination des Juifs par une histoire monstrueuse ». R. Koselleck, *Zeitschichten: Studien zur Historik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2003, 399 p., p.377. Le fameux *Sonderweg* allemand, lié à la consolidation étatique allemande tardive, a été souvent proposé comme filtre de compréhension du choix opéré par plusieurs internationalistes allemands à partir de 1871 jusqu'en 1919 de privilégier, en matière des rapports d'ordres juridiques, la conception moniste à primauté du droit interne. V. à ce sujet S. Wiederhold, *Die Lehren vom Monismus mit Primat staatlichen Rechts, Sonderwege deutschen Völkerrechtsdenkens im Kaiserreich und deren Bewahrung durch die Bonner Schule*, Baden-Baden, Nomos, 2018, 216 p.; et M.Koskenniemi, *The gentle civilizer of nations : the rise and fall of international law, 1870-1960*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2004, pp.xiv-569, p.210-215.

contemporaine du droit », entendue comme champ scientifique spécifique de l’histoire du droit, se concentre sur la postérité de tels mécanismes dans le droit actuel. Cette branche de l’histoire du droit interprète le temps présent en tant que champ de projection de faits historiques. Le temps présent est ainsi appréhendé comme partie intégrante d’une « époque » dont le commencement se trouve dans une rupture par rapport à une époque antérieure²⁵¹⁹. Le droit est compris en tant que phénomène social enraciné dans la mémoire collective. Les différents acteurs juridiques agissent dans un cadre précis qui fonctionne comme la toile de fond sur

²⁵¹⁹ La détermination des caractéristiques d’une époque et même sa délimitation par rapport aux époques précédentes constituent un champ d’interrogation interminable. La définition du champ ou du domaine de l’histoire contemporaine suppose alors l’identification de l’époque déterminante, inaugurée par un moment de rupture et incluant le temps présent. Mais c’est justement là que les difficultés s’accumulent. La définition et la délimitation des périodes historiques ne sont souvent possibles qu’*a posteriori* et sont en outre extrêmement fluides. Cela est d’autant plus vrai lorsque le présent doit être appréhendé comme une partie d’une époque dont les caractéristiques ne sont pas encore achevées et donc nécessairement pas encore entièrement reconnaissables. En effet, l’histoire contemporaine inclut le temps présent. La difficulté de saisir les caractéristiques du temps présent aggrave les problèmes liés à la détermination des contours de l’histoire contemporaine du droit. V. à ce sujet Chr. Gusy, « Juristische Zeitgeschichte eine verfassungshistorische Perspektive », *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2013, p.47-56. La controverse porte sur la détermination du moment à partir duquel une nouvelle époque est inaugurée. La rupture historique constitue ainsi une « discontinuité historique, un bouleversement politique social ou culturel », M. Sabrow, *Die Zeit der Zeitgeschichte*, Göttingen, Wallstein, 2012, 40 p., p.16. 1919 ou même 1945 ont été souvent perçus comme des moments charnières susceptibles d’inaugurer une nouvelle époque. Cette désignation d’époques avec point de référence la fin des deux Guerres mondiales semble avoir été approuvée par des historiens du droit constitutionnel allemand. V. Chr. Gusy, « Verfassungsgeschichte », Docupedia, Zentrum für Zeithistorische Forschung, Potsdam, 2020 « L’histoire contemporaine serait également la préhistoire et l’histoire de l’élaboration et du développement du droit constitutionnel en vigueur, c’est-à-dire, en Allemagne, de la Loi fondamentale. La rupture de la civilisation nazie, notamment dans les domaines du droit et de la constitution, apparaît comme le point d’Archimède. Cet état d’absence de droit et de constitution apparaît en permanence comme le négatif et le catalyseur du développement constitutionnel contemporain après 1945 ». Cette conception est critiquée par des auteurs qui insèrent l’expérience du 20^{ème} siècle dans les temps modernes, inaugurés à partir du siècle des Lumières et des révolutions du 18^{ème} siècle. Cette position est défendue par Th. Vormbaum, « Zur juristischen Zeitgeschichte », pp.13-28, dans *Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 291 p., p. 16-17 « Si l’histoire contemporaine couvre l’époque actuelle, l’histoire juridique contemporaine couvre l’époque juridique actuelle. Cela signifie que son champ d’application temporel commence là où les caractéristiques structurelles centrales du droit contemporain deviennent prédominantes. Et comme en histoire contemporaine générale on peut débattre du début de l’époque, l’histoire juridique contemporaine anime la controverse quant au début ou au seuil de l’époque juridique actuelle. Au cours du 20^{ème} siècle, il n’y a pas eu de rupture fondamentale dans l’évolution du droit. Le point de vue le plus étroit, à savoir la conception selon laquelle l’époque juridique actuelle débute en 1945, n’est pas défendable, ne serait-ce que parce qu’il exclut la question la plus actuelle de l’histoire juridique contemporaine allemande la plus récente, à savoir le rapport entre le droit actuel et le droit de l’époque nationale-socialiste. [...] Pour l’histoire juridique contemporaine, il faut remonter jusqu’à une période charnière reconnue pour tous les domaines juridiques importants, c’est-à-dire une période au cours de laquelle des changements profonds se produisent en un temps relativement court. L’époque des lumières et le legs de la Révolution française peuvent être perçus comme des changements d’une telle ampleur. En effet, à cette époque, des éléments essentiels du droit actuel sont formulés et se mettent en place ». V. aussi Th. Vormbaum « Juristische Zeitgeschichte », *Dokupedia-Zeitgeschichte*, 2011, Zentrum für Zeithistorische Forschung, Potsdam, « Une époque peut être comprise comme une période qui forme une unité en raison de caractéristiques dominantes concordantes (subjectives et objectives) dans la politique, la culture, la vie sociale et économique. Selon cette approche, l’histoire contemporaine est l’histoire de l’époque actuelle. La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, promulguée par l’Assemblée nationale française le 26 août 1789 sur le modèle américain, peut être considérée comme l’un des points de référence pour l’évolution du droit depuis lors et donc pour l’histoire juridique contemporaine. [...] Dans l’ensemble, il s’agit donc de bouleversements qui ont touché tous les domaines matériels, culturels, économiques et juridiques. Comme ces facteurs étaient liés entre eux et que la rupture avec le passé était ressentie par les gens, nous sommes en droit de parler d’une “période de transition”. Le droit, en tant qu’élément des développements politiques, culturels, sociaux et économiques, ne peut être compris de manière adéquate, même dans son développement, que comme une partie de ce développement global. L’histoire du droit doit donc s’ouvrir aux implications sociales et politiques du droit et s’insérer dans son contexte historique social et général ».

laquelle s'élabore le droit en vigueur²⁵²⁰. L'histoire contemporaine du droit viserait à saisir les spécificités des représentations culturelles et historiques qui servent de support pour le développement des conceptions juridiques en vigueur par les différents acteurs²⁵²¹. La non-contestation de la validité des mesures de confiscation mettant en œuvre un régime de responsabilité collective représente un cas emblématique d'intérêt pour la branche spécifique de l'« histoire contemporaine du droit ». En effet, l'étude des spécificités de ce régime de responsabilité collective présente un intérêt historique et rend possible la reconsidération du poids du passé surtout pour les États imprégnés par l'expérience des régimes totalitaires²⁵²².

1142. Pour emprunter, ainsi, une phrase employée pour le concept d'empire, la disparition éventuelle du concept de « biens de ressortissants ex-ennemis » signifie seulement « que le concept est opératoire s'il synthétise les expériences passées, mais inopératoire pour signifier des expériences présentes »²⁵²³.

1143. L'expression « biens des civils ou ressortissants ennemis » est un « instrument intellectuel permettant de décrire ou d'expliquer une réalité », à savoir saisir la spécificité d'un

²⁵²⁰ Cette tradition de pensée se fonde sur la prémisse axiomatique selon laquelle tout concept se réfère à un usage spécifique et est, par conséquent, imprégné d'une ambiguïté qui lui est inhérente. En cela diffère le concept par rapport au terme. Si le terme peut faire l'objet d'une définition, le concept est toujours polysémique et susceptible de faire l'objet d'interprétations divergentes. Chaque concept reflète la diversité de l'expérience historique et une multitude de références. V. à ce sujet R. Koselleck, « Richtlinien für das Lexicon politisch-sozialer Begriffe der Neuzeit », *Archiv für Begriffsgeschichte*, 1967, pp.81-99. Stolleis soulignait que pour Koselleck « tous les concepts juridiques, en raison de leur ambiguïté, pouvaient comme des navires accueillir la riche cargaison du temps ». Tout concept devenait ainsi un « récipient de l'histoire ». M. Stolleis, *Rechtsgeschichte Schreiben, Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion*, Basel, Schwabe, 2008, 48 p. p.14. Tout concept normatif était ainsi imprégné d'une certaine historicité. A l'aune de cette interprétation, la Constitution n'est pas simplement la norme fondamentale, mais surtout la condition d'unité d'un ordre politique. La racine schmittienne de cette tradition est manifeste. V. R. Koselleck, « Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung », p.365-381, dans *Begriffsgeschichten*, op.cit. p.376.

²⁵²¹ Le champ de l'« histoire juridique contemporaine » est essentiellement interdisciplinaire. Elle s'intéresse à l'histoire sociale et culturelle du droit. Chr. Gusy, « Juristische Zeitgeschichte eine verfassungshistorische Perspektive », *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2013, p.47-56, p.48 : « L'étude de l'histoire contemporaine du droit se fonde sur une conception selon laquelle le droit "n'est pas uniquement un ensemble de règles, mais aussi l'objet de discours, de constructions intellectuelles, de débats et finalement de culture", F. Cherfouh, N. Hakim, "L'histoire de la pensée juridique contemporaine. Hétérogénéité et expansion", dans J. Krynen, B. d'Alteroche (dir.), *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Classiques Garnier, Paris, 2014, pp.596, p. 117-143, p.120. La même conception est partagée par M. Stolleis, "Histoire contemporaine du droit : domaine particulièrement actuel de l'histoire générale du droit, se rattachant toutefois également le plus possible des questions du droit en vigueur. [...] La pensée juridique n'est en effet pas un objet isolé. Elle intègre des facteurs tout à la fois économiques, politiques, sociaux et individuels et doit aussi prendre en compte l'ordre juridique d'une période spécifique. Dans quel cadre normatif les acteurs ont-ils agi ? Qu'entendaient-ils par 'justice' et 'injustice' ? Quels éléments ont marqué leur pensée juridique ?". M. Stolleis, 'Sur la place de l'histoire contemporaine du droit en Allemagne', *Clio Themis, revue électronique d'histoire du droit*, 2018, p.3.

²⁵²² « Après 1945, les historiens des pays démocratiques post-fascistes se sont sentis le plus fortement incités à se pencher sur leur passé de dictature immédiatement antérieur. L'histoire contemporaine a été considérée comme faisant partie intégrante d'une culture démocratique en pleine évolution ». A. Nützenadel, W. Schieder, « Zeitgeschichtsforschung in Europa, Einleitende Überlegungen », dans *Zeitgeschichte als Problem: nationale Traditionen und Perspektiven der Forschung in Europa*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2004, 349 p., p.7-24, p.23.

²⁵²³ E. Tourme Jouannet, « La disparition du concept d'empire », pp. 161-179, p.178, dans *Liber amicorum en l'honneur de Serge Sur*, Pedone, 2014, 411 p.

rapport d'inimitié²⁵²⁴. Il s'agit, par conséquent, d'un concept qui remplit une fonction bien précise. Cette fonction est la mise en œuvre d'un régime d'assimilation de l'individu à l'État adverse *pendente bello* et de responsabilité collective *post bellum*. La thèse pourrait aussi être soutenue en vertu de laquelle l'expression « biens des civils ennemis » est une notion qui correspond à un concept. Dans ce cas, le concept d'ennemi serait le support pour la construction de la notion des « biens des civils ennemis ». Cette distinction repose sur l'hypothèse selon laquelle, le concept opère « un effort de détachement et d'abstraction supplémentaire et d'une autre nature que la notion : il construit davantage en fonction d'une théorie d'ensemble, d'une sorte de "biotope" qui le place à distance du réel comme élément plus explicatif que compréhensif »²⁵²⁵. Le concept d'ennemi, ou plus précisément le concept du rapport d'inimitié, conçu comme rapport conflictuel de haute intensité engendrant le percement du cadre interétatique d'hostilités et susceptible de justifier un régime de responsabilité collective, se concrétise à une notion juridique, à savoir celle des « biens des civils ennemis ». Le concept d'ennemi ou de rapport d'inimitié décrirait et justifierait le fonctionnement de la notion de « biens des civils ennemis » impliquant un certain nombre d'effets dans le monde du réel²⁵²⁶. Ce concept du rapport d'inimitié permet ainsi la « connaissance » et l'« analyse »²⁵²⁷ de la notion de « biens des civils ennemis »²⁵²⁸.

1144. Issue du langage général, la notion de « biens des civils ennemis » serait ainsi une notion « conceptuelle » qui, toutefois, se transforme en notion « fonctionnelle », à partir du moment où son usage engendre la mise en œuvre d'un régime juridique précis²⁵²⁹. Cette notion permet ainsi de « qualifier des faits, c'est-à-dire de les faire rentrer dans une catégorie connue et répertoriée, à laquelle ces faits paraissent correspondre et, en conséquence, de leur déclarer applicable le régime juridique établi pour cette catégorie »²⁵³⁰. La notion des « biens des civils ennemis »

²⁵²⁴ M. Troper, « Libre administration et théorie générale du droit, le concept de libre administration », pp.55-62, p.56, dans J. Moreau, G. Darcy (éd.), *La libre administration des collectivités locales, réflexion sur la décentralisation*, Economica, Paris, Aix-en-Provence, 1984, 468 p.

²⁵²⁵ X. Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », p.21-53, dans G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, Paris, 2009, x-166 p.

²⁵²⁶ *Idem*, p. 39.

²⁵²⁷ Pour ce terme v. M. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op.cit.*, p.292.

²⁵²⁸ Cette articulation entre le concept et la notion trouve ses racines dans la pensée de Gény et la manière dont il identifiait les outils d'abstraction et de généralisation en droit. Ses analyses relatives au concept en tant que « pure construction juridique, bâtie toute en abstraction et par les seuls efforts de la pensée » semblent bien s'adapter au concept du rapport d'inimitié retenu dans le cadre de ce travail. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique science et technique*, Société du Recueil Sirey, Paris, 1914, vol. 1, xiii-212 p., p.113.

²⁵²⁹ Pour cette distinction v. M. T. Calais-Auloy, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *Petites affiches* n° 157, 9 août 1999, p.4.

²⁵³⁰ F.P. Bénoit, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique », pp.23-38 p.27, dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, 550 p.

peut être appréhendée comme l’outil qui permet une qualification donnant lieu à un régime juridique déterminé²⁵³¹. Cette définition de la notion ramène aussi au terme de catégorie juridique. Si le terme « catégorie juridique » fait référence à « l’existence d’un statut ou d’un régime juridique spécifique présentant une unité »²⁵³², la notion des biens des civils ennemis constitue aussi une catégorie juridique²⁵³³.

1145. Notion ou catégorie juridique, l’expression « biens des civils ennemis » remplit, par conséquent, une fonction très importante. D’une part, elle esquisse des bornes aux prérogatives des belligérants ou des acteurs prenant des mesures coercitives, et d’autre part, rappelle le legs normatif d’une période historique spécifique dont le retour rendrait vain tout échange au sujet du droit.

²⁵³¹ Le régime juridique est la conséquence d’une qualification, l’opération d’octroi du caractère ennemi. « La qualification est en effet un processus complexe par lequel les juristes décident ou non d’attribuer tel “nom” (catégorie juridique) à une chose ou à une situation (un fait) », afin de leur associer des effets ou des conséquences juridiques. Cette opération n’exige rien de moins que, d’une part, d’identifier les faits pertinents, les restituer et les reformuler, les prouver et, d’autre part, de mettre en relation ces faits avec des énoncés juridiques, c’est-à-dire de déterminer, dans un ordre juridique, la catégorie avec laquelle les faits vont être appréhendés ». V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2022, pp.xiv-482, p.358.

²⁵³² *Idem*, p.352.

²⁵³³ Pour cette définition du terme « catégorie juridique » v. M. Cymun, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématité du droit », *Les cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, pp. 351-378, p.368.

BIBLIOGRAPHIE

A. Bibliographie doctrinale

Les livres, articles et contributions sont présentés de manière thématique. Les axes choisis correspondent aux différentes thématiques abordées dans le présent travail et reflètent les chapitres de la thèse. Les documents sont repartis en fonction de leur place dans les différents chapitres. Dans la bibliographie figurent non seulement les références citées de manière explicite dans les notes de bas de page mais également celles mobilisées pour la consolidation de l'argumentation. La première section de la bibliographie comporte les traités et les manuels généraux utilisés. Les références théoriques ou historiques renvoyant à des considérations générales sur les rapports d'inimitié, sur la guerre comme phénomène dans sa diachronie sont également présentées dans une section à part. Dans la troisième section figurent les références des documents relatifs à la notion de biens. Les sections suivantes reprennent la structure thématique de la thèse. La section consacrée au rôle des biens des civils dans la guerre sur terre est suivie par celle portant sur leur rôle dans la guerre maritime. Les sections suivantes contiennent les références aux ouvrages et contributions scientifiques consacrés au rôle d'une part des biens dans le cadre des conflits armés, et des sanctions ou contre-mesures d'autre part. Les ouvrages ou contributions relatifs aux réparations des deux Guerres mondiales sont présentés dans une même rubrique. Une section séparée comporte les références bibliographiques en lien avec les biens appartenant à des populations expulsées. La dernière section porte sur les biens abandonnés et la reconnaissance d'un droit de retour en faveur des populations expulsées. Cette répartition, certes non rigide, suit le fil conducteur de la thèse.

Ière section : Manuels et traités

- R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Berlin, Suhrkamp, 2020, 548 p.
- D. Alland, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 2021, 335 p.
- K. Ambos, *Treatise on international criminal law*, vol. II, Oxford Univ. Press, Oxford, 2022, lii-393 p.
- K. Ambos, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2022, Beckonline
- K. Ambos (éd.), *The Rome statute of the International Criminal Court: article-by-article commentary*, Baden-Baden, München, Nomos, Beck, 2022, lxi-3064 p.,
- D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Roma, Atheneum, vol. III, 1915, 378 p.
- J. Basdevant (préf.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 755 p.
- H. Batiffol, P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, Paris, 1995, 656 p.
- E. Beckert, G. Breuer, *Öffentliches Seerecht*, Berlin, De Gruyter, 1991, xxi-848 p.
- F. J. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, vol. 2, Kriegerrecht, München, Beck, 1962, xvi-312 p.
- W. Bishop, *International law, cases and Materials* Boston, Brown & Com., 1971, xlvi-1122 p.
- W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, Vol.2, Oxford, Clarendon, 1767, 520-xix p.
- J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch*, Nördlingen, Beck, 1872, xiv-528 p.
- J. C. Bluntschli, *Le droit international codifié*, Paris, Guillaumin et c., 1886, xxviii-606 p.
- H. Bonfils, *Manuel de droit international public*, Librairie Rousseau et c., 1914, Paris, 1209 p.
- J. L. Brierly, *The outlook for international law*, Oxford, Clarendon press, 1945, 142 p.,
- H. Briggs, *The law of nations*, Appleton Century, New York, 1952, xxvii-1108 p.
- I. Brownlie, *International law and the use of Force by States*, Oxford, Clarendon press, 1963, xxviii-532 p.
- I. Brownlie, *Principles of Public International law*, Oxford, Clarendon, 1990, xlvi-748 p.
- A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 1983, pp.510.
- C. Calliess, M. Ruffert, *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, München, Beck, 2022, lxvii-3044 p.
- Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique, précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Paris, Durand-Pedone-Guillaumin, 1872, 913 p.
- Ch. Calvo, *Dictionnaire de droit international public et privé*, Berlin-Paris, Puttkammer, Pedone, 1885, vol. I viii-517 p., vol. II 374 p.
- D. Carreau, F. Marrella, *Droit international*, 12^{ème} édition, Paris, Pedone, 2018, 767 p.
- G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, 616 p.
- C. Colombos, *Le droit international de la mer*, Pedone, Paris, 1952, xiii-659 p.
- C. Colombos, *The international law of the sea*, London, Longmans, 1967, xvii-886 p.
- J. Moore Bassett, *International law and some current illusions*, New York, Macmillan, 1924, xviii-381 p.
- J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, LGDJ, 2019, 896 p.
- B. Conforti, *Diritto internazionale*, 10 édition, Napoli, editoriale scientifica, 2014, 500 p.
- D. Cumin, *Le droit de la guerre*, vol. 2, Paris, Harmattan, 2015, 1681 p.

- G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, vol.1, 1958, 730 p.
- G. Dahm, J. Delbrück, R. Wolfrum, *Die Formen des völkerrechtlichen Handelns: Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft*, De Gruyter, Berlin, Bd I/3, 2002, p.1170.
- G. Dahm, *Völkerrecht*, vol. I, De Gruyter, Berlin 2002, lxxix-509 p.
- G. Davis, *The elements of international law*, New York, Harper & brothers, London, 1908, xxx-673 p.
- E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 1412 p.
- E. Decaux, F. Martin (dir.), *Le pacte international relatif aux droits civils et politique, commentaire article par article*, Economica, Paris, 2011, xvii-996 p.
- L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public : droit de la paix, droit préventif de la guerre, droit de la guerre*, Paris LGDJ, 1964, 666 p.
- P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, 1921-1926, 2 tomes, 1^{er} tome : 3 vol, XII-1059 p., XIV-1183 p., 729 p. 2nd tome : x-1095 p.
- J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubeda-Saillard, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2019, 2943 p.
- M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2022, 2048 p.
- P. Fiore, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, III tome, Durand Pedone, Paris, 1886, 794 p.
- P. Fiore, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, Paris, Pedone, 1911, viii-610 p.
- J. W. Garner, *International law and the World War*, London, Longmans, 1920, 2 vol. xviii-524p., xii-534 p.
- G. Gidel, *Le droit international public de la mer*, t. I, *La haute mer*, Mellotée, Chateauroux, 1932, x-530 p.
- L. Gonin, O. Bigl, *Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire*, Paris, Lexisnexis, 2018, 859 p.
- L. M. Goodrich, E. Hambro, *Charter of the United Nations commentary and documents*, London, Stevens and Sons, 1949, xvi-710 p.
- P. Guggenheim, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Basel, Recht und Gesellschaft, 1951, Bd 2, xxiii-1044 p.
- P. Guggenheim, *Traité de Droit international public : avec mention de la pratique internationale et suisse*, Genève, Georg et Cie, 1953, 2 vol., xxviii-592 p., xv-592 p.
- K. Hailbronner, G. Renner, M. Wiedemann, *Staatsangehörigkeitsrecht*, Berlin, Beck, 2005, 1447 p.
- W. E. Hall, *A treatise on international law*, Oxford, Clarendon Press, 1904, 764 p.
- H. W. Halleck, *International law, or rules regulating the intercourse of States in peace and war*, New York, Notstrand, 1861, xxxv-907 p.
- A. G. Heffter, *Le droit international de l'Europe*, Berlin, Paris, Schroeder, Cotillon, 1857, xii-499 p.
- J. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary international humanitarian law*, Volume I, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2009 lix-628 p.
- Ch.Ch. Hyde, *International law chiefly as interpreted and applied by the United States*, vol. II, Boston, Little & Brown, 1947, 2489 p.
- G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Darmstadt, 1959, lix-837 p.
- H. Kelsen, *The law of the United Nations*, Stevens, London, 1951, xvii-903 p.
- H. Kelsen, *Principles of international law*, Rinehart & Co., New York, 1952, xvi-461 p.
- H. Kelsen, *The law of the United Nations. A critical analysis of its fundamental problems*, Praeger, New York, 1954, xvii-994 p.
- H. Kelsen, *Théorie générale du droit international public*, RCADI, La Haye, 1954, recueil tome 84, pp.5-203
- J. Kent, *Commentaries on American law*, Boston, Brown, 1866, vol. 1, 692 p.
- J. Kohler, *Grundlagen des Völkerrechts*, Stuttgart, Enke, 1918, 250 p.
- J. L. Kunz, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, Wien, Springer, 1935, xii-335 p.
- A. De Landa, *El derecho de la guerra conforme a la moral*, Pamplona, 1877, 336 p.
- H. Lauterpacht, *Collected papers*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2004, 758 p.
- F. von Liszt, *Das Völkerrecht*, Springer, Berlin, 1920, xiii-561 p.
- Abbé de Mably, *Le Droit public de l'Europe fondé sur les traités*, Paris, Œuvres complètes, an III (1794-95), vol.VI, 560 p.
- F. de Martens, *Traité de droit international*, trad. Alfred Léo, tome 1, Paris, Maresq, Paris, 567 p.
- J.M. Mössner, *Einführung in das Völkerrecht*, Beck, München, 1977, xix-246 p.
- H. von Nawiasky, *Allgemeine Staatslehre*, vol.III, Zürich, Benziger, 1956, xiii-173 p.

- J. P. Niboyet, *Traité de droit international privé français : La Jouissance des droits. (Condition des étrangers)*, vol. II, Paris, Sirey, 1938, 422 p.
- L. Oppenheim, *International law: a treatise*, vol. II, *War and neutrality*, London, Longmans, 1921, xlv-671 p.
- L. E. Pettiti, E. Decaux, P. H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, xlv-1230 p.
- F. Pollock, F. Maitland, *The history of English law before the time of Edward I*, vol. 1, Boston, Cambridge University Press, 1905, vol. 1, 678 p.
- R. Rivier, *Droit international public*, PUF, 2017, 876 p.
- A. Rolin, *Le droit moderne de la guerre : les principes, les conventions, les usages et les abus*, Bruxelles, Dewit, 1920, vol.1, xvi-586
- A. Ross, *A textbook of international law*, Longmans Green & Co., 1947, 313 p.
- Ch. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, 629 p.
- J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xli-1198 p.
- W. Schabas, *The European Convention on Human Rights : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, cxxiii-1308 p.
- O. Schachter, *International law theory and practice: general course in public international law*, RCADI, t. 178, 1982, 395 p
- G. Schwarzenberger, *Manual of international law*, vol. I, London, Stevens, 1960, 819 p.
- G. Schwarzenberger, *International law as applied by international courts and tribunals. Volume 2, The law of armed conflict*, London, Stevens & sons, 1968, lvi-881 p.
- I. Seidl-Hohenveldern, *International economic law: general course on public international law*, RCDAH, 1986, recueil t. 198, pp. 9-264.
- I. Seidl-Hohenveldern, *International economic law*, La Haye, Kluwer law international, 1999, xv-301 p.
- H. A. Smith, *The law and custom of the Sea*, London, Stevens & Sons, 1948, x-193 p.
- J. Stone, *Legal controls of international conflict : a treatise on the dynamics of disputes and war-law*, London, Stevens, 1959, lv-903 p.
- Tr. Twiss, *The law of nations considered as independent political communities, Part II, Of the rights and duties of nations in time of war*, Oxford, Clarendon, 1884, 506 p.
- T. Twiss, *Le droit des gens ou des nations considérés comme communautés politiques indépendantes*, Pedone, Paris, 1889, t. II, xxxiii-593 p.
- J. Valéry, *Manuel de droit international privé*, Paris, Fontemoing et Cie, 1914, viii-1391 p.
- E.de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations des souverains*, vol. 2, Londres 1758, 638 p.
- A. Verdross, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1937, xv-362 p.
- A. Verdross, *Völkerrecht*, Wien, Springer, 1964, 671 p.
- Ch. De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, 450 p.
- A. Weiss, *Traité de droit international privé*, Larose, Paris, 1892, t.2, xix-916 p.
- W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1964, 2 vol. xxxi-1530 p.
- G. Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, xxxvi-850 p.
- J. Westlake, *International law, part II, War*, Cambridge, Cambridge university press, 1913, xiv-343 p.
- H. Wheaton, *Elements of international law*, Stevens and sons, London, New York, 1916, 901 p.
- H. Wheaton, *Éléments du droit international*, Leipzig, Brockhaus, 1858, vol. I 334 p., vol. II 399 p.
- Chr. Wolff, *Jus gentium methodo scientifico per tractatum*, dans the classics of international law, J. Br. Scott, vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1934, ivi-423 p.
- N. Σαρίπολος, *Ta των εθνων εν ειρηνη και εν πολεμω νομιμα*, [Le droit des gens en temps de paix et en temps de guerre] Αθήνα, Σακελλάριος, 1860, vol. II, 599 p.

IIème section : Références théoriques et historiques (rapports d'inimitié, réflexion sur la guerre, responsabilité collective)

Ouvrages

- M. Abbenhuis, *An age of neutrals: great power politics, 1815-1914*, Cambridge, Cambridge University press, 2014, x-289 p.
- A. Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht: Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 387 p.

- H. Arendt, *Responsabilité et jugement*, Paris, Payot et Rivages, 2005, 320 p.
- R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calman-Lévy, 1985, xxxvii-794 p.
- R. Aron, *Sur Clausewitz*, Bruxelles, Complexe, 1987, 188 p.
- H. Aure, *The right to wage war (jus ad bellum): the German reception of Grotius 50 years after De iure belli ac pacis*, Berlin, Berlin wissenschafts-Verlag, 2015, 220 p.
- L. Beer, *Völkerrecht und Krieg*, Leipzig, Koehler, 1914, 38 p.
- D. Berger, *Krieg und Völkerrecht am Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, Hamburg, Kovac, 2010, xii-162 p.
- G. Best, *Humanity in warfare*, Columbia University Press, New York, 1980, 401 p.
- M. Bloch, *L'étrange défaite : témoignage écrit en 1940*, Gallimard, Paris, 1990, 326 p.
- A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Suhrkamp, Berlin, 2022, 525 p.
- J. Broch, *Faire face à l'ennemi. René Cassin, juriste monté au « front intellectuel »*, Palais de l'Institut de France, Paris, 2021, 124 p.
- O. Brunner, *Land und Herrschaft, Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, Darmstadt, 1981, 463 p.
- V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2022, xiv-482 p.
- R. Charvin, *Répliques : droit international : relations internationales*, Paris, Pedone, 2022, 238 p.
- Cicéron, *Caton l'ancien, de la vieillesse. Lélius, de l'amitié. Des devoirs*, éd. N. Kousnetzoff et A. Kojève, trad. C. Appuhn, Paris, Garnier frères, 1933.
- A. Clapham, *War*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2021, 571 p.
- Br. Colson (prés.), *Napoléon, de la guerre*, Paris, Perrin, 2018, 717 p.
- B. Constant, *Écrits politiques, textes choisis, présentés et annotés par M. Gauchet*, Gallimard, Paris, 1997, 870 p.
- K. G. Cram, *Iudicium belli : zum Rechtscharakter des Krieges im deutschen Mittelalter*, Münster, Böhlau-Verlag, 1955, xi-231 p.
- W. Churchill, *The Sinews of Peace, Post-war speeches 1945/46*, London, Cassel, 1948, 256 p.
- M. Danner, *Torture and truth : America, Abu Ghraib, and the war on terror*, New York, New York Review of books, 2004, 600 p.
- Sh. Darcy, *Collective responsibility and accountability under international law*, New York, Ardsley, 2007, xxvi-398 p.
- L. Daudet, *La guerre totale*, Paris, Nouvelle Librairie nationale, 1918, 251 p.
- E. Delastre, *De la capitis deminutio minima, en droit romain*, Paris 1984, 201 p.
- H. Delbruck, *Geschichte der Kriegskunst im Rahmen der politischen Geschichte*, 4ème vol., *Neuzeit, Die Epoche der Volksheere*, 1920, Nouvelle édition, W. de Gruyter, Berlin, New York, 2000, 640 p.
- E. Desmons, *Mourir pour la patrie ?*, Paris, PUF, 2001, 128 p.
- F. Dickmann, *Friedensrecht und Friedenssicherung, Studien zum Friedensproblem in der Geschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1971, 183 p.
- J. Dietrich, *Kollektive Schuld und Haftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, xix-462 p.
- J. Dolezik, *Narrative zum Gerechten Krieg im Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, 318 p.
- P.M. Dupuis, *Ordre juridique et désordre international*, Paris, Pedone, 2018, 359 p.
- G. J. Ebers, *Der Krieg und das Völkerrecht*, Münster, Borgmeyer, 1915, 26 p.
- E. Forsthoff, *Der totale Staat*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, 46 p.
- S. Freud, *Le malaise dans la culture*, PUF, Paris, 2015, 144 p.
- J. Freund, *Politique et impolitique*, Paris, Sirey, 1987, 426 p.
- J. Freund, *L'essence du politique*, Sirey, Paris, Dalloz, 2004, 867 p.
- A. Freytagh-Loringhoven, *Ritterlichkeit im Kriegsrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1941, 68 p.
- U. Gassner, *Heinrich Triepel: Leben und Werk*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 605 p.
- F. Gény, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique science et technique*, Paris, Société du Recueil Sirey, 1914, vol. 1, xiii-212 p.
- Ch. Geulen, A. von der Heiden, B. Liebsch, *Vom Sinn der Feindschaft*, Berlin, Akademie Verlag, 2002, 253 p.
- G. Gilbert, *Droits et devoirs des nations. La théorie classique des droits fondamentaux des Etats*, RCADI, t. 10, 1925, pp. 537-599.
- R. Girard, *La violence et le sacré*, Paris, Grasset Bernard, 1972, 451 p.
- H. Göhler, *Freies Kriegsführungsrecht und Kriegsschuld*, Leipzig, Noske, 1931, xi-114 p.

- D. Gordon, R. Dangerfield, *The hidden weapon: the story of economic warfare*, New York, Harper, 1947, xii-238 p.
- D. Gosewinkel, *Einbürgern und Ausschließen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, 472 p.
- D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit?: Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert*, Berlin, Suhrkamp, 2016, 772 p.
- W. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984, 897 p.
- D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Berlin, 2020, 447 p.
- Fr. Grob, *The relativity of war and peace, a study in law, history and politics*, New Haven, Yale university press, 1949, xviii-402 p.
- H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2005, 868 p.
- P. Hagenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983, xxiv-682 p.
- O.A. Hathaway, S. Shapiro, *The internationalists and their plan to outlaw war*, London, Penguin, 2017, xxii-581 p.
- G. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, J.F. Kervegan (éd., trad.), PUF, Paris, 2013, vii-798 p.
- Th. Hippler, *Soldats et citoyens : naissance du service militaire en France et en Prusse*, Paris, PUF, 2006, xiii-357 p.
- Th. Hobbes, *Léviathan*, tr. Fr. Tricaud, M. Pécharman, Paris, Vrin, 2004, xxxv-559 p.,
- C. Hofer, *L'influence de J. J. Rousseau sur le droit de la guerre*, Genève, Georg et c., 1916, 25 p.
- T. Holm, *Krieg und Kultur: Entwicklung aus historischer Perspektive*, Zürich, Europa Verlag, 1942 m 187 p.
- E.R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches 1937*, Hamburg, Hanseatische Verlag, 1939, 522 p.
- I. Hull, *A scrap of paper: breaking and making international law during the Great War*, London, Cornell university press, 2014, xiii-368 p.
- G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 139 p.
- K. Jaspers, *La culpabilité Allemande*, Les éditions de Minuit, 1990, 128 p.
- G. Jellinek, *Die Zukunft des Krieges*, Berlin Springer, 1916, 31 p.
- F. Jerusalem, *Kriegsrecht und Kodifikation*, Breslau, Kern, 1918, 90 p.
- E. Jouannet, *Le droit international libéral-providence : une histoire du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 351 p.
- C. Jouin, *Le retour de la guerre juste : droit international, épistémologie et idéologie chez Carl Schmitt*, Paris, EHESS-Vrin, 2013, 375 p.
- E. Jünger, *Krieg und Krieger*, Berlin, Junker und Dünhaupt, 1930, 203 p.
- E. Kant, *Métaphysique des mœurs : doctrine du droit, doctrine de la vertu*, Flammarion, Paris, 1994, 203 p.
- H. Kelsen, *Théorie Pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, xv-496 p.
- H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Paris, 1999, 368 p.
- J. F. Kervegan, *Hegel, Carl Schmitt : le politique entre spéculation et positivité*, PUF, Paris, 2005, 349 p.
- H. Keydel, *Das Recht zum Kriege im Völkerrecht*, Leipzig, Noske, 1931, 80 p.
- R. Kjellen, *Die Ideen von 1914: eine weltgeschichtliche Perspektive*, Hirzel, Leipzig, 1915, 46 p.
- H. Korte, *Lebensrecht und völkerrechtliche Ordnung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1942, 128 p.
- R. Koselleck, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, J. Hoock, M. Cl. Hoock-Demarle (trad.), Paris, EHESS, 2000, 334 p.
- R. Koselleck, *Zeitschichten: Studien zur Historik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2003, 399 p.
- M. Koskenniemi, *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge university press, 2004, xiv-569 p.
- L. Kotsch, *The concept of war in contemporary history and international law*, Genève, Droz, 1956, 310 p.
- K. Krakau, *Missionsbewusstsein und Völkerrechtsdoktrin in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Frankfurt am Main, Metzner, 1967, 567 p.
- A. Laidi, *Les États en guerre économique*, Seuil, Paris, 2010, 329 p.
- R. Laun, *Naturrecht und Völkerrecht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1954, 54 p.
- J. Leonhard, *Bellizismus und Nation, Kriegsdeutung und Nationsbestimmung in Europa und den Vereinigten Staaten, 1750-1914*, München, Oldenbourg, 2008, 1019 p.
- M. Llanque, *Demokratisches Denken im Kriege, Demokratie und Völkerrecht*, De Gruyter, Berlin, 2000, 365 p.
- D. Majer, *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems: Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei*, Kohlhammer, Stuttgart, 1987, vii-254 p.
- H. Mann, *Der Haß, deutsche Zeitgeschichte*, Fischer Verlag, 1987, Frankfurt am Main, 240 p.

- Th. Mann, *Considérations d'un apolitique*, Bernard Grasset, Paris, 2002, 487 p.
- M. McDougal, Fl. Feliciano, *Law and minimum world public order: the legal regulation and international coercion*, New Haven, Yale univ. Press, 1961, 872 p.
- M. McDougal, Fl. Feliciano, *The international law of war : transnational coercion and world public order*, New Haven, New Haven Press, 1994, xv-872 p.
- Chr. Meier, *La naissance du politique*, Paris, Gallimard, 1995, 444 p.
- F. Meinecke, *Die deutsche Katastrophe, Betrachtungen und Erinnerungen*, Wiesbaden, Aero-Verlag, 1946 177 p.
- Th. Menk, *Gewalt für den Frieden, die Idee der kollektiven Sicherheit und die Pathognomie des Krieges im 20. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, 489 p.
- Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Œuvres complètes, Paris, Gallimard, bibliothèque de la Pléiade, t. II, 1951, 1809 p.
- G. L. Morguet, *Feindstrafrecht — eine kritische Analyse*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 326 p.
- P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des États*, Pedone Paris, 2022, 623 p.
- H. Münkler, *Gewalt und Ordnung: das Bild des Krieges im politischen Denken*, Frankfurt am Main, Fischer, 1992, 249 p.
- S. Neff, *Friends but no allies: economic liberalism and the law of nations*, New York, Columbia university press, 1990 xii-345.
- S. Neff, *The rights and duties of neutrals: a general history*, New York, Juris Pub., 2000, xxi-246 p.
- S. Neff, *War and the law of nations*, Cambridge, Cambridge university press, 2005, 443 p.
- B. Orend, *War and international justice: a Kantian perspective*, Wilfried Laurier Univ. Press, Canada, 1971, pp.299.
- B. Orend, *The Morality of war*, Canada, Broadview press, 2006, 289 p.
- L. Oppenheim, *War and neutrality*, London, Longmans, Green&Co., 1952, liii-941 p.
- A. Pillet, *Les conventions de la Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907, étude juridique et critique*, Paris, Pedone, 1918, viii- 274 p.
- Fr. Räder, *Das Recht zum Krieg im 20. Jahrhundert und die Auswirkungen auf den Kriegsbegriff*, Zürich, Juris Verlag, 1975, xxi-174 p.
- L. Renault, *La guerre et le droit des gens au XXe siècle*, Paris, Firmin-Didot, 1914, 27 p.
- F. W. Rothenpieler, *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, 310 p.
- A. Rougier, *Les guerres civiles et le droit des gens*, Paris, Larose, 1903, 569 p.
- J.J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Felix Alcan, 1896, xxvi-424 p.
- S. Schlechte, *Unterschiede des Kriegsbegriffs zu Lande, zu Wasser und in der Luft*, Hamburg, 1945, 48 p.
- C. Schmitt, *Ex captivitate Salus*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 95 p.
- C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen, ein kooperativer Kommentar*, éd. Mehring R., De Gruyter, 2003, 252 p.
- C. Schmitt, *Le nomos de la Terre : dans le droit des gens du Jus publicum europaeum*, PUF, Paris, 2012, 363 p.
- C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 2013, 576 p.
- C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Humblot & Berlin, 2018, 332 p.
- W. Schücking, *Kultur und Krieg*, Berlin, Kohlhammer, 1914, 11 p.
- G. Schwarzenberger, *International law and totalitarian lawlessness*, London, Jonathan square, 1943, 168 p.
- E. Silberner, *La guerre dans la pensée économique du XVIème au XVIIIème siècle*, Sirey, Paris, 1939, 301 p.
- E. Silberner, *The problem of war in XIXth century economic thought*, Princeton Univ. Press, 1946, 332 p.
- G. Simmel, *Sociologie, études sur les formes de la socialisation*, PUF, Paris 2010, XII-756 p.
- W. Sombart, *Händler und Helden*, München, Duncker & Humblot, 1915, vii-145 p.
- C. Spector, *Montesquieu : pouvoirs richesses et sociétés*, Hermann, Paris, 2010, 396 p.
- D. Sternberger, *Über die verschiedenen Begriffe des Friedens*, Wiesbaden, Steiner, 1984, 53 p.
- M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, III vol., Beck München, 1999, 440 p.
- M. Stolleis, *Rechtsgeschichte Schreiben, Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion*, Basel, Schwabe, 2008, 48 p.
- M. Sabrow, *Die Zeit der Zeitgeschichte*, Wallstein, Göttingen, 2012, 40 p.
- L. Strisower, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, Wien, Manzsche Verlagsbuchhandlung, 1919, 146 p.
- S. Sur, *Les dynamiques du droit international*, Paris, Pedone, 2012, 313 p.
- Tite-Live, Livres XXXI à XXXV, trad. Par Flobert A., Paris, Flammarion, 1997, 510 p.
- H. Triepel, *Die Zukunft des Völkerrechts*, Leipzig, Dresden, Teubner, 1916, 30 p.
- H. Triepel, *Die Hegemonie*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938, xv-583 p.

- G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, xviii-813 p.
- P. Usteri, *Ächtung und Verbannung im griechischen Recht*, Weidmann, Berlin, 1903, 172 p.
- J. H. W. Verzijl, *International law in historical perspective*, part IX-B, *The law of neutrality*, Utrecht, Sijthff & Noordhoff, 1979, 328 p.
- J. H. W. Verzijl, *International law in historical perspective*, Part IX-C, *The law of maritime prize*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, 729 p.
- Th. Walker, *A history of the law of nations*, vol. 1, Cambridge, Cambridge university press, 1899, xxx-361 p.
- M. Walzer, *Arguing about war*, New Haven, Yale Univ. Press, xv-208 p.
- M. Walzer, *Guerres justes et injustes, argumentation morale avec exemples historiques*, Paris, Belin, 1999, 488 p.
- M. Weber, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959, tr. Julien Freund, 232 p.
- M. Weber, *Zur Politik im Weltkrieg, Schriften und Reden 1914-1918*, Mohr, Mommsen, 1984, 864 p.
- J. Whitman, *The verdict of battle: the law of victory and the making of modern war*, Cambridge Mass., Harvard university press, 2012, 323 p.
- E. Wiechert, *Rede an die deutsche Jugend*, München, Europäische Dokumente, 1945, 47 p.
- S. Wiederhold, *Die Lehren vom Monismus mit Primat staatlichen Rechts, Sonderwege deutschen Völkerrechtsdenkens im Kaiserreich und deren Bewahrung durch die Bonner Schule*, Baden-Baden, Nomos, 2018, 216 p.
- H. J. Wolff, *Kriegserklärung und Kriegszustand nach klassischem Völkerrecht mit einem Beitrag zu den Gründen für eine Gleichbehandlung Kriegführender*, Duncker & Humblot, 1990, 228 p.
- W. Wundt, *Elemente der Völkerpsychologie: Grundlinien einer psychologischen Entwicklungsgeschichte der Menschheit*, Leipzig, Kröner, 1912, xii-523 p.
- Articles, chapitres d'ouvrages et contributions dans des ouvrages collectifs.**
- D. Alland, « L'État sans qualités », *Droits*, 1992, n. 16, pp. 3-9.
- D. Alland, « Conquête espagnole des Indes, jugements sur les indiens d'Amérique et doctrine de la guerre juste », *Droits*, 2007, n. 46, pp. 19-40.
- H. Arendt, « Organisierte Schuld », *Die Wandlung*, 1946, pp.333-344.
- H. J. Arndt, « Bleiben die Staaten die Herren der Kriege? Zum Clausewitz Buch von Raymond Aron », *Der Staat*, 1977, 16 Band, pp. 229-238.
- M. Auer, « Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2015, pp.773-805.
- H.P. Aust, « Zwischen Freirecht und Völkerpsychologie, Hermann Kantorowicz und die völkerrechtliche Kriegsschuldfrage », pp.129-147 dans Augsburg I., Lettmaier S., Meyer-Pritzl, *Hermann Kantorowicz Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, viii-290 p.
- G. Barrera, « Le "doux" commerce et la paix chez Montesquieu », pp.13-23, dans G. Barrera, P. Ducoulombier, E. Maulin, *Le commerce et la paix*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2017, 209 p.
- O. Beaud, « Compétence et souveraineté », pp.5-32, dans *La compétence*, AFDI, 2008, Lexis Nexis, 2008, xiv-272 p.
- F.P. Bénoit, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique », pp.23-38, dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, 550 p.
- Berner, « Krieg-Kriegsrecht », pp.98-115, dans J. C. Bluntschli (éd.), *Deutsches Staats-Wörterbuch*, Stuttgart, Leipzig, 1861, vol. 6, 778 p.
- X. Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », p.21-53, dans G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, Paris, 2009, x-166 p.
- E. W. Böckenförde, « Der Begriff des Politischen als Schlüssen zum staatsrechtlichen Werk Cal Schmitts », pp. 344-366, dans *Recht, Staat Freiheit*, Suhrkamp, Berlin, 1991, 382 p.
- A. von Bogdandy, St. Hinghofer-Szalkay, « Das etwas unheimliche *ius publicum europaeum*, », *ZaoeRV*, 2013, pp. 209-248.
- J. D. Boyer, « Commerce, échanges et civilisation chez Adam Smith », pp. 25-39, dans G. Barrera, P. Ducoulombier, E. Maulin, *Le commerce entre paix et guerre*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2017, 209 p.
- W. Burckhardt, « Über den totalen Volkskrieg », *Schweizer Monatshefte : Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur*, 1947-1948, Jahrgang 27, pp. 697-705.
- R. M. Cahén, « Gedanken über Militarismus », *Die Friedens-Warte*, vol. 19, 1917, pp.293-297.
- G. Cahin, « La notion de compétence international de l'État », p.9-52, *Les compétences de l'État en droit international*, SFDI, Pedone, 2006, 320 p.
- M.T. Calais-Auloy, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *Petites affiches*, n° 157, 9 août 1999, p.4.

- R. Cassin, « L'homme sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », pp. 67-91, dans *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ, Paris, 1950, t. 1, viii-913 p.
- J. Chapoutot, « Nazisme et guerre totale : entre mécanique et mystique », *Sens public*, 2005, n. 3, pp. 2-32.
- F. Cherfouh, N. Hakim, « L'histoire de la pensée juridique contemporaine. Hétérogénéité et expansion », pp. 117-143, dans J. Krynen, B. d'Alteroche (dir.), *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Classiques Garnier, Paris, 2014, 596 p.
- S. Chojnacki, « Kriege im Wandel. Eine typologische und empirische Bestandsaufnahme », pp. 47-74, dans A. Geis (éd.), *Den Krieg überdenken : Kriegsbegriffe und Kriegstheorien in der Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 271 p.
- J. Combacau, « Conclusions générales », *Les compétences de l'État en droit international*, SFDI, Pedone, 2006, 320 p., pp.301-318.
- Z. Cybichowski, « Der totale Krieg im Lichte des Völkerrechts », dans St. Sfériadès, G. Maridakis, P. Vallindas, *Mélanges Streit*, Athènes Pysos, 1939, pp. 149-158.
- M. Cymun, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit », *Les cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, pp. 351-378.
- I. Deak, « Seduction or complicity. How guilty were the Germans », *Rechtshistorisches Journal*, 1997, vol. 16, pp. 635-641.
- L. Delbez, « La notion juridique de guerre », *RGDIP*, 1953, pp. 177-209.
- E. Desmons, « Rousseauisme, souveraineté et commerce entre les nations », *Droits*, 2016, n. 64, pp. 3-16.
- B. Edelman, « L'ennemi dans les déclarations sur les droits de l'homme », *Droits*, 1992, vol. 16, pp.119-130.
- Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », pp.289-305, dans *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Textes réunis par Ch. Leben, Paris, Panthéon-Assas, 2002, 690 p.
- J. Ph. Feldman, « Principe ami-ennemi et catallaxie. Carl Schmitt, le libéralisme et la guerre », *Droits*, 2007, n. 46, pp.67-96.
- N. Frei, « Von Deutscher Erfindungskraft oder: die Kollektivschuldthese in der Nachkriegszeit », *Rechtshistorisches Journal*, 1997, vol. 16, p. 621-634.
- J. Freund, « Der Unauffindbare Friede », *Der Staat*, 1964, pp. 159-182.
- A. Geis, « Den Krieg überdenken. Kriegsbegriffe und Kriegstheorien in der Kontroverse », pp. 9-43, dans A. Geis (éd.), *Den Krieg überdenken : Kriegsbegriffe und Kriegstheorien in der Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 271 p.
- A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des intérêts », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, 1961, Dalloz et Sirey, Paris, pp. 241-252.
- W. Grewe, « Was ist „klassisches“, was ist „modernes“ Völkerrecht », pp. 111-131, dans Böhm A., W. Preiser et al., *Idee und Realität des Rechts in der Entwicklung internationaler Beziehungen: Festgabe für Wolfgang Preiser*, Baden-Baden, 1983, 213 p.
- N. Gürke, « Der Begriff des totalen Krieges », *Völkerbund und Völkerrecht*, Juli 1937, pp. 207-212.
- Chr. Gusy, « Juristische Zeitgeschichte eine verfassungshistorische Perspektive », *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2013, p.47-56.
- Chr. Gusy, « Verfassungsgeschichte », *Docupedia, Zentrum für Zeithistorische Forschung*, Potsdam, 2020.
- J. Habermas, « Krieg und Empörung », *Süddeutsche Zeitung* du 29 April 2022 n. 98, pp. 12-13.
- P. Haggemacher, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVIème siècle », *Revue internationale de la Croix rouge*, 1992, vol. 74, pp. 450-462
- V. Harouel-Bureloup, « Guerre », pp.771-775, dans D. Alland, St. Rials (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003 pp.xxv-1649.
- H.L.A. Hart, « Bentham on legal rights », pp. 171-201 dans Hart, *Oxford Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, viii-396 p.
- W. J. Haynes « General counsel on foreign relations, Memorandum (Enemy combatant) », Members of the ASIL-CFR Roundtable, December 12, 2002,
- M. Heidegger, « Über Wesen und Begriff von Natur, Geschichte und Staat ». *Übung aus dem Wintersemester 1933/34*, *Heidegger-Jahrbuch* 4, 2009, pp. 53-88.
- M. Heine, « Volk und Führer », p.69 et s., dans *Heidegger und der Nationalsozialismus. II, Interpretationen* Vol. 5 Heidegger Jahrbuch 5, Freiburg, Alber, 2009, 476p.
- W. N. Hohfeld, « Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning », *Yale law journal*, 1917, pp.710-770.
- H. Hofmann, « Feindschaft- Grundbegriff des Politischen? », *Zeitschrift für Politik*, 1965, vol. 12, pp. 17-39.
- M. Honecker, « Individuelle Schuld und kollektive Verantwortung: Können Kollektive sündigen? », *Zeitschrift für Theologie und Kirche*, 1993, vol. 90, pp. 213-230.

- E. R. Huber, « Positionen und Begriffe. Eine Auseinandersetzung mit Carl Schmitt », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1941 vol. 101, pp. 1-44.
- J. Hummel, « Le constitutionnalisme européen à l'épreuve de l'irrationalité politique (1914-1918). La République française et l'Empire allemand face à la "guerre totale" », *Droits*, 2007, n. 46, pp. 97-116.
- G. Jakobs, « Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, pp. 751-785.
- G. Jakobs, « Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht », *Ritsumeikan law review*, 2004, vol. 21, pp. 93-107.
- W. Janssen, « Friede », dans O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 2, Stuttgart, Klett, 1998, pp. 543-591.
- W. Janssen, « Krieg », pp. 567-615 dans O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 3, Stuttgart, Klett, 1982, xii-1128 p.
- C. Jouin, « Le droit international allemand dans l'entre-deux-guerres, la fuite dans l'histoire », *RGDIP*, 2010, pp. 535-561.
- C. Jung, « After the catastrophe », *Essays on contemporary events*, E. Welsch (trad.), London Keagan Paul, 1947, 90 p.
- S. Kadelbach, « Kollektivhaftung im Völkerrecht », *Rechtshistorisches Journal*, 1997, vol. 16, pp. 673-680.
- P. Kahn, « Criminal an enemy in the political imagination », *The Yale review*, 2011, vol. 99, pp. 148-167.
- P. Kahn, « Imagining warfare », *EJIL*, 2013, vol. 24, pp. 199-226.
- E.H. Kantorowicz, « Mourir pour la patrie (Pro Patria Mori) dans la pensée politique médiévale », trad. L. Mayali, pp. 127-166, dans E. H. Kantorowicz, *Mourir pour la patrie et autres textes*, Fayard, Paris, 2004, 166 p.
- H. Kelsen, « Contribution à la théorie du traité international », pp. 121-160, dans *Ecrits français de droit international*, Leben Ch. (prés.), PUF, Paris, 2001, 316 p.
- J. Kokott, « Der Begriff politisch im Normenzusammenhang nationalen und internationalen Rechts », *ZaoERV*, 1991, pp. 605-650.
- F. König, « Kollektivschuld und Erbschuld », *Zeitschrift für katholische Theologie*, 1950, pp.44-65.
- H. Kelsen, « Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens », *Zeitschrift des öffentlichen Rechts*, 1934, vol. 14, pp.240-255.
- F. Kervegan, « Éléments d'une théorie institutionnelle des droits », *Klesis- revue philosophique*, 2011, n. 21, pp.112-132.
- R. Koselleck, « Richtlinien für das Lexicon politisch-sozialer Begriffe der Neuzeit », *Archiv für Begriffsgeschichte*, 1967, pp.81-99.
- R. Koselleck, « Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung », pp.365-381, dans *Begriffsgeschichten, Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2010, 569 p.
- J. Kunz, « Kriegsbegriff », pp. 329-332, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- J.-W Lapiere, « Corps biologique, corpus politique dans la philosophie de Hobbes », *Revue européenne des sciences sociales* 1980, pp. 85-101.
- D. Linhardt, C. Mordeau de Bellaing, « La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme, genèse et circulation d'une entreprise de dogmatique juridique », *Droit et société*, 2017, n. 97, pp. 615-640.
- A. Loets, « Enemies and enemy subjects », *Max Planck Encyclopedia of Public international law*, version numérique, 2013.
- R. Maison, « Le nom de l'ennemi, quand les logiques de guerre transforment le droit commun », *Les temps modernes*, 2016, n. 689, pp. 20-35.
- M.Mantovani, « Notes sur l'apport de Francisco de Vitoria et de Francisco Suárez à la théorie du droit de la guerre », pp.135-151, dans J. Baechler, P. Devolvé (dir.), *Guerre et droit*, Hermann, Paris, 2017, 254 p.
- W. Meng, « War », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 1982, pp. 282-290.
- P. Minnerop, « The classification of states and the creation of status within the international community », *Max Planck yearbook of United Nations Law*, 2003, vol. 7, pp. 79-182.
- D. Mollendorf, « Jus ex bello », *Journal of political philosophy*, 2008, pp.123-136.
- J. Cl. Monod, « La déstabilisation humanitaire du droit international et le retour de la "guerre juste" : une lecture critique du Nomos de la terre », *Les études philosophiques*, 2004, n. 68, pp. 39-56.
- J. Mors, « The legal relations of collectives: belated insights from Hohfeld », *Leiden journal of international Law*, 2009, pp. 289-305.
- M. Motte, « La puissance maritime », pp. 57-70, dans G. Barrera, P. Ducoulombier, E. Maulin, *Le commerce et la paix*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2017, 209 p.
- M. Morani, « Il "nemico" nelle lingue indeuropee », pp. 9-82, dans Miglio, G. et al., *Amicus (inimicus) hostis : le radici concettuali della conflittualità "privata" e della conflittualità "politica"*, Milano : Giuffrè, 1992, 1955 p.

- H. Münkler, « Was ist neu an den neuen Kriegen? Eine Erwiderung auf die Kritiker », pp. 133-147, dans A. Geis (éd.), *Den Krieg überdenken : Kriegsbegriffe und Kriegstheorien in der Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 271 p.
- F. Münch, « Kollektivschuld und Staatenstrafe », *Internationales Recht und Diplomatie*, 1967, Jahrgang 1967, pp. 37-43.
- S. Neff, « The prerogatives of violence- in search of the conceptual foundations of belligerents' rights », *German yearbook of international law*, 1995, vol. 38, pp. 41-72.
- S. Neff, « Towards a law of unarmed conflict: a proposal for a new international law of hostility », *Cornell international law journal*, 1995, vol. 28, pp. 1-28.
- S. Neff, « The dormancy, rise and decline of fundamental liberties of States », *Cambridge journal of international and comparative law*, 2015, vol. 4, pp. 481-500.
- A. Nussbaum, « The significance of roman law in the history of international law », dans *University of Pennsylvania law review*, 1952, pp. 678 — 687.
- A. Nützenadel, W. Schieder, « Zeitgeschichtsforschung in Europa, Einleitende Überlegungen », pp. 7-24, dans *Zeitgeschichte als Problem: nationale Traditionen und Perspektiven der Forschung in Europa*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2004, 349 p.
- J. Olick, « The guilt of nations? », *Ethics and international affairs*, 2003, pp.109-117.
- St. Pietropaoli, « Définir le mal, guerre d'agression et droit international », *Krisis*, 2010, n. 33, pp. 117-136.
- F. Poirat, « Doctrine des "droits fondamentaux de l'État" », *Droits*, 1992, n. 16, pp. 83-91.
- H. Rogge, « Der deutsche Kriegsbegriff », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, 7 Jahrgang, 15 September, 1940, pp. 277-279.
- K. von Rotteck, C. Welcker, « Krieg », *Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften*, Altona, 1840, vol. 9, pp. 491-509.
- H. Rumpf, « Is a definition of war necessary? », *Boston University law review*, 1938, vol. 18, pp. 686-714.
- M. Salewski, « Vom Kabinettskrieg zum totalen Krieg: Der Gestaltwandel des Krieges im 19 und 20 Jahrhundert », pp. 51-66, dans U. Lappenküper, J. Scholtyseck, *Masse und Macht im 19. und 20. Jahrhundert : Studien zu Schlüsselbegriffen unserer Zeit*, München, Oldenbourg, 2003, 199 p.
- H. Schmidt, « Der Nomosbegriff bei Carl Schmitt », *Der Staat*, 1963, pp. 81-108.
- H. Schmidt, « Von Geistesgrund und der Feindschaft im "Begriff des Politischen" bei Carl Schmitt », pp. 651-664, dans H. Barion (éd.), *Epirrhosis : Festgabe für Carl Schmitt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, viii-778 p.
- K. Schmid, « Kollektivschuld? Der Gedanke übergreifender Schuldzusammenhänge im Alten Testament und im Alten Orient », *Zeitschrift für altorientalische und biblische Rechtsgeschichte*, 1999, vol. 5, pp. 193-222.
- R. Schmidt-Wiegand, « Vogelfrei », pp. 930-931, dans A. Erler, E. Kaufmann, D. Werkmüller, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, Schmidt, 1991-1998, xx-2086 p.
- C. Schmitt, « Der Status quo und der Friede » (1926), pp. 51-72, dans C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? : Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik, 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, xxx-1010 p.
- C. Schmitt, « Frieden oder Pazifismus » (1933), pp.378-387, dans C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? : Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik, 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, xxx-1010 p.
- C. Schmitt, « Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat » (1937), pp.481-507 dans C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? : Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik, 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, xxx-1010 p.
- C. Schmitt, « Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff » (1937-1938), pp. 518-597 dans C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? : Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik, 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, xxx-1010 p.
- C. Schmitt, « Über das Verhältnis der Begriffe Krieg und Feind » (1938), pp. 598-611, dans C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? : Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik, 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, xxx-1010 p.
- C. Schmitt, « Das neue Vae Neutris! » (1938), pp. 612-616, dans C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? : Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik, 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, xxx-1010 p.
- C. Schmitt, « Inter pacem et bellum nihil medium » (1939), pp. 629-641, dans C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? : Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik, 1924-1978*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, xxx-1010 p.
- C. Schmitt, « Die Raumrevolution. Durch den totalen Krieg zu einem totalen Frieden » (1940), pp. 388-394, dans C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos : Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, xxix-668 p.
- G. Schneider, P. Weber, « Wirtschaftskriege », dans R. Voigt, *Handbuch Staat*, Wiesbaden, Springer, 2018, xvi-1988 p.
- G. Schwab, « Enemy or foe: a conflict of modern politics », *Telos*, 1987, vol. 72, pp. 194-201,
- M. Senellart, « La qualification de l'ennemi chez Emer de Vattel », *Astéris*, 2004, pp. 31-51.
- H. Simon, « The myth of Liberum ius ad bellum: justifying war in 19th century legal theory and political practice », *EJIL*, 2018, vol. 29, pp.113-136.

- S. Slanicka, « Feindbilder, „Die Darstellung des Kriegsgegners als negatives Spiegelbild“ », pp. 92-119, *Kriegsbilder in Mittelalter und früher Neuwelt*, Beiheft, 42, *Zeitschrift für historische Forschung*, Duncker und Humblot, Berlin, 2009.
- M. Stolleis, « Sur la place de l'histoire contemporaine du droit en Allemagne », *Clio Themis, revue électronique d'histoire du droit*, 2018.
- N. Sturchler, « Der Begriff des Krieges im Völkerrecht: spezifisch unter dem Gesichtspunkt des Neutralitätsrechts », *Revue suisse de droit international et européen*, 2011, vol. 21, pp.627-645.
- C. Tambaro, « Das Recht, Krieg zu führen », *Zeitschrift für internationales Recht*, 1914, Band xxiv, pp. 41-77,
- J. Thumfart, « Freihandel als Religion. Zur Ökonomischen Theologie in den völkerrechtlichen Entwürfen Hugo Grotius' und Francisco de Vitorias », *Archiv des Völkerrechts*, 2008, 46 vol., pp. 259-271.
- U. Tietz, « Anthropologischer Ansatz politischer Theorien, Die Freund-Feind Distinktion von Carl Schmitt und das animal rationale », p 123-138, dans Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen, ein kooperativer Kommentar*, Mehring R. (éd.), De Gruyter, pp.252.
- E. Tourme Jouannet, « La disparition du concept d'empire », pp. 161-179, dans *Liber amicorum en l'honneur de Serge Sur*, Pedone, 2014, 411 p.
- M. Troper, « Libre administration et théorie générale du droit, le concept de libre administration », p.55-62, dans J. Moreau, G. Darcy (éd.), *La libre administration des collectivités locales, réflexion sur la décentralisation*, Economica, Paris, Aix-en-Provence, 1984, 468 p.
- J. Ungern-Sternbert, « Kriegsentschädigung – eine vertraglich geregelte Form der Beute? », pp. 247-264, dans M. Coudry, M. Humm, *Praeda, butin de guerre et société dans la Rome républicaine*, Stuttgart, Franz Steiner, 2009, 294 p.
- M. Vec, « From invisible peace to the legitimation of war, paradoxes of a concept in nineteenth century international law doctrine », pp. 19-36, dans Th. Hippler, M. Vec (éd.), *Paradoxes of peace in nineteenth century Europe*, Oxford, Oxford university press, 2015, 304 p.
- Th. Vormbaum, « Zur juristischen Zeitgeschichte », pp.13-28, dans *Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 291 p.
- H. Wehberg, « Der totale Krieg », *Die Friedens-Warte*, 1943, vol. 43, pp. 81-86.
- H. Wehberg, « Vom jus publicum europaeum », *Die Friedens-Warte*, 1950-51, vol. 50, pp. 305-314.
- H. U. Wehler, « Absoluter und totaler Krieg, von Clausewitz zu Ludendorff », *Politische Vierteljahresschrift*, 1969, vol. 10, pp. 220-248.
- S. Wehowsky, « Kollektivschuld », *Rechtshistorisches Journal*, 1997, vol. 16, pp. 642-647.
- W. Werner, « From justus hostis to rogue state the concept of the enemy in international legal thinking », *Revue internationale de sémiotique juridique*, 2004, vol. 17, pp. 155-168.
- J. Westlake, « The general theory of the relation of subjects to a war », pp. 264-270, Oppenheim L., (éd.), *The collected papers of John Westlake on public international law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1914, xxix-736 p.
- G. Wilson, A. Hindmarsh, « War declared and the use of force », *Proceedings of the American Society of International Law*, 1938, vol. 32, pp. 106-127.
- Q. Wright, « Changes in the conception of war », *AJIL*, 1924, vol. 18, pp. 755-767.
- J. H. Zedler, « Krieg », *Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste*, 1737, vol. 15, 2214 p., pp. 1884-1905,
- K. H. Ziegler, « Zur Entwicklung von Kriegsrecht und Kriegsverhütung im Völkerrecht des 19. und frühen 20. Jahrhunderts », *Archiv des Völkerrechts*, 2004, vol. 42, pp. 271-293.
- (Sans nom) « Kollektivschuld. Funktionen eines moralischen und juristischen Unbegriffs », *Rechtshistorisches Journal*, 1997, vol. 16, pp. 687-695.

IIIème section : Cadre de réflexion sur la notion de biens

Ouvrages

- N. Aloupi, *La nationalité des véhicules en droit international public*, Paris, Pedone, 2020, 536 p.
- E. Benzenberg, *Die Behandlung ausländischer Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht*, Jena, Jenaer wissenschaftliche Verlag, 2008, 194 p.
- R. Bindschedler, *La protection de la propriété privée en droit international public*, RCADI, t. 90, 1956, pp. 174-306.
- K. H. Böckstiegel, *Die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts über Eigentumsentziehung, eine Untersuchung zu Art. 1 des Zusatzprotokolls zur europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1963, xxiii-158 p.
- J. Carbonnier, *Droit civil*, Paris, Dalloz, 2004, 718 p.
- L. Cavaré, *La condition de la propriété privée en droit international public*, Cours de l'IHEI, 1951-1952, 66 p.
- Conseil de l'Europe, *Guide on Article 1 of Protocol No.1 to the European Convention on Human Rights, Protection of Property*, 31 décembre 2021, https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf

- B. Fischborn, *Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, xix-345 p.
- G. Fouilloux, *La nationalisation et le droit international public*, Paris, LGDJ, 1962 475 p.
- S. Friedman, *Expropriation in international law*, London, Steven & Sons, 1953, xv-236 p.
- S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Librairie générale française, Paris, 1960, p.212.
- R. Higgins, *The taking of property by the state : recent developments in international law*, RCADI, 1982, Recueil t. 176, pp. 259-392.
- P. Jourdain, *Les biens*, Dalloz, Paris, 1995, 563 p.
- U. Kriebaum, *Eigentumsschutz im Völkerrecht, eine vergleichende Untersuchung zum internationalen Investitionsrecht sowie zum Menschenrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 623 p.
- J. P. Laviee, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, PUF, Paris, 1985, 331 p.
- L. Leveneur, S. Mazeaud-Leveneur, *Droit des biens*, Lexisnexis, Paris, 2021, xi-305 p.
- B. Mahlzahl, *Bedeutung und Reichweite des Eigentumsschutzes in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007, 436 p.
- B. Meier, *Der Staatsangehörige und seine Rechte, insbesondere seine Vermögensrechte im System des Völkerrechts*, Jena, G. Fischer, 1927, xvi-160 p.
- A. De Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2014, x-650 p.
- P. Ossenbach, *Reparationsschäden und Eigentumsschutz gemäss dem 1. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Thèse, Köln, 1976, xxii-136.
- S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, L.G.D.J., Poitiers, 2006, 474 p.
- S. Petren, *La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu*, 1963, RCADI, Recueil t. 109, pp. 491-575.
- M. Sornarajah, *The pursuit of nationalized property*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, xviii-354 p.
- J. Sweeney, *The European Court of Human Rights in the post-Cold War era : universality in transition*, Oxon, Routledge, 2013, xiv-264.
- F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, 2018, 880 p.
- K. Vandevelde, *The first bilateral investment treaties: U.S. postwar friendship, commerce and navigation treaties*, New York, Oxford Univ. Press, 2017, xii-575 p.
- W. Veith, K. H. Böckstiegel, *Der Schutz von ausländischem Vermögen im Völkerrecht*, Baden-Baden, Lutzeyer, 1962, 230 p.
- Fl. Vern, *Les objets juridiques*, Dalloz, Paris, xxiii-878 p.
- G. White, *Nationalisation of foreign property*, London, Stevens 1961, xxvi-283 p.
- Fr. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, Paris, PUF, 2008, 759 p.

Articles, chapitres d'ouvrages et contributions dans des ouvrages collectifs.

- I. Alvik, « Protection of private property in the early law of nations », *Journal d'histoire du droit international*, 2018, pp. 217-250.
- H. Batiffol, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Archives de philosophie du droit*, 1979, pp.9-22.
- A. Bleckmann, « The Subjective Right in Public international law », *German yearbook of international law*, 1985, pp. 144-162.
- D. Blumenwitz, « Der völkerrechtliche Schutz des Eigentums », *Politische Studien, Sonderheft*, avril 2000, pp. 100-114.
- K-H. Böckstiegel, « Gilt der Eigentumsschutz der Europäischen Menschenrechtskonvention auch für Inländer? », *Neue juristische Wochenschrift*, 1967, p. 905-909.
- J. Combacau, « Les bateaux et le navire : tentative de détermination d'un concept juridique international — Conclusions », pp. 237-244, dans *SFDI, Le navire en droit international : colloque de Toulon*, Paris, Pedone, 1992, 246 p.
- G. Dahm, « Zum Problem der Anerkennung im Inland durchgeführter völkerrechtswidriger Enteignungen im Ausland », pp. 67-94, dans *Recht im Dienste der Menschenwürde, Festschrift für Herbert Kraus*, Würzburg, Holzner, 1964, x-547 p.
- Fr. Sh. Dunn, « International law and private property rights », *Columbia law review*, 1928, vol. 28, pp. 166-180.
- M. Fabre Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, pp.583-613.
- W. Flume, « Juristische Person und Enteignung im internationalen Privatrecht », dans *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung: Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1977, xvi-885 p., pp.143-168.
- A. Gervais, « L'affaire du lac Lanoux, étude critique de la sentence arbitrale du Tribunal arbitral », *AFDI*, vol. 6, 1960, p. 372-434.

- C. Grzegorzcyk, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *Archives de philosophie du droit*, 1979, n. 24, pp. 259-338.
- M. Hartwig, « Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK », *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1999, vol. 63, pp. 561-579.
- J. Henriot, « De l'obligation comme chose », *Archives de Philosophie du droit*, 1979, pp.235-245.
- H.D. Horn, « Der Eigentumsschutz des Grundgesetzes im völker- und europarechtlichen Kontext der Wiedergutmachung vorrechtsstaatlichen Unrechts », pp.79-105, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Wurswiek (éd.), *Eigentumsrecht und Enteignungsunrecht*, Teil 1, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, 322 p.
- C. Katzarov, « La propriété privée et le droit international public », *Journal du droit international*, 1957, pp. 6-51.
- H. Lepage, « Analyse économique et théorie du droit de propriété », *Droits*, 1985, pp. 91-105.
- L. Lucchini, « Le navire et les navires », pp. 11-42, dans SFDI, *Le navire en droit international : colloque de Toulon*, Paris, Pedone, 1992 246 p., 1970, 130 p.
- F. Nicholson, « The protection of foreign property under customary international law », *Boston College Law review*, 1965, vol. 6, pp. 391-415.
- R. de Nova, « Völkerrechtliche Betrachtungen über Konfiskation und Enteignung », *Die Friedens-Warte*, Vol. 52, 1953-55, pp. 116-141.
- OCDE, « Organisation for Economic Co-operation and Development: Draft Convention on the Protection of Foreign Property », *International legal materials*, 1968, p. 117-43.
- H. Pauliat, « Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit public*, 1995, pp.1445-1494.
- J. Schokkaert, « Pratique contractuelle de la Belgique en matière d'indemnisation d'avoirs privés lésés à l'étranger », *Revue belge de droit international*, 1974, pp.425-472.
- I. Seidl-Hohenveldern, « Völkerrechtswidrige staatliche Eigentumseingriffe und deren Folgen », *Die Friedens-Warte*, 1955-1956, vol. 53, pp. 1-27.
- I. Seidl-Hohenveldern, « Privatvermögen im Ausland », pp. 802-804, dans K. Strupp, H. J. Schlochhauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, De Gruyter, 1960-1962, 4 vol.
- F. Terre, « Variation de sociologie juridique sur les biens », *Archives de philosophie du droit*, 1979, pp.23 et s.
- A. Verdross, « Zur Konfiskation ausländischen Privateigentums nach Friedensvölkerrecht », pp. 321-334, dans *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1925.
- W. Verwey, N. Schrijver, « The taking of foreign property under international law: a new legal perspective? », *Netherlands yearbook of international law*, 1984, vol. 15, pp. 3-96.
- H. Wehberg, « Zum gegenwärtigen Stande des völkerrechtlichen Schutzes des Privateigentums », pp. 125-145, dans *Staat und Wirtschaft : Beiträge zum Problem der Einwirkung des Staates auf die Wirtschaft : Festgabe zum 70. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Einsiedeln, Benziger, 1950, xxiv-309 p.

IVème section : Biens des civils et guerre sur terre

Ouvrages

- R. L. Allen, *The legislation for the confiscation of British and loyalist property during the revolutionary war*, Univ. of Maryland, 1937, 293 p.
- Ch. Allison (éd.), *Alien enemies and property rights under the trading with the enemy act, Compilation of documents*, New York, 1921, viii-352 p.
- A. Arav, *Die occupatio bellica (im Landkrieg) mit besonderer Berücksichtigung der Französischen Doktrin*, Bern, Pochon-Jent & Bühler, 1916, 122 p.
- Ch. Auzillion, *La propriété privée et la guerre continentale*, Thèse, Montpellier, 1897, 198 p.
- J. Bähr, R. Banken (dir.), *Das Europa des "Dritten Reichs" : Recht, Wirtschaft, Besatzung*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005, vi-288 p.
- St. Baloh, *Die Internierung von japanisch- und deutschstämmigen Amerikanern in den USA im Zuge des Zweiten Weltkriegs. Eine vergleichende Analyse*. Diplomarbeit, Universität Wien, 2011, 98 p.
- A. Bauerkämper, *Sicherheit und Humanität im Ersten und Zweiten Weltkrieg Der Umgang mit zivilen Feindstaatenangehörigen im Ausnahmezustand*, De Gruyter, Berlin, 2021, pp.1153
- A. Beckmann, *Die kriegerische Besetzung feindlichen Staatsgebietes in ihrer völkerrechtlichen Wirkung auf das besetzte Gebiet und dessen Bewohner*, Thèse, Greifswald, 1916, 37 p.
- H. Benter, *Deutsches Vermögen im neutralen Ausland: Beschlagnahme und Freigabe anlässlich des 2. Weltkrieges*, Göttingen, Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen, 1964, xxix-214 p.
- N. Bentwich, *The law of private property in war: with a chapter on conquest*, London, Sweet & Maxwell, 1907, xii-151 p.

- R. Betsy, *Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht 1861 – 1881*, Baden-Baden, Nomos, 2003, xii-356 p.
- Fr. Berber, *Probleme des neuen Waffenstillstandsrechts*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1943, 127 p.
- Ch. Bernard (dir.), *Le séquestre de la propriété privée en temps de guerre : enquête de droit international. Réparation des dommages de guerre*, Paris, Giard, 1927, 120 p.
- J. Besdevant, *La révolution française et le droit de la guerre continentale*, Thèse, Univ. de Paris, 1901, 216 p.
- G. Billerbeck, *Der Einfluss des Kriegsbeginnes und des Friedensschlusses auf die zwischen den kriegführenden Staaten vor dem Ausbruche des Krieges geschlossenen Verträge*, Thèse, Breslau, 1911, iv-72 p.
- J. Cl. Bird, *Control of Enemy alien civilians in Great Britain, 1914-1918*, Thèse, University of London, 1981, 360 p.
- F. W. Bitter, A. Zelle, *No more war on foreign investments, a Kellogg Pact for private property*, Philadelphia, Dorrance & Co., 1933, 86 p.
- F. Blindow, *Carl Schmitts Reichsordnung: Strategie für einen europäischen Grossraum*, Berlin, Akademie Verlag, 1999, 209 p.
- A. Blum, M. Rosenbaum, *The Law relating to trading with the enemy*, London, Solicitors' Law stationery Society, 1940, xx-196 p.
- H. Boog, J. Förster, J. Hoffmann, *Das Deutsche Reich und der Zweite Weltkrieg*, vol. 4, Deutsche Verlagsanstalt, Stuttgart, xix-1170 p.
- E. Boudet, *Du respect de la propriété privée dans une guerre continentale*, Thèse, Paris, 1888, 180 p.
- O. Brandt, *Wirtschaftskultur und deutsche Verwaltung der besetzten Gebiete in Feindesland*, Essen, Baedeker, 1915, 114 p.
- M. Bressonnet, *De la qualité de belligérant dans la guerre continentale*, Thèse, Université de Paris, 1902, 136 p.
- G. Breton, *Des non-belligérants : leurs devoirs, leurs droits, la question des otages*, Paris, Larose, 1904, 158 p.
- J. Cable, *Loss of citizenship, denaturalization, the alien in wartime*, Washington National law book company, 1943, 149 p.
- J. Cabout, *Du retrait de naturalisation d'après la loi du 7 avril 1915 et le décret portant règlement d'administration publique du 24 avril 1915*, Paris, 1916, 94 p.
- B. Carnahan, *Lincoln on trial : southern civilians and the law of war*, Louisville, The university press of Kentucky, 2010, 165 p.
- J. Chapoutot, *La loi du sang : penser et agir en nazi*, Paris, Gallimard, 2014, 567 p.
- A. Curti, *Handelsverbot und Vermögen in Feindesland*, Berlin, Heymann, 1916, viii-138 p.
- A. Curti, *Der Handelskrieg von England, Frankreich und Italien gegen Deutschland und Österreich-Ungarn*, Berlin, Heymann, 1917, xii-146 p.
- A. Curti Gialdino, *Gli effetti della guerra sui trattati*, Rome, Istituto di Diritto Internazionale, 1979, 251 p.
- G. Dahm, *Deutsches Recht*, Hambourg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1944, 348 p.
- G. Däniker, *Der Schutz des feindlichen Privateigentums im Landkrieg*, Thèse, Zürich, 1922, 91 p.
- M. Dean, *Robbing the Jews: the confiscation of Jewish property in the Holocaust, 1933-1945*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2008, x-437 p.
- J. Depambour, *Des effets de l'occupation en temps de guerre sur la propriété et la jouissance des biens publics et particuliers*, Thèse, Université de Paris, 1900, 161 p.
- M. Deslandres, *Du sort de la propriété privée ennemie dans la guerre continentale et dans la guerre maritime*, Concours d'agrégation, 1891, Paris Larose & Forcel, 1891, 16 p.
- J. Dicker, *Unterliegt die Reichsbank im Kriegsfall dem Beuterechte des Feindes ?*, Noske, Borna Leipzig, 1912, 68 p.
- A. Diener, *Die Behandlung des feindlichen Privateigentums im Landkriege*, Thèse, Köln, F. Greven, 1909, vi-73 p.
- Chr. Dominicé, *La notion du caractère ennemi des biens privés dans la guerre sur terre*, Genève, Droz, 1961, 255 p.
- M. Domke, *Trading with the enemy in World War II*, New York, Central book, 1943, xv-640 p.
- M. Domke, *The control of alien property : Supplement to trading with the enemy in World War II*, New York, central Book Co., 1947, viii-334 p.
- G. Douhet, *Il dominio dell'aria*, Mondadori, Milan, 1932, 430 p.
- J. Dülffer, *Regeln gegen den Krieg ? : die Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907 in der internationalen Politik*, Frankfurt am Main, Ullstein, 1981, 434 p.
- M. Dupuy, *L'état de guerre et ses effets vis-à-vis des ressortissants de l'Etat*, Thèse, Université de Paris, 1912, 127 p.
- Ebers, « Der Wirtschaftskrieg », pp. 375-474, dans J. Bell(éd.), *Völkerrecht im Weltkrieg*, Vierter Band, Der Wirtschaftskrieg, Berlin, Deutsche Gesellschaft für Politik und Geschichte, 1927, 474 p.
- A. Ebner, *Die Rechtswirkungen der feindlichen Besetzung auf die Bevölkerung des besetzten Gebiets*, Leipzig, Rincklake u. Räch, 1919, 14 p.

- E. Feilchenfeld, *The international economic law of belligerent occupation*, Washington, Carnegie endowment for international peace, 1942, xii-181 p.
- A. Finger, *Die Stellung der Person und des Privateigentums im "Kriegsrecht"*, Niemeyer, Halle, 1916, 34 p.
- G. Förster, *Totaler Krieg und Blitzkrieg : die Theorie des totalen Krieges und des Blitzkrieges am der Militardoktrin des faschistischen Deutschlands am Vorabend des Zweiten Weltkrieges*, Berlin, Deutscher Militärverlag, 1967, 256 p.
- M. P. Friedman, *Nazis and good neighbors : the United States campaign against the Germans of Latin America in World War II*, Cambridge univ. press, New York, 2003, 372 p.
- B. Gerber, *Staatliche Wirtschaftslenkung in den besetzten und annektierten Ostgebieten während des Zweiten Weltkrieges unter besonderer Berücksichtigung der treuhänderischen Verwaltung von Unternehmungen und der Ostgesellschaften*, Tübingen, Institut für Besatzungsfragen, 1959, xx-188 p.
- B. Garcia, *Eigentum und Enteignung im Dritten Reich*, Steinbach, Apelt, 1985, xiv-295 p.
- J. Gathings, *International law and American treatment of alien enemy property*, Washington, D. C., American Council on Public Affairs, 1940, xvii-143 p.
- D. Gosewinkel (dir.), *Wirtschaftskontrolle und Recht in der Nationalsozialistischen Diktatur*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, lxi-427 p.
- D. A. Graber, *The development of the law of belligerent occupation, 1863-1914 : a historical survey*, New York, Columbia university press, 1949, 343 p.
- G. O. Grassmann, *Die deutsche Besatzungsgesetzgebung während des 2. Weltkrieges*, Tübingen, 1959, xvi-131-8 p.
- L. Gruchmann, *Nationalsozialistische Grossraumordnung : die Konstruktion einer "deutschen Monroe-Doktrin*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1962, 166 p.
- J. Guelle, *La guerre continentale et les personnes*, Paris, Pedone, 1881, vii-256 p.
- Th. Hartherz, *Der anglo-amerikanische Feindbegriff*, Thèse, Frankfurt am Main, 1923, 111 p.
- G. Hecker, *Der völkerrechtliche Wohnsitzbegriff*, Berlin, Rothschild, 1931, 87 p.,
- R. Hess, *De la condition des sujets et des biens ennemis en France pendant la guerre de 1914-1918*, Thèse, Université de Nancy, 1924, 215 p.
- P. Higgins, *War and the private citizen: study in international law*, London, King, 1912, 200 p.
- Th. Hippler, *Le gouvernement du ciel : histoire globale des bombardements aériens*, Paris, Les prairies ordinaires, 2014, 263 p.
- R. Höhn, *Reich, Großraum, Großmacht*, Wittig, Darmstadt, 1942, 143 p.
- H. R. Hölken, *Die Okkupationsarmee und das recht im besetzten Gebiete unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Privatrechtes*, Berlin, Puttkammer und Mühlbrecht, 1917, ix-88 p.
- D. Hirsch, *Die rechtliche Stellung der Angehörigen neutraler Staaten im Landgebiet der Kriegführenden*, Berlin, Trenkel, 1914, 84 p.
- Historians LRD, *British policy towards enemy property during and after the Second World War*, Report, 1998, 144 p.
- Ch. Huberich, *German laws relating to payments to alien enemies*, New York, Evening Post Job Print. Office, 1917, 10 p.
- Ch. Huberich, *The law relating to trading with the Enemy : together with a consideration of the civil rights and disabilities of alien enemies and of the effect of war on contracts with alien enemies*, New York, Baker, 1918, xxii-485 p.
- K. Hyung-Chan (éd.), *Asian Americans and the Supreme Court : a documentary history*, New York, Greenwood Press, 1992, xvii-1164 p.
- O. Jöhlinger, *Der britische Wirtschaftskrieg und seine Methoden*, Berlin, Springer, 1918, 522 p.
- O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable : l'ordre du discours juridique nazi*, PUF, Paris, 2017, 328 p.
- E. H. Kaden, *Le séquestre des entreprises ennemies : son caractère général en Allemagne et en France, et spécialement le contrôle du séquestre allemand*, Berlin, Vahlen, 1923, 54 p.
- G. Kegel, H. Rupp, K. Zweigert, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Berlin de Gruyter, 1941, x-453 p.
- J. Kilian, *Wehrmacht und Besatzungsherrschaft im russischen Nordwesten 1941-1944*, München, Wien, Ferdinand Schöningh, 2012, 656 p.
- J. Kilian, *Krieg auf Kosten anderer : das Reichsministerium der Finanzen und die wirtschaftliche Mobilisierung Europas für Hitlers Krieg*, Berlin, De Gruyter, 2017, 494 p.
- H. Kleinschmidt, *Diskriminierung durch Vertrag und Krieg : zwischenstaatliche Verträge und der Begriff des Kolonialkrieges im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, München, R. Oldenbourg, 2013, 237 p.
- A. von Knieriem, *The Nuremberg trials*, Chicago, H. Regnery, 1959, xxii-561 p.
- E. Kopp, *Privateigentum im Landkrieg*, Thèse, Jochenhausen, 1930, 49 p.
- G. Korbmacher, *Das Entnahmerecht des Okkupanten*, Thèse, Universität zu Tübingen, 1956, 149 p.

- K. Krieger, W. Hefermehl, *Behandlung des feindlichen Vermögens, Kommentar*, München, Beck, 1942, 786 p.
- A. Krüger, *Die Lösung der Judenfrage in der deutschen Wirtschaft: Kommentar zur Judengesetzgebung*, Berlin, Limpert, 1940, 440 p.
- M. Laffrat, *Du régime juridique des séquestres des biens appartenant à des Austro-Allemands*, Thèse, Paris, Rousseau, 1916, 223 p.
- G. Lassudrie-Duchêne, *Jean-Jean Rousseau et le droit des gens*, Thèse, Paris, 1906, 483 p.
- A. Latifi, *Effects of war on property*, London, Macmillan and co, 1909, xii-155 p.
- E. de Laveleye, *Du respect de la propriété privée en temps de guerre*, Bruxelles, Muquardt, 1875, 49 p.
- J. Lefebvre, *Le Droit des gens moderne dans la guerre continentale*, Paris, Dentu, 1886, 79 p.
- R. Lemkin, *Axis rule in occupied Europe*, Washington, Carnegie, 1944, xxxviii-674 p.
- Fr. Lenz, E. Schmidt, *Die Deutschen Vergeltungsmassnahmen im Wirtschaftskrieg*, Bonn, Schroeder, 1924, vii-372 p.
- St. Lindner, *Das Reichskommissariat für die Behandlung feindlichen Vermögens im zweiten Weltkrieg*, Stuttgart, Steiner, 1991, 178 p.
- D. Majer, "Fremdvölkische" im Dritten Reich: ein Beitrag zur nationalsozialistischen Rechtssetzung und Rechtspraxis in Verwaltung und Justiz unter besonderer Berücksichtigung der eingegliederten Ostgebiete und des Generalgouvernements, Boppard am Rhein, Boldt, 1981, 1034 p.
- D. Majer, *Nationalsozialismus im Lichte der juristischen Zeitgeschichte : Ideologie, Staat, Besatzungsregime in Europa 1939-1945*, Baden-Baden, Nomos, 2002, xii-286 p.
- L. Malnoury, *Les Dénaturalisations d'anciens sujets d'Allemagne, Autriche-Hongrie et Turquie, Commentaire de la loi du 7 avril 1915*, Paris, Roustan 1915, 71 p.
- I. Malyas, *Die Internierung der an der Westküste der USA lebenden japanischen Staatsbürger und amerikanischen Staatsbürger japanischer Abstammung während des Zweiten Weltkriegs: Vorgeschichte, Ereignisse und Folgen*, Wien, Böhlau, 1990, 257 p.
- S. Mann, *Ausländisches Privateigentum im besetzten Staat*, Thèse, Tübingen, Univ., 1955, xiii-127 p.
- I. Matyas, *Die Internierung der an der Westküste der U.S.A. lebenden japanischen Staatsbürger und amerikanischen Staatsbürger japanischer Abstammung während des Zweiten Weltkriegs: Vorgeschichte, Ereignisse und Folgen*, Wien, Böhlau, 1990, 257 p.
- H. Maultzsch, *Der Begriff der unverteidigten Stadt im Kriege*, Thèse, Würzburg, 1930, 59 p.
- St. H. McIntyre, *Legal effect of World War II on treaties of the United States*, The Hague, Nijhoff, 1958, ix-392 p.
- A. McNair, *Essays and lectures upon some legal effects of war*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1920, xiv-168 p.
- A. McNair, *Les effets de la guerre sur les traités*, RCADI, La Haye, 1937, recueil t. 59, pp. 523-585.
- A. McNair, *The legal effects of war*, Cambridge, Cambridge University Press, 1966, ii-469 p.
- A. Mendelssohn-Bartholdy, *Der Kriegsbegriff des englischen Rechts : Erläuterungen zum Fall Panariellos*, Mannheim, Bensheimer, 1915, ix-105 p.
- A. Mérignac, *La guerre économique allemande*, Paris, Sirey, 1919, 92 p.
- Chr. Meurer, *Die Haager Friedenskonferenz*, München, J. Schweitzer, 1905-1907, vol. 1, *Das Friedensrecht der Haager Konferenz*, viii-391 p., et vol. 2, *Das Kriege*, xiii-609 p.
- Chr. Meurer, *Die völkerrechtliche Stellung der vom Feinde besetzten Gebiete*, Tübingen, Mohr, 1915, iii-83 p.
- K. Meyer, *Generalplan Ost, Rechtliche Wirtschaftliche und räumliche Grundlange des Ostaufbaues*, Berlin, Juni 1942, 71 p.
- P. Meyer, *De l'interdiction du commerce entre les belligérants*, Paris, Larose, 1902, 198 p.
- J. Nagler, *Nationale Minoritäten im Krieg: "feindliche Ausländer" und die amerikanische Heimatfront während des Ersten Weltkriegs*, Hamburg, Hamburger Edition, 2000, 757 p.
- S. Neff, *Justice in blue and gray: a legal history of the Civil War*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 2010, ix-350 p.
- G. Neigenfink, *Beute-, Kriegsbeschlagnahme- und Requisitionsrecht im Landkrieg unter Berücksichtigung des russischen Standpunkts*, Thèse, Würzburg, Univ., 1964, iv-213 p.
- A. Nessou, *Griechenland 1941-1944: Deutsche Besatzungspolitik und Verbrechen gegen die Zivilbevölkerung - eine Beurteilung nach dem Völkerrecht*, Göttingen, V&R unipress: Universitätsverlag Osnabrück, 2009, 654 p.
- H. Neufeld, *The international protection of private creditors from the treaties of Westphalia to the Congress of Vienna (1648-1815) : a contribution to the history of the law of nations*, Leiden, Sitjhoff, 1971, xxi-174 p.
- E. Nys, *L'occupation de guerre*, Bruxelles, Weissenbruch, 1919, 110 p.
- U. Oppikofer, *Der Schutz der schweizerischen Auslandinvestitionen: zivilrechtliche Schutzmaßnahmen schweizerischer Unternehmungen mit Auslandsinteressen für den Fall internationaler Konflikte*, Winterthur, P. G. Keller, 1959, xv-129 p.
- L. Pauly, *Occupation allemande et guerre totale : étude de l'évolution du régime des personnes et des biens d'après l'expérience de la dernière guerre*, Nancy, 1930, 579 p.

- A. Périer, *Séquestres et liquidations des biens allemands en Alsace et Lorraine*, Thèse, Strasbourg, 1925, 315 p.
- A. Pinoche, *Le séquestre et la liquidation des biens de sujets ennemis en France et en Allemagne*, Thèse, Univ. de Nancy, 1920, 190 p.
- J. G. Randall, *The confiscation of property during the civil war*, University of Chicago, Indianapolis, 1913, 72 p.
- R. Ränk, *Einwirkung des Krieges auf die nichtpolitischen Staatsverträge*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1949, 234 p.
- J. Raspiller, *Du passage de l'état de paix à l'état de guerre*, Thèse, université de Nancy, 1904, 182 p.
- A. Reulos, *Manuel des séquestres, recueil des lois, décrets, instructions et circulaires sur les séquestres des biens allemands et austro-hongrois*, Paris, Sirey, 1916, 544 p.,
- P. Robin, *Le séquestre des biens ennemis sous la Révolution française*, Thèse, Univ. de Paris, 1929, 384 p.
- H. Rosenfeld, *Der Krieg und das Privateigentum*, Münster, Borgmeyer & Co., 1915, 35 p.
- S. Rothholz, *Der Einfluss des Krieges auf Bestand und Wirksamkeit völkerrechtlicher Verträge*, Greifswald, Abel, 1913, 55 p.
- E. Rouard de Card, *La guerre continentale dans ses rapports avec la propriété*, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1877, 188 p.
- A. Saillard, *Le Séquestre des biens des Allemands et des Austro-Hongrois*, Paris, Berger-Levrault, 1915, 94 p.
- L. de Sainte Croix, *La Déclaration de guerre et ses effets immédiats : étude d'histoire et de législation comparée*, Paris, Rousseau, 1892, 242 p.
- J. W. Scobell Armstrong, *War and treaty legislation affecting British property in Germany and Austria, and enemy property in the United Kingdom*, London, Hutchinson and co., 1921, xxi-489 p.
- P. Schiemann, *Rechtslage der öffentlichen Banken im Kriegsfall*, Greifswald, Abel, 1902, 127 p.
- J. Schleusener, *Eigentumspolitik im NS-Staat*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2009, 313 p.
- W. von Schmieden, *Die persönliche Stellung der Landesbewohner im kriegerisch besetzten Gebiet nach modernem Völkerrecht*, Leipzig, Noske, 1916, 88 p.
- C. Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte: ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, 82 p.
- F. Scholz, *Privateigentum im besetzten und unbesetzten Feindesland, unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Weltkrieges*, Berlin, Liebmann, 1919, xiv-309 p.
- M. Schweitzer, *L'interdiction du commerce avec l'ennemi : le décret du 27 Septembre 1914, la loi du 4 Avril 1915 et la législation complémentaire*, Thèse, Université de Paris, Paris, Rousseau, 1917, 251 p.
- K. G. Seeliger, *Das ausländische Privateigentum in der Schweiz, Rechtsstellung und Rechtsschutz gegenüber dem angelsächsischen und deutschen Kriegsrecht des 2. Weltkrieges*, Thèse, Zürich, 1949, 269 p.
- S. Serbesco, *La condition civile de l'ennemi en France*, Paris, Sirey, 1920, 200 p.
- V. N. Sevenaer, *L'Occupation allemande pendant la dernière guerre mondiale. Considérations sur le caractère du pouvoir de la puissance occupante et de ses mesures selon les principes généraux du droit et selon la 4ème Convention de La Haye*, La Haye, Nijhoff, 1946, xii-324 p.
- S. Siddali, *From property to person: slavery and the Confiscation Acts, 1861-1862*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 2005, 298 p.
- J. Signorel, *Le statut des sujets ennemis*, Paris-Nancy, Berger Levrault, 1916, xv-200 p.
- A. Sonntag, *Die Behandlung des feindlichen Privateigentums bei Ausbruch des Krieges innerhalb der eigenen Grenzen in der Zeit von 1200 bis 1800*, Münster, Lit, 1990, xxxii-220 p.
- J. Spiropoulos, *Ausweisung und Internierung feindlicher Staatsangehöriger*, Leipzig, Roßberg, 1922, 148 p.
- L. Strisower, *Die vermögensrechtlichen Maßregeln gegen Österreicher in den feindlichen Staaten, ihre internationalrechtliche Wirkung und Zurückweisung*, Wien, Manz, 1915, 41 p.
- J. Syrett, *The Civil War Confiscation Acts : failing to reconstruct the South*, New York, Fordham, Univ. Press, 2005, xii-282 p.
- A. Toppe, *Militär und Kriegsvölkerrecht: Rechtsnorm, Fachdiskurs und Kriegspraxis in Deutschland: 1899 – 1940*, München, Oldenbourg, 2008, 467 p.
- H. Triepel, *Die neuesten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts*, Leipzig, Hirschfeld, 1894, 55 p.
- E. Troimaux, *Séquestres et séquestrés : les biens austro-allemands pendant la guerre*, Paris, Tenin, 1916, 192 p.
- E. Troimaux, *Séquestres et séquestrés. 2e série : le commerce avec l'ennemi ; les biens et les intérêts allemands en France ; les biens et les intérêts français en Allemagne* Paris, Tenin 1918, vi-326 p.
- W. F. Trotter, *The law of contract during war*, London, Hodge, 1914, xxiv-482 p.
- O. Uhler, *Der völkerrechtliche Schutz der Bevölkerung eines besetzten Gebiets gegen Maßnahmen der Okkupationsmacht*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1950, xx-301 p.
- O. Ulshöfer, *Einflussnahme auf Wirtschaftsunternehmungen in den besetzten nord-, west- und südosteuropäischen Ländern während des Zweiten Weltkrieges*, Tübingen, Institut für Besatzungsfragen, 1958, 169 p.

- C. VanSise, *Good neighbor renditions and the enemy alien: the Latin American civilian internees of World War II and the integrity of the Good Neighbor policy*, Thesis, University of Colorado, 2016, 68 p.
- A. Del Vecchio, E. Casanova, *La rappresaglie nei comuni medievali e specialmente in Firenze*, Zanichelli, Bologne, 1894, 417 p.
- M. Verschelden, *Le séquestre des biens, droits et intérêts ennemis*, Bruxelles, Bruylant, 1951, 222 p.
- E. Vidari, *Del rispetto della proprietà privata fra gli stati in guerra*, Pavia, Fusi, 1867, xv-407 p.
- A. Waltzog, *Recht der Landkriegsführung*, Berlin, Vahlen, 1942, ix-304 p.
- A. Walz, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner*, Stuttgart, Kohlhammer, 1930, 274 p.
- A. Walz, *Völkerrechtsordnung und Nationalsozialismus*, München, Zentralvertrag der NSDAP, 1942, 150 p.
- H. Wehberg, *Das Beuterecht im Land — und Seekriege*, Tübingen, Mohr, 1909, 128 p.
- G. Werner, *Les prisonniers de guerre*, RCADI, La Haye, recueil t. 21, 1928, p.5-107
- L. Wertheimer, *Der Schutz deutscher Außenstände im feindlichen Auslande und die Behandlung der durch den Krieg unterbrochenen internationalen Privat-Verträge*, Stuttgart, Enke, 1916, 31 p.
- W. Whitting, *War powers under the Constitution of the United States*, Boston, Lee and Shepard, 1871, 695 p.
- E. G. Zumach, *Die wirtschaftlichen Kriegsmaßnahmen Deutschlands im 2. Weltkrieg in völkerrechtlicher Betrachtung*, Thèse, Erlangen, 1955, 145 p.
- B. Κόρμπος, *Εχθρικά περιουσία και εμπόριον μετά εχθρών*, Αθήναι, 1947, σ. 173.

Articles, chapitres d'ouvrages et contributions dans des ouvrages collectifs.

- E. Adams, Jordan Stanger-Ross, « Promises of law : the unlawful dispossession of Japanese Canadians », *Osgoode Hall Law Journal*, 2017, vol. 54, pp. 687-739.
- S. Antoine, « Le statut personnel des Britanniques en Egypte », *Revue égyptienne de droit international*, 1958 vol. 14, pp. 154-155.
- N. Ariga, « De la protection accordée aux Chinois résidant au Japon pendant la guerre sino-japonaise », *RGDIP*, 1895, pp. 577-583.
- B. Aubin, « Die öffentlich-rechtliche Einwirkung des Krieges auf private Vorkriegsverträge mit Feindbeziehung unter besonderer Berücksichtigung des Schicksals der deutschen Vorkriegsverträge im 2. Weltkrieg », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1953, 18 Jahrgang, pp. 423-479.
- E. Audinet, « Le retrait des naturalisations accordées aux anciens sujets de Puissances en guerre avec la France », *Journal du droit international*, 1915, pp. 129-140.
- E. Audinet, « Le retrait des naturalisations accordées aux anciens sujets de Puissances en guerre avec la France », *Journal du droit international*, 1915, pp. 345-354.
- E. Audinet, « Des restrictions apportées aux droits patrimoniaux des sujets ennemis dans la guerre de 1914-1918 », *RGDIP*, 1920, pp. 289-357.
- E. Audinet, « De la distinction du national et du ressortissant à l'occasion du séquestre et de la liquidation du domaine de Chambord », *Journal du droit international, Clunet*, 1923, p.785-796
- B. (auteur inconnu) « The case of the Singapore oil stocks », *The international & comparative law quarterly*, 1956, pp.84-98.
- Th. Bailey, « The United States and the blocklist during the Great War », *The journal of modern history*, 1934, vol. 6, pp. 14-35.
- D. Balch, « Denaturalization based on disloyalty and disbelief in constitutional principles », *Minnesota law review*, 1945, vol. 29, pp. 405-435.
- H. E. Barrault, « Des entreprises austro-allemandes constituées sous forme de sociétés françaises et de l'influence de la présence d'austro-allemands dans les sociétés », *Revue de droit international privé*, 1916, pp. 169-198
- J. Barthélemy, « L'accès des sujets ennemis aux Tribunaux français », *Journal du droit international, Clunet*, 1916, pp. 1473-1504.
- J. Bassett Moore, « Problems of war and commerce », *The Collected papers of John Bassett Moore*, New Haven, Yale Univ. Press, 1944, 4 vol. pp. 1-13.
- H. Battifol, « Commerce avec l'ennemi », *Répertoire de droit international : condition des étrangers, conflit des lois, respect des droits acquis, lois pénales, nationalité, jugements, procédure, etc.*, tome III, 1929, pp. 631-657.
- Th. Baty, « Trade domicile in war », *Journal of the society of comparative legislation*, 1908, vol. 9, pp. 157-166.
- Th. Baty, « Intercourse with alien enemies », *Law quarterly review*, 1915, vol. 31, pp. 30-49.
- A. Bauerkämper, « National Security and Humanity: The Internment of Civilian 'Enemy Aliens' during the First World War », *German Historical Institute London Bulletin*, 2018, vol. 40, pp. 61-85.
- N. Bentwich, « International law as applied by England in the War », *AJIL*, 1915, vol. 9, pp. 17-44 et pp. 352-371.

- W. Benz, « Typologie der Herrschaftsformen in den Gebieten unter deutschem Einfluss », pp.11-26, p.17, dans W. Benz, J. Houwink ten Cate, G. Otto, *Die Bürokratie der Okkupation, Strukturen der Herrschaft und Verwaltung im besetzten Europa*, Berlin, Metropol, 1998, 223 p.
- W. Best, « Grundfragen einer deutschen Großraum Verwaltung », pp.33-60, *Festgabe für Heinrich Himmler*, Wittich, Darmstadt 1941, 292 p.
- W. R. Bisschop, « German war legislation in the occupied territory of Belgium », dans *Transactions of the Grotius society*, 1918, pp.110-168.
- J. Bishop, « Judicial construction of the Trading with the enemy act », *Harvard law review*, 1949, vol. 62, pp. 721-759.
- Bloch, « Die Behandlung deutscher Staatsangehöriger im feindlichen Ausland », *ZaoeRV*, 1940, pp. 269-293.
- J. C. Bluntschli, H. J. de Moltke, « Les lois de la guerre sur terre », *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. XIII, 1881, pp. 79-84.
- H. Bonneau, « Retrait de nationalité », *RGDIP*, 1948, pp. 50-81
- E. Borchard, « Are we entitled to confiscate enemy private property? », *Columbia law review*, vol. 23, 1923, pp. 383-387.
- E. Borchard, « Enemy private property », *AJIL*, 1924, pp.523-532.
- E. Borchard, « The effect of war on the treaty of 1828 with Prussia », *AJIL*, 1932, pp.582-586.
- P. L. Boyer, « A la jonction des droits privé et public : les réquisitions et la question de la propriété », pp. 107-133, dans D. Deroussin (éd.), *La Grande Guerre et son droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, viii-426 p.
- P. Branca-Santos, « Injustice ignored : the internment of Italian-Americans during World War II? », *Pace international law review*, 2001, pp. 151-182.
- M. Brandon, « Legal control over resident Enemy aliens in time of war in the United States and in the United Kingdom », *AJIL*, 1950, vol. 44, pp. 382-387.
- D. Caglioti, « Property rights and economic nationalism », dans *1914-1918-online International encyclopedia of the First world*, Freie Universität Berlin, Berlin.
- D. Caglioti, « Property rights in time of war: sequestration and liquidation of enemy aliens' assets in western Europe during the First World War », *Revue d'histoire européenne contemporaine*, vol. 12, 2014, pp.523-545.
- D. Caglioti, « La cittadinanza alla prova della Grande guerra: denaturalizzare i cittadini di origine nemica in Francia », *Contemporanea*, 2016, vol. xix, pp. 303-322.
- M. Carroll, « Legislation on treatment of enemy property », *AJIL*, 1943, pp.611-630.
- R. Cassin, « Interdiction du commerce et des relations économiques avec l'ennemi », *Revue de droit international privé*, 1918, vol. 14, pp. 5-43, pp. 388-420, et 1919 vol. 15, pp. 38-66.
- R. Cassin, « L'évolution des conditions juridiques de la guerre économique », *Politique étrangère*, num. 5, 1939, pp. 488-512.
- P. Charles, « The plenary power doctrine and the constitutionality of ideological exclusions: an historical perspective », *Texas review of law and politics*, 2020, vol. 15, pp. 61-126.
- E. Clunet, « La personne des "sujets ennemis" en France », *Le Temps*, 1^{er} février 1915, p. 19.
- E. Clunet, « Le commerce avec l'ennemi et les listes noires », *Journal du droit international*, 1916, t. 43, pp. 1505-1511.
- B. Corbos, « Du séquestre des biens ennemis et de l'interdiction de commerce avec les ennemis en Grèce pendant la 2^{ème} Guerre mondiale », *Revue hellénique de droit international*, 1948, vol. 1, pp. 239-249, 358-369.
- G. Courtois, « De la condition des sujets ennemis devant les tribunaux français », *Journal du droit international, Clunet*, 1915, pp. 509-520.
- A. Curti, « De la condition des sujets ennemis selon la législation et la jurisprudence allemandes », *Journal du droit international, Clunet*, 1915, pp. 785-791.
- M. Dean, « The role of law in the seizure of Jewish property in Nazi-occupied Eastern Europe, The role of law in the seizure of Jewish property in Nazi-occupied Eastern Europe », pp. 81-101, dans J. Bähr, R. Banken (dir.), *Das Europa des « Dritten Reichs » : Recht, Wirtschaft, Besatzung*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005, vi-288 p.
- H. G. Dederer, « Enemy property », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version numérique, 2015.
- D. Deroussin « The great war and private law: a delayed effect », *Comparative legal history*, 2014, pp. 184-214.
- E. Dickinson, « Enemy alien litigants in the English law », *Michigan law review*, 1919, vol. 17, pp. 596-600.
- J. Dickinson, « Enemy-Owned Property: Restitution or Confiscation ? », *Foreign Affairs*, vol. 22, octobre 1942, pp. 126-142.
- R. Dolzer, « Sequestration », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 1982, pp. 220-223.
- M. Domke, « Piercing the corporate veil in the law of economic warfare », *Wisconsin law review*, 1955, pp. 77-90.
- M. Domke, « Feindbegriff », pp. 509-511, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.
- M. Domke, « Handel mit dem Feind », pp. 757-759, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.

- J. Dülffer, « Die Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907 im internationalen Staatensystem », *Die Friedens-Warte*, 1999, vol. 74, pp. 98-111.
- Y. Dyukova, « Les droits de l'homme en temps de guerre d'après Fiodor Martens », dans *IHEI, Grandes pages du droit international*, vol. III, La guerre et la paix, Paris, Pedone, pp. 173-190.
- Editorial board, « Alien enemies as litigants », *The Virginia law register*, New series, 1917, vol. 3, pp. 93-110.
- Editorial board, « Alien enemies and Japanese-Americans: a problem of wartime controls », *The Yale law journal*, 1942, vol. 51, pp. 1316-1338.
- J. B. S. Edwards, « The abrogation of contracts by war », *Transactions of the Grotius Society*, 1958, Vol. 44, pp.91-105.
- Eisensträger, « Prisenrecht », pp. 314-320, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- F. Evans, « Trading with the enemy amendment act », *Law quarterly review*, 1916, vol. 32, pp.249-254.
- Fr. Fallon, « Enemy business enterprises and the Alien property custodian », *Fordham Law Review*, 1947, vol. 16, pp. 54-86.
- P. Fauchille, « Les attentats allemands contre les biens et les personnes en Belgique et en France », *RGDIP*, 1915, pp. 249-411.
- C. A. Fraleigh, « Validity of acts of enemy occupation authorities affecting property rights », *Cornell law review*, 1949, vol. 35, pp. 89-117.
- H. Frank, « Das Reich », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1939, pp.217-218
- E. Freutel, « Exchange control, freezing orders and the conflict of laws », *Harvard law review*, 1942, vol. 56, pp. 30-71.
- A. Freytagh Loringhoven, «Waffenstillstand », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, pp.217-219.
- J. Fried « Transfer of civilian manpower from occupied territory », *AJIL*, 1946, pp. 303-331.
- W. Friedmann, « International law and the present war », *The Modern law review*, 1940, vol. III, pp. 177-194.
- M. P. Friedman, « There goes the neighborhood: blacklisting Germans in Latin America and the Evanesence of the Good neighbor policy », *Diplomatic history*, 2003, vol. 27, pp. 569-597.
- G. von Frijtag Drabbe Künzel, « Rechtspolitik im Reichskommissariat », *Vierteljahrhefte für Zeitgeschichte*, Jahrgang 48, 2000, pp. 461-490.
- R. Fuchs, « Die Deutsche Verwaltung im Protektorat Böhmen und Mähren », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, pp.91-93.
- A. Gailler, « Le droit public allemand et la première guerre mondiale », *Jus Politicum*, 2016, n° 15, pp.1-27.
- J. Garner, « Treatment of enemy aliens », *AJIL*, 1919, vol. 13, pp. 22-59.
- J. Garner, « Treatment of enemy aliens », *AJIL*, 1918, vol. 12, pp. 744-779.
- H. Giesker-Zeller, « Le régime juridique des biens des sujets ennemis en Allemagne », *Journal du droit international, Clunet*, vol. 44, 1917, pp.385-399.
- D. Gosewinkel, « Introduction, histoire et fonctions de la propriété », dans *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2014, vol. 61, pp. 7-25.
- W. Grewe, « Protektorat und Schutzfreundschaft », dans *Völkerrechtliche Umschau, Monatshefte für Auswärtige Politik*, 6. Jahrgang, Heft 4, Berlin, April 1939, p. 341-345
- W. Grewe, « Der Reichsbegriff im Völkerecht », *Völkerrechtliche Umschau, Monatshefte für auswärtige Politik*, August 1939, pp.798-802
- W. Grewe, « Wirtschaftliche Neutralität », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, 7 Jahrgang, 15 April, 1940, pp. 141-144.
- W. Grewe, « Europa nach dem Waffenstillstand », *Völkerrechtliche Umschau, Monatshefte für Auswärtige Politik*, September 1940, p.686-692
- P. Haggemacher, « L'occupation militaire en droit international : genèse et profil d'une institution juridique », *Relations internationales*, 1994, vol. 79, pp.285-301.
- D. W. Hamilton, « A new right to property: civil war confiscation in the Reconstruction Supreme court », *Journal of Supreme Court history*, 2004, vol. 29, pp. 254-285.
- C. H. Hand, « The Trading with the Enemy act », *Columbia Law review*, 1919, vol. 19, pp. 112-139.
- J. Hanna, « Nationality and war claims », *Columbia Law review*, 1945, vol. 45, pp. 301-344.
- E. Harriman, « Confiscation of enemy private property », *Boston Univ. Law Review*, 1923, vol. 3, pp. 156-176.
- W. Hefermehl, « Die Entjudung der deutschen Wirtschaft », *Deutsche Justiz*, Heft 50, 16 décembre 1938, p. 1981-1984.
- W. Hefermehl, « Die Behandlung der unter maßgebendem feindlichen Einfluss stehenden Unternehmen », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, 7 Jahrgang, 15 April, 1940, pp. 239-241.

- H. M. Heinz, « Les Règles de La Haye de 1923 concernant la guerre aérienne — Contribution au développement dans le droit international de la protection de la population civile contre les attaques aériennes », *International Review of the Red Cross*, 1993, vol. 75, pp. 13-49.
- H. Held, « Feind, anglo-amerikanischer Begriff », pp. 301-305, dans K. Strupp (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- H. Held, « Kriegsbegriff, anglo-amerikanischer und kontinental-europäischer », pp. 721-723, dans K. Strupp (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- H. Held, « Zivilgefangenschaft », pp. 663 -723, dans K. Strupp (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 3, 1929, 1316 p.
- A. Henry, « Les séquestres des biens austro-allemands », *Revue de droit international privé*, 1916, pp.457-490.
- J. Herz, « Expropriation of foreign property », *AJIL*, 1941, vol. 35, pp. 243-262.
- C. Heyland, « Waffenstillstandsbesetzung », pp. 315-317, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 3, 1929, 1316 p.
- W. Hiesermann, « Bindung, Sicherstellung und Einziehung von Vermögenswerten im Protektorat », *Deutsches Recht*, 7-14 März, 1941, p.386-389.
- H. Holzhauser, M. Vec, « Plünderung », dans W. Stammler, A. Erler; E. Kaufmann (éd.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band IV, p. 621-626,.
- F. Honig, « Neutralitätsrechte und -pflichten im Landkrieg », pp. 599-601, dans K Strupp (dir.), H. J. Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, de Gruyter, 2ème vol., 1960, xvi-815 p.
- Fr. Honig, « Beuterecht im Landkrieg », pp. 198-199, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.
- M. Huber, « La propriété publique en cas de guerre sur terre », *RGDIP*, 1913, vol. 42, pp.657-697.
- G. Jèze, « Les lois rétroactives, à propos de la loi du 7 avril 1915 autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1916, pp. 26-51.
- Ph. Jessup, « A belligerent occupant's power over property », *AJIL*, 1944, vol. 38, pp. 457-461.
- Ph. Jessup, « Enemy property », *AJIL*, 1955, vol. 49, pp. 57-62.
- L. Johnson, « The business of war: trading with the enemy in English and early American law », *Proceedings of the American philosophical society*, 1974, vol. 118, pp. 459-470.
- O. Jouanjan, « Justifier l'impérialisme : Carl Schmitt et le droit des gens national-socialiste », *Droits*, 2017, n. 66, pp. 57-86.
- O. Jouanjan, « Un "droit normal" dans la situation anormale ? Sur le "droit nazi" et ses espaces concentrationnaires », *Droits*, 2018, n. 67, pp. 169-185.
- G. Kegel, « Krieg und Privatrechtsverträge », pp. 316-320, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- R. Kempner, « The enemy alien problem in the present war », *AJIL*, 1940, vol. 34, p. 443-458.
- Kirkenheim, « Beschlagnahme feindlichen Eigentums », pp. 134-135, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- Kirkenheim, « Landkriegsrecht », pp. 797-803, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- Kirkenheim, « Postliminium », pp. 295-299, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- Fr. Klein, « Die staats- und völkerrechtliche Stellung des Protektorats Böhmen und Mähren », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1940, vol. 70, pp. 255-277.
- Th. Kleinlein, « Sequestration », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version numérique, 2013.
- G. Küchenhoff, « Grossraumgedanke und völkische Idee im Recht », *ZaoeRV*, 1944, pp.34-82.
- P. Laband, « Die Verwaltung Belgiens während der kriegerischen Besetzung », pp. 3-28, dans *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1916, viii-301 p.
- E. Langen, « Wechsel der Staatsangehörigkeit und Eigentumsschutz im Kriege, der Fall Nottebohm », pp. 103-109, dans *Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland: Festschrift für Hermann Janssen zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1958, 232 p.
- C. Latini, « The Great War and the reorientation of Italian private law », *Comparative legal history*, 2014, pp. 242-263.
- R. Layton, « The effect of measures short of war on treaties », *Univ. of Chicago Law review*, 1962, vol. 30, pp. 96-119.
- R. Lesaffer, E. Broers, « Private Property in the Dutch-Spanish Peace Treaty of Münster (30 January 1648) », *Zeitschrift für Historische Forschung*, 2011, pp. 165-196.
- D. H. Lew, « Manchurian booty and international law », *AJIL*, 1946, vol. 40, pp. 584-591.

- M. Lewis, « Domicile as a test of enemy character », *British yearbook of international law*, 1923-1924, vol. 4, pp. 60-77.
- R. Littauer, « Confiscation of the property of technical enemies », *Yale Law Journal*, 1943, vol. 52, pp. 739-770.
- R. Littauer, « The unfreezing of foreign funds », *Columbia law review*, 1945, pp.132-137.
- V. Liubashenko, « Treatment of foreign investments during armed conflicts: the regimes », *Journal of conflict & security law*, 2019, vol. 24, pp. 145-169.
- M. Lobban, « The great war and private law », *Comparative legal history*, 2014, pp. 163-183.
- E. Loening, « L'administration du Gouvernement-général de l'Alsace durant la guerre de 1870-1871 », *Revue de droit international et de législation comparé*, 1872, pp. 622-650, et 1873, pp. 69-136.
- Fr. Lieber, « Réflexions et projets, à propos des ventes d'armes faites par le gouvernement américain, durant la guerre franco-allemande », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1872, pp. 462-472.
- S. A. Lourie, M. Meyer, « Governments-in-exile and the effect of their expropriatory decrees », *Univ. of Chicago Law review*, 1943, vol. 11, pp. 26-48.
- S. A. Lourie, « "Enemy" under the Trading with the enemy act and some problems of international law », *Michigan law review*, 1943, vol. 42, pp. 383-408.
- S. A. Lourie, « The trading with the enemy act », *Michigan law review*, 1943, vol. 42, pp. 205-234.
- P. Lucie, « Confiscation : constitutional crossroads », *Civil war history*, 1977, vol. 23, pp. 307-321.
- C. MacMillan, « English contract law and the Great War: the development of a doctrine of frustration », *Comparative legal history*, 2014, pp. 278-302.
- H. Maier, « Haftung der Bundesrepublik für Eingriffe fremder Mächte in Privateigentum? », *JuristenZeitung*, 1954, pp. 405-410.
- D. Majer, « Führerunmittelbare Sondergewalten in den besetzten Ostgebieten », p.374-395, dans D. Rebutisch, K. Teppé(éd.), *Verwaltung contra Menschenführung im Staat Hitlers*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1986, 434 p.
- D. Majer, « Systeme des Besatzungsrechts 1939-1948 », *Tel Aviver Jahrbuch für deutsche Geschichte*, 1990 vol. xix, pp. 139-158.
- Ph. Marcus, « Taking and destruction of property under a defense and war program », *Cornell law review*, 1942, vol. 27, pp. 317-346.
- A. McDonald, H. Brollowski, « Requisitions », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version numérique, 2011.
- A. McNair, « Municipal effects of belligerent occupation », *Law quarterly review*, 1941, vol. 57, pp. 33-73.
- A. Mendelssohn-Bartholdy, « Der Feind im englischen Kriegsrecht », *Norddeutsche Allgemeine Zeitung*, 14 Februar 1918, pp. 1-2.
- W. Meng, « Contraband », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1982, pp. 122-125.
- A. Mérignhac, « Les théories du grand Etat-major allemand sur les "lois de la guerre continentale" », *RGDIP*, 1907, pp. 197-239.
- A. J. Merkl, « Die Kriegerische Besatzung », pp. 533-566, dans *Gesammelte Schriften*, II vol. t. II, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 806 p.
- H. Mesnil, « L'ennemi d'après le droit civil anglais », *Journal Le temps*, 1 février 1915 p. 1.
- M. Messerschmidt, « Krieg gegen die Zivilbevölkerung, strategischer Luftkrieg und Völkerrecht », pp. 293-306, dans *Was damals Recht war: NS-Militär- und Straffjustiz im Vernichtungskrieg*, Essen, Klartext, 1996, 348 p.
- M. Messerschmidt, « Völkerrecht und Kriegsnotwendigkeit in der deutschen militärischen Tradition », pp. 191-230, dans *Was damals Recht war: NS-Militär- und Straffjustiz im Vernichtungskrieg*, Essen, Klartext, 1996, 348 p.
- Ph. Möhring, « Die Behandlung feindlichen Vermögens im Inland », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, 7 Jahrgang, 15 April, 1940, pp. 125-127.
- H. Mommsen, « Dokumentation, der nationalsozialistische Polizeistaat und die Judenverfolgung vor 1938 », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 1962, pp. 68-87.
- J. E. G. de Montmorency, « The black list », *Problems of the war*, 1917, vol. 3, Papers Read before the Society in the Year, Cambridge Univ. Press, 1917, pp. 29-35.
- F. Morgenstern, « Validity of the acts of the belligerent occupant », *British yearbook of international law*, 1951, vol. 28, pp. 291-322.
- C. Mulins, « Private enemy property », *Transactions of the Grotius Society*, 1922, p.89-106.
- I. von Münch, « Postliminium », pp. 785-786, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- G. Neuman, Ch. Hobson, « John Marschall and the Enemy alien, a case missing from the canon », *Green bag*, vol. 9, 2005, pp. 49-45.
- J.P. Niboyet, « La Nationalité en France », *Journal des Débats politiques et littéraires* n. 286, 14 octobre 1924, pp.1-2

- J. P. Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Revue de droit international privé*, 1927, vol. XXII, pp. 402-417.
- R. Norem, « Determination of enemy character of corporations », *AJIL*, 1930, vol. 24, pp. 310-336.
- R. de Nova, « Völkerrechtliche Betrachtungen über Konfiskation und Enteignung », *Die Friedens-Warte*, 1953/1955, vol. 52, pp. 116-141.
- A. Oldrini, « The economic conferences of Paris and the United States », *The annals of the American academy of political and social science*, 1916, vol. 66, pp. 95-97.
- L. Oppenheim, « Die Zukunft des Völkerrechts », pp.143-201, *Festschrift für Karl Binding*, Engelmann, Leipzig, 1911, tome 1,
- A. Ousterhout, « Pennsylvania land confiscations during the revolution », *The Pennsylvania Magazine of history and biography*, 1978, vol. 102, pp. 328-343.
- C. Parry, « The trading with the enemy act and the definition of an enemy », *The modern law review*, 1941, vol. IV, pp. 161-182.
- E. Pataut, « Séquestres d'intérêt général », *Répertoire de droit international*, Dalloz 2005, Par. 32-36.
- C. Pellizzi, « Condition des sujets ennemis en Italie », *Journal du droit international, Clunet*, 1918, pp. 549-545.
- C. Pellizzi, « Les sujets ennemis devant les Tribunaux en Italie », *Journal du droit international, Clunet*, 1919, pp. 80-83.
- C. Picciotto, « Alien enemy persons, firms and corporations in English law », *Yale law journal*, 1917, vol. 27, pp. 167-178.
- N. Politis, « Note sur I. Lameire, *Théorie et pratique de la conquête dans l'ancien droit*, Paris 1902 », *RGDIP*, 1904, pp. 115-117
- N. Politis, « Effets de la guerre sur les obligations internationales et les contrats privés », *Annuaire, Institut de droit international*, 1910, pp. 252-281.
- N. Politis, « Lois et coutumes de la guerre sur terre, l'interprétation anglaise de l'article 23 h du Règlement de la Haye », *RGDIP*, 1911, pp. 249-259.
- R. Potterf, « Treatment of alien enemy property in war time and after by the United States », *Indiana Law journal*, 1927, vol. 2, pp. 453-472.
- E. Potu, « La théorie des contrats avec les ennemis en Angleterre », *Journal du droit international, Clunet*, 1915, pp. 141-148.
- E. Potu, « Bulletin de la jurisprudence anglaise », *Journal du droit international, Clunet*, vol. 43, 1916, pp.270-289.
- J. Reeves, « The Prussian-American Treaties », *AJIL*, 1917, pp.475-510.
- W. H. Reeves, « The Control of foreign funds by the United States treasury », *Law and contemporary Problems*, 1945, pp. 17-60.
- A. Reulos, « Du rôle des administrateurs-séquestres de biens appartenant à des sujets ennemis en France », *Journal du droit international, Clunet*, 1916, vol. 43, pp. 4-11.
- A. Reulos, « Les séquestres et la gestion des biens des sujets ennemis en France », *Journal du droit international, Clunet*, 1917, vol. 44, pp. 24-48.
- J. Roberts-Moore, « The office of the Custodian of enemy property: an overview of the Office and its Records, 1920-1952 », *Archivaria*, vol. 22, 1986, pp. 95-106.
- J. Robinson, « Transfer of property in enemy occupied territory », *AJIL*, 1945, vol. 39, pp. 216-230.
- W. Röhr, « System oder organisiertes Chaos? Fragen einer Typologie der deutschen Okkupationsregime im Zweiten Weltkrieg », pp. 11-46, dans R. Bohn (éd.), *Die deutsche Herrschaft in den "germanischen" Ländern 1940-1945*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1997, 304 p.
- W. Ronan, « English and American courts and the definition of war », *AJIL*, 1937, vol. 31, pp. 642-658.
- E. Rostow, « The japanese American cases – a disaster », *Yale law journal*, 1945, vol. 54, pp. 489-533.
- R. Roxburgh, « German property in the war and the peace », *Law quarterly review*, 1916, vol. 32, pp. 249-254.
- R. Roxburgh, « The alien enemy in English law », *Journal of comparative legislation and international law*, 1920, vol. 3, pp. 629-283.
- S. Rubin, « "Inviolability" of enemy private property », *Law and contemporary problems*, 1945, vol. 11, pp. 166-182.
- H. Rupp, « Die Behandlung des ausländischen Vermögens in den Vereinigten Staaten von Amerika im Kriege », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1942, vol. 14, pp.227-282.
- D. Ruzié, « Jurisprudence comparée sur la notion d'état de guerre », *AFDI*, 1959, vol. 5, pp. 396-410.
- N. T. Saito, « Justice held hostage: US disregard for international law in the World War II internment of Japanese Peruvians, a case study », *Boston college law review*, 1998, vol. 19, pp. 275-348.
- G. Sauser-Hall, « L'occupation de guerre et les droits privés », *Annuaire suisse de droit international*, 1944, vol. 1, pp. 58-125.
- J. B. Scott, « Economic conference of the allied powers », *AJIL*, 1916, vol. 10, pp. 845-852.

- I. Schaphorst, « Brown v. United States and Confiscation of Enemy Property », *Jus Gentium : Journal of International Legal History*, 2018, vol. 3, pp. 525-538.
- Schätzel, « Privateigentum, völkerrechtliche Behandlung im Kriege », pp. 320-324, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- M. Schennach, « The effects of World War I on Austrian private law », *Comparative legal history*, 2014, pp. 215-241.
- U. Scheuner, « Beuterecht im Landkrieg », pp. 198-201, dans K Strupp (dir.), H. J. Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, de Gruyter, 1er vol., 1960, xx-800 p.
- E. Schiffner, « Die Behandlung des deutschen Eigentums im feindlichen Ausland », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, 7 Jahrgang, 15 Januar 1940, pp. 21-23.
- P. Schmitthenner, « Wehrpolitische Neuerungen im gegenwärtigen Kriege », pp. 3-32, dans A. Faust (éd.), *Das Bild des Krieges im deutschen Denken*, Stuttgart, Kohlhammer, 1941, 409 p.
- M. Schmoeckel, C. Wampach, « L'humanisation du droit de la guerre : Une utopie combattue par la doctrine allemande ? », *Clio@Thémis* – n° 11, 2016.
- Scholz, « Behandlung von Privatpersonen im Weltkrieg », p. 452-456, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 3, 1929, 1316 p.
- I. Seidl-Hohenveldern, « Feindvermögen », pp. 511-513, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.
- S. Siddali, « The sport of folly and the prize of treason: confederate property seizures and the Northern home front in the secession crisis », *Civil war history*, 2001, vol. 47, pp. 310-333.
- J. Simonds, « Freezing control – a war weapon », *Geo. Wash. Law review*, 1943, vol. 11, pp. 226-250.
- A. Simowitz, « The original understanding of the capture clause », *DePaul law review*, 2009, vol. 59, pp. 121-140.
- H. A. Smith, « Booty of war », *British yearbook of international law*, 1946, vol. 23, pp. 227-239.
- P. de Solere, « Condition des biens ennemis », *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, 1929, pp. 449-551
- J. Stanger Ross, N. Blomley, « My land is worth a million dollars: how Japanese Canadians contested their dispossession in the 1940s », *Law and history review*, 2017, vol. 35, pp. 711-751.
- E. Stowell, « The laws of war and the atomic bomb », *AJIL*, 1945, pp.784-788.
- H. Strebel, « Die Behandlung des feindlichen Vermögens », *ZaeoRV*, 1940, pp. 887-919.
- K. Strupp, « Die Bedeutung des Artikels 23h der Haager Landkriegsordnung und die anglo-amerikanische Auffassung vom Einfluß des Krieges auf die Schuldverhältnisse Privater », *Zeitschrift für internationales Recht*, 1913, Band xxiii, pp. 118-139.
- K. Strupp, « Der belgische Volkskrieg und die Haager Landkriegsordnung », *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1916, Band IX, pp. 281-297.
- G. Théry, « Un ennemi est-il recevable à ester en justice en France ? », *Revue catholique des institution et du droit*, 1916, pp. 508-518.
- A. Tobler, « Eroberung », pp. 438-440, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- A. Tobler, « Plünderung », pp. 774-775, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- A. Toppe, « Besatzungspolitik ohne Völkerrecht? », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 2002, Jahrgang 50, pp. 99-110.
- E. Turlington, « Treatment of Enemy private property in the United States before the World War », *AJIL*, 1928, pp.270-291.
- A. Vagts, « Unconditional surrender — vor und nach 1943 », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, Juli 1959, p. 280-309.
- J. Valéry, « A propos de la « condition des sujets ennemis devant les tribunaux français », *Journal du droit international, Clunet*, 1915, pp. 1009-1024.
- J. Valéry, « De la condition en France des ressortissants des puissances ennemies », *RGDIP*, 1916, pp. 349-394.
- Ch. De Visscher, « Du caractère ennemi et de la condition des personnes ennemies quant à l'exercice de leurs droits civils », *The law quarterly review*, 1915, vol. 31, pp. 289-298.
- Ch. De Visscher, « Nationalité et caractère ennemi des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des cours anglaises », *Revue de droit international privé*, 1917, vol. 13, pp. 501-515.
- S. Vöney, « Der Lieber's Code und die Wurzeln des modernen Kriegsvölkerrechts », *ZaeoRV*, 2002, pp. 423-460.
- W. L. Walker, « Recognition of belligerency and grant of belligerent rights », *Transactions Grotius Society*, 1923, vol. 23, pp. 177-210.
- H. Wehberg, « Aufenthaltsbeschränkungen und Naturalisationsentziehungen gegenüber Feinden in Frankreich », *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1918, Band 12, pp. 404-409.
- H. Wehberg, « Das amerikanische Gesetz über den Handel mit dem Feinde », *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1918, 13 Band, pp. 261-285.

- F. Weiser, « Privates Feindvermögen im englischen Recht », *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*, 1930, p.208-230.
- R. Wilson, "Treatment of civilian alien enemies", *AJIL*, 1943, vol. 37, pp. 30-45.
- W. Wirantaprawira, "Daimler co. v. Continental Tyre and Rubber co.", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. Use of force-war and neutrality-peace treaties, 1982, pp.139-141.
- L. Yudkin, R. Caro, "New concepts of "Enemy" in the "Trading with the enemy act"", *St John's Law review*, 1943, vol. 18, pp. 56-61.
- G. Zeller, "Le commerce international en temps de guerre sous l'ancien régime", *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1957, pp. 112-120.
- O. Zengo, "Japanese treatment of allied national property during World War II", *Japanese annual of international law*, 1966, vol. 10, pp. 37-45.
- [S.N.] "Occupation du Nord de la France par les troupes allemandes — les procédés financiers employés par les Allemands de 1914 à 1918", *Chronique des Faits internationaux, RGDI*, 1920, pp. 365-370.
- (Article de la rédaction), "Occupatio bellica. Die Rechtsgrundlage der deutschen Verwaltung in den besetzten Gebieten", *Frankfurter Zeitung*, 4 juillet 1940.

Vème section : biens des civils et guerre maritime.

Ouvrages

- H. H. Aall, *Weltherrschaft und die Rechtlosigkeit der Meere*, Essen, Essener Verlag, 1940, 195 p.
- Ch. Abbott, *A treatise of the law relative to merchant ships and seamen*, Newburyport, Edward Little & Co., 1810, 656 p.
- A. Adam, *Le blocus maritime : la contrebande de guerre et la guerre mondiale*, Paris, Jouve, 1917, 196 p.
- L. K. Aegidi, *Frei Schiff unter Feindes Flagge*, Hamburg, Otto Meissner, 1866 xxxviii-166 p.
- A. E. Albrecht, *Requisitionen von neutralem Privateigentum, insbesondere von Schiffen*, Breslau, Kern 1912, 68 p.
- H. Ambrosius, *Die Verluste der neutralen Handelsschiffahrt im gegenwärtigen Seekrieg*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1940, 78 p.
- J. Atherley, H. Bellot, *Commerce in war*, London, Methuen, 1907, xxii-654 p.
- F. Atlmayr, *Die Elemente des internationalen Seerechtes und Sammlung von Verträgen*, Wien, Staatsdruckerei, 1872-1873, I vol., 389 p.
- W. Becker, *Der Lusitania-fall und die deutsche Wissenschaft*, Bremen, Dogma, 2014 (réproduction de l'édition de 1919), 86 p.
- K. Bernsten, *Das Seekriegsrecht*, Berlin, Vahlen, 1911, xv-255 p.
- J. C. Bluntschli, *Das Beuterecht im Krieg und das Seebeuterecht insbesondere*, Nördlingen, Beck, 1878, 168 p.
- Ch. De Boeck, *De la propriété privée ennemie sous pavillon ennemi*, Durand et Pédone Lauriel, Paris, 1882, iii-756 p.
- K. H. Böhringer, *Das Recht der Prise gegen Neutrale in der Praxis des Spätmittelalters*, Hamburg, Metzner, 1972, 94 p.
- P. Borschberg, *Hugo Grotius, "Commentarius in theses XI : an early treatise on sovereignty, the just war, and the legitimacy of the Dutch Revolt"*, New York, Lang, 1994, 308 p.
- R. Le Bourdellès, *Le droit international public maritime d'après le point de vue anglais*, Paris, Pedone 1906, 31 p.
- H. Bourguignon, *The First federal court: the federal appellate prize court of the American Revolution, 1775-1787*, Philadelphia, American philosophical society, 1977, 362 p.
- H. Bourguignon, *Sir William Scott, Lord Stowell, judge of the High Court of Admiralty, 1798-1828*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 310 p.
- M. Bourquin, *La Confiscation du navire neutre pour transport de contrebande d'après la jurisprudence anglaise*, Pedone, Paris, 1929, 30 p.
- O. Brexendorff, *Die Beschlagnahme neutraler Schiffe*, Thèse, Speyer, Pilger, 1939, xvi-88 p.
- G. Brodnitz, *Das System des Wirtschaftskrieges*, Tübingen, Mohr, 1920, 192 p.
- S. Brown, *Der neutrale Charakter von Schiff und Ladung im Prisenrecht*, Zürich, Thèse, 1926, 141 p.
- S. Brown, *Blockade und Konterbande im modernen Seekriegsrecht*, Zürich, Rüegg, 1940 113 p.
- V. Bruns, *Der britische Wirtschaftskrieg und das geltende Seekriegsrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlin, Carl Heymann, 1940, 103 p.
- O. Bühler, *Neutralität, Blockade und U. Boot. Krieg in der Entwicklung des modernen Völkerrechts*, Berlin, Junker, 1944, 78 p.
- M. Cababé, *The freedom of the seas: the history of a German trap*, London, Murray, 1918, 159 p.
- W. van Calker, *Das Problem der Meeresfreiheit und die deutsche Völkerrechtspolitik*, Jena, Fischer, 1917, viii-34 p.

- S. Carlton (éd.), *Policy of the United States toward maritime commerce in war*. Vol. 1, 1776-1914, Washington, Government Printing Office, 1934, xiv-533 p.
- S. Carlton (éd.), *Policy of the United States toward maritime commerce in war*. Vol. 2, 1914-1918, Washington, Government Printing Office, 1936, xxii-160 p.
- R. Cassin, *Présent et avenir de la neutralité*, Paris, Hachette, 1940, 24 p.
- E. J. Castle, *The law of commerce in time of war with particular reference to the respective rights and duties of belligerents and neutrals*, London, Maxwell & Son, 1870, x-150 p.
- E. Cauchy, *Le droit maritime international considéré dans ses origines et dans ses rapports avec les progrès de la civilisation*, Guillaumin et c., Paris, 1862, xix-576 p.
- E. Cauchy, *Du respect de la propriété privée dans la guerre maritime*, Paris, Amyot, 1866, 155 p.
- M. Christian, *Der Lusitania-fall: eine völkerrechtliche Studie*, Tübingen, Mohr, 1915, 109 p.
- St. Cobb, *Preparing for blockade, 1885-1914: naval contingency for economic warfare*, Farnham, Ashgate, 2013, xxiv-349 p.
- J. Constantinidis, *La réquisition des navires étrangers : étude de droit international public*, Thèse, Issoudun, Les éditions internationales, 1942, 208 p.
- M. Cornaz, *Zum Problem der Wirtschaftsneutralität : Die Handelsverträge der Schweiz im ersten Weltkrieg*, Zürich, Juris Verlag, 1952, 96 p.
- E. Dautet, *De la détermination du caractère hostile des navires et des cargaisons*, Thèse, Université de Strasbourg, 1921, 133 p.
- E. Delalande, *De l'Occupatio bellica" : Des prises maritimes*, Thèse, Université de Paris, 1875, 250 p.
- H. Descamps, *De l'abolition de la course maritime et de la déclaration du Congrès de Paris*, Paris Ledoyen, 1858 31 p.
- Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, *Die englische Handelskriegführung und die Neutralen*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1940, 76 p.
- H. Dietz, *Völkerrecht und deutsche Prisenrechtsprechung im Zweiten Weltkrieg*, Frankfurt am Main, Metzner, 1979, xxxiv-424 p.
- A. Dir, *Der Weltwirtschaftskrieg*, Leipzig, Hirzel, 1914, 46 p.
- H. Duttwyler, *Der Seekrieg und die Wirtschaftspolitik des neutralen Staates*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1945, 243 p.
- Ch. Dupuis, *Le droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises contemporaines*, Paris, Pédone, 1899, xx-476 p.
- Ch. Dupuis, *Le droit de la guerre maritime d'après les conférences de la Haye et de Londres*, Paris, Pédone, 1911, xxi-621 p.
- A. Ehniger, *Droits et obligations des sujets neutres en matière de contrebande de guerre*, Thèse, Université de Lausanne, 1934, 123 p.
- K. Endres, *Die völkerrechtlichen Grundsätze der Kriegführung zu Lande und zur See*, Berlin, Decker, 1909, 123 p.
- G. Fahl, *Der Grundsatz der Freiheit der Meere in der Staatenpraxis von 1493 bis 1648*, Köln, Heymann, 1969, viii-143 p.
- P. Fauchille, *Du blocus maritime : étude de droit international et de droit comparé*, Paris, Rousseau, 1882, 406 p.
- P. Fedozzi, *La Guerra al commercio nemico e i diritti dei neutri*, Roma, Athenaeum, 1915, 19 p.
- A. von Ferneck, *Die Reform des Seekriegsrechts durch die Londoner Konferenz 1908/09*, Stuttgart, Kohlhammer, 1914, viii-236 p.
- S. D. Fess, *The Problems of neutrality when the world is at war. A history of our relations with germany and Great Britain as detailed in the documents that passed between the United States and the two great belligerent powers*, Washington, Gov. Print. Off., 1917, ii-431 p.
- M. Fleischmann (éd.), *Der Lusitania-fall im Urteile von deutschen Gelehrten : mit Abdruck der amtlichen Urkunden*, Breslau, Kern, 1915, ii-140 p.
- M. Force, *L'histoire de la cour des prises d'Angleterre*, Thèse, Université de Paris, 1932, 99 p.
- St. Francis, *The Abolition of privateering and the declaration of Paris*, New York, Columbia university, 1897, 163 p.
- A. Freytagh-Loringhoven, *Völkerrechtliche Neubildungen im Kriege*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1941, 70 p.
- H. Fromageot, *La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis en matière de prises pendant la guerre hispano-américaine*, Paris, Chapelot, 1901, 50 p.
- M. Fruhmann, *Die feindliche Eigenschaft des Schiffes und der Ware*, Thèse, München, 1927, 209 p.
- R. Gadow, *Seeräuberstaat England*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1940, 56 p.
- J. Gaigneron Jollimon de Marolles, *L'assistance hostile au cours de la guerre mondiale*, Thèse, Université de Rennes, 1935, 159 p.
- G. Gariel, *Une nouvelle théorie allemande du droit de la guerre maritime*, Thèse, université de Paris, 1936, 231 p.
- U. Gassner, *Heinrich Triepel, leben und Werk*, Berlin Duncker & Humblot, 1999, 605 p.,
- A. Gervais, *Droit de la guerre maritime*, Paris, Cours de l'IHEI, 1954-1955, 99 p.

- L. Gessner, *Le droit des neutres sur mer*, Berlin, Stilkeet van Muyden, 1865, xiv-437 p.
- F. Gillet, *Le caractère hostile de la propriété privée dans la guerre maritime*, Thèse, Université de Paris, 1911, 161 p.
- H. Girard, *Du caractère ennemi de la propriété privée dans la guerre maritime à la conférence navale de Londres*, Michau, Paris, 1911, 240 p.
- W. Gladisch (éd.), *Grundfragen des Seekriegsrechts im Zweiten Weltkrieg*, Berlin Mittler, 1944, 174 p.
- W. Grant(éd.), *British and Colonial Prize cases*, vol. 2, Sweet and Maxwell, London 1917, xiv-479 p.
- W. Grewe, *Der dritte Wirtschaftskrieg*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1940, 82 p.
- G. von Gross, *Neutralitätswidrige Unterstützung*, Schweidnitz, Boy, 1913, viii-93 p.
- H. Grotius, *Commentary on the law of prize and booty*, Indianapolis, Liberty fund, 2012, xxiv-632 p.
- C. Guise, *Die Neutralität der Vereinigten Staaten*, Bern, Haupt, 1946, 112 p.
- W. B. Hale, *American rights and British pretensions on the seas*, New York, McBride & Company, 1915, 172 p.
- D. Hansemann, *Die Lehre von der einheitlichen Reise im Recht der Blockade und Kriegskonterbande*, Breslau, Kern, 1910, vii-74 p.
- L. B. Hautefeuille, *Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime*, Paris, Guillaumin et c., 1868, IIème tome, 442 p., IIIème tome, 466 p.
- R. De la Hautière, *Conférence navale de Londres, 4 décembre 1908-26 février 1909 : contrebande de guerre et assistance hostile*, Cadoret, Bordeaux, 1910, viii-235 p.
- E. Hecksher, *The continental system : an economic interpretation*, Oxford, Clarendon press, 1922, xvi-422 p.
- A. P. Higgins, *Le droit de visite et de capture dans la guerre maritime*, RCADH, 1925, Recueil t. 11, pp. 65-170.
- A. Hogan, *Pacific blockade*, Oxford, Clarendon, 1908, 183 p.
- C. Huberich, *Das englische Prisenrecht in seiner neuesten Gestalt*, Berlin, Heymann, 1915, xv-135 p.
- E. Hüttenhein, *Die Handelsschiffe der Kriegführenden, eine völkerrechtliche Studie*, Breslau, Kern, 1912, xii-72 p.
- A. Jacot, *La saisie des navires neutres dans la guerre maritime*, Thèse, Université de bourgogne, 1912, 298 p.
- R. Jambu-Merlin, *La jurisprudence des prises maritimes et le droit international privé*, Paris, LGDJ, 1947, 335 p.
- I. Jastrow, *Völkerrecht und Wirtschaftskrieg, Bemerkungen und Aktenstücke zur Methode der englischen Wirtschaftskriegführung*, Breslau, Kern 1917, 96 p.
- V. Le Jemtel, *L'assistance hostile dans les guerres maritimes modernes*, Paris, Pedone, 1938, 248 p.
- Ph. Jessup, *American neutrality and international police*, Boston, World peace foundation, 1928, 170 p.
- Ph. Jessup, *Neutrality: its history, economics and law*, vol. 1 *The origins*, New York, Columbia university press, 1935, xiii-294 p.; vol. 3, *The World War period*, 1936, xvii-267 p. ; vol. 4, *Today and tomorrow*, 1936, vii-237
- O. Jöhlinger, *Der britische Wirtschaftskrieg und seine Methoden*, Berlin, Springer, 1918, iv-522 p.
- R.C. Juge, *La campagne de l'amiral Courbet en Chine. 1885 : les Pescadores. Le blocus du Riz*, Paris, École supérieure de guerre navale, 1927, 214 p.
- H. Kantorowicz, *Der Geist der englischen Politik und das Gespenst der Einkreisung Deutschlands*, Berlin, Rowohlt, 1929, 504 p.
- Sc. A. Keefer, *The law of nations and Britain's quest for naval security, international law and arms control, 1898-1914*, Cham, Palgrave Macmillan, 2016, xi-326 p.
- K. Keppler, *Die Neutralitätspolitik der Vereinigten Staaten von Amerika, 1937-1939*, Berlin, Duncker & Humblot, 1940, 211 p.
- H. Kirchhoff, *Die neutralitätswidrige Unterstützung nach der Londoner Seekriegsrechtserklärung*, Thèse, München, 1928, 64 p.
- R. Kleen, *De la contrebande de guerre et des transports interdits aux neutres : d'après les principes du droit international contemporain*, Paris, Pédone-Lauriel, 1893, viii-275 p.
- R. Kniep, *Die Bedeutung des deutschen Handelskrieges mit U-Booten im I. Weltkrieg für die Entwicklung des Seekriegsrechts*, Thèse, Kiel, 1970, 201 p.
- W. Koch, *Handelskrieg und Wirtschaftsexpansion*, Jena, Fischer, 1917 viii-283 p.
- W. Kulzer, *Die Blockade im Kriege und im Frieden*, München, Krämer, 1913, 76 p.
- N. Lambert, *Planning Armageddon : British economic warfare and the First World War*, Cambridge (Mass.), Harvard University press, 2012 viii-651.
- J. M. Lemnitzer, *Power, and and the end of privateering*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, xii-254 p.
- C. A. Lindemann, *Die feindliche Bestimmung der Kriegskonterbande*, Erlangen, Thèse, 1917, 101 p.
- R. Loreburn, *Privateigentum im Seekrieg*, München, Duncker & Humblot, 1914, xiv-171 p.

- J. Louvard, *La guerre sous-marine au commerce*, Thèse, Université de Paris, 1934, 172 p.
- S. Maffert, *L'évolution de la neutralité de 1914 à la guerre de 1939*, Paris, Pedone, 1943, 164 p.
- F. De Martens, *Essai concernant les armateurs*, Göttingen, 1795, 212 p.
- Th. Martin, *Die Lehre von der einheitlichen Reise im Seekriegsrecht*, Jena, Neuenhahn, 1914, 64 p.
- P. A. Martini, *Blockade im Weltkrieg*, Berlin, Dümmler, 1932, 146 p.
- R. de Mas Latrie, *Du Droit de marque, ou Droit de représailles au moyen âge*, Paris, Baur, 1875, 124 p.
- D. Mathonnet, *Contribution à l'étude du conseil des prises en France de l'avènement de Louis XVI jusqu'à nos jours*, Thèse Paris II, 2010, 1410 p.
- W. N. Medlicott, *The economic blockade*, London, Longmans, 1952-1959, 2 vol. xiv-732 p., xiv-727 p.
- J. Menke, *Die Umwandlung von Kauffahrteischiffen in Kriegsschiffe*, Würzburg, Thèse, 1933, 47 p.
- Chr. Meurer, *Das Programm der Meeresfreiheit*, Tübingen, Mohr, 1918, 111 p.
- Chr. Meurer, *Der Lusitania-Fall, eine völkerrechtliche Studie*, Tübingen, Mohr, 1915, iii-109 p.
- M. Neumann, *Die neutralitätswidrige Unterstützung nach der Londoner Seekriegsrechtserklärung und der Praxis des Weltkrieges*, Würzburg, Thèse, 1929, 64 p.
- Th. Niemeyer, *Prinzipien des Seekriegsrechtes*, Berlin, Mittler und Gohn, 1909, 31 p.
- Th. Niemeyer, *Das Seekriegsrecht nach der Londoner Deklaration vom 26. Februar 1909*, Berlin, Guttentag, 1910, 39 p.
- Th. Niemeyer(éd.), *Urkundenbuch zum Seekriegsrecht*, Berlin, Guttentag, 1913, 446 p.
- Th. Ortolan, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, tome II, Paris, De Plon Frères, 1853, 470 p.
- R. Pares, *Colonial blockade and neutral rights, 1739-1763*, Philadelphia, Porcupine press, 1975, vii-323 p.
- E. Peillon, *La propriété privée ennemie et le droit de prise maritime*, Paris, Pedone, 1909, 194 p.
- E. Percy, *Maritime trade in war; lectures on the freedom of the seas*, Oxford, Oxford University press, 1930, 114 p.
- H. Pflüger, *Die feindliche Eigenschaft von Schiff und Ladung in der englischen Prisenrechtsprechung des Weltkriegs*, Hambrug, Lütcke & Wulff, Hamburg, Thèse, 1929, 66 p.
- F. Piggott, *The neutral merchant in relation to the law of contraband of war and blockade under the order in Council of 11th March 1915*, London, University of London press, 1915, xvii-107 p.
- A. de Pistoyé, Ch. Duverdy, *Traité des prises maritimes*, Paris, Durand, 1859, vol. I, 512 p., vol. II, 534 p.
- W. Plaga, *Das bewaffnete Handelsschiff: Eine völkerrechtliche -wehrpolitische Betrachtung*, Hamburg, Hanseatische Verlag, 1939, 115 p.
- F. Prevost, P. Pecquet, *Le blocus américain, droit des neutres*, Paris, Castel, 1861, 30 p.
- R. Pyke, *The law of contraband of war*, Oxford, Clarendon Press, 1915, xv-314 p.
- H. S. Quigley, *The immunity of private property from capture at sea*, Madison, University of Wisconsin, 1918, 200 p.
- A. Remy, *Théorie de la continuité du voyage en matière de blocus et de contrebande de guerre*, Paris, Larose & Forcel, 1902, 137 p.
- A. Rindfleisch, *Zwischen Kriegserwartung und Verrechtlichung, die internationalen Debatten über das Seekriegsrecht 1904-1914*, Norderstedt, 2012, 373 p.
- V. Ritter- Döring, *Zwischen Normierung und Rüstungswettlauf, die Entwicklung des Seekriegsrechts, 1856 – 1914*, Baden-Baden, Nomos, 2014, xvi-240 p.
- N. Robert, *Essai sur le blocus et les neutres*, Thèse, Genève, 1918, 112 p.
- H. Rogge, *Die Neutralen und Deutschland: vom Wesen der Neutralität*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1940, 40 p.
- H. Schadewaldt, *Hungerblockade über Kontinentaleuropa*, 1941, 48 p.
- R. Schenk, *Seekrieg und Völkerrecht, die Maßnahmen der deutschen Seekriegsführung im 2 Weltkrieg in ihrer völkerrechtlichen Bedeutung*, Köln, Heymann, 1958, 140 p.
- U. Scheuner, *Die Neutralität im heutigen Völkerrecht*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1969, 52 p.
- A. Scheurer, *Seekriegsrecht und Seekriegführung im Weltkriege*, Berlin, Springer, 1919, 90 p.
- A. Scheurer, *Bewaffnete Handelsschiffe im Weltkriege*, Berlin, Springer, 1919, 78 p.
- G. Stresemann, *Englands Wirtschaftskrieg gegen Deutschland*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt; 1915, 40 p.
- St. Séfériadès, *Les tribunaux de prises en Grèce*, Paris, Pedone, 1916, 57 p.
- B. Semmel, *Liberalism and naval strategy: ideology, interest and sea power during the Pax Britannica*, Boston, Allen & Unwin, 1986, xii-239 p.
- F. Smith, *The destruction of merchant ships under international law*, London, Dent & sons, 1917, 110 p.
- H. Sohler, *U-Bootkrieg und Völkerrecht, eine Studie über die Entwicklung des deutschen U-Bootkrieges 1939 - 1945 im Lichte des Völkerrechts*, Frankfurt am Main, Mittler, 1956 70 p.

- D. Steinicke, *Das Navicertsystem*, Hamburg, Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht, 1966, vol. 1, 180 p., vol. 2, 185-368 p.
- D. Steinicke, *Kriegsbedingte Risiken der neutralen Seeschifffahrt, die Annahme eines Navicerts als feindselige Unterstützung. Ein Beitrag zur Entwicklung des Instituts der feindseligen Unterstützung im modernen Seerecht*, Hamburg, Metzner, 1968, 51 p.
- D. Steinicke, *Wirtschaftskrieg und Seekrieg, die allgemeine völkerrechtliche Anerkennung des anglo-amerikanischen Kriegsbegriffes und ihre Rechtsfolgen*, Hamburg, Forschungsstelle für Völkerrecht, 1970, 100 p.
- D. Steinicke, *Handelsschifffahrt und Prisenrecht*, Hamburg, Metzner, 1973, 88 p.
- J. Stephen, *War in disguise, or, The frauds of the neutral flags*, London 1805, 215 p.
- F. Stier-Somlo, *Die Freiheit der Meere und das Völkerrecht*, Leipzig, Veit und Comp., 1917, 170 p.
- R. Stödter, *Handelskontrolle im Seekrieg, prisenrechtliche Betrachtungen zum Navicert-System*, Hamburg, Hanseatische Verlag-Anst., 1940, 83 p.
- H. Triepel, *Die Freiheit der Meere und der künftige Friedensschluss*, Berlin, Springer, 1917, 41 p.
- H. Triepel, *Konterbande, Blockade und Seesperre*, Berlin, Siegfried Mittler, 1918, 38 p.
- J. Tucker, *The important question concerning invasions, a Sea-war, raising the Militia, and paying Subsidies for foreign troops*, London, Griffiths, 1755, 64 p.,
- Tr. Twiss, *La théorie de la continuité du voyage, appliquée à la contrebande de guerre et aux blocus*, Paris, Amyot, 1877, 35 p.
- H. Umhaut, *Die neutrale oder feindliche Eigenschaft von Schiff und Ware*, Würzburg, Druck von Popp, 1931, 53 p.
- F. H. Upton, *The Law of Nations affecting commerce during war: with a review of the jurisdiction, practice and proceedings of Prize Courts*, New York, Voorhies, 1863, xxi-505 p.
- H. Vercken, *De l'assistance hostile dans la guerre maritime*, Paris, Lerose, 1911, 298 p.
- L. Vetzels, *De la contrebande par analogie*, Giard et Brière, 1901, Paris, 121 p.
- J. M. Vidaud, *Les navires de commerce armés pour leur défense*, Paris, Picart, 1936, 164 p.
- R. Villeneuve-Trans, *La liberté des mers, le blocus de l'Allemagne, la guerre sous-marine*, Paris, Pedone, 1917, 101 p.
- K. Wani, *Neutrality in international law from the sixteenth century to 1945*, Abingdon, Routledge, 2017, xvii-226 p.
- H. Wehberg, *Das Seekriegsrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938, xi-456 p.
- M. Weitz, *The Confederacy on trial: the piracy and sequestration cases of 1861*, Kansas, Univ. Press of Kansas, 2005, xi-219 p.
- R. Weskott, *Das Privateigentum im Seekriegsrecht*, Thèse, Kiel, 1935, xx-126 p.
- E. Wiethaus, *Die Blockade*, Danzig, Kafemann, 1908, 44 p.
- F. von Willisen, *Begriff und Wesen des Wirtschaftskrieges*, Jena, Fischer, 1919, 62 p.
- B. M. Ziegler, *The international law of John Marshall*, Chapel Hill, The University of North Carolina press, 1939, xii-386 p.
- N. Σαρίπολος, *Περί του δικαστηρίου λειών και της εφαρμογής του δικαίου του κατά θάλασσαν πολέμου*, Αθήναι, 1913, σ. 46.

Articles, chapitres d'ouvrages et contributions dans des ouvrages collectifs.

- L. A. Atherley-Jones, « The military effect of attacks on commerce », *Problems of the War, The Grotius society*, 1915, vol. 1, pp. 91-96.
- J. Aubert, « Les aspects économiques du blocus », *Politique étrangère*, 1940, 5ème année, pp. 107-118.
- J. Basdevant, « La réquisition des navires allemands en Portugal », *RGDIP* 1916, vol.23, p. 268-279.
- Th. Baty, « Les blocus pacifiques », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1898, pp. 606-609.
- H. Bellot, « Destruction of merchantmen by a belligerent », *Problems of the War, The Grotius society*, 1915, vol. 1, pp. 47-57.
- C. Bilfinger, « Streit um das Völkerrecht », *ZaoeRV*, 1944, pp. 1-33.
- J.C. Bluntschli, « Du droit de butin en général et spécialement du droit de prise maritime », *Revue de droit international et de législation comparée*, tome IX, 1877 pp. 508-557.
- E. Borchard, « Armed merchantmen », *AJIL* 1940, vol. 34, pp. 107-112.
- Ph. M. Brown, « Ignominious neutrality », *The north American review*, 1916, vol. 204, pp. 185-194.
- V. Brunns, « Der britische Wirtschaftskrieg und das geltende Seekriegsrecht », *ZaoeRV*, 1940, pp. 24-109.
- V. Brunns, « Die britische Seesperre und die Neutralen », *ZaoeRV*, 1942-1943, pp. 477-544.
- A. von Bulmerincq, « Le blocus pacifique et ses effets sur la propriété privée », *Journal du droit international privé*, 1884, pp. 570-583.

- A. C. Carter, « The Dutch as neutrals in the Seven Year's War », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 12, 1963, pp. 818-834.
- E. Chadwick, « The 'impossibility' of maritime neutrality during World War I », *Netherlands International law review*, 2007, vol. liv, pp. 337-360.
- Th. Cooperstein, « Letters of marque and reprisal: the Constitutional law and practice of privateering », *Journal of maritime law & commerce*, 2009, vol. 40, pp. 221-259.
- F. Coudert, « Non-belligerency in international law », *Virginia Law Review*, 1942, vol. 29, pp. 143-151.
- Fr. Crouzet, « Wars, blockade and economic change in Europe, 1792-1815 », *The journal of economic history* 1964, vol. 24, pp. 567-588.
- Ph. Dehne, « The Ministry of blockade during the First World War and the demise of free trade », *Twentieth century British history*, 2016, vol. 27, pp.333-356.
- J. Dickinson, Ph. Bradley, « Neutrality and commerce », *Proceedings of the American society of international law*, 1935, vol. 29, pp. 106-121.
- G. Diena, « Le jugement du Conseil des prises d'Italie dans l'affaire du "Doelwijk" », *Journal du droit international privé*, 1897, pp.268-296.
- Ch. Dupuis, « Les théories anglaises sur le droit de la guerre en général », *RGDIP*, 1898, pp. 35-56.
- Ch. Dupuis, « La discussion de la déclaration de Londres au parlement britannique », *RGDIP*, 1911, vol. 23, pp. 369-408.
- Eisenräger, « *Commercii belli* », pp.200-201, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- Eisenräger, « *Geschichte des Seekriegsrechts* », pp. 508-513, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- Ch. Elliott, « The doctrine of continuous voyage », *AJIL*, 1907, pp.61-104.
- Th. Erskine Holland, « Changements proposés en droit des prises maritimes — La convention de la Cour des prises et la Déclaration de Londres », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1911, pp. 337-357.
- M. Farrar, « La politique française du blocus pendant la Première Guerre mondiale : un exemple de guerre économique », *Revue d'histoire économique et sociale*, 1973, vol. 51, pp. 212-242.
- P. Fauchille, « La théorie du voyage continu en matière de contrebande de guerre », *RGDIP*, 1897, pp. 297-323.
- P. Fauchille, « Jurisprudence française en matière de prises maritimes », *RGDIP*, 1916, pp. 280-297.
- G. Fitzmaurice, « Some aspects of modern contraband control and the law of prize », *British Yearbook of international law*, 1945, vol. 22, pp. 73-95.
- O. Forcade, « Le blocus en 1914-1918, histoire et historiographie », *Les cahiers Sirice* 2021, n. 26, pp. 5-21.
- H. Fromageot, « Les vivres considérés comme contrebande de guerre », *Journal du droit international privé*, 1900, pp. 29-48.
- Gareis, « Neutralität, Neutralitätsrechte und -pflichten im Seekriege », pp. 128-133, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- H. Geffcken, « La guerre maritime de l'avenir », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1888, pp.451-463.
- A. Gervais, « La jurisprudence britannique des prises maritimes dans la Seconde Guerre mondiale », *RGDIP*, 1949, pp. 201-274, 425-480.
- A. Gervais, « Le droit des prises maritimes dans la Seconde Guerre mondiale », *RGDIP*, 1948, pp. 82-87.
- A. Gervais, « La jurisprudence française des prises maritimes dans la Seconde Guerre mondiale », *RGDIP*, 1948, pp. 88-160.
- L. Gessner, « De la réforme du droit maritime de la guerre », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, pp. 236-255.
- V. Gladisch, « Seekrieg und Seekriegsrecht », pp. 11-26, dans Gladisch W., B. Widmann (éd.), *Grundfragen des Seekriegsrechts im Zweiten Weltkrieg*, Berlin, Mittler & Sohn, 1944, 174 p.
- R. Goy, « La révision des jugements de prises après la Seconde Guerre mondiale », *AFDI*, 1968, vol. 14, pp. 343-368.
- Grau, « Handelsschiffe im Kriege (insbesondere bewaffnete Handelsschiffe) », pp. 503-520, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- W. Grewe, « Zum System einer kriegswissenschaftlichen Wirtschaftslehre », *Europäische Revue*, 1937, pp.250-254.
- W. Grewe, « Der wirtschaftliche Kriegsschauplatz », *Jahrbuch für auswärtige Politik*, 1941, 7. Jahrgang, pp. 143-158.
- L. Gruchmann, « Völkerrecht und Moral: Ein Beitrag zur Problematik der amerikanischen Neutralitätspolitik 1939-1941 », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 1960, 8 Jahrgang, 1960, pp. 384-418.
- Ph. Guttinger, « Réflexions sur la jurisprudence des prises maritimes de la Seconde Guerre mondiale », *RGDIP*, 1975, pp. 25-91.
- S. S. Hall, « Submarine warfare », *Transactions Grotius Society*, 1919, vol. 5, pp. 82-94.

- R. Hammond, « British policy on total maritime warfare and the anti-shipping campaign in the Mediterranean, 1940-1944 », *Journal of strategic studies*, 2013, vol. 36, pp. 789-814.
- D. Hashagen, « Der Kolonialkrieg im Weltkriege und das Völkerrecht », *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1938, pp. 71-76.
- Heilborn, « Weltkrieg und Seekriegsrecht », p. 475-484, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 3, 1929, 1316 p.
- H. Held, « Wirtschaftskrieg », pp. 576-634, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 3, 1929, 1316 p.
- H. Held, « Wirtschaftskrieg », pp. 857-862, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Dritter Band, 1962, xi-901 p.
- T. Helfman, « Neutrality, the law of nations, and the natural law tradition: a study of the Seven Year's war », *Yale journal of international law*, 2005, vol. 30, pp. 549-586.
- T. Helfman, « Commerce on trial : neutral rights and private warfare in the Seven years war », dans K. Stapelbroek (éd.), *Trade and war: the neutrality of commerce in the Inter-State system*, Helsinki, Helsinki collegium for advanced studies, 2011, pp.14-41.
- Henningsen, « Seebeuterecht », pp. 501-508, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- E. F. Q. Henriques, « Decisions of the English courts relating to Trading with the enemy in the year 1944 », *British yearbook of international law*, 1945, vol. 22, pp. 288-292.
- A. Herschey, « The german conception of the freedom of the seas », *AJIL*, 1919, vol. 13, pp. 207-226.
- N. Hill, « The origin of the law of unneutral service », *AJIL*, 1929, vol. 23, pp. 56-67.
- Hold-Ferneck, « Kriegskonterbande », pp. 749-754, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- Hold-Ferneck, « Londoner Seerechtskonferenz von 1908-1909 », pp. 835-837, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- D. Howland, « Contraband and private property in the age of imperialism », *Journal d'histoire du droit international*, 2011, vol. 13, pp. 117-153.
- M. Hudson, « Seizures in land and naval warfare distinguished », *AJIL*, 1922, vol. 16, pp. 375-390.
- Ch. Hyde, E. Wheeler, « Attacks on unarmed enemy merchant vessels », dans *Proceedings of the American society of international law*, 1917, pp.26-37.
- R. Jaquemyns, « Recension de l'ouvrage, de E. Carron, La course maritime », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, t. VII, p. 698.
- C. Jouin, « Carl Schmitt et la pensée anglaise du droit international », *Annuaire français de relations internationales*, 2014, vol. XV, pp. 497-511.
- G. Kaackenbeeck, « Divergences between British and other views on international law », *Transactions of the Grotius society*, 1918, vol. 4, pp. 213-252.
- F. Kalshoven, « Commentary : 1909 London Declaration », pp.257-275, dans Ronzitti N.(éd.), *The law of naval warfare : a collection of agreements and documents with commentaries*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, xviii-888 p.
- G. Katevenis, « The law of maritime warfare, considerations on the law of prize jurisdiction over the enemy's ships in time of war », *Military law and law of war review*, 1965, vol. 4, pp. 359-368.
- Kirchenheim, « Beuterecht im Land — und Seekrieg », pp. 137-139, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- A. Klots, W. Dennis, Ch. Fenwick, « Neutrality laws and exceptions to commercial treaties », *Proceedings of the American society of international law*, 1936, vol. 30, pp. 138-162.
- G. Krumeich, « Le blocus maritime et la guerre sous-marine », pp. 175-190, dans J. Horne (éd.), *Vers la guerre totale : le tournant de 1914-1915*, Paris, Tallandier, 2010, 343 p.
- A. Kuhn, « Doctrines of private international law in England and America contrasted with those of continental Europe », *Columbia Law Review*, vol. 12, 1912, pp. 44-57.
- J. Kunz, « Le problème de la neutralité aux Etats-Unis, 1920-1939 », *RGDIP*, 1939, pp. 67-156.
- H. Lauterpacht, « The so-called Anglo-American and continental schools of thought in international law », *British yearbook of international law*, 1931, vol. 12, pp. 31-62.
- Lederle, « Friedliche Blockade », pp. 341-343, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- J. M. Lemnitzer, « La Déclaration de Paris, "le blocus effectif" et la contrebande : l'utilité du blocus naval en tant qu'arme stratégique dans un monde en mutation », pp. 69-89, dans de J. Préneuf., E. Grove, A. Lambert (dir.), *Entre terre et mer — L'occupation militaire des espaces maritimes et littoraux en Europe de l'époque moderne à nos jours*, Economica, Paris, 2014, pp. 457.

- M. Lewis, « Domicile as a test of enemy character », *British Yearbook of international law*, 1923-1924, vol. 4, pp. 60-77.
- Liepmann, « Nach welchen Gesichtspunkten ist für Zwecke des Seebeuterechts die feindliche oder neutrale Eigenschaft der Ware zu bestimmen? », *Zeitschrift für internationales Privat- oder öffentliches Recht*, 1907, vol. xvii, pp. 303-354.
- J. Lorimer, « Observations à Gessner », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, pp. 261-269.
- L. Lucchini, « Actes de contrainte exercés par la France en Haute Mer au cours des opérations en Algérie », *AFDI*, 1966, vol. 12, pp. 805-821.
- J. MacDonnell, « Some notes on blockade », *Problems of the war*, 1915, vol. 1, pp. 97-111.
- M. Machado, « The United States and the De la Huerta Rebellion », *The southwestern historical quarterly*, vol. 75, n. 3, 1972, pp. 303-324.
- J. Mahlberg, « England-Europas Feind n. 1 », *Zeitschrift für Politik*, 1940 vol. 30, pp. 530-533.
- S. Maiwald, « Das Prisenrecht als geistiger Grundpfeiler der englischen See- und Handelsherrschaft », *Zeitschrift für Politik*, 1943, 33 Band, pp. 398-404.
- H. W. Malkin, « Blockade in modern conditions », *British yearbook of international law*, 1922-1923, vol. 3, pp. 87-98.
- H. W. Malkin, « The inner history of the declaration of Paris », *British yearbook of international law*, 1927, vol. 8, pp. 1-44.
- R. G. Marsden, « Early prize jurisdiction and prize law in England », *The English historical review*, 1911, vol. 26, pp. 34-56.
- D. Mask, P. MacMahon, « The revolutionary war prize cases and the origins of diversity jurisdiction », *Buffalo law review*, 2015, vol. 63, pp. 477-545.
- E. Menzel, « Der „anglo-amerikanische“ und der kontinentale Kriegs- und Feindbegriff », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1940, vol. xx, pp. 161-197.
- M. Milner, « Battle of the Atlantic », Dear I. C. B., Foot M.R.D. (ed.), *The Oxford Companion to the Second World War*, Oxford, Oxford University Press, online version 2014
- J. E. Montmorency, « The principles underlying contraband and blockade », *Problems of war*, 1916, vol. 2, pp. 21-30.
- O. H. Mootham, « The doctrine of continuous voyage, 1756-1815 », *British yearbook of international law*, 1927, vol. 8, pp. 62-80.
- A. Morse, « Rights and duties of belligerents and neutrals from the American point of view », *The American law register*, November 1898, n. 11, pp. 657-687.
- St. Neff, « Britain and the neutrals in the French revolutionary wars: the debate over reprisals and third parties », dans K. Stapelbroek (éd.), *Trade and war: the neutrality of commerce in the Inter-State system*, Helsinki, Helsinki collegium for advanced studies, 2011, pp. 229-250.
- St. Neff, « Disrupting a delicate balance: the allied blockade policy and the law of maritime neutrality during the Great War », *EJIL*, 2018 vol. 29, pp. 459-475.
- A. O'Donoghue, « Neutrality and multilateralism after the Forst World War », *Journal of conflict and security law*, 2010, vol. 15, pp. 169-202.
- St. Oeter, « Ursprünge der Neutralität, die Herausbildung des Instituts der Neutralität im Völkerrecht der frühen Neuzeit », *ZaoeRV*, 1988, pp. 447-488.
- G. Papahadzis, « The administrative litigation of prizes in Greece », *Revue hellénique de droit international*, 1948, pp. 136-152.
- C. Parry, « British practice in some nineteenth century pacific blockades », *ZaoeRV*, 1938, pp. 672-688.
- A. Pearce-Higgins, « Retaliation in Naval Warfare », *British yearbook of international law*, 1927, pp.129-146
- J. Perrinjaquet, « La guerre européenne et les relations commerciales des belligérants et des neutres, l'application des théories de la contrebande de guerre et du blocus », *RGDIP*, 1915, pp. 127-238.
- W. Phillimore, « Destruction of merchantmen by a belligerent », *Problems of war*, 1916, vol. 2, pp. 175-178.
- A. Pierantoni, « Rapport sur les prises maritimes, d'après l'école et la législation italienne », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, pp.619-656.
- H. Pohl, « Die rechtliche Natur der Blockade », *Zeitschrift für internationales und öffentliches Recht*, 1907, Jahrgang xvii, pp.1-42.
- H. Pohl, « Blockade (Kriegsblockade) », pp. 143-147, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- H. Pohl, « Die Lehre von der Continuous voyage im Blockaderecht », pp. 203-205, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- I. Porras, « Constructing international law in the east Indian seas: property, sovereignty, commerce and war in Hugo Grotius *De iure praeda*, the law of prize and booty or "on how to distinguish merchants from pirates" », *Brookly journal of international law*, 2005-2006, vol. 31, pp. 741-804.
- « Principes appliqués par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire du Sprigbok », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1882, pp. 328-332.

- G. Rolin-Jacquemyns, « Observations à la contribution de Gessner L. De la réforme du droit maritime de la guerre », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, pp. 269-272.
- E. Potu, « Les prises maritimes dans la jurisprudence anglaise pendant la guerre actuelle », *Journal de droit international, Clunet*, 1915, pp. 355-358.
- E. Richards, « The British prize courts and the War », *British Yearbook of international law*, 1920-1921, pp. 11-34.
- R. Rie, « Kontinentalsperre », pp. 293-295, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- A. Rindfleisch, « Das Seekriegsrecht und die „Zivilisierung der Menschheit“. Debatten zur Zweiten Haager Friedenskonferenz und ihre Folgen », *Die Friedens-Warte*, 2007, vol. 82, pp. 83-95.
- N. Politis, « La déclaration de Londres de 1909 sur divers points de droit maritime », *Journal de droit international et de législation comparée*, 1909, p. 898
- A. Rontiris, « De l'évolution de l'idée de blocus pacifique », *Journal de droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1899, vol. 26, pp. 225-239.
- S. W. D. Rowson, « British Prize law 1989-1944 », *Law quarterly review*, 1945, vol. 61, pp.49-70.
- S. W. D. Rowson, « Prize law during the Second World War », *British Yearbook of international law*, 1947, vol. 24, pp. 160-215.
- R. Roxburgh, « The legal position of the declaration of London », *Journal of the society of comparative legislation*, 1915, vol. 15, pp.72-75.
- J. B. Scott, « Status of enemy merchant ships », *AJIL*, 1908, vol. 2, pp. 259-270.
- J. B. Scott, « The black list of Great Britain and her allies », *AJIL*, 1916, vol. 10, pp. 832-843.
- U. Scheuner, « Der britische Wirtschaftskrieg und die Neutralen », *Deutsches Recht*, 13 Januar 1940, pp. 57-60.
- U. Scheuner, « Die völkerrechtlichen Auswirkungen des modernen Wirtschaftskrieges », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1944, vol. 104, pp. 237-273.
- U. Scheuner, « Neutralitätswidrige Dienste », pp. 607-608, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- U. Scheuner, « Pariser Seerechtsdeklaration von 1856 », pp. 739-740, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- U. Scheuner, « Entwicklungen im Seekriegsrecht seit dem zweiten Weltkrieg », pp. 287-313, dans H. P. Ipsen, K. Harmann (éd.), *Recht über See, Festschrift für Rolf Stödter*, Hamburg, Decker, 1979, xxiv-400.
- U. Scheuner, « Prisenrecht », pp.794-802, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- U. Scheuner, « Beuterecht im Seekrieg », pp. 199-201, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.
- U. Scheuner, « Neutralitätsrechte und -pflichten im Seekrieg », pp. 601-607, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- C. Schmitt, « Das Meer gegen das Land » (1941), pp. 395-400, dans C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos : Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, xxix-668 p.
- C. Schmitt, « Staatliche Souveränität und freies Meer. Über den Gegensatz von Land und See im Völkerrecht der Neuzeit » (1941), pp. 401-430, dans C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos : Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, xxix-668 p.
- E. Schmitz, « Sperrgebiete im Seekrieg », *ZaoeRV* 1938, pp. 641-671.
- E. Schnakenbourg, « From "hostile infection" to "free ship, free goods": changes in French neutral trade legislation 1689-1778 », dans K. Stapelbroek (éd.), *Trade and war: the neutrality of commerce in the Inter-State system*, Helsinki, Helsinki collegium for advanced studies, 2011, pp. 95-113.
- E. Schnakenbourg, « La fin d'une illusion ? Le droit de la neutralité maritime à l'épreuve de la Première Guerre mondiale », *Relations internationales*, 2014, n. 160, pp. 3-18.
- W. Schoenborn, « Der Widerstand feindlicher Handelsschiffe gegen Visitation und Aufbringung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1918, vol. 38, pp. 161-184.
- L. Selosse, « Le charbon, contrebande de guerre », *Journal de droit international privé*, 1898, t. 26, pp. 441-467.
- W. Simons, « Über die Freiheit der Meere », *ZaoeRV*, 1936, pp. 22-35.
- H. A. Smith, « The declaration of Paris in modern war », *The law quarterly review*, 1939, vol. 55, pp. 237-249.
- K. Stapelbroek, « The rights of neutral trade and its forgotten history », dans K. Stapelbroek (éd.), *Trade and war: the neutrality of commerce in the Inter-State system*, Helsinki, Helsinki collegium for advanced studies, 2011, pp.3-13.
- C. Stubbs, « The position of enemy merchantmen », *Problems of war*, 1915, vol. 1, pp. 9-13.

- H. Triepel, « Die geschichtliche Entwicklung des Seekriegsrechts bis zur Londoner Deklaration », pp. 27-64, dans Gladisch W., B. Widmann (éd.), *Grundfragen des Seekriegsrechts im Zweiten Weltkrieg*, Berlin, Mittler & Sohn, 1944, 174 p.
- E. G. Trimble, « Violations of maritime law by the Allied powers during the World War », *AJIL*, 1930, vol. 24, pp. 79-99.
- M. Vergé-Franceschi (dir.), « Conseil des prises », 401-402 pp., dans *Dictionnaire d'histoire maritime*, Paris, Robert Laffont, 2002, 750 p.
- E. Vidari, « Navires ennemis et marchandises ennemies », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1871, pp.268-287.
- G. Wilson, « Unneutral service », *Proceedings of the American political science association*, 1904, pp. 68-78.
- G. Wilson, « The modernization of international law », *The American political science review*, 1925, pp.268-276,
- L. Woolset, H. Briggs, L. Pfankuchen, J. Ralston, « Neutral persons and property on the high seas in time of war », *Proceedings of the American society of international law*, 1935, vol. 29, pp. 72-105.
- Q. Wright, « The destruction of neutral property on enemy vessels », *AJIL*, 1917, vol. 11, pp. 358-379.
- K. Zemanek, « Bewaffnete Handelsschiffe », pp. 762-764, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.
- K. Zemanek, « U-Boot-Krieg », pp. 465-456, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Dritter Band, 1962, xi-901 p.
- Ph. Zorn, « Die Fortschritte des Seekriegsrechts durch die zweite Haager Friedenskonferenz », pp. 171-202, dans *Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-promotion*, 1er tome, Frankfurt, Mohr, 1908, 614 p.
- Consultation de Arntz, Asser et al., « Principes appliqués par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire du Sprigbok », pp. 328-332, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1882.

VIème section : biens des civils et conflits armés

Ouvrages

- G. Aivo, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux : étude critique de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 512 p.
- N. Alford, *Modern economic warfare, law and the naval participant*, International law studies, Naval war college, Washington, Government printing office, 1967, xii-426 p.
- G. Andreone (éd.), *The future of the law of the sea : bridging gaps between national, individual and common interests*, Cham, Springer, 2017, xx-269 p.
- C. Antonopoulos, *Non-participation in armed conflict, continuity and modern challenges to the law of neutrality*, Cambridge, Cambridge University Presse, 2022, xxx-263 p.
- Y. Arai-Takahashi, *The law of occupation, continuity and change of international humanitarian law, and its interaction with international human rights law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, xxxvii-758 p.
- D'Aspremont, J. de Hemptinne, *Droit international humanitaire : thèmes choisis*, Paris, Pédone, 2012, 508 p.
- Y. Blum, « The missing reversioner : reflections on the status of Judea and Samaria », *Israel law review*, 1968, pp. 279-301
- B. Böckermann, *Wenden Prisengerichte Völkerrecht an?*, Hamburg, Forschungsstelle für Völkerrecht der Universität Hamburg, 1970, 303 p.
- Chr. Breining Kaufmann, *Hunger als Rechtsproblem : völkerrechtliche Aspekte eines Rechtes auf Nahrung*, Thèse, Zürich, 1991, liii-264 p.
- R. Buß, *Die kriegsrechtliche Entstehung eines Rechtsbegriffs und seine Ausgestaltung in Verträgen des 19 und 20 Jahrhunderts*, Bochum, Brockmeyer, 1992, 255-lxxii p.
- J. Busuttil, *Naval weapons systems and the contemporary law of war*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1998, xx-249 p.
- E. Castrén, *The present law of war and neutrality*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakemi, 1954, 630 p.
- N. Chomsky, *Autopsie des terrorismes, le monde de l'après-11-septembre*, Marseille, Agone, 2016, 228 p.
- A. Coll, A. Arend, *The Falklands War : lessons for strategy, diplomacy, and international law*, Boston, Allen & Unwin, 1985, xiv-252 p.
- C. Colombos, *A treatise on the law of prize*, London, Longmans, 1949, xiii-421 p.
- D. Copeland, *Economic interdependence and war*, Oxford, Princeton university press, 2015, xiv-489 p.
- E. Crawford, *Identifying the enemy : civilian participation in armed conflict*, Oxford, Oxford university press, 2015, xxiii-255 p.
- O. Daum, *Das Völkerrecht der Seeblockade*, Baden-Baden, Nomos, 2016, 253 p.
- D. Davitti, *Investment and human rights in armed conflict*, Oxford, Hart, 2019, xviii-268 p.
- Y. Dinstein, *War, aggression and self-defence*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1988, xxxiv-405 p.

- Y. Dinstein, *The conduct of hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2010, v-320 p.
- Y. Dinstein, *The international law of belligerent occupation*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2019, xxxix-327 p.
- M. Donner, *Die neutrale Handelsschiffahrt im begrenzten militärischen Konflikt*, Kehl am Rhein, Engel, 1993, xix-305 p.
- K. Dormann, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2003, lx-524 p.
- L. Doswald-Beck, *San Remo manual on international law applicable to armed conflicts at sea*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1995, ix-257 p.
- Ph. Drew, *The law of maritime blockade: past, present, and future*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2017, xvii-168 p.
- D. Edwin, E. Stanley Lewis, *Naval blockades in peace and war: an economic history since 1750*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2012, x-453 p.
- Br. Elleman, S. Paine (éd.), *Naval blockades and seapower: strategies and counter-strategies, 1805-2005*, London Routledge, 2006, xx-319 p.
- J. Elsea, M. Weed, *Declarations of war and authorizations for the use of military force: historical background and legal implications*, Congressional research service, 2014, 107 p.
- P. Eltzbacher, *Totes und lebendes Völkerrecht*, München, Duncker & Humblot, 1916, iii-74 p.
- M. Fischbach, *Records of dispossession: Palestinian refugee property and the Arab-Israeli conflict*, New York, Columbia Univ. Press, 2003, xviii-467 p.
- Ch. D. Gibson, *Merchantman ? or ship of war : a synopsis of laws, U.S. State Department positions and practices which alter the peaceful character of U.S. merchant vessels in time of war*, Camden, Ensign Press, 1986, 214 p.
- K. Gomez, A. Gourgourinis, C. Titi, *International investment law and the law of armed conflict*, Cham, Springer, 2019, xviii-536 p.
- M. Greenspan, *The modern law of land warfare*, Berkeley, Univ. of California Press, 1959, xxiv-724 p.
- A. Gross, *The writing on the wall : rethinking the international law of occupation*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2017, xi-447 p.
- R. Grunawalt (éd.), *Targeting enemy merchant shipping*, Newport, Naval war college, 1993, xv-382 p.
- A. de Guttry, N. Ronzitti (éd.), *The Iran-Iraq war (1980-1988) and the law of naval warfare*, Cambridge, Grotius publ., 1993, xxiv-573 p.
- A. de Guttry, H. Post, G. Venturini (éd.), *The 1998-2000 war between Eritrea and Ethiopia: an international legal perspective*, La Haye, T. M.C. Asser Press, 2009, xxiv-526 p.
- E. Hackel, *Das Militärische Objekt*, Thèse, Würzburg, 1980, xxv-163 p.
- H. Hecker, E. Tomson, *Völkerrecht und Prisenrecht*, Frankfurt am Mai, Metzner, 1965 700 p.
- J. G. Helm, *Die Rechtsstellung der Zivilbevölkerung im Kriege in ihrer geschichtlichen Entwicklung: Ein Beitrag zur Geschichte des Völkerrechts*, Thèse, Frankfurt, 1957, 135 p.
- W. Heintschel von Heinegg, *Seekriegsrecht und Neutralität im Seekrieg*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, 637 p.
- E. Henry, *Le principe de nécessité militaire : histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2016, 827 p.
- M. Fink, *Maritime interception and the law of naval operations*, La Haye, Asser press, 2018, xvi-317 p.
- Y. Holzman-Gazit, *Land expropriation in Israel : law, culture and society*, Aldershot, Ashgate, 2007, 204 p.
- L. A. Ivanashchenko, *Blockade at sea and contemporary international law*, Seoul, International legal studies, Korea University, 1989, xi-119 p.
- A. Jachec-Neale, *The concept of military objectives in international law and targeting practice*, London, Routledge, 2015, xiv-294 p.
- I. King, *The legality of attacking war-sustaining economic objects*, Research report, Alabama, 2016, 55 p.
- N. Klein, *Maritime security and the law of the sea*, Oxford, Oxford University Press, 2011, xxvi-350 p.
- R. Kolb, S. Vité, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruxelles, Bruylant, 2009, vi-482 p.
- J. Kraska, R. Pedrozo, *International maritime security law*, Leiden, Nijhoff, 2013, xxi-939 p.
- W. T. Mallison, *Studies in the law of naval warfare: Submarines in General and limited wars*, US Naval war college, International law studies 1966, vol. LVIII, Washington 1968, 230 p.
- M. Mancini, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, xi-336 p.
- N. Melzer, *Targeted killing in international law*, Oxford, Oxford university press, 2008, liv-468 p.
- E. Mensching, *Luftkrieg und Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2022, pp.583.
- H. Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970, 418 p.

- L. Moffett, *Reparation options for the war in Ukraine*, Queen's Univ. Belfast, November 2022, 64 p.
- H. Mosler, *Proposals for an international code regulating the Handling of Property of enemy nationals*, Heidelberg, International Bar Association, 1956, 37 p.
- S. Murphy, W. Kidane, Th. Snider, *Litigating war: arbitration of civil injury by the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Oxford, Oxford University press, 2013, xxi-1038 p.
- K. Neri, *L'emploi de la force en mer*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 625 p.
- D. P. O'Connell, *The influence of law on sea power*, Manchester, Manchester University Press, 1975, xv-204 p.
- D. P. O'Connell, *The international law of the sea*, Oxford, Clarendon press, 1989, 2 vol., xxxiii-xxvi-1201.
- J. M. O'Connor, *Applying the law of targeting to the Modern Battlefield*, US General Counsel, Dept. of Defense, 28 nov. 2016, <https://www.justsecurity.org/34977/applying-law-targeting-modern-battlefield%E2%80%8E-full-speech-dod-general-counsel-jennifer-oconnor/>.
- J. D. Ohlin (éd.), *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, New York, Cambridge Univ. Press, 2016, xiii-402 p.
- T. M. Orford, *The Iran-Iraq War: recent developments in the international law of naval engagements*, Institute of marine law, Cape town, 1988, 165 p.
- R. Ottmüller, *Die Anwendung von Seekriegsrecht in militärischen Konflikten seit 1945*, Hamburg, Institut für internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg, 1978, xiii-375 p.
- V. Ouedraogo, *La protection des investissements en temps de conflits armés et de troubles internes*, Thèse, Genève, 2019, 317 p.
- E. Papastavridis, *The interception of vessels on the high seas*, Oxford, Hart publishing, 2013, xxxiii-367 p.
- J. Pictet (dir.), *Les conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire IV*, Comité international de la Croix Rouge, Genève, 729 p.,
- G. Politakis, *Modern aspects of the laws of naval warfare and maritime neutrality*, London, Kegan Paul, 1998, xvi-678 p.
- E. Rauch, *The protocol additional to the Geneva conventions for the protection of victims of international armed conflicts and the United Nations convention on the law of the sea: repercussions on the law of naval warfare*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, 165 p.
- K. Rodman, *Sanctions beyond borders: multinational corporations and U.S. economic statecraft*, Lanham, Rowman Publ., 2001, vii-263 p.
- N. Ronzitti, *Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*, RCADI, t. 242, 1993, pp. 9-196.
- N. T. Saito, *From Chinese exclusion to Guantánamo Bay: plenary power and the prerogative state*, Boulder, University press of Colorado, 2007, x-497 p.
- N. T. Saito, *Meeting the enemy: American exceptionalism and international law*, New York, New York university press, 2010, ix-374 p.
- Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987; xxxv-1625 p.
- U. Scheuner, *Das europäische Gleichgewicht und die britische Seeherrschaft*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1943, 104 p.
- D. Schindler, *Aspects contemporains de la neutralité*, RCADI, t. 121, 1967, pp. 221-321.
- S. Schlechte, *Luftkrieg gegen den Seehandel*, Hamburg, Hamburger Gesellschaft für Völkerrecht, 1968, v-231 p.
- J. Schmitt, *Die Zulässigkeit von Sperrgebieten im Seekrieg*, Hamburg, Forschungsstelle für Völkerrecht und Ausländisches Öffentliches Recht der Universität, 1966, 163 p.
- A. Schröder, *Das Angarierenrecht : die Beschlagnahme von Handelsschiffen im Kriege*, Hamburg, Forschungsstelle für Völkerrecht und Ausländisches Öffentliches Recht der Universität Hamburg, 1965, 124 p.
- R. Seeger, *Le statut personnel des étrangers ennemis et la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des civils*, Thèse, Université de Neuchâtel, 1958, 166 p.
- S. Sharma, *The Indo-Pakistan maritime conflict, 1965, a legal appraisal*, New Delhi, Institute of constitutional studies, 1970, 130 p.
- St. Silingardi, *Gli effetti giuridici della guerra sui rapporti economici e commerciali*, Torino, Giappichelli, 2012, xix-326 p.
- S. Sivakumaran, *The law of Non-international armed conflict*, Croydon, Oxford Univ. Press, 2012, xxxvii-657 p.
- E. Spetzler, *Luftkrieg und Menschlichkeit : die völkerrechtliche Stellung der Zivilpersonen im Luftkrieg*, Göttingen, Musterschmidt-Verlag, 1956, viii-451 p.
- Br. Stern (éd.), *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe : aspects de droit international public et de droit international privé*, Colloque CEDIN, Paris, Montchrestien, 1991, 502 p.
- N. Tracy, *Attack on maritime trade*, London, MacMillan, 1991, ix-277 p.

- N. Tracy, *Sea power and the control of trade, belligerent rights from the Russian war to the Beira Patrol, 1854-1970*, Aldershot, Ashgate, 2005, xxxix-557 p.
- R. Tucker, *The law of war and neutrality at sea*, Washington, U.S. government printing office, 1957, xiii-457 p.
- P. Urner, *Die Menschenrechte der Zivilpersonen im Krieg gemäß der Genfer Zivilkonvention von 1949*, Winterthur, P.G. Keller, 1956, xv-150.
- A. Vaudaux, *Blockade und Gegenblockade*, Zürich, Zürcher Studien zum internationalen Recht, 1948, 128 p.
- A. Veillon, *Die Auswirkungen des Prisensrechts auf die Neutralen*, Winterthur, Keller, 1959, xiii-162 p.
- G. Walker, *The tanker war; 1980-1988*, US Naval war college, international law studies, 2000, xiv-640 p.
- Wissenschaftlicher Dienst, Deutscher Bundestag, *Die Siedlungs- und Wohnungsbaupolitik der israelischen Regierungen seit 1967 in den besetzten Gebieten des Westjordanlandes und Ost-Jerusalem*, 7 juin 2017, 57 p.
- D. Wolf, *Die Unterscheidung zwischen militärischen und zivilen Objekten im Recht des internationalen Konflikts*, Thèse, Ruhr-Universität Bochum, 1980, 214-39 p.
- Q. Wright, *The role of international law in the elimination of war*, Manchester, Manchester University press, 1961, 119 p.

Articles, chapitres d'ouvrages et contributions dans des ouvrages collectifs.

- M. Ailincăi, « La justification devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, de pertes civiles ou de la destruction de biens civils par l'argument de nécessité militaire », dans Colloque de la SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, Paris, Pédone, 2007, p. 337-348
- A. Alexander, « The genesis of the civilian », *Leiden journal of international law*, 2007, vol. 20, pp. 359-376.
- D. Alland, « Israël/Turquie, Les question de droit international que la transaction relative à l'incident relative à l'incident du Mavi Marmara est venue clore », *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 2016/4 112.
- H. Almond, « An assessment of economic warfare: developments from the Persian Gulf », *Virginia journal of international law*, 1991, vol. 31, pp. 645-672.
- M. Ambühl, N. Meier, D. Thürer, « Verhandeln – aber wie? Drei Abkommen – was auf den russischen Überfall der Ukraine folgen könnte », *FAZ*, 19. Mai 2022
- P. D'Argent, J. D'Aspremont, « La commission des réclamations Érythrée/Éthiopie : un premier bilan », dans *AFDI*, vol. 53, 2007, pp. 347-396.
- P. Arnaud-Ameller, « De quelques blocus. Réflexions sur les blocus : quelques exemples de succès et d'échec aux XIXe et XXe siècles », *Guerres mondiales et conflits contemporains*, 2004, n. 214, pp. 7-27.
- (Anonyme), « Russische Yachten als Reparation? », *Badische Zeitung*, 23. Juni 2022, <https://www.badische-zeitung.de/russische-yachten-als-reparation-214234307.html>
- K. Bannelier, « Les effets des conflits armés sur les traités : et si la Convention de Vienne et le droit de la responsabilité suffisaient ? », dans *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 125-159
- R. Baxter, « The duty of obedience to the belligerent occupant », *British yearbook of international law*, 1950, pp. 235-259.
- R. Baxter, « The legal consequences of the unlawful use of force under the charter », *Proceedings of the American Society of International Law*, 1968, pp.68-83
- D. Bederman, « The feigned demise of prize », *Emory intern. Law review*, 1995, vol. 9, pp. 31-69.
- E. Benvenisti, « The origins of the concept of belligerent occupation », *Law & history review*, vol. 26, 2008, pp. 621-648J.
- E. Benvenisti, « The missing argument : the article that changed the course of history? », *AJIL Unbound*, vol. 111, 2017, pp.31-35
- R. Bindschedler, « Die Neutralität im modernen Völkerrecht », *ZaoeRV*, 1956-1957, pp. 1-37.
- R. Bindschedler, « Die Vereingten Nationen und das Kriegerrecht », pp. 78-87, dans VI. Ibler (éd.), *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haye, Nijhoff, 1968, xii-365 p.
- R. Bindschedler, « Frieden, Krieg und Neutralität im Völkerrecht der Gegenwart », pp. 27-49, dans J Tittel (éd.), *Multitudo legum ius unum : Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65. Geburtstag*, Berlin, Interrecht, 1973, 703 p.
- G. Bisharat, « Land, law, and legitimacy in Israel and the occupied territories », *American university law review*, vol. 43, 1994, pp. 468-561.
- B. A. Boczek, « Law of warfare at sea and neutrality: lessons from the Gulf War », *Ocean development and international law*, 1989, vol. 20, pp. 239-271.
- E. Bohm, « Targeting objects of economic interest in contemporary warfare », *Creighton international and comparative law journal*, 2015, vol. 6, pp. 74-84.
- M. Bothe, « Neutrality in naval warfare, what is left of traditional international law? », pp. 387-405, dans A. Delissen, G. Tanja (éd.), *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead : essays in honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, xxii-668 p.

- M. Bothe, « Neutrality at sea », pp. 205-211, dans I. Dekker, H. Post (éd.), *The Gulf War of 1980-1988 : the Iran-Iraq War in international legal perspective*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, xix-314 p.
- M. Bothe M., « Comments on the current state of international prize law », dans H. Post(éd.), *International economic law and armed conflict*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, 215 p., pp.35-38
- M. Bothe, « Targeting », *International law studies*, 2002, vol. 78, pp. 173-187.
- M. Bothe, « Neutrality in naval warfare. What is left of traditional international law? », dans Th. Marauhn, B. de Vries, *Legal restraints on the use of military force : collected essays by Michael Bothe*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021, xi-687 p., pp. 573-590.
- L. Braber, « Korematsu's ghost: a post-September 11th analysis of race and national security », *Villanova law review*, 2002, vol. 47, pp. 451-490.
- I. Braverman, « Powers of illegality: house demolitions and resistance in East Jerusalem », *Law & social inquiry*, vol. 32, 2007, pp.333-372.
- H. Bray, « SOI — Save our investments! International investment law and international humanitarian law », *Journal of world invest. & trade*, 2013, vol. 14, pp.578-594.
- L. Brilmayer, G. Chepiga, « Ownership or Use? Civilian property interests in international humanitarian law », *Harvard international law journal*, vol. 49, 2008, pp. 413-446.
- Th. Brown, « World War prize law applied in a limited war situation: Egyptian restrictions on neutral shipping with Israel », *Minnesota law review*, 1966, vol. 50, pp. 849-873.
- R. Buchan, « The Palmer report and the legality of Israel's naval blockade of Gaza », *International and comparative law quarterly*, 2012, p.264-273.
- O. Butkevych, « The operation of International treaties and contracts in the Event of armed conflict: problems reopened by Russian aggression against Ukraine », pp. 185-215, dans Sayapin S., Tsybulenko E.(éd.), *The use of force against Ukraine and international law*, Jus ad bellum, jus in bello, jus post bellum, The Hague, TMC Asser, 2018, xxvii-454 pp.
- C. Buys, « Notebohm's nightmare: have we exorcised the ghosts of WWII detention programs or do they still haunt Guantanamo? », *Chicago Kent journal of international and comparative law*, 2011, 1-73 p.
- M. Carroll, « The Israeli Demolition of Palestinian houses in the occupied territories: an analysis of its legality in international law », *Michigan journal of international law*, vol. 11, 1990, pp. 1195-1217.
- A. Carty, « The evolution of international legal scholarship in Germany during the Kaiserreich and the Weimarer Republik 1871-1933 », *German yearbook of international law*, 2007, vol. 50, pp. 29-90.
- A. Cassese, « Realism v. artificial theoretical constructs, remarks on Anzilotti's theory of war », *EJIL*, 1992, vol. 3, pp. 149-155.
- E. Castrén, « La protection juridique de la population civile dans la guerre moderne », *RGDIP*, 1955, pp. 121-136.
- E. Castrén, « Neutralität », *Archiv des Völkerrechts*, 1955, pp. 21-40.
- A. Cavaglieri, « Note critiche su la teoria dei mezzi coercitivi al difuori della guerra », *Rivista di diritto internazionale*, 1915, anno IX, pp. 23-49.
- G. Christie, « What constitutes a taking of property under international law? », *British yearbook of international law*, vol. 38, 1962, pp. 307-338.
- B. Cole, « Property and the law of belligerent occupation: a reexamination », *World affairs*, vol. 137, 1974, pp.66-85.
- D. Constantopoulos, « Der Abbruch der diplomatischen Beziehungen nach Ausbruch des Krieges », pp. 41-63, dans E. Brühl et a. (éd.), *Internationalrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen : Festschrift für Walter Schätzel zu seinem 70. Geburtstag*, Düsseldorf, Hermes, 1960, xvi-566 p.
- J. W. Crawford, « The law of noncombatant immunity and the targeting of national electric power systems », *Fletcher Forum of world affairs*, 1997, vol. 21, pp. 101-119.
- S. Craze, « When does war end? Armistice and the prize courts of the twentieth century », *International journal of maritime history*, 2019, vol. 31, pp. 120-136.
- Fr. Crouzet, « Puissance maritime et blocus », pp.467-477, dans Chr. Buchet, J. Meyer, J. P. Poussou, *La puissance maritime : actes du colloque international tenu à l'Institut Catholique de Paris (13-15 décembre 2001)*, Paris, Presses de l'université Paris-Sorbonne, 2004, 657 p.
- D. Cumin, « La guerre maritime et aérienne et au-delà de Carl Schmitt », *Stratégique*, 2009, pp. 595-611.
- Y. Dinstein, « Neutrality in sea warfare », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 1982, vol. 4, pp. 19-28.
- Y. Dinstein, « Sea warfare », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 1982, vol. 4, pp. 201-212.
- Y. Dinstein, « Legitimate military objectives under the current jus in bello », *Israel Yearbook on Human Rights*, 2001, vol. 31, pp. 1-34.
- Y. Dinstein, « Legitimate military objectives under the current jus in bello », *International law studies*, 2002, vol. 78, pp. 139-172.
- L. Doswald-Beck, « The San Remo Manual on International Law applicable to armed conflicts at sea », *AJIL*, 1995, pp.192-208.

- L. Dudley, « Until we achieve universal peace: implications of the International Law Commission's Draft Articles on the "Effects of armed conflict on Treaties" », *American University National Security Law Brief*, 2016, vol. 6, pp. 13-36.
- J. von Elbe, « The evolution of the concept of the just war in international law », *AJIL*, 1939, vol. 33, pp. 665-688.
- W. Ellis, « The exemption of the private property of the enemy from capture in a maritime war, a theory of international law », *The American law register and review*, 1985, vol. 43, pp. 313-321.
- J. Engel, « Der Wandel in der Bedeutung des Krieges im 19 und 20 Jahrhundert », *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht*, 1968, 19 Jahrgang, pp. 468-486.
- V. Epping, « Die Entwicklung und Bedeutung des Kriegsbegriffs für das Völkerrecht », *Humanitäres Völkerrecht*, 1991, Jahrgang 4, pp. 99-106.
- J. Farrant, « Modern maritime neutrality law », *International law studies*, 2014, vol. 90, pp. 198-307.
- Br. Farrell, « Israeli Demolition of Palestinian houses as a punitive measure: application of international law to Regulation », *Brooklyn journal of international law*, 2003, vol. 28, pp. 871-936.
- B. Fassbender, « Stories of war and peace on writing the history of international law in the Third Reich and after », *EJIL*, 2012, vol. 13, pp. 479-512.
- W. J. Fenrick, « Legal aspects of targeting in the law of naval warfare », *Canadian yearbook of international law*, 1991, vol. 29, pp. 238-282.
- W. J. Fenrick, « Military objectives in the law of naval warfare », pp. 1-45, dans W. Heintschel von Heinegg (éd.), *The military objective and the principle of distinction in the law of naval warfare*, Bochum, Brockmeyer, 1991, 177 p.
- W. J. Fenrick, « The merchant vessel as legitimate target in the law of naval warfare », pp. 425-443, dans A. Delissen, G. Tanja (éd.), *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead : essays in honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, xxii-668 p.
- W. J. Fenrick, « The exclusion zone device in the law of naval warfare », *Canadian yearbook of intern. Law*, 1986, vol. 24, pp. 91-126.
- B. Ferrand, « Quels fondements juridiques aux embargos et blocus aux confins des XXème et XXIème siècles », pp. 55-80, dans *Guerres mondiales et conflits contemporains*, *Revue d'histoire*, 2004, n. 214.
- J. L. Fillon, « À propos du Conseil des prises et de la déclaration de guerre, étude sur l'obsolescence du droit de la guerre navale », *La revue maritime*, mars 2020, pp. 126-133.
- M. Fink, « Contemporary view on the lawfulness of naval blockades », *Aegean sea law review*, 2011, pp. 191-215.
- M. Fink, « Naval blockade and the humanitarian crisis in Yemen », *Netherlands international law review*, 2017, version numérique.
- M. Flink, « Naval blockade and the Russia -Ukraine Conflict », *Netherlands international law review*, 2022, p.411-437.
- D. Fleck, « Strategic bombing and the definition of military objectives », *Israel Yearbook on Human rights*, 1997, vol. 27, pp. 41-64.
- G. Forman, A. Kedar, « From Arab land to `Israel Lands': the legal dispossession of the Palestinians displaced by Israel in the wake of 1948, Environment and Planning », *Society and Space*, 2004, vol. 22, pp.809-830.
- M. Fraunces, « The international law of blockade: new guiding principles in contemporary state practice », *The Yale law journal*, 1992, vol.101, pp. 893-918.
- Fr. Freidel, « General orders 100 and military government », *Mississippi valley historical review*, vol. 32, 1946, pp. 541-556.
- M. Frostad, « Naval blockade », *Arctic review on law and politics*, 2018, vol. 9, pp. 195-225.
- J. Gathil, « Commerce, conquest and wartime confiscation », *Brooklyn journal of international law*, 2006, vol. 31, pp. 709-739.
- M. Gavouneli, « Neutrality – a survivor? », *EJIL*, 2012, vol. 23, pp. 267-273.
- R. W. Gehring, « Protection of civilian infrastructures », *Law and contemporary problems*, 1978, vol. 42, pp. 86-139.
- N. Gioia, N. Ronzitti, « The law of neutrality: third states' commercial rights and duties », pp. 221-242, dans I. Dekker, H. Post (éd.), *The Gulf War of 1980-1988 : the Iran-Iraq War in international legal perspective*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, xix-314 p.
- C. Giorgetti, M. Kliuchkovskiy, M. Pearsall, « Launching an International Claims Commission for Ukraine », *EJIL:Talk!*, 20 Mai 2022
- R. Goodman, « The Obama administration and Targeting "war-sustaining" objects in non-international armed conflict », *AJIL*, 2016, vol. 110, pp.663-679.
- M. Gounelle, « L'identification des navires en situation internationale de crise », pp. 211-227, SFDI, *Le navire en droit international : colloque de Toulon*, Paris, Pedone, 1992 246 p.
- L. C. Green, « Armed conflict, war, and self-defense », *Archiv des Völkerrechts*, 1957, pp. 387-438
- C. Greenwood, « The relationship between *ius ad bellum* and *ius in bello* », *Review of international studies*, 1983, pp.221-234

- Chr. Greenwood, « The concept of war in modern international law », *International & Comparative Law Quarterly*, 1987, vol. 36, pp. 283-306.
- Chr. Greenwood « Self-defence and the conduct of international armed conflict », pp.273-288, Dinstein (éd.), *International law at a time of perplexity, essays in honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989, xxxiii-1056 p.
- Chr. Greenwood, « The effects of the United Nations Charter on the law of naval warfare », pp. 133-176, dans W. Heintschel von Heinegg (éd.), *Visit, search, diversion and capture: the effect of the United Nations on the law of naval warfare*, Roundtable, Bergen 1991, Brockmeyer, 1995, 210 p.
- L. Gross, « Passage through the Suez Canal of Israel-Bound Cargo and Israel Ships », *AJIL*, 1957, pp.530-568.
- P. Haggemacher, « On the doctrinal origins of Jus in bello: from rights of war to the laws of war », pp. 325-358, dans Th. Marauhn, H. Steiger, *Universality and continuity in international law*, La Haye, Eleven international pub., 2011, 527 p.
- St. Haines, « War at sea: Nineteenth-century law for twenty-first-century wars? », *ICRC*, 2017, pp. 419-447.
- St. Haines, Cr. J. Martin, « Prize courts : their continuing relevance », D. Stephens, Stubbs M. (éd.), *The law of naval warfare*, Sydney, Lexis/nexis, 2019.
- A. Hamann, « Le statut juridique de la déclaration de guerre », *Jus politicum*, n. 15, 2016, pp. 1-39.
- J. Harris, Y. Harris, « The awakening of the English Naval prize act 1864 by the Haifa Maritime court », www.lawships.com.
- R. Sh. Hartigan, « Noncombatant immunity: reflections on its origins and present status », *The review of politics*, 1967, vol. 29, pp. 204-220.
- W. Heintschel von Heinegg, « Visit, search, diversion and capture in naval warfare, part 1, the traditional law », *Canadian yearbook of international law*, 1992, vol. 29, pp. 283-329.
- W. Heintschel von Heinegg, « Visit, search, diversion and capture in naval warfare, part 2, developments since 1945 », *Canadian yearbook of international law*, 1992, vol. 30, pp. 89-136.
- W. Heintschel von Heinegg, « The current state of international prize law », dans H. Post(éd.), *International economic law and armed conflict*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, 215 p., pp. 4-34.
- W. Heintschel von Heinegg, « Visit, search, diversion and capture, conditions of applicability », pp. 1- 92 dans W. Heintschel von Heinegg (éd.), *Visit, search, diversion and capture: the effect of the United Nations on the law of naval warfare*, Roundtable, Bergen 1991, Brockmeyer, 1995, 210 p.
- W. Heintschel von Heinegg, « Naval blockade », *International law studies*, 2000, vol. 75, pp. 203-230.
- W. Heintschel von Heinegg, « The protection of navigation in case of armed conflict », *The international journal of marine and coastal law*, 2003, vol. 18, pp. 401-422.
- W. Heintschel von Heinegg, « Current legal issues in maritime operations: maritime interception operations in the global war on terrorism, exclusion zones, hospital ships and maritime neutrality », *International law studies*, 2006, vol. 80, pp. 207-233.
- W. Heintschel von Heinegg, « Seekriegs- und Neutralitätsrecht », pp. 542-589, dans W. G. Vitzthum (éd.), *Handbuch des Seerechts*, München, Beck, 2006, xxix-640 p.
- W. Heintschel von Heinegg, « The current state of the law of naval warfare: a fresh look at the San Remo Manual », *International law studies*, 2006, vol. 82, pp. 269-296.
- W. Heintschel von Heinegg, « International economic relations and armed conflict », pp. 371-387, dans A. de Guttry, H. Post, G. Venturini (éd.), *The 1998-2000 war between Eritrea and Ethiopia: an international legal perspective*, La Haye, T. M.C. Asser Press, 2009, xxiv-526 p.
- W. Heintschel von Heinegg, « Über die Relativität des Schutzes von Privateigentum im internationalen bewaffneten Konflikt am Beispiel der Seeblockade », pp. 145-165, dans F. J. Peine, A. von Brünneck, H. A. Wolff, *Nachdenken über Eigentum*, Baden-Baden, Nomos, 2011, 532 p.
- W. Heintschel von Heinegg, « Blockade », *Max Planck Encyclopedia of Public international law*, version numérique, 2015.
- W. Heintschel von Heinegg, « The difficulties of conflict classification at sea: Distinguishing incidents at sea from hostilities », *International Review of the Red Cross*, 2016, pp.449-464.
- J. M. Henckaerts, « Etude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *Revue internationale de la croix Rouge*, 2005, vol. 87, pp. 289-330.
- G. I. Hernandez, « The interaction between investment law and the law of armed conflict in the interpretation of full protection and security clauses », pp. 21-50, dans F. Baetens, *Investment law within international law : integrationist perspectives*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2013, lii-514 p.
- R. De Himanil, « A unified understanding of ship nationality in peace and war », *AJIL*, 2022, p.731-739.
- K. Hirober, « Waiver of war claims in Japan problems relating to article 19a of the Treaty of Peace with Japan », *Japanese annuary of international law*, 1978, p.38-53.
- St. Hobe, J. Fuhrmann, « Vom ius in bello zum ius contra bellum: Der Beitrag der Zweiten Haager Friedenskonferenz zur Entwicklung des modernen Völkerrechts », *Die Friedens-Warte*, 2007, vol. 82, pp. 97-117.
- M. Huber, « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de la Haye relatives à la guerre », *Revue internationale de la Croix rouge*, 1955, pp. 417-433.

- A. Hudson, « Effect on commercial law of non-declaration of war », pp. 294-306, dans P. J. Rowe, *The Gulf War 1990-1991 in international and English law*, London, Routledge, 1993, xiv-463 p.
- D. R. Humphrey, « Belligerent interdiction of neutral shipping in international armed conflict », *Journal of armed conflict law*, 1997, vol. 2, pp. 23-44.
- P. A. Janssens, « Quid iuris du blocus maritime de Gaza ? », *Annuaire de droit maritime et océanique*, 2015, tome XXXIII, pp. 103-156.
- M. Jenkins, « Air attacks on neutral shipping in the Persian Gulf: the legality of the Iraqi exclusion zone and Iranian reprisals », *Boston college international and comparative law review*, 1985, vol. 8, pp. 517-549.
- Ph. Jessup, « Should international law recognize an intermediate status between peace and war? », *AJIL*, 1954, vol. 48, pp. 98-103.
- B. Jia, « Protected property and its protection in international humanitarian law », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp.131-154.
- Th. D. Jones, « The international law of maritime blockade- a measure of naval economic interdiction », *Howard law journal*, 1983, vol. 26, pp. 759-779.
- F. Kalshoven, « Enemy merchant vessels as legitimate military objectives », dans *Reflections on the law of war*, Leiden Boston, Nijhoff, 2007, 1115 p., pp.567-574
- R. Katzir, S. Fikhman, « Prize law and the unique nature of the law of naval warfare : comments on recent Israeli Jurisprudence », *Israel yearbook on Human Rights*, 2023, p.197-218.
- W. Kennedy, « Some points in the law of blockade », *Journal of the Society of comparative legislation*, 1908, vol. 9, pp. 239-251.
- I. Kennedy, « Practice makes custom: a closer look at the traditional law of naval blockade », *University of Toronto faculty of law review*, 2012, vol. 70, pp. 10-35.
- R. Kolb, « Military objectives in international humanitarian law », *Leiden journal of international law*, 2015, vol. 28, pp. 691-700.
- W. Kolvenbach, « Die Behandlung des feindlichen Privatvermögens in den USA », pp. 413-443, dans *Festschrift für Ernst C. Stiefel zum 80. Geburtstag*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, xx-892 p.
- J. Kraska, « Prize law », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version numérique, 2009.
- J. Kraska, « Rule selection in the case of Israel's naval blockade of Gaza: law of naval warfare or law of the Sea? », *Yearbook of international humanitarian law*, 2010, vol. 13, pp. 367-396.
- J. Kraska, « Neutral State access to Ukraine's Food exports », *International law studies*, 2022, pp. 549-558.
- J. Kraska, « Ukraine Symposium, the attack on the Vasily Bekh and targeting logistics ships », 11 juillet 2022, <https://lieber.westpoint.edu/attack-vasily-bekh-targeting-logistics-ships/>
- A. Kuhn, « Should international law recognize an intermediate status between peace and war? », *AJIL*, 1954, vol. 48, pp. 98-129.
- J. Kunz, « The chaotic status of the laws of war and the urgent necessity for their revision », *AJIL*, 1951, vol. 45, pp. 37-61.
- J. Kunz, « The laws of war », *AJIL*, 1956, vol. 50, pp. 313-337.
- K. H. Kunzmann, « Militärisches Objekt und unverteidigte Stadt », *Military law review*, 1965, vol. 4, pp. 103-131.
- P. J. Kwest, « Maritime law enforcement and the use of force », *Journal of conflict and security law*, 2008, vol. 13, pp. 49-91.
- J. Lahav, « Summary of recent cases of the courts of Israel relating to prize law and Israel's naval blockade of the Gaza strip », *Israel yearbook on human rights*, 2020, p.373-447.
- R. Lagoni, « Gewaltverbot, Seekriegsrecht und Schifffahrtsfreiheit im Golfkrieg », pp. 1833-1867, dans W. Fürst (éd.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin, De Gruyter, 1987, xix-1999 p.
- M. Lattimer, « Can incidental starvation of civilians be unlawful under IHL? », *Ejiltalk*, 26 mars 2019.
- H. Lauterpacht, « The problem of revision of the law of war », *British yearbook of international law*, 1952, pp. 360-382.
- H. Lauterpacht, « The limits of the operation of the law of war », *British Yearbook of international law*, 1953, p.206-243.
- H. Lauterpacht, « Rules of warfare in an unlawful war », pp.89-113 dans H. Kelsen, G. Lipsky (éd.), *Law and politics in the world community, essays on Hans Kelsen's pure theory and related problems in international law*, University of California Press, Berkeley, 1953, xx-373 p
- E. Lauterpacht, « The Hague Regulations and the Seizure of Munitions de Guerre », *British yearbook of international law*, 1955-1956, pp.218-243.
- E. Lauterpacht, « The contemporary practice of the United Kingdom in the field of international law: survey and comment », *International & comparative law quarterly*, 1957, pp.126-156.
- E. Lauterpacht, « The legal irrelevance of the "state of war" », *Proceedings of the American society of international law*, 1968, vol. 62, pp. 58-68.

- R. Leckow, « The Iran-Iraq Conflict in the Gulf : the law of war zones », *International and comparative law quarterly*, 1987, p.629-644.
- H. Levie, « The Falkland Islands Crisis and the laws of war », dans A. Coll, A. Arend, *The Falklands War : lessons for strategy, diplomacy, and international law*, Boston, Allen & Unwin, 1985, xiv-252 p., pp.63-78.
- L. Loukaides, « The protection of the right to property in occupied territories », *International comparative law quarterly*, 2004, vol. 53, pp. 677-690.
- V. Lowe, A. Tzanakopoulos, « Economic warfare », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version numérique, 2013.
- V. Lowe, A. Tzanakopoulos, « Ships, visit and search », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version numérique, 2013.
- H. Lynch, « Strategic imperatives: economic warfare at sea », *International law studies*, 1993, vol. 65, pp. 249-336.
- W. T. Mallison, S. V. Mallison, « Naval targeting : lawful objects of attack », *International law studies*, 1991, vol. 64, pp. 241-299.
- Chr. McMahon, « Maritime trade warfare : a strategy for the twenty-first century? », *Naval war college review*, 2017, vol. 70, pp. 14-38.
- T. Meisels, « Economic warfare, the case of Gaza », *Journal of military ethics*, 2011, vol. 10, pp. 94-109.
- D. Melson, « Targeting war-sustaining capability at sea: compatibility with Additional Protocol I », *The army lawyer*, 2009, pp. 44-54.
- R. Merkel, « Verhandeln heißt nicht kapitulieren », *FAZ*, 28 décembre 2022, p. 12.
- J. Meyer, « Tearing down the façade: a critical look at the current law on targeting the will of the enemy and air force doctrine », *The air force law review*, 2001, vol. 51, pp. 143-182.
- F. Meyer, « Russian Elites, Proxies, and Oligarchs – Make them Pay! » », *Verfassungsblog on constitutional matters*, 24. Juni 2022, <https://verfassungsblog.de/make-them-pay/>
- H. Meyrowitz, « Le droit de la guerre et les droits de l’homme », *Revue du droit public et de la science politique*, 1972, pp. 1059-1105.
- H. Meyrowitz, « Le bombardement stratégique d’après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », *ZaoeRV*, 1981, vol. 41, pp. 1-68.
- H. Meyrowitz, « Une révolution inaperçue : l’article 49, 2, du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1981, pp. 29-57.
- H. Meyrowitz, « Buts de guerre et objectifs militaires », *Military law & law of war review*, 1983, vol. 22, pp. 93-115.
- H. Meyrowitz, « Réflexions sur le fondement du droit de la guerre », pp. 419-431, dans Chr. Swinarski (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, La Haye, Nijhoff, 1984.
- H. Meyrowitz, « Le protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949 et le droit de la guerre maritime », *RGDIP*, 1985, pp. 243-298.
- H. Meyrowitz, « La guerre du Golfe et le droit des conflits armés », *RGDIP*, 1992, tome 96, pp. 551—601.
- Chr. Michaelsen, « Maritime exclusion zones in times of armed conflict at sea: legal controversies still unresolved », *Journal of conflict & security law*, 2003, vol. 8, pp. 363-390.
- M. Milanovic, « ECtHR Grand Chamber declares admissible the case of Ukraine v. Russia re Crimea », *EJIL: talk*, 15 janvier 2021
- H. Mosler, « Die Kriegshandlung im rechtswidrigen Kriege », *Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentliches Recht*, 1948, pp. 335-357.
- H. Münkler, « Wer im Westen den Krieg wirklich beenden will, muss politische Risiken eingehen », *Der Spiegel*, 24 février 2023.
- H. Münkler, « Wie beendet man einen Erschöpfungskrieg ? », *Der Spiegel*, 25 février 2023, p. 110-111.
- A. De Nanteuil A., « Le statut des traités de protection des investissements signés par l’Ukraine depuis l’invasion du 24 février 2022 », *RGDIP*, 2023, p.99-210.
- D. P. O’Connell, « International law and contemporary naval operations », *British yearbook of international law*, 1970 vol. 44, pp. 19-85.
- B. Oxman, « Le régime des navires de guerre dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », *AFDI*, 1982 vol. 28, pp. 811-850.
- M. L. Padelletti, « Le misure economiche britanniche nei confronti dell’Argentina », pp. 313-342, dans N. Ronzitti (éd.), *La Questione delle Falkland-Malvinas nel diritto internazionale*, Milano, Guiffre, 1984, xvii-464 p.
- E. Papastavridis, « The right of visit on the high seas in a theoretical perspective: mare liberum versus mare clausum revisited », *Leiden Journal of international law*, 2011, vol. 24, pp. 45-69.
- H. Parks, « The protection of civilians from air warfare », *Israel yearbook on human rights*, 1998, vol. 27, pp. 65-111.

- J. Paust, « War and enemy status after 9/11: attacks on the laws of war », *Yale journal of international law*, 2003, vol. 28, pp. 325-335.
- D. Peifer, « Maritime commerce warfare, the coercive response of the weak? », *Naval war college review*, 2013, vol. 66, pp. 83-109.
- B. Perabo, « The proportionate treatment of enemy subjects: a reformulation of the principle of discrimination », *Journal of military ethics*, 2008, vol. 7, pp. 136-156.
- Pezard, Commandant, « Intervention », pp. 229-231, dans SFDI, *Le navire en droit international : colloque de Toulon*, Paris, Pedone, 1992 246 p.
- F. Pocar, « Missile warfare and exclusion zones in naval warfare », *Israel Yearbook on human rights*, 1998, vol. 27, pp. 215-224.
- A. Pronto, « The effect of war on law – what happens to their treaties when states go to war? », *Cambridge journal of international and comparative law*, 2013, pp. 227-241.
- J. Rabkin, « Anglo-american dissent from the European law of war: a history with contemporary echoes », *San Diego international law journal*, 2014, vol. 16, pp. 1-72.
- Redress Implementing the Right to Reparation: Confiscation of the assets of oligarchs and human rights abusers for the benefit of victims, March 2022 <https://redress.org/wp-content/uploads/2022/03/2022.03.08-Reparations-Briefing-Economic-Crime-Bill.pdf>
- Ch. Reicin, « Preventive detention, curfews, demolition of houses, and deportations: An analysis of measures employed by Israel in the administered territories », *Cardozo Law Review*, 1987, vol. 8, pp. 515-558.
- A. Roach, Chr. Greenwood, R. Lagoni, Th. Meron, « Missiles on target : the law of targeting and the tanker war », *Proceedings of the annual meeting, American society of international law*, 1988, vol. 82, pp. 154-169.
- A. Roach, « The law of naval warfare at the turn of two centuries », *AJIL*, 2000, vol. 94, pp. 64-77.
- A. Roach, « Legal aspects of modern submarine warfare », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2002, vol. 6, pp. 367-385.
- A. Roberts, « Prolonged military occupation, the Israeli-occupied territories since 1967 », pp.25-85, dans Playfair E. (éd.), *International law and the administration of occupied territories, two decades of Israeli occupation*, Oxford, Clarendon, 1992, xxxvii-534 p.
- H. Robertson, « Interdiction of Iraqi maritime commerce in the 1990-1991 Persian Gulf conflict », *Ocean development and international law*, 1991, vol. 22, pp. 289-299.
- H. Robertson, « The principle of the military objective in the law of armed conflict », *Journal of legal studies*, 1997, pp.35-70
- N. Ronzitti, « La guerre du Golfe, le déminage et la circulation des navires », *AFDI*, 1987, vol. 33, pp. 647-662.
- N. Ronzitti, « The crisis of the traditional law regulating international armed conflicts at sea and the need for its revision », pp.1-59, dans Ronzitti N.(éd.), *The law of naval warfare : A Collection of Agreements and Documents With Commentaries*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988
- N. Ronzitti, « E la teoria dello stato di guerra ancora rilevante per la disciplina dei conflitti armati internazionali ? », pp. 241-251, dans G. Badiali (éd.), *Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Gialdino*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1991, 1064 p.
- N. Ronzitti, « Civilian population in armed conflict », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version numérique, 2010.
- Ch. Rousseau, « Irak et Iran, évolution du différend armé entre les deux Etats du 1^{er} août au 41 décembre 1985 », *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 1986, pp. 232-233.
- Ch. Rousseau, « Irak et Iran, évolution du différend armé entre les deux Etats du 1^{er} juin au 31 décembre 1986 », *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 1987, pp. 138-139.
- Ch. Rousseau, « Irak et Koweït, évolution de la crise du golfe persique entre le 1^{er} octobre et le 31 décembre 1990 », *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 1991, pp. 149-153.
- Fr. Russo, « Neutrality at sea in transition: state practice in the Gulf war as emerging international customary law », *Ocean development and international law*, 1988, vol. 19, pp. 381-399.
- Fr. Russo, « Targeting theory in the law of naval warfare », *Naval law review*, 1992, vol. 40, pp. 1-43.
- F. V. Russo, « Targeting theory in the law of armed conflict at sea: the merchant vessel as military objective in the tanker war », pp. 513-193, dans I. Dekker, H. Post (éd.), *The Gulf War of 1980-1988 : the Iran-Iraq War in international legal perspective*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, xix-314 p.
- Safwat Bey, « The Egyptian prize court », *Revue égyptienne de droit international*, 1949, pp.28-35.
- N. T. Saito, « The plenary power doctrine: subverting human rights in the name of sovereignty », *Catholic university law review*, 2002, vol. 51, pp. 1115-1176.
- Y. Sandoz, « La notion d'objectif militaire et les cibles duales », pp. 415-451, dans V. Chetail, *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013, xi-683 p.

- A. Sanger, « The contemporary law of blockade and the Gaza Freedom flotilla », *Yearbook of international humanitarian law*, 2010, vol. 13, pp. 397-338.
- M. Sassoli, « Legitimate targets of attacks under international humanitarian law », *International humanitarian law research initiative*, 2003, pp. 1-10.
- Chr. Schaller, « Contraband », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version numérique, 2015
- W. Schätzel, « Agressionskrieg und Haager Kriegsrecht », *NordiskTidsskrift for international Ret*, 1954, pp.17-31.
- D. Scheffer, « Beyond occupation law », *AJIL*, 2003, vol. 97, pp. 842-860.
- U. Scheuner, « Konterbanderecht », pp. 290-293, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- T.S. Schiller, « The Gulf war and shipping : recent developments », pp.109-127, dans B.A. Parritt (éd.), *Violence at sea*, Paris, ICC Publishing, 1986, p.261.
- D. Schindler, « Übergangsformen zwischen Krieg und Frieden », *Schweizer Monatshefte : Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur*, 1960-1961, Jahrgang 40, pp. 113-124.
- D. Schindler, « Der “Kriegszustand” im Völkerrecht der Gegenwart », pp. 555-576, dans H. Kipp., Fr. Mayer, A. Steinkamm, *Um Recht und Freiheit : Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte*, Berlin : Duncker und Humblot, cop. 1977, 1 vol. xvi-774 p.
- D. Schindler, « Transformations in the law of neutrality since 1945 », pp. 367-386, dans A. Delissen, G. Tanja (éd.), *Humanitarian law of armed conflict challenges ahead : essays in honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, xxii-668 p.
- M. N. Schmitt, « Aerial blockades in historical, legal, and practical perspective », pp. 209-282, dans M. N. Schmitt, *Essays on law and war at the fault lines*, The Hague, T. M. C. Asser press, 2012, xii-637 p.
- Chr. Schreuer, « The protection of investments in armed conflict », pp.3-20, dans F. Baetens, *Investment law within international law : integrationist perspectives*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2013, lii-514 p
- N. Schultz, « Was the War on Iraq Illegal? – The German Federal Administrative Court’s Judgment of 21st June 2005 », *German Law Journal*, 2005, Band 7, p.25-34.
- M. Schulz, « Prize Law and Contraband in Modern Naval Warfare », pp. 211-244, dans J. Schildknecht, R. Dickey, M. Fink, L. Ferris, *Operational law in international straits*, Cham, Springer, 2018, vi-289 p.
- (auteur anonyme) « Sequestration of enemy property in Egypt », *Revue égyptienne de droit international*, 1958, vol. 14, pp. 137-153.
- M. Sersic, « Neutrality in international armed conflicts at sea », pp. 583-593, dans B. Vukas ; Trp. Sosic, *International law : new actors, new concepts, continuing dilemmas : liber amicorum Božidar Bakotić*, Leiden, Nijhoff, 2010 xiv-614 p.
- E. Shamir-Borer, « The revival of prize law, an introduction to the summary of recent cases of the prize court in Israel », *Israel yearbook on human rights*, 2020, p.349-371.
- Ch. Rousseau, « Irak et Iran, évolution du différend armé entre les deux Etats du 1^{er} janvier au 15 mai 1986 », *Chroniques des faits internationaux, RGDIP*, 1986, pp. 677-679.
- H. Shue, D. Wippman, « Limitating attacks on dual-use facilities performing indispensable civilian functions », *Cornell international law journal*, 2002, Vol. 35, pp. 559-579.
- G. Sidak, War, « Liberty and enemy aliens », *New York university law review*, 1992, vol. 67, pp. 1402-1431.
- D. Simon, « The demolition of homes in the Israeli occupied territories », *Yale law journal of international law*, 1994, vol. 19, pp. 1-79.
- S. Sivakumaran, « Exclusion zones in the law of armed conflict at sea: evolution in law and practice », *International law studies*, 2016, vol. 92, pp. 153-203.
- R. W. Smith, « The Q-Ship, cause and effect », *US Naval Institute Proceedings*, May 1953, v. 79, pp. 532-541.
- W. Solf, « Ships, visit and search », *Max Planck encyclopedia of international law*, 1982, vol. 4, pp.224-227.
- D. Steiger, « Civilian objects », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version numérique, 2011.
- P. Stejskal, « Potential effect of the law of belligerent occupation on the applicability of investment treaties in occupied territories », *International community law review*, 2018, vol. 18, pp. 152-169.
- P. Strasser, « Es gibt keine Pflicht der Ukraine zu einem Friedenskompromiss », *Neue Zürcher Zeitung*, du 30/12/2022
- I. Tabacinic, « The enemy-property doctrine: a double whammy », *Miami Law review*, 2008, vol. 62, pp. 601-624.
- B. Tan Zhi Peng, « The international law Commission’s draft articles on the effects of armed conflicts on treaties: evaluating the applicability of impossibility of performance and fundamental change », *Asian journal of international law*, 2013, vol. 3, pp. 51-76.
- (Auteur anonyme) « The Persian/ Arabian Gulf tanker war: international law or international chaos », *Ocean development and international law*, 1988, vol. 19, pp. 299-321.
- J.-M. Thouvenin, « Garantissons que la Russie paiera la reconstruction de l’Ukraine », *Le Monde*, 2 mai 2022.

- Chr. Tomuschat, « Protection of private property », pp. 1515-1573, dans A. Clapham, P. Gaeta, M. Sassoli, *The 1949 Geneva Convention : a commentary*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2015, xcix-1651 p.
- J. Trappe, « On the jurisdiction of the Egyptian prize court », 1948-1960, *Revue égyptienne de droit international*, 1960, pp.60-74.
- L. Trigeaud, « Les effets des conflits armés sur les traités suivant le projet d'articles de la Commission du droit international », *RGDIP*, 2012, pp.845-869.
- R. Tucker, « The interpretation of war under present international law », *The international law quarterly*, 1951, vol. 4, pp. 11-38.
- M. Ubéda Saillard, « Les moyens d'action autorisés », pp. 962-987, dans M. Forteau, J. M. Thouvenin, T. Treves (éd.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p.
- United States, Department of State Memorandum of Law, « Israel's Right to develop New oil fields in the Sinai and the Gulf of Suez », *International legal materials*, 1977, vol.16, pp. 733-753.
- R. Vernon, « Punishing collectives: states of nations? », pp. 287-306, dans T. Isaacs, R. Vernon, *Accountability for collective wrongdoing*, Cambridge, Cambridge University press, 2011, 310 p.
- St. Vladeck, « Enemy aliens, enemy property, and access to the Courts », *Lewis & Clark law review*, 2007, vol. 11, pp. 963-996.
- O. Vodiannikov, « Compensation Mechanism for Ukraine: An Option for Multilateral Action », *OpinioJuris*, 13. Mai 2002.
- M. Voelckel, « Les nouvelles instructions navales françaises sur l'application du droit international en cas de guerre », *AFDI*, 1964, pp.818-837.
- M. Voelckel, « Faut-il encore déclarer la guerre ? », *AFDI*, 1991, vol. 37, pp. 7-24.
- M. Voelckel, « Le navire et les situations internationales de crise », pp. 183-210, dans SFDI, *Le navire en droit international : colloque de Toulon*, Paris, Pedone, 1992 246 p.
- M. Wachenfeld, « Reflagging kuwaiti tankers: a US response in the Persian Gulf », *Duke Law Journal*, 1988, p.174-202.
- P. Wrange, « Neutrality, impartiality and our responsibility to uphold international law », pp. 273-292, dans O. Engdahl, P. Wrange, *Law at war, liber amicorum Ove Bring*, Leiden, Nijhoff, 2008, xi-325 p.
- K. Watkin, « Targeting „Islamic state“ oil facilities », *International law studies*, 2014, vol. 90, pp. 499-513.
- L. Weber, « Blockade », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1982, pp. 47-51.
- C. Weinberger, « A report to the Congress on Security Arrangements in the Persian-Gulf », *International legal materials*, September 1987, vol. 26, n. 5, p.1422-1487.
- M. Weller, « Ukraine Options Paper : A Russia-Ukraine claims commission after the armed conflict », *Lauterpacht centre for international law*, note présentée, mars 2022, pp.1-12.
- Chr. Wilke, « Law's enemies: enemy concepts in US Supreme court decisions », *Studies in law, politics and society*, 2007, vol. 40, pp. 41-77.
- W. Williams, « Neutrality in modern armed conflicts: a survey of the developing law », *Military law review*, 1980, vol. 90, pp. 10-48.
- W. Williams, « The freedom of civilians of enemy nationality to depart from territory controlled by a hostile belligerent », *Military law review*, 1983, vol. 100, pp. 135-152.
- Wissenschaftlicher Dienst des deutschen Bundestages, WD 2-3000-175/07, « Die völkerrechtliche Definition von Krieg », 5 p.
- I. Wuerth, « The captures clause », *The University of Chicago law review*, 2009, vol. 76, pp. 1683-1745.
- K. Zemanek, « Economic warfare », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1982, pp. 158-163.
- K. Zemanek, « Merchant ships, armed », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1982 pp. 258-260.
- Ch. Zorgbibe, « Aux origines de la reconnaissance de belligérance », *Revue internationale de la Croix rouge*, 1977, pp.127-144.
- (S.A.), « Conclusions du gouvernement égyptien au sujet des plaintes des Gouvernements étrangers quant à la visite des navires neutres et la saisie des objets de contrebande dans les ports égyptiens », *Revue égyptienne du droit international*, 1951, pp. 235-260.

VIIème section : biens privés et contre-mesures ou sanctions

Ouvrages

- M. Alerassool, *Freezing assets: the USA and the most effective economic sanction*, New York, MacMillan, 1993, xii-238 p.
- D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international : étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, 503 p.
- S. von Allwörden, *US-Terrorlisten im deutschen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, xviii-198 p.

- J. E. Alvarez, *The public international law regime governing international investment*, RCADI, t. 344, 2009, pp.196-541.
- J. Baezinger, *Die Repressalien im Völkerrecht*, Zug, Kündigs, 1925, 60 p.
- R. B. De Bailleul, *Des hostilités sans déclaration de guerre pendant le XIXe siècle et les années suivantes*, Paris, Larose & Tenin 1907, 188 p.
- C. Bilfinger, *Völkerbundsrecht gegen Völkerrecht*, München, Duncker & Humblot, 1938, 43 p.
- C. Bilfinger, *Der Völkerbund als Instrument britischer Machtpolitik*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1940, 47 p.
- W. Birke, *Die Konfiskation ausländischen Privatvermögens im Hoheitsbereich des konfiszierenden Staates nach Friedensvölkerrecht*, Hamburg, Hansischer Gildenverlag, 1960, xvi-214 p.
- R. Blum, *Das System der verbotenen und erlaubten Kriege in Völkerbundssatzung, Locarno-Verträgen und Kellogg-Pakt*, Leipzig, Noske, 1932, viii-44 p.
- L. Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Pedone, Paris, 1992, 246 p.
- T. R. Brown, *Ausprägungen der Globalisierung : Der Investor als partielles Subjekt im Internationalen Investitionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2012, 354 p.
- O. Brück, *Les sanctions en droit international public*, Paris, Pedone, 1993, 284 p.
- J. Cable, *Gunboat diplomacy, political application of limited naval force*, London, Chato & Windus, 1971, 251 p.
- E. Carisch, L. Rickar-Martin, S. Meister, *The evolution of UN sanctions, from a tool of warfare to a tool of peace, security and human rights*, Springer, Cham, 2017, xx-501 p.
- A.C. Caroni, *Finanzsanktionen der Schweiz im Staats- und Völkerrecht*, Zürich, Schulthess, 2008, lv-266 p.
- E. Clark (éd.), *Boycotts and peace. A Report by the Committee on Economic sanctions*, New York, Harper & Brothers, 1932, xxii-981 p.
- J. Le Clère, *Angarie, embargo, arrêt de prince*, LGDJ, Paris, 1948, 191 p.
- E. Colbert, *Retaliation in international law*, New York, King's crown press, 1948, 228 p.
- Communiqué au Conseil, Société des Nations, *Questions relatives à l'article 16 du Pacte*, Genève, 30 novembre 1938, 33 p.
- B. Conforti, *Cours général de droit international public*, RCADI, 1988, recueil t. 212, pp.9-210.
- D. Ch. Dicke, *Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln im Völkerrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1978, 255 p.
- A. Dobson, *US economic statecraft for survival, 1933-1991: of sanctions, embargoes, and economic warfare*, London Routledge, 2002, viii-376 p.
- R. Dolzer, *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1985, xiii-331 p.
- P. Dorn, *Die Durchbrechung der Staatenimmunität im Falle des staatlich geförderten Terrorismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, 332 p.
- M. Doxey, *Economic sanctions and international enforcement*, New York, Royal institute of international affairs, 1971, ix-162 p.
- M. Doxey, *Economic sanctions and international enforcement*, London, Macmillan, 1980 vii-161 p.
- L. Ducrocq, *Représailles en temps de paix ; Blocus pacifique*, Thèse, Université de Paris, 1901, 237 p.
- P.M. Eisemann, *Les sanctions contre la Rhodésie*, Pédone, 1972, 154 p.
- O. Elagab, *The legality of non-forcible counter-measures in international law*, London, Clarendon press, 1988, 255 p.
- H. Falcke, *Le blocus pacifique*, Leipzig, Rosberg, 1919, 316 p.
- L. Fielding, *Maritime interception and U.N. Sanctions*, San Francisco, Austin & Winfield, 1997, xxix-368 p.
- R. Franke, *Der Wirtschaftskampf dargestellt an Hand seiner historischen Entwicklung und in seiner Verwendung als Sanktionsmittel nach Artikel 16 des Völkerbunds Pakts*, Robert Noske, Leipzig, 1931, 121 p.
- P. Le Gal, *La société des nations et les Etats non-membres*, Thèse, 1938, 254 p.
- G. Gidel, H. Barrault, *Le traité de paix avec l'Allemagne du 28 juin 1919 et les intérêts privés : commentaire des dispositions de la partie X du traité de Versailles*, Paris, LGDJ, xxvi-670 p.
- J. Gordon, *Invisible war : the United States and the Iraq sanctions*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, xiv-359 p.
- Fr. Grob, *Die Kompetenzen des Völkerbundsrates und der Völkerbundsversammlung zur Streitschlichtung und Kriegsverhütung*, Berlin, Vahlen, 1933, xxx-295 p.
- A. De Guttry, *Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1985, 329 p.
- W. Fiedler, E. Klein, A. Schnyder, *Gegenmaßnahmen*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, vol. 37, 1998, 139 p.
- G. Hakimdavar, *A strategic understanding of UN economic sanctions*, New York, Routledge, 2014, 213 p.
- R. Hasse, *Theorie und Politik des Embargos*, Thèse, Universität zu Köln, 1973, xvii-545 p.

- G. Harmann, *Nationalisierung und Enteignung im Völkerrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, 212 p.
- Th. Henriksen, *America and the rogue states*, New York, Palgrave MacMillan, 2012, 230 p.
- H. Heyns, *Die Anwendung von militärischen Repressalien unter Völkerbundmitgliedstaaten*, Thèse, Kiel, 1938, xiv-57.
- R. Higgins, *The development of international law through the political organs of the United Nations*, London, Oxford university press, 1963, xxi-402 p., p. 215.
- R. Higgins, *Problems and process, international law and how we use it*, Oxford, Clarendon, 1994, xxvii-274 p.
- G. Hufbauer, J. Schott, K. Elliott, *Economic sanctions reconsidered*, Washington, Peterson institute, 2007, xiii-233 p.
- A. Kern, *Economic sanctions : law and public policy*, New York, MacMillan, 2009, xviii-359 p.
- W. Kewenig, *Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht*, Tagung, Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, Heidelberg, Müller, 1982, 104 p.
- N. Klein, *Das Investitionsschutzrecht als völkerrechtliches Individualschutzrecht im Mehrebenensystem*, Baden-Baden, Nomos, 2017, 365 p.
- W. Kolvenbach, *Protection of foreign investments: a private law study of safeguarding devices in international crisis situations*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, xi-449 p.
- H. Köchler, *Ethische Aspekte der Sanktionen im Völkerrecht*, Wien, Studies in international relations, 1994, 52 p.
- Cl. Lachaux, D. Lacorne, Chr. Lamoureux, *De l'arme économique*, Paris, Fondation pour les études de défense nationale, 1987, 406 p.
- E. Lambert, *Les embargos sur l'importation ou l'exportation des marchandises : leurs effets sur les contrats en cours, sanctions collectives et représailles individuelles*, Paris, LGDJ, 1936, 87 p.
- B. Lindemeyer, *Schiffsembargo und Handelsembargo*, Baden-Baden, Nomos, 1975, 535 p.
- M. Malloy, *Economic sanctions and U.S. trade*, Boston, Little, brow, 1990, xxv-752.
- M. Malloy, *United States economic sanctions: theory and practice*, The Hague, Kluwer law international, 2001, xxv-738 p.
- S. Mathäß, *Die Auswirkungen staaten- und personenbezogener Embargomaßnahmen auf Privatrechtsverhältnisse*, Nomos, Baden-Baden, 2016, 265 p.
- H. Meiertons, *Die Doktrinen US-amerikanischer Sicherheitspolitik, Völkerrechtliche Bewertung und ihr Einfluss auf das Völkerrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 295 p.
- H. Meijer, *Trading with the enemy: the making of US export control policy toward the People's Republic of China*, Oxford, Oxford university press, 2016, xvii- 391 p.
- P. Minnerop, *Paria-Staaten im Völkerrecht*, Berlin, Springer, 2004, xxiii-579 p.
- N. Mulder, *The economic weapon: the rise of sanctions as a tool of modern war*, New Haven, Yale University press, 2022, xiv-434 p.
- N. Neumann, *Internationale Handelsembargo und privatrechtliche Verträge*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 468 p.
- A. Peters, *Beyond human rights : the legal status of the individual in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, xxxv-602 p.
- N. Petrascu, *Les mesures de contrainte internationale qui ne sont pas la guerre entre états membres de la Société des Nations*, Pedone, Paris, 1927, 210 p.
- D. Rennack, *North Korea: legislative basis for US economic sanctions*, Congressional research service, June 11, 2018, 57 p.
- K. Ress, *Das Handelsembargo: Völker-, europa- und außenwirtschaftliche Rahmenbedingungen, Praxis und Entschädigung*, Berlin, Springer, 2000, xxvi-532 p.
- E. Roucouas, *Facteurs privés et droit international privé*, RCADI, Leiden, Nijhoff, Recueil t. 299, 2003, 419 p.
- D. Sarooshi, *The United Nations and the development of collective security, the delegation by the UN Security Council of its Chapter VII powers*, Oxford, Clarendon Press, 1999, xxii-311 p.
- G. Scelle, *Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international*, RCADI, t. 55, 1936, pp. 87-202
- O. Scholz, *Die Durchsetzung von Zwangsmaßnahmen nach Art. 41 der Satzung der Vereinten Nationen, insbesondere mit militärischen Mitteln*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, 230 p.
- G. Schotten, *Wirtschaftssanktionen der Vereinten Nationen im Umfeld bewaffneter Konflikte*, Berlin, BWV, 2007, 394 p.
- W. Schumann, *Die Friedensblockade*, Hamburg, Metzner, 1974, 8-148 p.
- I. Seidl-Hohenveldern, *Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht: mit einer Bibliographie über Staatseingriffe in ausländisches Privateigentum*, Köln, Heymanns, 1963, 141 p.
- I. Seidl-Hohenveldern, *Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht*, Berlin, de Gruyter, 1952, 211 p.
- F. Shaygan, *La compatibilité des sanctions économiques du Conseil de sécurité avec les droits de l'homme et le droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, xx-686 p.
- L. A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite : des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ, 1990, xxix-532 p.

- G. Simpson, *Great powers and outlaw states : unequal sovereigns in the international legal order*, Cambridge, Cambridge university press, 2004, xix-391 p.
- H. Staudacher, *Die Friedensblockade, ein Beitrag zur Theorie und Praxis der nichtkriegerischen Selbsthilfe*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1909, xv-166 p.
- N. Tsagourias, N. D. White, *Collective Security. Theory, Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, xxxvi-481 p.
- M. Valta, *Staatenbezogene Wirtschaftssanktionen zwischen Souveränität und Menschenrechten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, xvii-280 p.
- D. Ventura, *Le gel et la confiscation des avoirs de dirigeants d'Etat étrangers en droit international*, Thèse, Sorbonne Université, 2017, 558 p.
- T. Voronoff, *L'article 16 du pacte de la Société des nations*, Paris, Sirey, 1937, 247 p.
- J. Yoo, *The Powers of War and Peace: the constitution and foreign affairs after 9/11*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, xii-366 p.
- J. C. Zarate, *Treasury's war : the unleashing of a new era of financial warfare*, New York, Public affairs, 2013, xiii-488 p.
- E. Zoller, *Peacetime unilateral remedies: an analysis of countermeasures*, New York, Dobbs, 1984, xviii-196 p.
- E. Zoller, *Enforcing international law through US legislation*, New York, Dobbs, 1985, xiv-189 p.
- K. Καρδούλη, *Το δίκαιον του ναυτικού αποκλεισμού*, Athènes, 1974, 91 p.

Articles, chapitres et contributions dans des ouvrages collectifs.

- A. Addis, « Economic sanctions and the problem of evil », *Human Rights Quarterly*, 2003, vol. 25, pp. 573-623.
- D. Akande, A. Tzanakopoulos, « The International Court of Justice and the Concept of Agression », pp.214-232, dans Kref C., Barriga S., *The crime of aggression,-a commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, lxvii-1583 p.
- R. Alexander, « Iran and Libya sanctions Act of 1996: congress exceeds its jurisdiction to prescribe law », *Washington and Lee law review*, 1997, vol. 54, pp. 1601 — 1634.
- F. Aliakbari, « The effects of economic sanctions on private investment in Iran », *Open Access journal of resistive economics*, 2016, vol. 4, pp. 37-47.
- D. Alland, « Justice privée (droit de se faire justice à soi-même) », *Droits*, 2001, n. 34, pp. 73-80.
- D. Alland, « Etats-Unis : la machine impériale, en lisant Noam Chomsky et quelques autres », *Droits*, 2018, n. 67, p. 117-168.
- R. L. Allen, « State trading and economic warfare », *Law and contemporary problems*, 1959, vol. 24, pp. 256-275.
- S. H. Allen, D. Lektzian, « Economic sacntions: a blunt instrument? », *Journal of peace research*, 2012, vol. 50, pp. 121-135.
- J. Amine, « Economic sanctions, Falkland Islands Malvinas », *Harvard international law journal*, 1983, vol. 23, pp. 381-488.
- SR. Anderson, C. Keitner, « The Legal Challenges Presented by Seizing Frozen Russian Assets », *Lawfare*, May 26, 2022, <https://www.lawfareblog.com/legal-challenges-presented-seizing-frozen-russian-assets>
- A. Cl. Arend, « International law and rogue states: the failure of the charter framework », *New England law review*, 2003, vol. 36, pp. 735-753.
- H. Baade, « Indonesian nationalization measures before foreign courts- a reply », *AJIL*, 1960, vol. 54, pp. 801-835.
- Ch. Bayar, « Blockaded Chinese assets: present status and future disposition », *Virginian journal of international law*, 1975, vol. 15, pp. 959-1008.
- P. Bechky, « Sanctions and the blurred boundaries of international economic law », *Missouri law review*, 2018, vol. 83, pp. 1-38.
- M. Bazyler, « Trading with the enemy », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version numérique, 2011.
- M. Bennouna, « L'embargo dans la pratique des Nations Unies : radioscopie d'un moyen de pression », pp. 555-583, dans E. Yakpo, T. Boumedra (éd.), *Liber amicorum- Mohammed Bedjaoui*, La Haye, Kluwer, 1999, xx-790 p.
- H. Berlan, J. Garson, « United States export controls- past, present, and future », *Columbia law review*, 1967, vol. 67, pp. 791-890.
- H. Berman, P. Dobriansky et al., « Maintaining America's Coercive Economic Strength: Five Trends to Watch in American Sanctions », (Washington, D.C. : Center for a New American Security, 2019, www.cnas.org/publications/reports/maintaining-americas-coercive-economic-strength).
- A. Bertram, « The economic weapon as a form of peaceful pressure », *Transactions of the Grotius society*, 1931, vol. 17, pp. 139-174.
- G. Biehler, « Individuelle Sanktionen der Vereinten Nationen und Grundrechte », *Archiv des Völkerrechts*, 2003, Band 41, pp. 169-181.

- R. Bismuth, « Du gel à la confiscation des avoirs des personnes liées au régime russe », *Le club des juristes*, 3 mars 2022, <https://www.leclubdesjuristes.com/ukraine/du-gel-a-la-confiscation-des-avoirs-des-personnes-liees-au-regime-russe-par-regis-bismuth-professeur-a-lecole-de-droit-de-sciences-po/>
- I. Bogdanova, « WTO dispute on the US human rights sanctions is looming on the horizon », *EJILtalk*, 31 janvier 2019.
- E. Borchard, « Reprisals on private property », *AJIL*, 1936, vol. 30, pp.108-113.
- R.E. Bostrom, « United States-People's Republic of China Blocked assets and claims problem : International and domestic law », *Boston college international & comparative law review*, 1978, pp.81-113.
- A. Boyle, « Why proposals for US to liquidate and use Russian central bank assets are legally unavailable », 18 avril 2022, <https://www.justsecurity.org/81165/why-proposals-for-u-s-to-liquidate-and-use-russian-central-bank-assets-are-legally-unavailable/>
- S. Brown, « Le rôle de la Croix-Rouge en cas d'application de l'article 16 du pacte de la Société des nations, et de blocus en temps de guerre », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1930, n. 136, pp. 233-282.
- M. Brzoska, « Der Schatten Saddams, die Vereinten Nationen auf der Suche nach zielgerichteten Sanktionen », *Vereinte Nationen*, 2001, num. 2, pp. 56-60.
- G. Burdeau, « Droit international et contrat d'États-la sentence AMINOIL contre Koweït du 24 mars 1982 », *AFDI*, 1982, pp.454-470.
- G. Burdeau, « Les conséquences de la crise du Golfe sur les relations économiques privées », pp. 415-472, Br. Stern (éd.), *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe : aspects de droit international public et de droit international privé*, Colloque CEDIN, Paris, Montchrestien, 1991, 502 p.
- G. Burdeau, « Le gel d'avoirs étrangers », *Journal du droit international* 1997, pp. 5-57.
- G. Burdeau, « Les effets juridiques des résolutions du Conseil de sécurité sur les contrats privés », pp. 267-288, dans Gowlland-Debbas (éd.), *United Nations sanctions and international law*, The Hague, Kluwer law international, 2001, xiv-408 p.
- G. Cahin, « L'Etat défaillant en droit international : quel régime pour quelle notion ? », pp. 177-209, dans *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, li-1627 p.
- D. Carreau, « La contrainte économique en droit international », *Revue internationale de droit économique*, 1987, pp. 445-475.
- R. Carswell, R. Davis, « The economic and financial pressures: freeze and sanctions », pp. 173-200, dans W. Christopher et all. (éd.), *American hostages in Iran : the conduct of a crisis*, New Haven, Yale University press, 1985, xiv-443 p.
- B. Carter, « International economic sanctions : improving the haphazard US legal regime », *California law review*, 1987, vol. 75, pp. 1159-1278.
- J. Chamberlain, « The embargo resolutions and neutrality », *International conciliation*, 1928-1929, vol. 12, pp. 257-294.
- J. Chamberlain, « Embargo as a sanction of international law », *Proceedings of the American society of international law*, 1933, vol. 27, pp. 68-78.
- R. Charvin, « Les mesures d'embargo : la part du droit », *Revue belge de droit international*, 1996, pp. 5-32.
- R. Charvin, « L'oligarchie, pourquoi ? », *Droits* 2018, n. 68, pp.103-126
- D. Christiansen, G. Powers, « Economic sanctions and the Just-War doctrine », dans D. Cortright, G. Lopez (éd.), *Economic sanctions : panacea or peacebuilding in a post-cold war world ?*, Boulder, Westview press, 1995, xvii-231 p., pp. 97-117.
- Br. Clagett, « The controversy over title III of the Helms-Burton act.: who is breaking international law, the United States, or the states that have made themselves co-conspirators with Cuba in its unlawful confiscations », *Geo. Wash. J. Int. L. & Econ.*, 1996, vol. 30, pp. 271-315.
- G. Clark, « The English Practice with regard to reprisals by private persons », *AJIL*, 1933, pp. 694-723.
- H. Clark, K. Matthews, « Iraq/kuwait economic sanctions : Trade relations on war footing », *International law lawyer*, 1991, vol. 25, pp. 391-414.
- H. Clark, « Dealing with U.S. extraterritorial sanctions and foreign countermeasures », *Univ. of Pennsylvania journal of international law*, 2014, vol. 20, pp. 61-96.
- S. Cleveland, « Norm internalization and U.S. economic sanctions », *Yale journal of international law*, 2001, vol. 26, pp. 1-102.
- B. Coates, « The secret life of statutes: a century of the Trading with the enemy Act », *Modern American history*, 2018, pp. 151-172.
- A. Cohen, « Economic sanctions in International humanitarian law: suggested principles », *Israel law review*, 2009, vol. 42, pp. 117-149.
- D. Cortright, G. Lopez, « Are sanctions just? The problematic case of Iraq », *Journal of international affairs*, 1999, vol. 52, pp. 735-755.
- O. Covey, « Banco nacional de Cuba v. Sabbatino », *AJIL*, 1961, pp.741-745.
- E. Criddle, « Humanitarian financial intervention », *EJIL*, 2013, vol. 24, pp. 583-615.

- E. Criddle, « Opinion — Rebuilding Ukraine Will Be Costly. Here's How to Pay », *Politico*, 30 Mars 2022, <https://www.politico.com/news/magazine/2022/03/30/rebuilding-ukraine-make-putin-pay-00021649>
- E. Criddle, « Turning sanctions into Reparations : Lessons for Russia-Ukraine », <https://harvardilj.org/2023/01/turning-sanctions-into-reparations-lessons-for-russia-ukraine>, janvier 2023.
- R. Currie, « Seizing russian assets : canada has the spirit of international law on its side », 5 juillet 2022, <https://wrmcouncil.org/news/opinion/seizing-russian-assets-canada-has-the-spirit-of-international-law-on-its-side/>
- Z. Dugas, « The hybrid foundations of investment treaty arbitration », *British yearbook of international law*, 2004, pp. 152-289
- L. F. Damrosch, « The civilian impact of economic sanctions », pp. 274-315, dans L. F. Damrosch (éd.), *Enforcing restraint : collective intervention in internal conflicts*, New York, Council on foreign relations, 1993, xii-402 p.
- F. Dawson, B. Weston, « *Banco nacional de Cuba v. Sabbatino*: new wine in old bottles », *University of Chicago law review*, 1963, pp.63-102.
- K. Doehring, « Statusverwirkung im Völkerrecht », *ZaoeRV*, 2007, vol. 67, pp. 385-394.
- Chr. Dominicé, « La sécurité collective et la crise du Golfe », *EJIL*, 1991, vol. 2, pp. 85-109.
- M. Domke, « Western hemisphere control over enemy property: a comparative survey », *Law and contemporary problems*, 1945, vol. 11, pp. 3-16.
- M. Domke, « American protection against foreign expropriation in the light of the Suez canal crisis », *American law register*, 1957, vol. 105, pp. 1033-1043.
- M. Domke, « Indonesian nationalization measures before foreign courts », *AJIL*, 1960, vol. 54, pp. 305-323.
- M. Domke, « Foreign Nationalizations », *AJIL*, 1961, pp.585-616.
- D. Dretzner, « Sanctions sometimes smart : targeted sanctions in theory and practice », *International studies review*, 2011, vol. 13, pp. 96-108.
- L. Dubouis, « L'embargo dans la pratique contemporaine », *AFDI*, 1967, vol. 13, pp. 99-152.
- J. El-Fakir, « Retaliatory or lawful ? How Iran's seizure of the Stena Impero in the strait of Hormuz violated international law », *Columbia Journal of transnational law*, 2021, vol. 59, pp. 425-468.
- W. Eskridge, « The Iranian nationalization cases towards a general theory of jurisdiction over foreign states », *Harvard international law journal*, 1981, pp.525-591.
- M. Eudes, N. Hajjami, « Droit de la mer et droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales », pp. 1063-1982, dans M. Forteau, J. M. Thouvenin, T. Treves (éd.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p.
- FAZ v. 21. März 2022, « Polen will Oligarchen enteignen », <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/polen-will-eigentum-von-oligarchen-fuer-opfer-des-ukraine-krieges-17894806.html>
- K. Fandl, « Trading with the enemy: opening the door to US investment in Cuba », *Georgetown journal of international law*, 2018, vol. 49, pp. 563-608.
- G. de Fiedorowicz, « Historical survey of the application of sanctions », *Transactions of the Grotius society*, 1936, vol. 22, pp. 117-131.
- Fielding, L., « Maritime interception : centerpiece of economic sanctions in the new world order », *Louisiana law review*, 1993, vol. 53, pp. 1191-1241.
- J. L. Fillon, « L'embargo maritime au regard du droit de la mer », pp. 479-505, dans Chr. Buchet, J. Meyer, J. P. Poussou, *La puissance maritime : actes du colloque international tenu à l'Institut Catholique de Paris (13-15 décembre 2001)*, Paris, Presses de l'université Paris-Sorbonne, 2004, 657 p.
- T. Firestone, « The New White House Proposal To Seize Russian Assets: A Legal Analysis », 2 May 2022, <https://www.stroock.com/news-and-insights/the-new-white-house-proposal-to-seize-russian-assets-a-legal-analysis>.
- P. Fitzgerald, « Pierre goes online : blacklisting and secondary boycotts in US trade policy », *Vanderbilt journal of transnational law*, 1996, vol. 31, pp. 1-96.
- P. Fitzgerald, « If property rights were treated like human rights, they could never get away with this: blacklisting and due process in US economic sanctions programs », *Hastings law journal*, 1999, vol. 51, pp. 73-169.
- J. Fitzpatrick, T. Producers, « Blocked assets and private claims: the initial barriers to trade negotiations between the United States and China », *Georgia journal of international and comparative law*, 1973, vol. 3, pp. 449-456.
- Fr. Ford, « Foreign asset control, the power of the executive to block funds during times of national emergency », *Denver journal of international law and policy*, 1980, vol. 9, pp. 157-163.
- E. Førland, « An act of economic warfare ? The dispute over NATO's embargo resolution, 1950-1951 », *The international history review*, 1990, vol. 12, pp. 490-513.
- E. Førland, « Economic warfare and strategic goods: a conceptual framework or analyzing COCOM », *Journal of peace research*, 1991, vol. 28, pp. 191-204.
- E. Førland, « The history of economic warfare: international law, effectiveness, strategies », *Journal of peace research*, 1993, vol. 30, pp.151-162.

- H. P. Gasser, « Collective economic sanctions and international humanitarian law, an enforcement measure under the United Nations Charter and the Right of civilians to immunity: an unavoidable clash of policy goals? », *ZaoeRV*, 1996, pp. 871-904.
- A. Geis, C. Wunderlich, « The good, the bad, and the ugly: comparing the notions of rogue and evil in international politics », *International politics*, 2004, vol. 51, pp. 458-474.
- Fr. Gianviti, « Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis (executive order du 14 novembre 1979) », *Revue critique de droit international privé*, 1980, tome 70, pp. 279-287.
- E. Ginter, « Observations, Sanctions envers la Russie : l'immobilisation du Pola Ariake », *Le droit maritime français*, 2022, pp.417-422.
- J. Giraud, « Waging economic warfare: the sanctions power under the Constitution », *New York university journal of international law and politics*, 1987, vol. 19, pp. 935-958.
- M. Goldmann, « Hot War and Cold Freezes: Targeting Russian Central Bank Assets », *VerfBlog*, 2022/2/28, <https://verfassungsblog.de/hot-war-and-cold-freezes/>, DOI : 10.17176/20220301-001108-0
- E. Gordon, « The blocking of Iranian assets », *The international lawyer*, 1980, vol. 14, pp. 659-688.
- E. Gordon, C. Lichtenstein, « Trends : the decision to block Iranian assets-reexamined », *The international lawyer*, 1982, vol. 16, pp. 161-186.
- J. Gordon, « A peaceful, silent, deadly remedy: the ethics of economic sanctions », *Ethics & international affairs*, 1999, vol. 13, pp. 123-142.
- J. Gordon, « Just war doctrine and the “fearful spectacle of the Civilian dead” », *Crosscurrents*, 1999, Vol. 49, pp. 387-400.
- J. Gordon, « Extraterritoriality: issues of overbreadth and the chilling effect in the cases of Cuba and Iran », *Harvard International law journal online*, 2016, vol. 57, pp. 1-12.
- J. Gordon, « Reconsidering economic sanctions », pp. 49-62, dans M. Gross (éd.), *Soft war : the ethics of unarmed conflict*, New York, Cambridge University press, 2017, xvi-268 p.
- J. Gordon, « Introduction, Roundtable: economic sanctions and their consequences », *Ethics & international affairs*, 2019, vol. 33, pp. 275-277.
- E. Gordon, « The not so targeted instrument of asset freezes, Roundtable: economic sanctions and their consequences », *Ethics & international affairs*, 2019, vol. 33, pp. 303-314.
- G. Gornig, « Die völkerrechtliche Zulässigkeit eines Handelsembargos », *JuristenZeitung*, 1990, 45 Jahrgang, 1990, pp. 113-123.
- A. Gourgourinis, « Investors' rights qua human rights? Revisiting the 'direct' / 'derivative' rights debate », pp.147-182, dans M. Fitzmaurice, P. Merkouris, *The interpretation and application of the European convention of human rights: legal and practical implications*, Nijhoff, Leiden, 2013, xiii-291 p.
- Government takes landmark steps to further clamp down on dirty money, Government bringing forward new legislation to tackle economic crime following Russia's invasion of Ukraine, 28 february 2022, <https://www.gov.uk/government/news/government-takes-landmark-steps-to-further-clamp-down-on-dirty-money>
- B. Graefrath, « Iraqi reparations and the Security Council », *ZaoeRV*, p.1995, pp.1-68.
- H. C. Graf Sponeck, « Sanctions and humanitarian exemptions: a practitioner's commentary », *EJIL*, 2002, vol. 13, pp. 81-87.
- M. M. Graham, « The effect of the League of Nations Covenant on the theory and practice of neutrality », *California law review*, 1927, vol. 15, pp. 357-377.
- P. Grilli, H. Klein, J. Michener, « Legal impediments to normalization of trade with Cuba », *Law and policy in international business*, 1976, vol. 8, pp. 1007-1054.
- J. Gurule, « Utilizing secondary sanctions to curtail the financing of the Islamic State », *Georgetown journal of international affairs*, 2017, pp. 36-42.
- G. Hafner, « Völkerrechtliche Grenzen und Wirksamkeit von Sanktionen gegen Völkerrechtssubjekte », *ZaoeRV*, 2016, pp.391-413.
- J. Harmon, « Vesting of Iranian assets, Memorandum opinion for the Attorney general », March 12,1980, *Opinions of the Office of Legal Counsel*, 1980, vol. 4A, pp. 202-206.
- G. van Hecke, « The effect of economic coercion on private relationships », *Revue belge de droit international*, 1984-1985, pp. 113-121.
- W. Hein, « Grundlage und Grenze von Vergeltungsmaßnahmen gegen ausländische Investitionen in den Vereinigten Staaten und in der Bundesrepublik Deutschland », *RIW/AWD - Recht der Internationalen Wirtschaft*, Mai 1978, Heft 5, pp. 290-294.
- W. Hein, « Economic embargoes and individual rights under german law », *Law & policy in international business*, 1983, vol. 15, pp. 401-423.
- E. A. Hellmuth, N. Reuter, « Ist ein Embargo eine entschädigungspflichtige Enteignung im Sinne des Grundgesetzes? », *Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, Dezember 1959, Heft 12, pp. 265-268.
- B. E. Hernández-Truyol, « Embargo or blockade? The legal and moral dimensions of the US economic sanctions on Cuba », *Intercultural human rights law review*, vol. 4, pp. 53-85.

- A. Hindmarsch, « Self-help in time of peace », *AJIL*, 1932, vol. 26, pp. 315-326.
- A. Hofer, « The developed-developing divide on unilateral coercive measures: legitimate enforcement or illegitimate intervention », *Chinese journal of international law*, 2017, pp. 1-43.
- A. Howlett, « Getting smart: crafting economic sanctions that respect all human rights », *Fordham law review*, 2004, vol. 73, pp. 1199-1237.
- I. Jazairy, « Unilateral economic sanctions, international law, and human rights », *Ethics & international affairs*, 2019, vol. 33, pp. 291-302.
- P. Karasz, R. Minder, « Gibraltar Seizes Syria-Bound Tanker Thought to Be Carrying Iranian Oil », *The New York Times*, 4 juillet 2019.
- R. Kilpatrick, « Blocking Swift in Russia », *Opinio juris*, 4 mars 2022 <http://opiniojuris.org/2022/03/04/blocking-swift-in-russia/fbism>
- A. Kinyakin, « Les oligarques dans la Russie contemporaine : de la “capture” de l’État à leur mise sous tutelle », *Revue internationale de politique comparée*, 2013, pp.115-131.
- R. Kohl, « Cuban assets control regulations », *Harvard International law journal*, 1967, vol. 8, pp. 144-156.
- R. Kolb, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions, essai de clarification conceptuelle », pp. 379-443, dans L. P. Forlati, L. A. Sicilianos (éd.), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Nijhoff, 2004, xxxvii-868 p.
- R. Kolb, « Article 15 », dans R. Kolb (éd.), *Commentaire sur le pacte de la Société des Nations*, Bruxelles, Bruylant, 2014, vii-1410 p., pp. 599-692
- R. D. Kollwijn, « Nationalisation without compensation and the transfer of property », *Netherlands international law review*, 1959, vol. 6, pp. 140-173.
- M. Koskenniemi, « Le comité des sanctions créé par a Résolution 661 (1990) du CS », *AFDI*, 1991, pp.119-137.
- L. Kotsch, « Friedliche Blockade », pp. 212-214, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.
- J. Kraska, « Broken taillight at sea: the peacetime international law of visit, board, search, and seizure », *Ocean and coastal law journal*, 2010, vol. 16, pp. 1-46.
- D. Langekamp, R. Zedalis, « What Happens to the Iraqi Oil?: Thoughts on Some Significant, Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields », *EJIL*, 2003, pp.417-435.
- Ch. Leben, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l’illicite dans la société internationale », *AFDI*, 1982, vol. 28, pp. 9-77.
- Ch. Leben, « La responsabilité international de l’Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, 2004, pp. 683-714.
- L. Lee, J. McCobb, « United States trade embargo on China, 1949-1970: legal status and future prospects », *New York university journal of international law and politics*, 1971, vol. 4, pp. 1-28.
- P. Lee, « The United States and the People’s Republic of China: the blocked assets-claims problem », *Cornell international law journal*, 1975, vol. 8, pp. 253-272.
- D. Levinson, « Collective sanctions », *Stanford law review*, 2003, vol. 56, pp. 345-428.
- B. Lindemeyer, « Das Handelsembargo als wirtschaftliches Zwangsmittel der staatlichen Außenpolitik, Recht der internationalen Wirtschaft », *Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1981, 27 Jahrgang, pp. 10-23.
- G. Lopez et D. Cortright, « Economic sanctions and human rights: part of the problem or part of the solution? », *The international journal of human rights*, 1997, vol. 1, pp. 1-25.
- A. Lowe, « Trade controls for political ends: four perspectives », *Chicago journal of international law*, 2003, vol. 4, pp. 355-369.
- L. Lucchini, « Les opérations militaires en mer en temps de paix », *RGDIP*, 1984, pp. 9-45.
- I. Luke, « Naval operations in peacetime: not just “warfare lite” », *Naval war college review*, 2013, vol. 66, pp. 11-26.
- M. Maass, « Beyond economic sanctions: rethinking the North Korean sanctions regime », *North Korean Review*, 2011, vol. 7, pp. 45-56.
- R. Maison, « Oligarchies et prédation internationale à partir des affaires dites des “biens mal acquis” », *Droits*, 2019, n. 69, pp.113-128.
- T. Malinowski, J., 117th Congress, 2d Session, « To authorize the confiscation of assets subject to United States jurisdiction of certain foreign persons, and for other purposes », 2022, https://malinowski.house.gov/sites/malinowski.house.gov/files/MALINJ_075%20ASSET%20SEIZURE%20ACT.pdf
- W. T. Mallison, « Limited naval blockade or quarantine interdiction: national and collective defense claims valid under international law », *George Washington law review*, 1962, vol. 31, pp. 335-398.
- M. Malloy, « Embargo programs of the United States treasury department », *Columbia journal of transnational law*, 1981, vol. 20, pp. 485-516.

- M. Malloy, « Economic sanctions and human rights: a delicate balance », *Human rights brief*, 1995, vol. 3, pp. 1-2.
- B. Mancak, « Comprehensive economic sanctions, the right to development, and constitutionally impermissible violations of international law », *Boston College Third world law journal*, 2010, vol. 30, pp. 417-451.
- R. Mannheimer, « Amendments to the Trading with the Enemy Act », *Maryland journal of international law*, 1978, pp. 413-420.
- B. Marguet, « Doute sur l'identité du propriétaire d'un navire saisi sur le fondement des sanctions européennes/Guerre en Ukraine », *Le droit maritime français*, 2022, p.675-681
- B. Marguet, « Le déroutement du navire Baltic Leader, Au titre du gel des avoirs des personnes liées au régime russe, était-il conforme au droit international ? », 1^{er} juillet 2022, <https://jeunemarine.fr/2022/06/le-deroutement-du-navire-baltic-leader-au-titre-du-gel-des-avoirs-des-personnes-liees-au-regime-russe-etait-il-conforme-au-droit-international/>
- P. Martin-Bidou, « Les mesures d'embargo prises à l'encontre de la Yougoslavie », *AFDI*, 1993, vol. 39, pp. 262-285.
- D. Mathy, « Mesures économiques américaines et de l'OEA contre Cuba », *Revue belge de droit international*, 1984, vol. 18, pp. 183-194.
- R. McLaughlin, « Authorizations for maritime law enforcement operations », *International Review of the Red Cross*, 2016, pp.465-490.
- A. McNair, « The legal meaning of war, and the relation of war to reprisals », *Transactions of the Grotius society*, 1925, vol. 11, pp. 29-51.
- A. McNair, « The seizure of property and enterprises in Indonesia », *Netherlands international law review*, 1960, pp. 218-256.
- J. McNeill, « Neutral rights and maritime sanctions: the effects of two Gulf wars », *Vancouver journal of international law*, 1991, vol. 31, pp. 631-643.
- G. McNulty, « Constitutionality of alien property controls », *Law and contemporary problems*, 1945, pp.135-148.
- M. Medish, « In the name of the Patriot act: That's ours », 19 october 2003, *The Washington Post*, <https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/2003/10/19/in-the-name-of-the-patriot-act-thats-ours/a03f9531-4493-4b50-9bff-e96beade6352/>
- R. Mehren, N. Kourides, « International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: the Libyan Nationalization Cases », *AJIL*, 1981, pp.476-552.
- L. Michalec, « Trade with Cuba under the Trading with the enemy act: a free flow of ideas and information? », *Fordham international law journal*, 1991, vol. 15, pp. 808-838.
- A. Moiseienko, « Russian assets accountability for Ukraine and a plea for short-term thinking », *EJIL: Talk*, 5 mars 2022.
- A. Moiseienko, « Trading with a friends enemy », *AJIL*, 2022, pp.720-730.
- A. Moiseienko, « Frozen Russian Assets and the Reconstruction of Ukraine: Legal Options », *International Lawyers Project*, juin 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4149158
- D. Momtaz, « La compatibilité des sanctions du Conseil de sécurité avec le droit international humanitaire », pp. 223-232, dans Gowlland-Debbas (éd.), *United Nations sanctions and international law*, The Hague, Kluwer law international, 2001, xiv-408 p.
- E. Muller, « Les avoirs », *RFDA*, 2022, pp.629-637.
- P. Nevil, « Sanctions and commercial law », pp. 227 — 254, dans M. Happold, P. Eden, *Economic sanctions and international law : law and practice*, Oxford, Hart, 2016, xxxvii-262 p.
- G. Nolte, « Die USA und das Völkerrecht », *Die Friedens-Warte*, 2003, Vol. 78, pp. 119-140.
- J. Noulens, « A propos de l'Irak, blocus ou embargo ? », *La revue maritime*, 1991, pp. 107-110.
- Y. Nouvel, « Aspects globaux —Les sanctions internationales au soutien de l'intégrité territoriale de l'Ukraine : leur conformité au droit international — Le cas des investissements », *RFDA*, 2022, pp.606-617.
- L. Oette, « A decade of sanctions against Iraq: never again! The end of unlimited sanctions in the recent practice of the UN Security Council », *EJIL*, 2002, vol. 13, pp. 93-103.
- D. Panousos, « Iran's Seizure of the Two Greek-flagged Vessels: An International Law Perspective », *EJIL Talk*, 15 juin 2022.
- M. Paparinskis, « Investment arbitration and the law of countermeasures », *British yearbook of international law*, 2008, vol. 79, pp. 264-352.
- J. Papernik, « Risks of private foreign investments in US », *New York Law Journal*, 6 December 1979, pp.1-6.
- J. Pattison, « The morality of sanctions », *Social philosophy and policy*, 2015, vol. 32, pp. 191-215.
- D. Peksen, « How do target leaders survive economic sanctions? The adverse effect of sanctions on private property and wealth », *Foreign policy analysis*, 2017, vol. 13, pp. 215-232.
- R. Pelloux, « L'embargo sur les exportations d'armes et l'évolution de l'idée de neutralité », *RGDIP*, 1934, pp. 58-75.
- M. Petta, « The Seizure of A Russian Merchant Vessel Raises Questions About Neutrality », 8 mars 2022, <https://www.lawfareblog.com/seizure-russian-merchant-vessel-raises-questions-about-neutrality>

- M. Petta, « The Seizure of a Russian Merchant Vessel Raises Questions About High Seas Freedoms », 16 mars 2022, <https://www.lawfareblog.com/seizure-russian-merchant-vessel-raises-questions-about-high-seas-freedoms>
- A. Pierce, « Just war principles and economic sanctions », *Ethics and international affairs*, 199-, vol. 10, pp. 99-113.
- M. Piotrowicz, C. Zanetti, « Sanktionen und Menschenrechte, eine Auswertung des Bossuyt Berichts », *Menschenrechtsmagazin*, 2004, n. 3, pp. 274-284.
- G. Politakis, « UN-mandatory naval operations and the notion of pacific blockade: comments on some recent developments », *African journal of international and comparative law*, 1994, vol. 6, pp. 173-208.
- N. Politis, « Les représailles entre États membres de la société des nations », *RGDIP*, 1924, pp.5-16.
- R. Provost, « Starvation as a weapon: legal implications of the United Nations food blockade against Iraq and Kuwait », *Columbia journal of transnational law*, 1977, vol. 30, pp. 577-639.
- V. Rabinowitz, « The Cuban nationalisations in the United States courts: the Sabbatino case and its progeny », pp. 103-132, dans J. Faundez, S. Picciotto, *The nationalization of multinationals in peripheral economies*, London, MacMillan, 1978, 246 p.
- M. Rathbone, P. Jeydel, A. Lentz, « Sanctions, sanctions everywhere : forging a path through complex transnational sanctions laws », *Georgetown journal of international law*, 2013, vol. 44, pp. 1055-1126.
- S. Razavi, F. Zeynodini, « Economic sanctions and protection of fundamental human rights: a review of the ICJ's ruling on alleged violations of the Iran-US treaty of amity », *Washington international law journal*, 2020, vol. 29, pp. 303-340.
- E. Reibstein, « Transitus innoxius, ein verschollenes Kapitel des Neutralitätsrechts », *ZaoeRV*, 1961, pp. 429-472.
- Th. Reilly, « Freezing and confiscation of Cuban property », *Stanford law review*, 1967, vol. 19, pp. 1358-1368.
- A. Reinisch, « Developing human rights and humanitarian law accountability of the Security Council for the imposition of economic sanctions », *AJIL*, 2001, pp. 851-872.
- M. Reisman, D. Stevick, « The applicability of international law standards to United nations economic sanctions programmes », *EJIL*, 1998, vol. 9, pp. 86-141.
- A. Roberts, « Clash of paradigms : actors and analogies shaping the investment treaty system », *AJIL*, 2013, p.45-94.
- E. Robert, « L'embargo en droit international », pp. 11-44, dans *L'embargo : actes de la journée d'études du 1er décembre 1995*, Association européenne pour le droit bancaire et financier. Section belge, Bruxelles, Bruylant, 1996, 268 p.
- Ch. Rousseau, « Le boycottage dans les rapports internationaux », *RGDIP*, 1958, pp. 5-25.
- P. Rudolf, « Macht ohne Moral? Zur ethischen Problematik internationaler Wirtschaftssanktionen », *Die Friedens-Warte*, 1997, vol. 72, pp. 313-326.
- A. Sanger, « Piercing the State's corporate veil : using private actors to enforce international norms », *EJIL : talk*, 17 mars 2022, <https://www.ejiltalk.org/piercing-the-states-corporate-veil-using-private-actors-to-enforce-international-norms/>
- J. Savage, « Executive use of the International Emergency economic powers act, evolution through the terrorist and Taliban sanctions », *International trade law journal*, 2001, vol. 10, pp. 28-44.
- M. Sawyer, « Encouraging foreign investment in the United States by limiting the President's emergency authority under the trading with the enemy act », *Mercer law review*, 1976, vol. 27, pp. 681-715
- D. Schindler, « Besitzen Konfiskatorische Gesetze außerterritoriale Wirkung? », *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, 1946, pp. 65-94.
- P. Schoen, « Zur Lehre von den völkerrechtlichen nichtkriegerischen Mitteln der Selbsthilfe », *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1936, pp. 14-64.
- I. Seidl-Hohenveldern, « Reprisals and the taking of private property », *Netherlands International Law Review*, vol. 9, 1962, pp. 470-479.
- I. Seidl-Hohenveldern, « Internationales Enteignungsrecht », pp. 265-284, dans *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts: Bewahrung oder Wende? : Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt am Main, Metzner, 1977, 432 p.
- I. Seidl-Hohenveldern, « The United Nations and economic coercion », *Revue belge de droit international*, 1984-1985, pp. 9-19.
- Th. Sellin, « L'embargo décidé par les Nations Unies contre l'Irak et son application notamment sur mer », *Espaces et ressources maritimes*, 1991, n. 5., pp. 11-40.
- J.P. Sexton, D. Kinnecome, « Enforcing sanctions violations to fund the reconstruction of Ukraine », *EJIL Talk!*, 8 juin 2023.
- S. Seyrafi, « Enforcing UN sanctions by maritime interdiction : historical overview and legal basis », *The Iranian Review for UN studies*, 2019, vol. 2, pp. 153-203.
- I. Shihata, « Towards a greater depoliticization of investment disputes : the roles of ICSID and MIGA », *ICSID Review*, 1986, pp. 1-25.
- M. Shubik, H. Verkerke, « Open questions in defense economic and economic warfare », *The journal of conflict resolution*, 1989, vol. 33, pp. 480-499.

- M. Skiaire, « The Security Council blockade of Iraq: conflicting obligations under the United Nations Charter and the Fourth Geneva Convention », *American university international law journal*, 2011, vol. 6, pp. 609-636.
- W. Smiley, « War without war: the battle of Navarino, the Ottoman empire, and the pacific blockade », *Journal d'histoire du droit international*, 2016, vol. 18, pp. 42-69.
- L. Sohn, R. Baxter, « Draft convention on the international responsibility of States for injuries to aliens », *AJIL*, 1961, vol.55, pp.545-548.
- St. Sommerfield, « Treasury Regulations affecting Trade with the Sino-Soviet Bloc and Cuba », *Business lawyer*, 1964, vol. 19, pp. 861-874.
- A. Soons, « A “new” exception to the freedom of the high seas: the authority of the U.N. security council », pp. 205-221, dans T. Gill, W. Heere (éd.), *Reflections on principles and practice of international law, essays in honour of Leo J. Bouchez*, The Hague, Kluwer law international, 2000, xx-289 p.
- A. Soons, « Enforcing the economic embargo at sea », pp. 307-324, dans Gowlland-Debbas (éd.), *United Nations sanctions and international law*, The Hague, Kluwer law international, 2001, xiv-408 p.
- G. Sponeck, « Sanctions and humanitarian exemptions: a practitioner’s commentary », *EJIL*, 2002, vol. 13, pp. 81-87.
- P. Stephan, « Giving Russian Assets to Ukraine – Freezing Is Not Seizing », *Lawfare*, 26 avril 2022.
- E. Criddle, « Opinion — Rebuilding Ukraine Will Be Costly. Here’s How to Pay », *Politico*, Mar. 30, 2022, <https://www.lawfaremedia.org/article/giving-russian-assets-ukraine-freezing-not-seizing>
- E. Sthoeger, Chr. Tams, « Swords, shields and other beasts: the role of countermeasures in investment arbitration », *ICSID Review*, 2022, p.121-137.
- C.J. Tams, « Do serious breaches give rise to any specific obligations of the responsible state? », *EJIL*, 2002, pp.1161-1180,
- J. M. Thouvenin, « Sanctions économiques et droit international », *Droits*, 2013, n. 57, pp. 161-176.
- J. M. Thouvenin, « Gel des fonds des banques centrales et immunité d’exécution », pp. 209-219, dans A.Peters, E. Lagrange, St. Oeter, Chr. Tomuschat (éd.), *Immunities in the age of global constitutionalism*, Leiden, Nijhoff, 2015, xii-366 p.
- L. Tribe, « Does American Law Currently Authorize the President to Seize Sovereign Russian Assets? », *Lawfare*, 23 mai 2022.
- V. Valancius, “Le contrôle juridictionnel de la légalité des mesures restrictives : les apports du « contentieux ukrainien »”, *Revue du droit de l’Union européenne*, 2021, pp.207-226.
- L. Vassar, « Foreign assets control, vesting of Vietnamese assets », *AJIL*, 1990, pp. 539-545.
- A. Verdross, « Die Nationalisierung niederländischer Unternehmungen in Indonesien im Lichte des Völkerrechts », *Netherlands International Law Review*, 1959, vol. 6, pp. 278-290.
- J. Verhoeven, « États alliés ou Nations Unies ? L’ONU face au conflit entre l’Irak et le Koweït », *AFDI*, 1990, vol. 36, pp. 145-194.
- C. Wallace, « Trading with the enemy », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 1982, pp. 245-249.
- A. Washburn, « The legality of the pacific blockade I », *Columbia law review*, 1921, vol. 21, pp. 55-69.
- A. Washburn, « The legality of the pacific blockade II », *Columbia law review*, 1921, vol. 21, pp. 227-241.
- A. Washburn, « The legality of the pacific blockade III », *Columbia law review*, 1921, vol. 21, pp. 442-459.
- L. Weber, « Blockade Pacific », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1982, pp. 51-53.
- I. Werth, « Does foreign sovereign immunity apply to sanctions on central banks ? », 7 mars 2022, <https://www.lawfareblog.com/does-foreign-sovereign-immunity-apply-sanctions-central-banks>
- A. Winkler, « Just sanctions », *Human rights quarterly*, 1999, vol. 21, pp. 133-155.
- N. Wischmeyer, Würminghausen, « Pleite der Sberbank Europe:Das müssen Kunden von russischen Banken jetzt wissen » , *Süddeutsche Zeitung*, 2 mars 2022.
- Wissenschaftlicher Dienst des deutschen Bundestages, « Entzug von Geldvermögen ausländischer Staaten als Sanktion Titel: Entzug von Geldvermögen ausländischer Staaten als Sanktion », 1/4/2022, 23 p.
- I. Wuerth, « Does Foreign Sovereign Immunity Apply to Sanctions on Central Banks? », *Lawfare*, 7 March 2022, <https://www.lawfareblog.com/does-foreign-sovereign-immunity-apply-sanctions-central-banks>
- R. Zacklin, « Les Nations Unies et la crise du Golfe », pp. 57-89, dans Br. Stern (éd.), *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe : aspects de droit international public et de droit international privé*, Colloque CEDIN, Paris, Montchrestien, 1991, 502 p.
- Ph. Zelikow, « A legal approach to the transfer of Russian assets to rebuild Ukraine », *Lawfare*, 12 mai 2022, <https://www.lawfareblog.com/legal-approach-transfer-russian-assets-rebuild-ukraine>
- M. Zerrouky, « L’Iran s’empare de deux pétroliers grecs dans les eaux du Golfe », *Le Monde*, 31 mai 2022, p. 5.
- E. Zoller, « Guerre commerciale et droit international », *AFDI*, 1989, vol. 35, pp. 65-89.

Br. Zupruk, « On the Legality and Policy Ramifications of High Seas Seizures of Foreign Merchant Vessels for Violating U.S. Sanctions », 23 juin 2021, <https://www.lawfareblog.com/legality-and-policy-ramifications-high-seas-seizures-foreign-merchant-vessels-violating-us-sanctions>

Αγ. Γιώκαρης, « Blocus, opérations navales et aériennes contre l'Irak » [« Αποκλεισμός, ναυτικός και αεροπορικός, και αεροναυτικές επιχειρήσεις κατά του Ιράκ, 2.8.1990/ 2.3.1991 », σ. 55-109, Α. Διβανη, Α. Αλ. Σισιλιάνος, Α. Σκόρδας, *Διεθνείς κρίσεις και παρέμβαση της διεθνούς οργανώσεως*, Αθήνα Κομοτηνή, Σάκκουλας, 1994].

VIIIème section : biens des ressortissants ennemis et réparations de guerre.

Ouvrages

A. Albano-Müller, *Die Deutschland-Artikel in der Satzung der Vereinten Nationen*, Stuttgart, Kohlhammer, 1967, 146 p.

N. Ando, *Surrender, occupation, and private property in international law : an evaluation of US practice in Japan*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1991, xvi-208 p.

Br. Ardiciacono, *Cinq types de paix : une histoire des plans de pacification perpétuelle, XVIIème-XXème*, Genève, Graduate Institute publications, 2011, xx-464 p.

P. D'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public : la responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2002, xvi-902 p.

P. Barandon, *Die Vereinten Nationen und der Völkerbund*, Hamburg, Rechts — und Staatswissenschaftlicher Verlag, 1948, 331 p.

B. M. Baruch, *The making of the reparation and economic sections of the Treaty*, New York, Harper, 1920, 353 p.

O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 512 p.

St. von der Beck, *Die Konfiskationen in der Sowjetischen Besatzungszone von 1945 bis 1949*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, 419 p.

H. Beheim-Schwarzbach, *Der Kriegsschuldartikel. Artikel 231 des Versailler Vertrages. Entstehungsgeschichte und rechtliche Bedeutung*, Berlin, Dummler, 1934, 108 p.

H. Benter, *Deutsches Vermögen im neutralen Ausland anlässlich des 2. Weltkrieges*, Göttingen, Institut für Völkerrecht, 1964, xxix-214 p.

A. Blocq, *Aperçu de la législation allemande sur la péréquation des charges et de ses incidences sur les étrangers et leurs biens*, Thèse, Poitiers, 1956, 246 p.

R. Blühdorn, *Le Fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les Traités de Paris*, CADHI, Recueil t. 41, 1932, pp. 137-244.

D. Blumenwitz, *Entfalten die Beneš-Dekrete und das Gesetz Nr. 115 vom 8. Mai 1946 (Straffreiheitsgesetz) noch heute eine diskriminierende Wirkung, die dem Völkerrecht und dem Recht der Europäischen Union entgegensteht?*, Gutachten, Würzburg, 7 Oktober 2002, 41 p.

D. Blumenwitz, *Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland: ein völkerrechtlicher Beitrag zur künftigen Deutschlandpolitik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 208 p.

D. Blumenwitz, *Feindstaatenklauseln, die Friedensordnung der Sieger*, München, Langen-Müller, 1972, 141 p.

R. Le Bœuf, *Le traité de paix : contribution à l'étude juridique du règlement conventionnel des différends internationaux*, Paris, Pedone, 2018, 757 p.

U. Böhm, *Die Enteignung von Großbetrieben und der Aufbau einer sozialistischen Planwirtschaft in der Sowjetischen Besatzungszone*, Thèse, Berlin, 2006, 341 p.

P. Brandt, *Gutachten zur politischen Verhalten des ehemaligen preußischen und reichsdeutschen Kronprinzen Wilhelm*, 71 p., <http://hohenzollern.lol/gutachten/brandt.pdf>

V. Bruns, *Deutschlands Gleichberechtigung als Rechtsproblem*, Berlin, Heymann, 1934, 35 p.

E. Burchard, *Der völkerrechtliche Verzicht des Staates auf Rechtsgüter seiner Staatsangehörigen im Ausland*, Thèse, Göttingen, 1970, 106 p.

Büro für Friedensfragen, *Das deutsche Auslandsvermögen*, Stuttgart, 1949, iii-35 p.

M. Büttner, *Der Interhandel-Fall*, Thèse, Wurtzbourg, 1973, 194 p.

R. Castillon, *Les réparations allemandes : deux expériences, 1919-1932, 1945-1952*, Paris, PUF, 1953, 197 p.

L. Cavaré, *Les sanctions dans le cadre de l'ONU*, RCADI, 1952, Recueil t. 80, pp.195-291.

C. Clark, *Gutachten, Hat Kronprinz Wilhelm dem nationalsozialistischen System erheblichen Vorschub geleistet?* Gutachten in hohenzollern.lol/gutachten/clark.pdf

G. Cohn, *Kriegsverhütung und Schuldfrage*, Leipzig, Noske, 1931, xviii-200 p.

E. J. Cohn, *Deutsches Vermögen in Großbritannien*, Düsseldorf, Econ-Verlag, 1952, 90 p.

I. Couzigou, *L'évolution du statut international de l'Allemagne depuis 1945*, Bruxelles, Bruylant, 2011, xxxi-732 p.

- J.V.A. Cuny, *La capitulation sans conditions de l'Allemagne et ses précédents historiques*, Berlin, Impr.Nationale, 1947, 70 p.
- A. Delacôte, *Le régime de la propriété privée ennemie d'après le traité de Versailles*, Thèse, Université de Nancy, 1931, iv-233 p.
- R. Didisheim, *Les conflits interséquestres, commentaire de l'accord sur la résolution des conflits portant sur les avoirs allemands ennemis, signé à Bruxelles le 5 Décembre 1947*, Bruxelles, Agence interalliée des réparations, 1949, 20 p.
- B. Dohna, *Die Grundprinzipien des Völkerrechts über die freundschaftlichen Beziehungen und die Zusammenarbeit zwischen den Staaten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, 202 p.
- Ph. Drakidis, *La Charte de l'Atlantique, 1941, la Déclaration des Nations Unies*, 1942, Besançon, CRIPES, 1995, 111 p.
- M. Dreyer, O. Lembcke, *Die deutsche Diskussion um die Kriegsschuldfrage 1918/19*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, 272 p.
- P. Drost, *Contracts and peace treaties : the general clause on contracts in the peace treaties of Paris 1947 and in the peace treaty of Versailles 1919 : A comparison in outline with some suggestions for the future peace treaties*, The Hague, Nijhoff, 1948, 229 p.
- H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1953, 144 p.
- B. W. Eichhorn, *Reparation als völkerrechtliche Deliktshaftung: Rechtliche und praktische Probleme unter besonderer Berücksichtigung Deutschlands (1918-1990)*, Baden-Baden, Nomos Verl.-Ges., 1992, 213 p.
- G. Erler, *Das Rechtsproblem der Bundesentschädigung für innerdeutsche Reparationsdemontagen*, Göttingen, Musterschmidt-Verlag, 1958, 86 p.
- J. F. Felder, *Das Problem der Staatengleichheit in der Organisation der Völkergemeinschaft*, Thèse, Freiburg, Schüpheim, 1950, 162 p.
- A. Ferdowski, *Der positive Frieden Johan Galtungs Ansätze und Theorien des Friedens*, München, Minerva, 1981, 222 p.
- G. Fitzmaurice, *The juridical clauses of the peace treaties*, RCADI, t. 73, 1948, pp. 255-367.
- M. Forbes, *Feindstaatenklauseln, Viermächteverantwortung und Deutsche Frage, zur Fortgeltung der Artikel 53 und 107 der Satzung der Vereinten Nationen*, Baden-Baden, Nomos, 1983, 101 p.
- H. Freise, *Die Enteignung der privaten deutschen Auslandsguthaben im Spiegel des Völkerrechts*, Bremen, Engelke, 1950, 31 p.
- R. Fuchs, *Die Grundsätze des Versailler Vertrags über die Liquidation und Beschlagnahme deutschen Privatvermögens im Auslande*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1927, viii-326 p.
- R. Fuchs, *Enteignung durch völkerrechtliche Verträge nach deutschem Verfassungsrecht: ein Beitrag zur vermögensrechtlichen Lage nach dem Überleitungsvertrag und dem Warschauer Vertrag*, Thèse, München, Dissertations- und Fotodruck Frank, 1972, 150 p.
- D. Geyer, B. Meissner, *Sowjetunion, Völkerrechtstheorie und Vertragspolitik*, Osteuropa Handbuch, Köln, Böhlau-Verlag, 1976, 334 p.
- H. Gerber, *Die Beschränkung der deutschen Souveränität nach dem Versailler Verträge*, Berlin, Dümmler, 1927, 84 p.
- W. Gollwitzer, *Die Atlantik Charta, ihre Stellung und Bedeutung in Politik und Völkerrecht des zweiten Weltkrieges*, Thèse, Universität zu München, 1949, 157 p.
- A. Gattini, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 2003, xxov-722 p.
- A. Goodhart, *The north Atlantic treaty of 1949*, RCADI, recueil t. 79, 1951, pp.183-236.
- G. Gornig, *Eigentum und Enteignung im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung von Vertreibungen*, Wien, Felix-Ermacora-Inst., 2010, 128 p.
- G. Graf, *Die Liquidation der deutschen Vermögenswerte in der Schweiz*, Stuttgart, Kohlhammer, 1949, 128 p.
- R. Graupner, *Inter-Alliierte Reparations-Abkommen über die Liquidation des deutschen Auslandsvermögens*, 1950, 43 p.
- W. Grewe, *Ein Besatzungsstatut für Deutschland: die Rechtsformen der Besetzung*, Stuttgart, Koehler, 1948, 233 p.
- K. J. Grigoleit, *Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage: eine dogmatische und historische Untersuchung zum judikativen Anteil an der Staatsleitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, xv-415 p.
- E. Gunnewig, *Schadenersatz wegen der Verletzung des Gewaltverbotes als Element eines ius post bellum*, Nomos, Baden-baden, 2019, 449 p.
- U. Heinemann, *Die Verdrängte Niederlage: politische Öffentlichkeit und Kriegsschuldfrage in der Weimarer Republik*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1983, 362 p.
- H. von Hentig, *Der Friedensschluss, Geist und Technik einer verlorenen Kunst*, München, DTV, 1965, 288 p.
- M. Herdegen, *Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag*, Heidelberg, Decker & Müller, 1991, 32 p.
- K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller Verlag, 1991, xvi-319 p.
- K. Heyland, *Die Rechtsstellung der besetzten Rheinlande nach dem Versailler Friedensvertrag und dem Rheinlandabkommen*, Kohlhammer, Berlin, 1923, vi-271 p.

- U. Hufeld, *Die Verfassungsdurchbrechung: Rechtsproblem der deutschen Einheit und der europäischen Einigung: ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 269 p.
- Inter-Alliierte Reparations-Agentur, *Bericht 1949 über Deutsche Auslandsvermögen*, 19 p.
- E. Isay, *Der Begriff der « außerordentlichen Maßnahmen » im Friedensvertrag vom Versailles*, Bonn, Marcus und Weber, 1922, 36 p.
- H. Isay, *Die privaten Rechte und Interessen im Friedensvertrag*, Berlin, Vahlen 1923, xviii-488 p.
- Institut für Besatzungsfragen Tübingen, *Bürgerrechte und Besatzungsmacht. Eine Übersicht*, Frankfurt am Main, W. Metzner, 1951, xiv-99 p.
- B. Jähncke, *Washington und Berlin zwischen den Kriegen, die Mixed Claims Commission in den transatlantischen Beziehungen*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 370 p.
- H. Janssen, *The return of seized private property to German, Austrian and Hungarian nationals in 1928*, Düsseldorf, Econ, 1955, 104 p.
- H. Janssen, G. Erler, *Die Regelung der deutschen Auslandsschulden*, Düsseldorf, Econ, 1951, 57 p.
- H. Kantorowicz, *Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914*, Stuttgart, Europäische Verlagsanstalt, 1967, 447 p.
- E. Kaufmann, *Studien zum Liquidationsrecht*, Berlin, Vahlen 1925, 47 p.
- E. Kaufmann, *Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung*, Stuttgart, Koehler, 1948, 84 p.
- E. Kaufmann, *Zur Abgeltung der Reparationsschaden eine kritische Stellungnahme zur amtlichen Begründung der Regierungsvorlage eines Reparationsschädengesetzes*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1964, 47 p.
- W. Kaufmann, *Kriegführende Staaten als Schuldner und Gläubiger feindlicher Staatsangehöriger*, Berlin, Guttentag, 1915, 86 p.
- P. Kecskemeti, *Strategic surrender; the politics of victory and defeat*, Stanford, Stanford Univ.Press, 1958, 240 p.
- B. Kempen, Y. Dorf, *Bodenreform 1945-1949, eine verfassungsrechtliche Neubewertung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004, 104 p.
- J. M. Keynes, *Les conséquences économiques de la paix*, Paris, Gallimard, trad. D. Todd, 2002, lxviii-501 p.
- O. Kimminich, *Die Menschenrechte in der Friedensregelung nach dem Zweiten Weltkrieg*, Berlin, Gebr. Mann, 1990, 129 p.
- Fr. Klein, B. Meissner, H. G. Parplies (dir.), *Das Potsdamer Abkommen und die Deutschlandfrage. I, Geschichte und rechtliche Grundfragen*, Wien, Stuttgart, W. Braumüller Universitäts-Verlagsbuchhandlung, 1977, 179 p.
- P. Kooijmans, *The doctrine of the legal equality of states: an inquiry into the foundations of international law*, Leyden, Sythoff, 1964, xii-260 p.
- K. Krakau, *Feindstaatenklauseln und Rechtslage Deutschlands nach den Ostverträgen*, Frankfurt, Metzner, 1975, xiii-277 p.
- H. Kraus, *Der Völkerbund und die Friedensverträge*, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte, 1920, 49 p.
- H. D. Kreikamp, *Deutsches Vermögen in den Vereinigten Staaten*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1979, 315 p.
- H. Krüger, E. Loewenfeld, E. Schalfjew, K. Sperling, *Die Beschlagnahme, Liquidation und Freigabe deutschen Vermögens im Auslande*, Berlin, Heymann, 1924, ix-186 p.
- A. Kühn, *Die Staatsangehörigkeit juristischer Personen und die Rechtsprechung der Gemischten Schiedsgerichtshöfe*, Thèse, Coburg, 1929, 57 p.
- R. Lambert-Pollan, *Auf dem Weg zu Souveränität und Westintegration (1948-1955), der Beitrag des Völkerrechtlers und Diplomaten Wilhelm Grewe*, Baden-Baden, Nomos, 2016, 780 p.
- R. Lesaffer, E.J. Broers, *Private property in the Dutch-Spanish peace treaty of Münster (30 January 1648)*, Tilburg University legal studies working paper, n. 002/2007, 44 p.
- P. Leverkuehn (éd.), *Wirtschaftliche Bestimmungen in Friedensverträgen*, Hamburg, Rechts- u. Staatswiss. Verl., 1948, 303 p.
- J. Makowski, *L'organisation actuelle de l'arbitrage international*, RCADH, 1931, recueil t. 36, pp. 263-384
- S. Malinowski, *Gutachten zum politischen Verhalten des ehemaligen Kronprinzen*, hohenzollern.lol/gutachten/malinowski.pdf, 2014
- B. Malzahn, *Bedeutung und Reichweite des Eigentumsschutzes in der Europäischen Menschenrechtskonvention, eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Enteignungen auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage zwischen 1945 und 1949 und der deutschen Restitutionsgesetzgebung nach der Wiedervereinigung*, Frankfurt am Main, Lang, 2007, xx-436 p.
- H. von Mangoldt, *Die Kriegsziele der Vereinten Nationen und das Völkerrecht der Nachkriegszeit im Spiegel amtlicher und offiziöser Äußerungen aus der Kriegszeit*, Hamburg, Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag, 1947, 58 p.
- H. von Mangoldt, *Grundsätzliches zum Neuaufbau einer deutschen Staatsgewalt*, Hamburg, Gesetz und Recht Verlag, 1947, 16 p.
- F. Mann, *Zum Privatrecht der deutschen Reparationsleistung*, Tübingen, Mohr, 1962, 77 p.

- E. Marburg, *Staatsangehörigkeit und feindlicher Charakter juristischer Personen: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Gemischten Schiedsgerichte*, Berlin, F. Vahlen, 1927, xvi-114 p.
- E. Martin, *The allied occupation of Japan*, New York, American institute of pacific relations, 1948, xiv-155 p.
- H. Maschke, *Das Krupp-Urteil und das Problem der « Plünderung »*, Göttingen, Musterschmidt, 1951, 141 p.
- I. Meares, *The confiscation fact or national honor demands the return of enemy-owned property*, Washington, 1924, 71 p.
- H. Morgenthau, *Germany is our problem*, New York & London, Harper, 1945, 230 p.
- H. Mosler, K. Doehring (éd.), *Die Beendigung des Kriegszustands mit Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg*, Köln, Heymann, 1963, x-486 p.
- W. Neumann, *Making the peace, 1941-1945, the diplomacy of the wartime conferences*, Washington, Foundations for foreign affairs, 1950, 101 p.
- A. Pépy, *La nationalité des sociétés*, Sirey, Tenin, Paris, 1920, xi-310 p.
- F. Peter, *Auslieferung deutschen Privateigentums?*, Zürich, Leemann, 1946, 31 p.
- K. Pfeiffer, *Gleichheitsgrundsatz und Reparationsentschädigung*, Köln, Heymanns, 1968, 121 p.
- St. Possony, *Zur Bewältigung der Kriegsschuldfrage: Völkerrecht und Strategie bei der Auslösung zweier Weltkriege*, Köln, Opladen, 1968, 350 p.
- W. Pyta, R. Orth, *Gutachten über die politische Haltung und das politische Verhalten von Wilhelm Prinz von Preußen (1882-1951), letzter Kronprinz des Deutschen Reiches und von Preußen, in den Jahren 1923 bis 1945*, 155 p., <http://hohenzollern.lol/gutachten/pyta.pdf>
- E. Reger, *Vom künftigen Deutschland, Aufsätze zur Zeitgeschichte*, Berlin, Blanvalet, 1947, 186 p.
- R. Robin, *Des Occupations militaires en dehors des occupations de guerre (étude d'histoire diplomatique et de droit international)*, Paris, Larose & Tenin, 1913, ii-824 p.
- H. Rogge, *Hitlers Friedenspolitik und das Völkerrecht*, Berlin, Schlieffen, 1935, 127 p.
- H. Rogge, *Kollektivsicherheit, Bündnispolitik, Völkerbund*, Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1937, 443 p.
- G. J. Roos, *Zur Konfiskation privater deutscher Auslandsvermögen*, Stuttgart, Enke, 1956, 218 p.
- C. Reuben, *Status of ex-enemy property*, Clifton, 1925, 43 p.
- G. Sauser-Hall, *Les traités de paix et les droits privés des neutres*, Lausanne, Payot et Cie., 1924, 326 p.
- W. Schäuble, *Der Vertrag, wie ich über die deutsche Einheit verhandelte*, Stuttgart, Verlags-Anstalt, 1991, 317 p.
- M. Scheler, *Die Idee des Friedens und der Pazifismus*, Bern, Francke Verlag, 1974, 67 p.
- O. Schisgall, *The enemy property issue*, New York, Public affairs pamphlet, n. 246, 1957, 20 p.
- K. Schmid, *Die Deutsche Frage im Staats- und Völkerrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1980, 207 p.
- G. von Schmoller, H. Maier, A. Tobler, *Handbuch des Besatzungsrechts*, Tübingen, Mohr, 1951.
- H. Schneider, *Die Charter der Vereinten Nationen und das Sonderrecht für die im Zweiten Weltkrieg unterlegenen Nationen*, Bonn, Röhrscheid, 1967, 179 p.
- B. Schöbener, *Die amerikanische Besatzungspolitik und das Völkerrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 1991, 575 p.
- S. Schoen, *Der rechtliche Status von Beutekunst Eine Untersuchung am Beispiel der aufgrund des Zweiten Weltkrieges nach Russland verbrachten deutschen Kulturgüter*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, 236 p.
- R. Scholten, *Die Liquidierung des deutschen Privatvermögens in Spanien im Spiegel des Völkerrechts*, Düsseldorf, Econ, 1957, 90 p.
- Th. Schweisfurth, *SBZ-Konfiskationen privaten Eigentums 1945 bis 1949 : völkerrechtliche Analyse und Konsequenzen für das deutsche Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 95 p.
- I. Seidl-Hohenveldern, H. P. Ipsen, *Entschädigungspflicht der Bundesrepublik für Reparationsentzogenes Auslandsvermögen*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1962, 256 p.
- R. Stödter, *Deutsche Vermögenswerte im neutralen Ausland, völkerrechtliche Bemerkungen zu ihrer Beschlagnahme in Schweden*, Bremen, Studiengesellschaft für privatrechtliche Auslandsinteressen, 1950, 90 p.
- Chr. Stoll, *Die Rechtsstellung der deutschen Staatsangehörigen in den polnisch verwalteten Gebieten*, Frankfurt am Main, Metzner, 1968, xiii-278 p.
- E. Tomson, *Kriegsbegriff und Kriegsrecht der Sowjetunion*, BRD, Berlin, 1979, 310 p.
- W. Trützschler von Falkenstein, *Die sich ändernde Bedeutung der Feindstaatenartikel (Artikel 53 und 107 der Satzung der Vereinten Nationen) für Deutschland*, Bern, Lang, 1975, x-160 p.
- K. E. von Turreg, *Deutschland und das Völkerrecht : Untersuchungen über Staatsgewalt und Demontagen*, Köln, Kölner Universitätsverlag, 1948, 144 p.
- W. Veith, *Deutsches Vermögen im Ausland*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1950 64 p.
- M. Virally, *L'administration internationale de l'Allemagne : du 8 mai 1945 au 24 avril 1947*, Pedone, Paris, 1948, 180 p.

- D. Waibel, *Von der wohlwollenden Despotie zur Herrschaft des Rechts, Entwicklungsstufen der amerikanischen Besetzung Deutschlands 1944 – 1949*, Tübingen, Mohr, 1996, xx-410 p.
- C. Wille, *Der Versailler Vertrag und die Sanktionen*, Berlin, Stilke, 1925, 243 p.
- G. Wasmund, *Die Nichtangriffspakte, zugleich ein Beitrag zu dem Problem des Angriffsbegriffes*, Leipzig, Noske, 1935, vii-127 p.
- H. Wissmann, *Revisionsprobleme des Diktats von Versailles*, Berlin, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1936, xix-104 p.
- E. Wolff, *Vorkriegsverträge in Friedensverträgen*, Berlin, De Gruyter, 1949, xii-196 p.
- B. Wolff, *Zur Frage der Abgeltung von Reparationsschäden unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des sechsten Teils des Überleitungsvertrages*, Bonn, Stollfuss, 1964, 143 p.
- M. Wormser, *Disregard of the corporate fiction and allied corporate problems*, Baker, Voorhis and Co., New York, 1927, 224 p.

Articles, chapitres et contributions dans des ouvrages collectifs

- H. Alexy, « Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1958 », *ZaoeRV* 1959-1960, pp.657-658
- P. D'Argent, « La loi russe sur les biens culturels transférés (*Beutekunst*, agression, réparations et contre-mesures) », *AFDI*, 1998, p.114-143
- P. D'Argent, « Le traité de Versailles comme traité inégal, aspects juridiques du Diktat », pp. 63-73, dans SFDI, *Le traité de Versailles Regards Franco-allemands en droit international à l'occasion du centenaire*, Pedone, Paris, 2020, 318 p.
- H. H. von Armin, « Entzug der Grundrechte aus Opportunität? Der Rechtsstaat darf sich nicht auf Unrecht gründen », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6/9/1990, p.8
- H. W. Baade, « Die Behandlung des deutschen Privatvermögens in den Vereinigten Staaten nach dem ersten und zweiten Weltkrieg », pp. 11-27, dans *Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland: Festschrift für Hermann Janssen zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1958, 232 p.
- J. Barcz, J. Frowein, « Gutachten zu Ansprüchen aus Deutschland gegen Polen in Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg », *ZaoeRV*, 2005, vol. 65, pp. 625-650.
- R. Bernhardt, « Interhandel-Fall », pp. 34-36, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- C. Berth « Aus Hamburg in die Kaffee-Welten Zentralamerikas. Die Nottebohm Hermanos in Guatemala », pp.67-88, dans J. H. Arfs, U. Mücke, *Händler, Pioniere, Wissenschaftler: Hamburger in Lateinamerika*, Lit, Hamburg, 2010, 118 p.
- C. Bilfinger, « Zum Problem der Staatengleichheit im Völkerrecht », *ZaoeRV*, 1934, pp. 481-497.
- C. Bilfinger, « Friede durch Gleichgewicht der Macht? », *ZaoeRV*, 1950-1951, pp. 27-56.
- D. Blumenwitz, « Der Besiegte in einem gerechten Krieg », pp. 103-130, dans A. Peisl, A. Mosler (éd.), *Die Deutsche Neurose: über die beschädigte Identität der Deutschen*, Frankfurt am Main, Ullstein, 1980, 260 p.
- D. Blumenwitz, « Die territorialen Folgen des Zweiten Weltkrieges für Deutschland », *Archiv des Völkerrechts*, 1985, vol. 23, pp. 1-30.
- D. Blumenwitz, « Enemy states clause in the United Nations charter », *Max Planck encyclopedia of public international law*, 1987, pp. 145-151.
- D. Blumenwitz, « Zu den völkerrechtlichen Schranken einer Restitutions- oder Ausgleichsregelung in der Bundesrepublik Deutschland », *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 1993, pp. 258-261.
- D. Blumenwitz, « Die Strafe im Völkerrecht », *Zeitschrift für Politik*, 1997, vol. 44, pp. 324-350.
- D. Blumenwitz, « Standards for the political handling of dealings concerning property after World War II », *Austrian Review of international and European law*, 2001, vol. 6, pp. 183-204.
- D. Blumenwitz, « Die Frage der deutschen Reparationen », pp. 63-82, dans H. J. Cremer et al. (éd.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts : Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin, Springer, 2002, xvi-1483 p.
- D. Blumenwitz, « Die Liechtenstein-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte », *Archiv des Völkerrechts*, 2002, vol. 40, pp. 215-242.
- O. Böhmer, « Grenzen der Auswirkung des besatzungsrechtlichen Beschlagnahmerechts in Deutschland auf deutsches Auslandsvermögen », dans , Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1958, pp.41-55.
- Br. O. Bryde, « Die Auswirkungen des Deutsch-sowjetischen Gewaltverzichtsvertrags auf die Feindstaatenklauseln der UN-Satzung », *Vereinte Nationen, Zeitschrift für die Vereinten Nationen*, April 1977, 19 Jahrgang, pp. 37-41
- I. Cavaré, « Quelques notions générales sur l'occupation pacifique », *RGDIP*, 1924, pp. 339-371.
- E. Castellarin, « The mixed arbitral tribunals and the nationality of legal persons: the uncertain first steps of an evolving concept », pp.159-196, dans Ruiz Fabri, M. Erpelding (éd.), *The mixed arbitral tribunals, 1919-1939*, Baden-Baden, Nomos, 2023, 582 p.

- J. Chapoutot, « Les juristes nazis face au traité de Versailles, 1919-1945 », *Relations internationales*, 2012, n. 149, pp. 73-88.
- E. J. Cohn, « German enemy property, synopsis », *International law quarterly*, vol. 3, 1950, pp.391-407.
- P. Collas, « Réunification, constitution et propriété en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, n. 8, pp. 633-658.
- E. O. Czempiel, « Die Vereinten Nationen und die Nichtmitglieder, über die Praxis und die Möglichkeiten der internationalen Organisation », *Politische Vierteljahresschrift*, 1968, vol. 9, pp. 56-81.
- S. Decken, « Die Grenzen der Geltung der Haager Landkriegsordnung », *German yearbook of international law*, 1948, p.22-26
- H. DeVries, « The international responsibility of the United States for vested German assets », *AJIL*, 1957, vol. 51, pp. 18-28.
- F. Dickmann, « Die Kriegsschuldfrage auf der Friedenskonferenz von Paris 1919 », *Historische Zeitschrift*, 1963, Band 197, pp. 1-101.
- K. Doehring, « Völkerrechtswidrige Konfiskation eines Gemäldes des Fürsten von Liechtenstein als „deutsches Eigentum“: ein unrühmlicher Schlusspunkt », *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, Heft 6, pp. 465-467.
- M. Domke, « Fragen des öffentlichen Rechts in der amerikanischen Feindvermögenspraxis », *ZaoERV*, 1956-1857, pp. 655-668.
- W. G. Downey, « Captured enemy property: booty of war and seized enemy property », *AJIL*, 1950, vol. 44, pp. 488-504.
- H. Drost, « Die Rechtslage des deutschen Auslandsvermögens », *Archiv des Völkerrechts*, 1950, 2 Band, pp. 298-304.
- Dr. Duden, « Enteignung deutschen Auslandsvermögens », pp. 113-130, dans H P. Ipsen (éd.), *Festschrift für Leo Raape zu seinem siebzigsten Geburtstag 14. Juni 1948*, Hamburg, Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag, 1948, 466 p.
- V. F. von Dunk, P. Kooijmans, « The unification of Germany and international law », *Michigan journal of international law*, 1991, pp.510-557.
- K. Ehlers, « Die Rechtslage des deutschen Auslandseigentums nach dem AHKG 63 », *Juristenzeitung* 1952, p.465-467
- H. Ehmke, « Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1953/1954, pp. 358-418.
- B. Fassbender, « Der Fürst, ein Bild und die deutsche Geschichte », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2001, pp. 459-466.
- B. Fassbender, « Gleichheitssatz und Restitutionsgesetzgebung », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2002, pp.101-106
- E. Faux de la croix, « Spaltungstheorie, Besatzungsrecht und Überleitungsvertrag », *Neue juristische Wochenschrift*, 1961, Heft 43, pp. 1950-1955.
- E. Féaux de la Croix, « Grenzüberschreitender Lastenausgleich », *Die öffentliche Verwaltung*, 1962, pp. 588-600.
- H. Fiereder, « Demontagen in Deutschland nach 1945 unter besonderer Berücksichtigung der Montanindustrie », *Zeitschrift für Unternehmensgeschichte*, 1989, pp. 209-239.
- J. Fisch, « Der Friedensschluß und die Kriegsschuld », pp. 309-325, dans B. Wegner (éd.), *Wie Kriege enden : Wege zum Frieden von der Antike bis zur Gegenwart*, Paderborn, Schöningh, 2002, xxviii-383 p.
- L. Foscanneau, « Les traités de paix du Japon », *AFDI*, 1960, vol. 6, pp.256-290.
- E. Fraenkel, « Regionalpakte und Weltfriedensordnung. Zur völkerrechtlichen Entwicklung der Nachkriegszeit », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 1954, 2 Jahrgang, pp. 34-54.
- J. Frowein, « Potsdam agreements on Germany 1945 », *Max Planck encyclopedia of public international law*, version numérique, 2009, pp. 141-146.
- D. Frentzke, « Welche Ostblockstaaten erheben Ansprüche aus den Feindstaatenklauseln? Zur Rechtsstellung der Warschauer-Pakt-Staaten nach Art. 53 und 107 », *Zeitschrift für die Vereinten Nationen*, Oktober 1969, 17 Jahrgang, pp. 134-143.
- P. Fuhrmann, « Das Ausnahmerecht der UN-Satzung für die Besiegten des Zweiten Weltkrieges », *Politische Studien*, September-Oktober 1964, pp. 548-553.
- A. Gattini, « A Trojan horse for Sudeten claims? On some implications of Liechtenstein v. Germany », *EJIL*, 2002, vol. 13, pp. 513-544.
- B. Gearhart, « Post-war prospects for treatment of enemy property », *Law and contemporary problems*, 1945, vol. 11, pp. 183-199.
- W. Geck, « Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht », *ZaoERV*, 1956-1957, pp. 476-545
- Th. Gertner, « Vereinbarkeit der Bodenreform-Verordnungen mit der Proklamation Nr. 3 des Alliierten Kontrollrats vom 20. Oktober 1945 », *Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht*, 1995, pp. 440-445.
- V. Y. Ghebali, « L'acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe et les Nations Unies », *AFDI*, 1975, p.73-125.
- V. Y. Ghebali, « Article 107 », pp. 2181-2189, dans J. P. Cot, A. Pellet (éd.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, xx-2363 p.

- D. Ginsburg, « A brief against confiscation », June 29, 1959, pp. 390-413, dans 86th Congress first session on bills to amend the war claims act and the Trading with the enemy act, Washington, US Government printing office, 1960.
- G. Gornig, « Erwerbsmöglichkeit von zwischen 1945 und 1949 enteigneten Vermögensgütern durch bevorzugte Personen und ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht », *Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht*, 1993, pp. 136-142.
- B. Graefrath, « Die antifaschistischen Klauseln der UN-Charta und der Gewaltverzicht », *Neue Justiz*, 1968, pp. 686-689.
- H. U. Granow, « Ausländische Kriegsschädenansprüche und Reparationen », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1951-1952, pp. 67-78.
- M. Grawitz, « Arrêts Nottebohm du 18 novembre 1953 (compétence) et du 6 avril 1955 (fond) », *AFDI*, 1955, vol. 1, pp. 262-277.
- W. Grewe, « Die Völkerbundspläne der Alliierten », *Zeitschrift für Politik*, Juli-August 1944, pp. 265-286.
- W. Grewe, « Das Bündnissystem der Alliierten », *Zeitschrift für Politik*, Juli 1942, pp. 483-489.
- W. Grewe, « Von den "Alliierten und Assoziierten Mächten" zu den "Vereinigten Nationen" », *Zeitschrift für Politik*, April-Mai 1943, pp. 262-266.
- B. Grzeszick, « Die Staatsgewalt in der UN-Charta zwischen Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht », *Archiv des Völkerrechts*, 2003, vol. 41, pp. 484-505.
- G. Guyomar, « La Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts privés en Allemagne », *AFDI*, 1960, pp. 528-530.
- J. Hacker, « Zur Frage der Befreiung von den Feindstaaten-Klauseln », *Vereinte Nationen, Zeitschrift für die Vereinten Nationen*, April 1977, 19 Jahrgang, pp. 41-43.
- N. Härting, « Zum "Generellen Willen" der sowjetischen Besatzungsmacht », *Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht*, 1995, pp. 634-637.
- H. Heberlein, « Die Geltungsbeendigung der Feindstaatenklauseln — ein äußerer Aspekt der deutschen Einheit », *Archiv des Völkerrechts*, 1991, vol. 29, pp. 85-103.
- G. Hebert, « Hochmut und Verurteil », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Extra 7/2022, pp.1-8.
- W. Heintschel von Heinegg, « Factors in war to peace transitions », *Harvard journal of international law*, 2004, vol. 27, pp. 843-876.
- H. Held, « Unter dem „Friedensvertrag von Versailles“ vom Eintritt Deutschlands in den Völkerbund bis zum Sieg der nationalen Erhebung des deutschen Volkes », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1933-1934, Band 21, pp. 205-334.
- H. Henkel, « Kollektivschuld », pp. 106-128, dans H. Nottarp (éd.), *Monumentum bambergense : Festgabe für Benedikt Kraft*, München, Kösel, 1955, 664 p.
- J. Hepner, « Behandlung des deutschen Vermögens in Schweden », pp. 77-87, *Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland: Festschrift für Hermann Janssen zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1958, 232 p.
- Fr. Von der Heydte, « Die Feindstaatenklausel in der Satzung der UNO », pp. 247-259, dans W. Schaumann, *Völkerrechtliches Gewaltverbot und Friedenssicherung*, Baden-Baden, Nomos, 1971, 352 p.
- Chr. Hillgruber, Ph. Bender, « Hat der ehemalige Kronprinz Wilhelm von Preußen dem nationalsozialistischen System erheblichen Vorschub geleistet? Zur Auslegung und Anwendung von § 1 Abs. 4 Ausgleichsgesetz », pp.35-62, dans F. L. Kroll, Ch. Hillgruber, M. Wolffsohn, *Die Hohenzollerndebatte Beiträge zu einem geschichtspolitischen Streit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, 430 p.
- G. Hubrecht, « Le statut d'occupation de l'Allemagne occidentale », *Revue internationale de droit comparé*, Octobre-décembre 1949, pp. 418-427.
- W. Hug, « Sperre und Liquidation deutscher Vermögenswerte und ihre Wirkungen auf die privaten Rechtsverhältnisse », pp.261-296, dans *Staat und Wirtschaft : Beiträge zum Problem der Einwirkung des Staates auf die Wirtschaft : Festgabe zum 70. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Einsiedeln, Benziger, 1950, xxiv-309 p.
- T. Imscher, « Anmerkung zur Liechtenstein-Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs », *Archiv des Völkerrechts*, 2005, Band 43, pp. 375-395.
- T. Ito, « Japan's settlement of the Post World War II, réparations and claims », *Japanese annual of international law*, 1994, p.38-71.
- I. Kaminski, « Historical situations in the jurisprudence of the European Court of Human rights in Strasbourg », *Polish Yearbook of international law*, 2010, pp. 9-60.
- C. Katzarov, « Die Stellung der Nichtmitglieder der Vereinten Nationen », *Archiv des Völkerrechts*, 1951, Band 3, pp. 1-21.
- E. Kaufmann, « Die völkerrechtlichen Vorkriegsverträge », *ZaoRV*, 1958, vol. 19, pp. 225-233.
- E. Kaufmann, « Die Reparationsschäden », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1963, Band 88, pp. 1-37.
- H. Kelsen, « Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals », *California law review*, 1943, vol. 31, pp. 530-571.
- H. Kelsen, « The international legal status of Germany to be established immediately upon termination of the war », *AJIL*, 1944, vol. 38, pp. 689-694.

- H. Kelsen, « The principle of sovereign equality of States as a basis for international-organization », *Yale law journal*, 1944, vol. 53, pp. 207-220.
- H. Kelsen, « The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin », *AJIL*, 1945, vol. 39, pp. 518-526.
- H. Kelsen, « Limitations on the functions of the United Nations », *Yale law journal*, 1946, vol. 55, pp. 997-1015.
- H. Kelsen, « Collective and individual responsibility for acts of state in international law », *Jewish Yearbook of int. Law*, 1948, 1 vol., pp. 226-239.
- H. Kelsen, « Recent trends in the law of the United Nations », *Social research*, 1951, vol. 18, pp. 135-151.
- O. Kimminich, « Der normative Gehalt des Friedensbegriffs und seine Erforschung », *Internationales Recht und Diplomatie*, 1972, pp. 93-105.
- U. Kischel, « Wiedergutmachungsrecht und Reparationen: Zur Dogmatik der Kriegsfolgen », *JuristenZeitung*, 1997, pp. 126-131.
- Fr. Klein, « Die Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen », *Archiv des Völkerrechts*, 1948, pp. 147-187.
- F. Klein, « Das Besatzungsstatut für Deutschland », *Süddeutsche Juristen-Zeitschrift*, 1949, pp. 737-754.
- H. Kobayashi, « Feindstaatenklauseln und bewaffnete Intervention », *Der Staat*, 1988, vol. 27, pp. 195-207.
- R. Kolb, « Article 53 », pp. 1401-1437, dans J. P. Cot, A. Pellet (éd.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, xx-2363 p.
- K. Krakau, « Strukturwandel der Vereinten Nationen und die Feindstaatenklauseln der Charta », *Vereinte Nationen, Zeitschrift für die Vereinten Nationen*, 1976, pp. 113-118.
- J. Kranz, « Notion de souveraineté et le droit international », *Archiv des Völkerrechts*, 1992, pp. 411-441.
- F. Kränzlin, « Konfiskatorische Eingriffe in private Auslandsschuldverhältnisse durch die Friedensverträge von 1947 », pp. 89-102, dans *Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland: Festschrift für Hermann Janssen zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1958, 232 p.
- E. Kraske, « Bedingungslose Kapitulation und Völkerrecht », *Juristische Rundschau*, 1949, pp. 101-103.
- H. Kraus, « Amnestieklausel », p. 38, dans Strupp K. (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Band 1, 1924, vi-860 p.
- H. Krüger, « Finis belli pax est », pp. 200-212, dans *Festschrift für Rudolf Laun zu seinem achtzigsten Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, 511 p.
- J. Kunz, « Ending the war with Germany », *AJIL*, 1952, vol. 46, pp. 114-119.
- J. Kunz, « The status of occupied Germany under international law: a legal dilemma », *Western political quarterly*, 1950, vol. 3, pp. 538-565.
- M. Lachs, « Le problème de la propriété dans la liquidation des suites de la seconde guerre mondiale », *AFDI*, 1961, vol. 7, pp. 43-66.
- R. Laun, « Der gegenwärtige Rechtszustand Deutschlands », *Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentliches Recht, Sonderdruck* 1948, p. 9-21.
- K von Laun, « The legal status of Germany », *AJIL*, 1951, vol. 45, pp. 267-285.
- R. Le Bœuf, « La responsabilité de l'Allemagne, en finir avec l'article 231 », pp. 75-100, dans SFDI, *Le traité de Versailles Regards Franco-allemands en droit international à l'occasion du centenaire*, Pedone, Paris, 2020, 318 p.
- E. Lehr, « Indemnité-droit international », pp. 709-713, dans Berthelot (dir.), *La grande encyclopédie : inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts*, t. 20, 1885-1902, 1200 p.
- A. Leriche, « Quelques réflexions sur la Charte de l'Atlantique », *RGDIP*, 1945, pp. 101-111.
- W. Lewald, « Das Privatrecht der deutschen Reparationsleistung », *Neue juristische Wochenschrift*, vol. 29, Heft 13, mars 1962, pp. 561-564.
- L. De Libero, « Vernichtung oder Vertrag? Bemerkungen zum Kriegsende in der Antike », pp. 3-23, B. Wegner (éd.), *Wie Kriege enden : Wege zum Frieden von der Antike bis zur Gegenwart*, Paderborn, Schöningh, 2002, xxviii-383 p.
- Y. Loussouarn, « Note relative à l'arrêt de la CC du 21 novembre 1956 », *Revue critique de droit international privé*, 1957, pp. 41-42.
- H. Maier, « Demontage », pp. 343-346, H. G. Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, de Gruyter, 1960, Erster Band.
- St. Malawer, « Imposed treaties and international law », *California western international law journal*, 1977, vol. 7, pp. 1-178.
- F. Mann, « German external assets », *British yearbook of international law*, 1947, vol. 24, pp. 239-257.
- F. Mann, « Deutschlands heutiger Status », *Süddeutsche JuristenZeitung*, 1947, pp. 465-480.
- F.A. Mann, « Deutsches Vermögen im Ausland », *Neue juristische Wochenschrift*, 1947/48, pp. 601-608
- A. Martin, « Private property, rights, and interests in the Paris Peace treaties », *British yearbook of international law*, vol. 24, 1947, pp. 273-300.

- M. Mason, « Conflicting claims to German external assets », *Georgetown law journal*, 1950, vol. 38, pp. 171-199.
- E. Maurer, J. Simsarian, « Agreement to resolve conflicting claims to German enemy assets outside Germany », *AJIL*, 1948, vol. 42, pp. 157-164.
- E. Maurer, « Protection of non-enemy interests in enemy external assets », *Law and contemporary problems*, 1951, vol. 16, pp. 407-434.
- H. Maurer, « Die Eigentumsregelung im Einigungsvertrag », *JuristenZeitung*, 21 Februar 1992, 47 Jahrgang, pp. 183-191.
- L. Mazeaud, « De la nationalité des sociétés », *Journal du droit international, Clunet*, 1928, pp.30-66.
- E. Menzel, « Deutschland ein Kondominium oder Koimperium », *Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentliches Recht*, 1948, pp. 43-86.
- H. Meier, « Besatzungsregime nach dem Zweiten Weltkrieg », pp. 190-193, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.
- E. Menzel, « Demontage », pp. 341-343, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.
- A. J. Merkl, « Deutschland und die Verfassung der UN in völkerrechtlicher Sicht », pp. 645-652, dans *Gesammelte Schriften*, II vol. t. II, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 806 p.
- H. Meyrowitz, « Les deux États allemands », *AFDI*, 1970, p.85-124.
- W. Mommsen, « Zur Kriegsschuldfrage 1914 », *Historische Zeitschrift*, 1971, 212 Band, pp. 608-614.
- P. E. Moseley, « Die Friedenspläne der Alliierten und die Aufteilung Deutschlands, Die Alliierten Verhandlungen von Jalta und Potsdam », *Europa-Archiv*, 1950, pp.3032-3043.
- B. Meissner, « Sowjetunion und Haager Landkriegsordnung », *Osteuropa-Recht*, 1955, pp. 96-100.
- L. Meyer-Arndt, « Rechtsfragen der Grundgesetzänderung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1957, pp.275-300.
- H. Mosler, « Kriegsende », pp. 333-337, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Zweiter Band, 1961, xv-815 p.
- R. Plaisant, « Les réparations et le droit international privé », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1951, pp. 5-16.
- D. Plesch, « How the United Nations beat Hitler and prepared the peace », *Global society*, 2008, vol. 22, pp. 137-158.
- P. B. Potter, « Legal bases and character of military occupation in Germany and Japan », *AJIL*, 1949, vol. 43, pp. 323-325.
- A. Randelzhofer, « Der normative Gehalt des Friedensbegriffs im Völkerrecht der Gegenwart », pp. 13-75, dans J. Delbück (dir.), *Völkerrecht und Kriegsverhütung, zur Entwicklung des Völkerrechts als Recht friedenssichernden Wandels*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, 305 p.
- S. von Raumer, « Die Rechtsprechung des BVerwG zu Rehabilitierungs- und Rückgabeansprüchen bei Unrechtsmaßnahmen in der sowjetischen Besatzungszeit im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes », *Zeitschrift für offene Vermögensfragen*, 2010, pp. 273-283.
- W. H. Reeves, « Is confiscation of enemy assets in the National interest of the United States », *Virginia Law review*, 1954, vol. 40, pp. 1029-1060.
- M. Requejo Isidro, B. Hess, « International adjudication of private rights : The mixed arbitral tribunals in the peace treaties of 1919-1922 », p.239-276, dans Erpelding M., Hess B., Ruiz Fabri H. (éd.) *Peace through law, the Versailles Peace treaty and dispute settlement after World War I*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp.354.
- G. Ress, J. Bröhmer, « Article 107 », pp. 2183-2197, dans Br. Simma, D. E. Khan, G. Nolte et al., *The Charter of the United Nations, a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, clxix-xxiii-2405 p.
- M. Rheinstein, « The legal status of occupied Germany », *Michigan law review*, 1948 pp.23-40.
- H. Rogge, « Rechtssysteme der internationalen Friedenssicherung: Alte und neue Aufgaben der Rechtswissenschaft », *Archiv des Völkerrechts*, 1949, pp.159-179.
- A. Ross, « Denmark's legal status during the occupation », *Jus Gentium Nirdisk Tidskrift for Folkeret og international Privatret*, 1949, pp. 3-21.
- H. Rumpf, « Der Unterschied zwischen Krieg und Frieden », *Archiv des Völkerrechts*, 1949, Band 2, pp. 40-50.
- H. Rumpf, « Die internationale Organisation als neue Rechtsform für Militärbündnisse », *Jahrbuch des internationalen Rechts*, 1965, pp. 75-92.
- H. Rumpf, « Die deutsche Frage und die Reparationen », *ZaoeRV*, 1973, pp. 344-371.
- H. Rumpf, « Die Regelung der deutschen Reparationen nach dem Zweiten Weltkrieg », *Archiv des Völkerrechts*, 1985, vol. 23, pp. 74-101.
- Sasse, « Daimler Co. V. Continental Tyre and Rubber Co. Fall », pp. 306-307, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.
- G. Sauser-Hall, « L'occupation de l'Allemagne par les Puissances Alliées », *Annuaire Suisse de droit international*, 1946, pp.9-63.

- W. Schätzel, « Vom Völkerbund zu den Vereinten Nationen », *Archiv des Völkerrechts*, 1948, Band 1, pp.3-25.
- W. Schätzel, « Die Annexion im Völkerrecht », *Archiv des Völkerrechts*, 1950, pp.1-28.
- W. Schätzel, « Frieden und Gerechtigkeit », *Die Friedens-Warte*, 1950-1951, pp. 97-107.
- W. Schätzel, « Der Friede mit dem Aggressor », pp. 327-340, dans *Festschrift für Rudolf Laun zu seinem achtzigsten Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, 511 p.
- U. Scheuner, « Der fehlende Friede », pp. 190-206, dans *Mensch und Staat in Recht und Geschichte : Festschrift für Herbert Kraus*, Kitzingen, Holzner-Verlag, 1954, viii-468 p.
- U. Scheuner, « Die Vereinten Nationen und die Stellung der Nichtmitglieder », pp. 371-403, dans *Völkerrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen / Carl Bilfinger zum 75. Geburtstag*, Köln, Heymann, 1954, viii-557.
- U. Scheuner, « Zur Auslegung des Interalliierten Reparationsabkommens vom 14.1.1946 », pp. 135-146, dans *Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland: Festschrift für Hermann Janssen zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1958, 232 p.
- H. J. Schlochauer, « Zur Frage eines Besatzungsstatuts für Deutschland », *Archiv des Völkerrechts*, 1948, vol. 2, pp. 188-218.
- H. G. Schlochauer, « Atlantik-Charter », pp. 95-97, dans H. J. Schlochauer (éd.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, De Gruyter, Erster Band, 1962, xix-800 p.
- C. Schmitt, « Ratifikation völkerrechtlicher Verträge und innerstaatliche Auswirkungen der Wahrnehmung auswärtiger Gewalt », pp. 124-139, dans *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker und Humblot, 1985, 517 p.
- E. Schmitz, K. Schmid, « Zur Dogmatik der Sektion V des Teiles X des Versailler Vertrags », *ZaoeRV*, 1931, pp. 17-85.
- E. Schuster, « The peace treaty in its effects on private property », *British yearbook of international law*, 1920-1921, vol. 1, pp. 167-190.
- Th. Schweisfurth, « Von der Völkerrechtswidrigkeit der SBZ-Konfiskationen 1945-1949 zur Verfassungswidrigkeit des Restitutionsausschlusses 1990 », *Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht*, 2000, pp. 505-521.
- I. Seidl-Hohenveldern, « Wer ist „Deutscher“ im Sinne der Maßnahmen gegen das deutschen Auslandsvermögen? », pp. 498-501, *Juristenzeitung*, 1957.
- I. Seidl-Hohenveldern, « La réparation des dommages subis par les nationaux à l'étranger à la suite de bouleversements politiques. Comparaison des solutions françaises et allemandes », *Revue internationale de droit comparé*, 1969, vol. 21, pp. 763-778.
- I. Seidl-Hohenveldern, « Die Rechtsbeständigkeit der Spaltungstheorie », *RIW/AWD, Recht der internationalen Wirtschaft*, mars 1976, pp. 133-135.
- I. Seidl-Hohenveldern, « Reparations and Reparations after World War II », *Max Planck encyclopedia of international law*, vol.3, 1982, pp. 178-183.
- I. Seidl-Hohenveldern, « Völkerrechtswidrigkeit der Konfiskation eines Gemäldes aus der Sammlung des Fürsten von Liechtenstein als angeblich „deutsches“ Eigentum », pp. 410-412, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, November-Dezember 1996,
- I. Seidl-Hohenveldern, « Nachwirkung der Kontrollratsgesetzgebung und die deutsche Souveränität- zu den Urteilen über die Bodenreform und zur Fortgeltung des Klagestopps nach dem Überleitungsvertrag », pp. 975-990, dans V. Götz et al. (éd.), *Liber amicorum Günther Jaenicke-zum 85. Geburtstag*, Berlin, Springer, 1998, xxv-1038 p.
- H. Sandler, « Restitutionsausschluß verfassungswidrig », *Die öffentliche Verwaltung*, 1994, p.401-410.
- C. Shears, « Some legal implications of unconditional surrender », *Proceedings of the American society of international law*, 1945, vol. 39, pp. 44-54.
- K. Skubiszewski, « Administration of territory and sovereignty : a comment on the Potsdam Agreement », *Archiv des Völkerrechts* 1985, pp.31-41.
- J. Soder, « Die Stellung der „ehemaligen Feindstaaten“ in der UN-Satzung », *Vereinte Nationen, Zeitschrift für die Vereinten Nationen*, 1965, Heft 1, pp. 15-22.
- O. Sommerich, « A brief against confiscation », *Law and contemporary problems*, 1945, vol. 11, pp. 152-165.
- A. Sottile, « Les programmes des belligérants pour l'organisation d'un ordre nouveau », Extrait du n. 4/1941 de la Revue de droit international, 10 p.
- Der Spiegel, « Feindstaaten-Klauseln », *Form des Klassenkampfes*, n. 39, 1968, pp. 26-27.
- A. Steiniger, « Das Besatzungsstatut », *Neue Justiz* 1947, pp. 205-207
- A. Steiniger, « Ausschließbarkeit des Rechtsweges bei Staatshaftungsklagen durch neues Landesrecht? », *Neue Justiz*, 1947, pp.146-150
- R. Stödter, « Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands », *Die Friedens-Warte*, 1948, vol. 48, pp. 111-123.
- G. Stoevesandt, « Überholtes Freund-Feind-Schema der UN-Charta », *Politische Studien*, 1969, pp. 17-21.

- J. Szalma, « Enteignungen in Serbien nach dem Zweiten Weltkrieg und der Stand der Restitutionsgesetzgebung », pp.173-195, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Murswiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsunrecht*, vol. 2, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 261 p.
- P. Tavernier, « L'année des Nations Unies, 21 septembre 1965, 20 décembre 1966, Questions juridiques », *AFDI*, 1966, pp.259-290
- Chr. Tomuschat, « Die Kunst Frieden zu schließen und zu sichern », *Die Friedens-Warte*, 1999, vol. 74, pp. 361-369.
- Chr. Tomuschat, « Article 75 », pp. 2657-2678, dans O. Corten, P. Klein (éd.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités, commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, xxxix-2965 p.
- A. Toublanc, « Affaire relative à Certains biens (Lichtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires », *AFDI*, 2004, vol. 50, pp. 370-388.
- N. Valters, « Neue Bahnen des Völkerrechts, die völkerrechtliche Haftung », *Die Friedens-Warte*, 1949, pp.104-113.
- A. Verdross, « Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands von 1945 bis zur Bildung der westdeutschen Regierung », *Archiv des Völkerrechts*, 1951, vol. 3, pp. 129-136.
- Chr. Walter, « Article 53 », pp. 1478-1524, dans Br. Simma, D. E. Khan, G. Nolte et al., *The Charter of the United Nations, a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, clxix-xxiii-2405 p.
- J. Wasmuth, « Zur Verfassungswidrigkeit des Restitutionsausschlusses für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage », *Neue juristische Wochenschrift*, 1993, pp. 2476-2484.
- R. Wassermann, « Wie lange noch Sonderrecht für die in der SBZ Enteigneten? », *Neue juristische Wochenschrift*, 1997, pp. 438-439.
- H. Weber, « Anmerkung zur „Lichtenstein-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts vom 28.Januar 1998 », *Archiv des Völkerrechts*, 1998, pp.188-197.
- T. Webster, « Japan's transnational war reparations litigation : an empirical analysis », *Harvard international law journal*, 2022, vol. 63, pp. 181-244.
- B. Wegner, « Einführung: Kriegsbeendigung und Kriegsfolgen um Spannungsfeld zwischen Gewalt und Frieden », pp.xi-xxviii., dans B. Wegner(éd.), *Wie Kriege enden : Wege zum Frieden von der Antike bis zur Gegenwart*, Paderborn, Schöningh, 2002, xxviii-383 p.
- H. Wehberg, « Die Liquidation des Wirtschaftskrieges im Friedensvertrag von Versailles », *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1920-1921, 16 vol. pp. 80-87.
- A. Wennmann, « Economic provisions in Peace agreements and sustainable peacebuilding », *Négociations*, 2009, vol. 11, pp. 43-61.
- H. Wiedemann, « Entwicklung und Ergebnisse der Rechtsprechung zu den Spaltgesellschaften », pp. 811-828, dans G. Beitzke, O. Sandrock, *Festschrift für Günther Beitzke zum 70 Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 1979, xii-1129 p.
- Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, *Gutachten* v. 28.8.2017, « Völkerrechtliche Grundlagen und Grenzen kriegsbedingter Reparationen unter besonderer Berücksichtigung der deutsch-polnischen Situation ».
- R. Wolfrum, « Der Beitrag regionaler Abmachungen zur Friedenssicherung: Möglichkeiten und Grenzen », *ZaoeRV*, 1993, pp. 576-602
- M. Wood, « United Nations charter », *Max Planck encyclopedia of public international law*, version numérique, 2006.
- Q. Wright, « The status of Germany and the peace proclamation », *AJIL*, 1952, vol. 46, pp. 299-308.
- Q. Wright, « The equality of states », *Cornell international law journal*, 1970, vol. 3, pp. 1-7.
- G. Zieger, « Das Thema der Reparationen im Hinblick auf die besondere Lage Deutschlands », *RIW/AWD, Recht der internationalen Wirtschaft*, 1980, pp.10-19.
- G. Zinn, « Das staatsrechtliche Problem Deutschland », *Süddeutsche Juristen Zeitung*, 1947, pp.4-12.
- J. Zollmann, « Affaire Naulilaa entre le Portugal et l'Allemagne, 1914-1933 : Réflexions sur l'Histoire Politique d'une Sentence Arbitrale Internationale », *Journal d'histoire du droit international*, 2003, vol. 15, pp. 201-234.
- J. Zollmann, « Nationality property and the mixed arbitral tribunals, 1914 to 1930 », pp.113-158, dans H. Ruiz Fabri, M. Erpelding, *The Mixed arbitral tribunals, 1919-1939*, Baden-Baden, Nomos, 2023, 582 p.
- A. De Zayas, « Amnesty clause », *Max Planck encyclopedia of public international law*, 1992, vol.1, pp.3-15.

IXème section : biens des ennemis expulsés et réparations de guerre

Ouvrages

- D. Blumenwitz, H. Mangoldt, *Neubestätigung und Weiterentwicklung von Menschenrechten und Volksgruppenrechten in Mitteleuropa*, Köln, Wissenschaft und Politik, 1991, 120 p.
- D. Blumenwitz, *Das Offenhalten der Vermögensfrage in den deutsch-polnischen Beziehungen*, Bonn, Kulturstiftung der Deutschen Vertriebenen, 1992, 158 p.

- D. Blumenwitz, G. Gornig, D. Murswiek (éd.), *Minderheitenschutz und Menschenrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, 241 p.
- F. Ermacora, *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt*, Vol. I, Österreichische Akademie, Wien 1974, 629 p.
- F. Ermacora, *Die sudetendeutschen Fragen: Rechtsgutachten*, München, Langen Müller, 1992, 284 p.
- J. Frowein, U. Bernitz, *Avis juridique sur les décrets Beneš et l'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne*, 2002, https://www.europarl.europa.eu/studies/Benešdecrees/pdf/opinions_fr.pdf.
- G. Gornig, H.D. Horn, D. Murswiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsrecht*, vol. 1, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 322 p.
- G. Gornig, H.D. Horn, D. Murswiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsrecht*, vol. 2, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 261 p.
- G. Hamos, *Die Dekrete des Präsidenten der Republik- die Beneš –Dekrete, Schuld und Sühne in den Nachwehen der Weltkriege*, Thèse, Universität Linz, 181 p.
- H.A. Jacobsen(éd.), *Bonn-Warschau, 1945-1991, Die deutsch-polnischen Beziehungen, Analyse und Dokumentation*, Köln, 1992, 74 p.
- O. Kimminich, *Das Recht auf die Heimat*, Bonn, Osmipress, 1978, 143 p.
- E. Klein, *Diplomatischer Schutz im Hinblick auf Konfiskationen deutschen Vermögens durch Polen Diplomatischer Schutz*, Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen, Bonn, 1992, 79 p.
- E. Klein, *Gutachten zur Rechtslage des im heutigen Polen entzogenen Privateigentums Deutscher*, Potsdam, Februar-April 2005, 160 p.
- S. Krülle, *Die Konfiskation deutschen Vermögens durch Polen*, Bonn, Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen, 1993, 192 p.
- R. Laun, R. Naumann, C. Parry, *Die Entschädigungsansprüche der aus Estland und Lettland umgesiedelten Deutschen gegen die Bundesrepublik Deutschland*, Gutachten, 1 janvier 1954, Gronemann, Walsrode/Hann, 63 p.
- H. Raschhofer, *Die Vermögenskonfiskationen der Ostblockstaaten*, Frankfurt am Main, Metzner, 1956, 38 p.
- H. Raschhofer, O. Kimminich, *Die Sudetenfrage*, München, Olzog, 1988, 352 p.
- N. von Redecker, *Die polnischen Vertreibungsdekrete und die offenen Vermögensfragen zwischen Deutschland und Polen*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, 129 p.
- S. Wenk, *Das konfiszierte deutsche Privatvermögen in Polen und der Tschechoslowakei*, Frankfurt am Main, Lang, 1993, 219 p.
- A. De Zayas, *Die Nemesis von Potsdam: Die Anglo-Amerikaner und die Vertreibung der Deutschen*, München, Langen-Müller, 2020, 416 p.

Articles, chapitres et contributions dans des ouvrages collectifs

- M. Barelkowski, Cl. Kraft, « La Pologne et les biens allemands et juifs après 1945 », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2014, n. 61, pp. 61-96.
- A. Bazin, « Les décrets Benes, de l'usage du passé dans le débat européen », *Critique internationale*, 2003, n. 21, pp. 42-49.
- A. Bazin, « Tchèques et Allemands aujourd'hui : bon voisinage sur fond de réconciliation difficile », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2009, pp.99-120.
- D. Blumenwitz, « Die vermögensrechtlichen Folgen der Ostverträge », *Jahrbuch für Institut für Ostrecht*, München, vol. XIII, Dezember 1972, pp. 179-251.
- D. Blumenwitz, « Flucht und Vertreibung und ihre vermögensrechtlichen Folgen », pp. 185-206, dans D. Blumenwitz (éd.), *Flucht und Vertreibung*, Vorträge eines Symposiums, 19-22 November 1985, Köln. Heymann, 1987, 407 p.
- D. Blumenwitz, « Das Offenhalten der Vermögensfrage in den deutsch-polnischen und deutsch-tschechoslowakischen Beziehungen », dans *Fortentwicklung des Minderheitenschutzes und der Volksgruppenrechte in Europa*, Bonn, Wissenschaft und Politik, 1992, 152 p., pp. 115-129.
- S. Bracey, « The symmetry of Hypocrisy in Czech German legal conciliation, 1989-1997 », *Central European history*, 2019, pp.496-526.
- Ph. Bretton, « Le traité germano-polonais du 7 décembre 1970 », *AFDI*, 1971, pp. 171-203.
- K. Buhler, G. Schusterschitz, M. Wimmer, « Beneš Decrees and the Czech Restitution laws from a human rights and european community law perspective », *Austrian review of international and European law*, 2004, pp.1-48.
- D. Colard, « Considérations sur les "traités de normalisation" signés par la RFA avec l'URSS et la Pologne », *RGDIP*, 1971, pp. 333-355.
- Fr. Czermak, « Offene Vermögensfragen zwischen Tschechen und Deutschen », *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1997 Heft 23, p. 719-720.

- D. Fassbender, « Klageausschluß bei Enteignungen zu Reparationszwecken - Das Gemälde des Fürsten von Liechtenstein », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, p.1445-1448.
- M. Gilis, « Facing up to the past: The Czech constitutional court's decision on the confiscation of Sudeten german property », *Parker School Journal of East European Law*, 1995, vol. 2, pp. 709-760.
- G. Gornig, « Eigentum und Enteignung im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung von Vertriebenen », pp. 19-74, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Murswiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsunrecht*, vol. 1, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 322 p.
- D. Gosewinkel, M. Spurny, « Citoyenneté et expropriation en Tchécoslovaquie au lendemain des deux Guerres Mondiales », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2014, n. 61, pp. 26-61.
- T. Irmscher, « Deutsch-polnische Vermögensfragen, eine deutsche Sicht », pp. 5-30, dans *Ansprüche? Die Eigentumsfrage in den deutsch-polnischen Beziehungen*, WeltTrends-Papiere 3, Universität Potsdam, 2007.
- O. Kimminich, « Der Warschauer Vertrag — Grundlage oder Vernichtung privater Entschädigungsforderungen? », *Juristenzeitung*, 1971, pp. 485-490.
- M. Kittel, H. Möller, « Die Beneš-Dekrete und die Vertreibung der Deutschen im europäischen Vergleich », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 2006, pp.541-581.
- K. Klima, « Die verfassungsrechtliche Natur der Dekrete des Präsidenten der Tschechoslowakischen Republik », p.223-228, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Murswiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsunrecht*, vol. 1, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 322 p.
- B. Kostrubiec, W. Zyskowska, « Bouleversements territoriaux et migrations forcées au XXe siècle en Pologne », *Espaces populations sociétés*, 1992, pp. 203-214.
- J. Kranz, « La frontière polono-allemande après 1945, un contentieux historique dans une perspective contemporaine », p. 103-123, dans SFDI, *Droit des frontières internationales*, Pédone 2016, Paris, 322 p.
- S. Krülle, « Eigentumsfragen im Zusammenhang mit dem umfassenden deutsch-polnischen Vertrag », pp.77-90, dans D. Blumenwitz, H. Mangoldt, *Neubestätigung und Weiterentwicklung von Menschenrechten und Volksgruppenrechten in Mitteleuropa*, Köln, Wissenschaft und Politik, 1991, 120 p.
- R. Naumann, « Zur tschechoslowakischen Konfiskation deutschen Vermögens und deren Ersatz durch die Bundesrepublik Deutschland », pp. 357-371, dans *Festschrift für Rudolf Laun zu seinem achtzigsten Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, 511 p.
- L. Picard, « La ligne Oder-Neisse est-elle la frontière définitive germano-polonaise ? Le combat des expulsés autour d'une limite géographique », *Revue Sciences humaines combinées*, Université de Bourgogne, 2010, <https://preo.u-bourgogne.fr/shc/index.php?id=182#ftn5>
- N. Politis, « Les transferts de populations », *Politique étrangère*, 1940, pp. 83-94.
- H. Raschhofer, « Die deutsche Reparationsregelung und die Reparationsposition der Tschechoslowakei », pp. 495-513, dans H. Kipp., Fr. Mayer, A. Steinkamm, *Um Recht und Freiheit : Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte*, Berlin, Duncker und Humblot, 1977, 1 vol. xvi-774 p.
- D. Richard, « Pologne/Allemagne : quelle coopération dans une Europe à deux vitesses », *Politique étrangère*, 2018, pp.157-168.
- J. Rupnik, « Le problème allemand vu du centre-est », *Revue française de science politique*, 1987, pp. 331-345.
- W. Rzepka, « Anmerkung zu Pl. US 14/94 [Verfassungsgericht der Tschechischen Republik v. 8. 3. 1995] », *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1996, Heft 1, pp. 17-18
- J. Sandorski, « Polnisch-deutsche Vermögensfragen, eine polnische Sicht », pp. 33-53, dans *Ansprüche? Die Eigentumsfrage in den deutsch-polnischen Beziehungen*, WeltTrends-Papiere 3, Universität Potsdam, 2007.
- J. Schechtman, « The option clause in the Reich's Treaties on the transfer of population », *AJIL*, 1944, pp. 356-374.
- H. Schlapnicka, « Die Vertreibung der Deutschen aus der Sicht der innerstaatlichen Rechtsordnung », *Bohemia, Zeitschrift für Geschichte und Kultur der böhmischen Länder*, 2001, Band 42, pp. 11-26.
- I. Seidl-Hohenveldern, « Enteignung der Sudetendeutschen », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, pp. 1389-1390.
- A. Suppan, « Kollektivschuld, Enteignung, Entrechtung », pp. 1482-1534, dans *Hitler — Beneš — Tito : Konflikt, Krieg und Völkermord in Ostmittel- und Südosteuropa*, Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2013, xxxiv-2060 p.
- A. Szczeponek, « Enteignung der Deutschen durch Polen nach dem Zweiten Weltkrieg aus polnischer und völkerrechtlicher Sicht », pp.187-216, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Murswiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsunrecht*, vol. 1, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, 322 p.
- Chr. Tomuschat, « Die Vertreibung der Sudetendeutschen Zur Frage des Bestehens von Rechtsansprüchen nach Völkerrecht und deutschem Recht », *ZaeRV*, 1996, pp.1-69.
- Chr. Tomuschat, « Reckoning with the past in the Czech republic: a test of the homogeneity clause pursuant to article 6 EC treaty », pp. 451-478, dans A. von Bogdandy et al. (éd.), *European integration and international co-ordination : studies in transnational economic law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*, La Haye, Kluwer law international, 2002, xx-516 p.

Th. Veiter, « Potsdamer Abkommen und Vertreibung », pp. 55-76, dans Th. Veiter, B. Meissner (éd.), *Das Potsdamer Abkommen und die Deutschlandfrage*, Wien, Braumüller, 1987, ix-216 p.

E. Wagnerová, M. Gillis, « Justice and memory: the experience of the Czech Republic, 1989 to the present », *Journal of east european law*, 2001, pp. 199-233.

A. De Zayas, « Enteignung und Vertreibung im Lichte des Völkerrechts », pp.19-31, dans G. Gornig, H.D. Horn, D. Murswiek, *Eigentumsrecht und Enteignungsunrecht*, vol. 2, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 261 p.

I. Κτιστάκης, « Περιουσίες Τσάμηδων και Αλβανών στην Ελλάδα : άρση του εμπολέμου και διεθνής προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου », *Δίκη*, 2006, pp.171-203 (I. Ktistakis, « Propriété des Tchames et des Albanais en Grèce : la fin de l'état de guerre et la protection internationale des droits de l'homme », *Diki* 2006).

Xème section : biens abandonnés, droit de retour, droit d'indemnisation voire de restitution

Ouvrages

R. Bali, *L'affaire « impôt sur la fortune » (Varlık Vergisi), 11 novembre 1942 — 15 mars 1944*, Libra Kitapçılık, Istanbul, 2010, 403 p.

O. Bashkin, *New Babylonians, a history of Jews in modern Iraq*, Stanford, Stanford university press, 2012, 310 p.

Y. Ben-Hilal, *The absentee property law and its implementation in East Jerusalem, a legal guide and analysis*, Norwegian Refugee council, Mai 2013, 94 p.

F. du Buy, *Das Recht auf die Heimat im historisch-politischen Prozess*, Euskirchen, VZD, 1974, 200 p.

A.C. Buyse, *Post-conflict housing restitution: the European human rights perspective, with a case study on Bosnia and Herzegovina*, Thèse, Universiteit Leiden, 2008, 435 p.

Conseil Norvégien pour les réfugiés (éd.), *Manuel sur la restitution des logements et des biens des réfugiés et personnes déplacées, pour la mise en œuvre des « Principes Pinheiro »*, 2007, 106 p.

D. Fischer, *Die Aussichten für die Positivierung eines Menschenrechts auf die Heimat*, Würzburg, Thèse, 1966, xxiii-143 p.

G. Gidel, A. de Lapradelle, L. Le Fur, *Consultation : Confiscation des biens des réfugiés arméniens par le gouvernement turc*, Paris, Massis, 95 p.

A. Gürel, *L'expulsion à Chypre. Les conséquences du conflit politique et militaire. Le cadre juridique chypriote turc [Ο εκτοπισμός στην Κύπρο. Οι συνέπειες της πολιτειακής και της στρατιωτικής διαμάχης. Το τουρκοκυπριακό νομικό πλαίσιο]*, PRIO, Oslo, 2012, pp.42.

P. Hadrossek, *Stand und Kritik der rechtstheoretischen Diskussion zum natürlichen Recht auf die Heimat*, Verl. Wiss. und Politik, Köln, 1969, 135 p.

H. Hannum, *The right to leave and return in international law and practice*, Dordrecht, Nijhoff, 1987, xiii-189 p.

K. Hassine, S. Leckie, *The United Nations principles on housing and property restitution for refugees and displaced persons ("The pinheiro principles"), a commentary*, Brill Nijhoff, Leiden, 2016, pp.xxi-402.

H. van Houtte, B. Delmartino, I. Yi, H. Das, *Post-war restoration of property rights under international law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2008, 2 vol., xxii-377 p., 295 p.

W. Höxter, *Bevölkerungsaustausch als Institut des Völkerrechts*, Thèse, Frankfurt am Main, 1932, xiv-57 p.

A. Jawad, *Les violations des droits de l'homme au détriment du peuple palestinien dans les territoires occupés par Israël*, Thèse, Paris X, 1982, 1339 p.

S. Kalra, A. Chandrakantan, *A legal analysis of the Enemy property act of Bangladesh*, Hindu American foundation, 2018, pp. 1-12.

M. Krepon, A. Sevak, *Crisis prevention, confidence building, and reconciliation in South Asia*, New Delhi, Manohar, 1996, xii-276 p.

D. Kretzmer, *The occupation of justice*, State Univ. New York Press, New York, 2002, x-262 p.

D. Kretzmer, *The legal status of the Arabs in Israel*, London, Routledge, 2020, xii-197 p.

J. A. Krug, D. S. Myer, *The wartime handling of evacuee property*, Washington, US Government printing office, 1946, 113 p.

J. Kunz, *L'option de nationalité*, RCADI, 1930, recueil t. 31, pp.107-176.

S. Leckie, Chr. Huggins, *Conflict and housing, land, and property rights : a handbook on issues, frameworks, and solutions*, Cambridge, Cambridge University press, 2013, xiii-297 p.

F. Mardam-Bey, E. Sanbar, *Le droit au retour : le problème des réfugiés palestiniens, textes réunis*, Paris, Actes sud, 2002, 401 p.

L. May, *After war ends, a philosophical perspective*, Cambridge, Cambridge University press, 2012, viii-248 p.

T. Miller, *Die Frage der Rückkehr palästinensischer Flüchtlinge unter Berücksichtigung der Lösungsansätze der Vereinten Nationen*, Frankfurt am Main, Lang, 2007, xiii-478 p.

El. Morack, *The dowry of the state? The politics of abandoned property and the population exchange in Turkey, 1921-1945*, Univ. of Bamberg Press, Bamberg, 2017, 373 p.

- B. Morris, *The Birth of the Palestinian Refugee problem revisited*, Cambridge, Cambridge University press, 2004, xxii-640 p.
- L. F. O'Mahony, J. Sweeney, *The idea of home in law, displacement and dispossession*, Oxon, Routledge, 2016, 248 p.
- K. Özersay, A. Gürel, *Property and human rights in the Cyprus problem, European consortium for political research*, Nicosia, 2006, 36 p.
- S. Papasavvas, *La justice constitutionnelle à Chypre*, Paris, Economica, 1998, 259 p.
- D. Peretz, *Israel and the Palestine Arabs*, Washington, Middel East Institute, 1958, xi-264 p.
- G. Pikiş, *Constitutionalism Human rights Separation of powers, the Cyprus precedent*, Brill, Leiden, 2006, 188p.
- J. D. Porteous, E. S. Smith, *Domicide: The Global destruction of home*, McGill, Queen's University Press, 2001, 283 p.
- K. Rabl, *Das Selbstbestimmungsrecht der Völker*, München, Korn, 1963, 276 p.
- R. Redslob, *Le principe des nationalités*, RCADI, t. 37, 1931, pp.1-82.
- W. Schabas, *Genocide in international law: the crime of crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, xviii-741 p.
- B. Schlink, *Heimat als Utopie*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000, 49 p.
- St. Séfériadès, *L'échange des populations*, RCADI, t. 4, 1928 pp. 311-437.
- Br. Smith, *Israel's absentee property law: when is democratic failure necessary?*, CMC Senior Thesis, 2017, 65 p.
- T. Tezcan, *Der Zypernkonflikt vor dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof: eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Loizidou-Rechtsprechung und ihrer Auswirkung auf die zwischenstaatlichen Beziehungen*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006, 283 p.
- Sh. Toriguian, *The armenian question and international law*, Beirut, Hamaskaine, 1973, 330 p.
- N. Turgis, *La justice transitionnelle en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, xvi-627 p.
- I. Vásárhelyi, *Restitution in international law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1964, 178 p.
- G. Vedel, *Le Droit à indemnisation des Français d'Algérie atteints par des mesures de dépossession*, Paris, Montchrestien, 1965, 195 p.
- R. Williams, *The contemporary right to property restitution in the context of transitional justice*, International center for transitional justice, May 2007, 52 p.
- V. Zamindar, *The long partition and the making of modern South Asia*, Columbia Univ. Press, New York, 2007, xiv-288 p.
- J. Zagorac, *Le génocide culturel ; un crime oublié du droit international ?*, Bâle, Helbing, 2022, xxiv-548 p.
- K. Ziegler, *Fluchtverursachung als völkerrechtliches Delikt*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 960 p.
- N. Τριμυκλιιώτης, K. Δημητρίου, *Le déplacement des populations à Chypre, le cadre juridique de la République de Chypre [Ο εκτοπισμός στην Κύπρο, Νομικό πλαίσιο στην Κοπριακή Δημοκρατία]*, Prio, Oslo, 2012, 53 p.
- Articles, chapitres et contributions dans des ouvrages collectifs**
- T. Akcam, « The Spirit of the Law: Following the Traces of Genocide in the Law of Abandoned Property », *International criminal law review*, 2014, pp.377-395.
- T. Antsupova, « Post-conflict reparation : Ukrainian restitution remedies for property and restitution complaints before the ECHR », *Κyiv Mohula law and politics journal*, 2016, vol. 2, pp. 217-226.
- S. Bagshaw, « Property restitution and the development of a normative framework for the internally displaced », *Refugee Survey quarterly*, 2000, pp.209-223.
- M. Ballard, « Post-conflict property restitution: flawed legal and theoretical foundations », *Berkeley journal of international law*, 2016, vol. 28, pp. 462-496.
- A. Barkat, « A treatise on political economy of unpeopling of religious minorities in Bangladesh through the Enemy property act and vested property act », *Bangladesh journal of political economy*, 2014, pp.1-62.
- M. Barutciski, « Les transferts de populations 80 ans après la Convention de Lausanne », *Canadian yearbook of international law*, 2003, vol. 41, pp. 271-304.
- G. Bass, « Jus post bellum », *Philosophy & Public affairs*, 2004, pp. 384-412.
- A. Bellamy, « The responsibilities of victory: jus post bellum and the just war », *Review of international studies*, 2008, vol. 34, pp. 601-625.
- E. Benvenisti, E. Zamir, « Private claims to property rights in the future Israeli-Palestinian settlement », *AJIL*, vol. 89, 1995, pp.295-340.
- D. Blumenwitz, « Cyprus : political and legal realities », *Journal of international affairs*, vol. IV, septembre-novembre 1999.
- D. Blumenwitz, « Die vermögensrechtlichen Ansprüche der zypriotischen Heimatvertriebenen – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte », pp. 131-147, dans G. H. Gornig, D. Murswiek (éd.), *Das Recht auf die Heimat*, Berlin, Duncker und Humblot, 2006, 182 p.
- G. Boling, « Absentees property laws and Israel's confiscation of Palestinian property: A violation of U.N. general assembly resolution 194 and international law », *Palestine Yearbook of international law*, 2000, vol. 11, pp. 73-130.

- V. Carlowitz, « Crossing the boundary from the international to the domestic legal realm, UNMIK lawmaking and property rights in Kosovo », *Global governance*, 2004, p.307-331.
- J.M Chan, « The Right to a nationality as a human right », *Human Rights Law Journal*, 1991, pp.1-14
- S. Chandra, « Critical analysis of evacuee property laws and their legal administration in India », *International journal of law and legal jurisprudence studies*, 2021, pp. 87-111
- J. Charpenter, « La reconnaissance du G.R.P.A. », *AFDI*, 1959, pp.799-816
- A. Colonomos, « De la réparation à la restitution : trajectoires philosophiques d'une histoire », *Raisons politiques*, 2002, pp.157-169.
- M. Cox, « The right to return home: international intervention and ethnic cleansing in Bosnia and Herzegovina », *The international and comparative law quarterly*, 1998, pp. 599-613.
- H. Das, « Restoring property rights in the aftermath of war », *International and comparative law quarterly*, 2004, vol. 53, pp. 429-444.
- A. Emilianides, « Accession of the Republic of Cyprus to the EU, the Constitution and the Cypriot Doctrine of necessity », *Cyprus Yearbook of international relation*, 2007, pp. 65-82.
- W. Englbrecht, « Property rights in Bosnia and Herzegovina: the contributions of the Human Rights Ombudsperson and the Human Rights Chamber towards their protection », pp. 83-142, dans S. Leckie (éd.), *Returning home housing and property restitution rights of refugees and displaced persons*, Transnational publ., Ardsley, 2003, xx-433 p.
- M. Erdem, St. Greer, « Human rights, the Cyprus problem and the immovable property commission », *International & Comparative Law Quarterly*, 2018, vol. 67, pp. 721-732.
- Sh. Feldman, « "Legal" land appropriation as sanctioned by the vested property Act(s) », *Asian journal of social science*, 2017, vol. 47, pp. 724-748.
- M. Frank, « Kant und das Recht nach dem Krieg », *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 2010, p.498-519.
- J. Frowein, « Die Abmachungen von Evian und die Entstehung des algerischen Staates », *ZaeRV*, 1963, pp. 21-48.
- J. Garcia Godos, « Addressing land restitution in transitional justice », *Nordic journal of human rights*, 2010, vol. 28, pp. 122-142.
- M. Garlick, « Protection for property rights: a partial solution ? The Commission for real property claims of displaced persons and refugees in Bosnia and Herzegovina », *Refugee Survey quarterly*, 2000, vol. 19, pp. 64-85.
- B. Gilles, I. Rigoni, « Turcs, Kurdes et Chypriotes devant la Cour européenne des droits de l'homme : une contestation judiciaire de questions politiques », *Revue études internationales*, 2000, vol. xxxi, pp. 413-441.
- Sh. Goel, « Tales of restoration : a study of the evacuee property laws », *Studies in History*, 2020, pp. 251-280.
- A. Gürel, K. Özersay, « Cyprus and the politics of property », *Mediterranean Politics*, 2006, vol. 11, pp. 349-369.
- N. Hadjigeorgiou, « Remedying displacement in frozen conflicts: lessons from the case of Cyprus », *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2016, vol. 18, pp. 152-175.
- M. Haedrich, « „Heimat denken“ im Völkerrecht. Zu einem völkerrechtlichen Recht auf Heimat », pp.51-77, dans Costadura E., Ries K., *Heimat gestern und heute Interdisziplinäre Perspektiven*, Transcript, Bielefeld, 2016, 254 p.
- M. M. Hakki, « Property wars in Cyprus: the Turkish position according to international law », *Ankara bar review*, 2010, pp. 43-56.
- M. I. Hasan, « Law of vested-enemy property in Bangladesh: an analytical approach », *International journal of research in social sciences and humanities*, 2016, vol. 6, pp. 166-181.
- L. Hastings, « Implementation of the property legislation in Bosnia Herzegovina », *Stanford journal of international law*, 2001, vol. 37, pp. 221-254.
- H. von Houtte, « Commission for real property claims of displaced persons and refugees », *Max Planck Encyclopedia of Public international law*, version numérique, 2019.
- S. Jagerskiold, « The Freedom of Movement », pp.166-180, dans L. Henkin (éd.), *The international bill of rights : the covenant on civil and political rights*, Columbia University Press, New York, 1981, x-523 p.
- S. Jiryis, « The legal structure for the expropriation and absorption of Arab lands in Israel », *Journal of Palestine studies*, 1973, vol. 2, pp. 82-104.
- S. Jiryis, « Settler's law: seizure of Palestinian lands », *Palestine yearbook of international law*, 1985, vol. 2, pp. 17-36.
- M. Kagan, « Restitution as a remedy for refugee property claims in the Israel-Palestinian conflict », *Florida journal of international law*, 2007, vol. 19, pp. 421-491.
- S. Karagiannis, « Des traités d'échange de populations au nettoyage ethnique », *Miskolc journal of international law*, 2004, vol. 1, pp. 198-237.
- E. Katselli Proukaki, « The right of displaced persons to property and to return home after Demopoulos », *Human rights law review*, 2014, vol. 14, pp. 701-732.

- A. S. Kedar, « Expanding legal geographies: a call for a critical comparative approach », pp. 95-119 dans I. Braverman, N. Blomley, D. Delaney, et A.S. Kedar (éd.), *The expanding spaces of law, a timely legal geography*, Stanford, Stanford University Press, 2014, xiii-278 p.
- C. Keyder, « The Consequences of the Exchange of Populations for Turkey », p.39-52, dans R. Hirschon(éd.), *Crossing the Aegean: An Appraisal of the 1923 Compulsory Population Exchange between Greece and Turkey*, New York, Berghahn, 2003, 298 p.
- A. Klein, « Attaining post-conflict peace using the jus post bellum concept », *Religions*, 2020, vol. 11, pp. 173-193.
- D. Kouymjian, « La destruction des monuments historiques comme manifestations du processus génocidaire », pp.219-230, dans *L'actualité du génocide des Arméniens*, Edipol, Paris, 1999, 499 p.
- M. Kyprianou, « The law of necessity and the orders of requisition », *Επιθεώρηση Κυπριακού Δικαίου*, 1985, pp.1874-1876.
- R. Lapidoth, « The right of return in International law, with special reference to the Palestinian refugees », *Israel yearbook on human rights*, 1968, pp.103-125
- K. Lawand, « The right to return of Palestinians in international law », *International journal of refugee law*, 1996, pp.532-568.
- S. Leckie, « New directions in housing and property restitution », pp. 3-61, dans S. Leckie (éd.), *Returning home housing and property restitution rights of refugees and displaced persons*, Transnational publ., Ardsley, 2003, xx-433 p.
- S. Leckie, « Conclusions — best practices to guide future housing and property restitution efforts », pp. 395-407, dans S. Leckie (éd.), *Returning home housing and property restitution rights of refugees and displaced persons*, Transnational publ., Ardsley, 2003, xx-433 p.
- L. Leontiades, « Der giechisch-turkische Bevölkerungsaustausch », *ZaoeRV*, 1935, pp. 546-576.
- A. Lekka, « Legislative Provisions of the Ottoman/Turkish Governments Regarding Minorities and their Properties », *Mediterranean Quarterly*, 2007, pp.135-154.
- Fl. Lelait, « Les expulsés allemands. Des victimes en quête de reconnaissance », *Revue Annis*, version électronique, 2006, vol. 6.
- Gr. Lewkowicz, « Jus Post Bellum : vieille antienne ou nouvelle branche du droit ? Sur le mythe de l'origine vénérable du Jus Post Bellum », *Revue belge de droit international*, 2011, pp. 11-25.
- L. Loucaides, « Is the European Court of Human Rights still a principled court of human rights after the Demopoulos case? », *Leiden journal of international law*, 2011, pp.435-465.
- M. Lynk, « Compensation for Palestinian refugees: an international law perspective », *Palestine Yearbook of international law*, 2000, vol. 11, pp. 155-184.
- T. Megiddo, E. Benvenisti, « Inclusion and representation: the settlement of property claims of the dispossessed in the aftermath of an armed conflict, Settlement of property claims », *Theoretical inquiries in law*, 2020, p.397-425
- T. Meron, « West Bank and Gaza: Human rights and humanitarian law in the period of transition », *Israel Yearbook on human rights*, 1979, pp.106-120.
- N. Mulder, « The Trading with the Enemy Acts in the age of expropriation, 1914–49 », *Journal of global history*, 2020, p.81-99.
- R. Mundhe, « Violation of basic rights of minorities in Bangladesh: a study of the enemy property act », *The IUP journal of international relations*, vol. IX, 2015, pp. 35-49.
- D. Murswiek, « Die völkerrechtliche Geltung eines Rechts auf die Heimat », pp.17-35, p.21, dans Gornig G.H., Murswiek D., *Das Recht auf die Heimat*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, pp.182.
- V. Nainar, « Law in service of illegal ousting of the largest religious minority in Bangladesh », *Asia-pacific journal on human rights and the law*, 2019, vol. 20, pp. 227-244.
- H.D. Nakkara, « Israeli Land seizure under various defense and emergency regulations », *Journal of Palestine Studies*, 1985, pp.13-34.
- St. Neff, « Conflict termination and peace-making in the law of nations: a historical perspective », pp. 77-92, dans C. Stahn, J. Kleffner, *Jus post bellum: towards a law of transition from conflict to peace*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2008, xvii-241 p.
- B. Oran, « Rum Malarına gizli ipotek » [Hypothèque secrete sur les biens des Rums d'Istanbul], *Türkiyeli gayrimüslimler üzerine yazılar*, Istanbul, İletişim yayımları, 2011, 773 p.
- B. Orend, « Terminating wars and establishing global governance », *Canadian journal law & jurisprudence*, 1999, pp.253-295.
- Br. Orend, « Jus post bellum: a just war theory perspective », pp. 31-52, dans C. Stahn, J. Kleffner, *Jus post bellum: towards a law of transition from conflict to peace*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2008, xvii-241 p.
- E. Ouedraogo, « Le “nettoyage ethnique” en droit international », *Annuaire canadien de droit international*, 2017, pp.188-226.
- D. Özveri, « Cyprus property dispute through the glance of immovable property commission », *International periodical for the languages, literature, and history of Turkish*, 2013, vol. 8, pp. 591-602.

- G. Paglione, « Individual property restitution: from Deng to Pinheiro and the challenges ahead », *International journal of Refugee law*, 2008, vol. 20, pp. 391-412.
- P. K. Panday, « Politics of land grabbing: the vested property act and the exploitation of Hindu communities in Bangladesh », *International journal on minority and group rights*, 2016, vol. 23, pp. 382-401.
- S. Pappasavvas, « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle-Les droits constitutionnels des étrangers », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1995, pp. 59-74.
- B. Parameswaran, « Vertreibung und Rückkehr: Zur Frage eines Rückkehrrechts der palästinensischen Flüchtlinge von 1947/48 Vertreibung und Rückkehr: Zur Frage eines Rückkehrrechts der palästinensischen Flüchtlinge von 1947/48 », *Archiv des Völkerrechts*, 2003, pp.1-61.
- F. Peeters, « Naturrecht und Recht auf Heimat », pp.489-502, dans J. Höffner, A. Verdross, et al. (éd.), *Naturordnung in Gesellschaft, Staat und Wirtschaft, Festschrift für Johannes Messner*, Tyrolia, Innsbruck, 1961, 728 p.
- Ch. Philpott, « From the right of return to the return of Rights: completing Post war property restitution in Bosnia Herzegovina », *International journal of refugee law*, 2006, pp.30-80 ;
- D. Pirovsky, « Retrouver son foyer : propriété de dépossession dans les récits de visite des exilés Palestiniens à leur ancienne maison », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2014, vol. 71, pp. 97-122.
- M. Polatel, « Spoliation of Armenian properties during the Genocide », pp.155-163, dans *Le Génocide des Arméniens, ouvrage collectif*, Paris, Armand Colin, 2015, 368 p.
- J. J. Preece, « Ethnic cleansing as an instrument of nation-state creation: changing state practices and evolving legal norms », *Human rights quarterly*, 1998, pp.817-842.
- J. Quigley, « Displaced Palestinians and a right of return », *Harvard international law journal*, 1998, pp.171-229.
- G. Renner, « Das Recht auf die Heimat und das internationale Flüchtlingsrecht », pp. 37-49, dans G. H. Gornig, D. Murswiek (éd.), *Das Recht auf die Heimat*, Berlin, Duncker und Humblot, 2006, 182 p.
- E. Rosand, « The right to return under international law following mass dislocation: the Bosnia precedent », *Michigan journal of international law*, 1998, vol. 19, pp. 1091-1139.
- R. Rosenstock, « The Forty-Seventh Session of the International Law Commission », *AJIL*, 1996, pp.106-115.
- Rozakis C., « The rights of displaced persons under Article 1 Protocol I and 8 of the European Convention on Human Rights », pp.553-566, dans *Liber amicorum Dean Spielmann*, Nijmegen, Wolf legal publ., 2015, xxviii-692 p.
- U. Sanobar, « Constructing the "Citizen enemy"- the impact of the Enemy property act of 1968 on India's Muslims », *Journal of Muslim minority affairs*, 2019, vol. 39, pp. 457-477.
- J. Schechtman, « Evacuee property in India and Pakistan », *Indian Quarterly*, 1953, pp.3-35.
- Y. Scioldo-Zürcher, « La discrète mais réelle anticipation du rapatriement des Français d'Algérie : la construction de la loi du 26 décembre 1961 », pp. 564-569, dans A. Bouchène, J. P. Peyroulou, O. Siari Tengour, S. Thénault, *Histoire de l'Algérie à la période coloniale 1830-1962*, Paris — Alger, La Découverte, Paris, 2012, 717 p.
- M. Shamgar, « The observance of international law in the administered territories », *Israel yearbook on human rights*, 1971, p. 262-277.
- Y. Shenhav, « The Jews of Iraq, zionist ideology, and the property of the Palestinian refugees of 1948 : an anomaly of national accounting », *International journal of middle east studies*, 1999, pp.605-630.
- C. Stahn, « *Jus ad bellum, jus in bello... jus post bellum* ? Rethinking the conception of the law of armed force », *EJIL*, 2007, vol. 17, pp. 921-943.
- C. Stahn, « *Jus post bellum* : mapping the discipline(s) », *American university international law journal*, 2007, vol. 23, pp. 311-347, et dans C. Stahn, J. Kleffner, *Jus post bellum : towards a law of transition from conflict to peace*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2008, xvii-241 p.
- C. Stahn, « The future of jus post bellum », pp. 231-239, dans C. Stahn, J. Kleffner, *Jus post bellum : towards a law of transition from conflict to peace*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2008, xvii-241 p.
- J. Stone, « De victoribus victis : the International Law Commission and imposed treaties of peace », *Virginia journal of international law*, 1968, vol. 8, pp. 356-374.
- J. Sweeney, « Law and policy on post-conflict restitution », pp. 272-294, dans L. Saul, J. Sweeney, *International law and post-conflict reconstruction policy*, London, Routledge, 2015, xxxi-322 p.
- S. Tamari, « Palestinian refugee property claims: compensation and restitution », pp. 309-322, dans E. Benvenisti, Ch. Gans, S. Hanadi (éd.), *Israel and the Palestinian refugees*, Heidelberg, Springer, 2007, vi-501 p.
- Y. Taslima, « The enemy property laws in Bangladesh: grabbing lands under the guise of legislation », *Oxford university commonwealth law journal*, 2015, vol. 15, pp. 121-147.
- C. G. Ténékidès, « Le statut des minorités et l'échange obligatoire des populations gréco-turques », *RGDIP*, 1924, p. 72-88.
- G.J. Tomeh, « Legal Status of Arab Refugees », *Law and contemporary problems*, 1968, pp.110-124.

- Chr. Tomuschat, « Das Recht auf die Heimat, neue Rechtliche Aspekte », pp.183-212, dans J. Jekewitz (éd.), *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung. Festschrift für Karl Josef Partsch*, Duncker&Humblot, Berlin, 1989, xviii-615 p.
- Chr. Tomuschat, « Das Recht auf die Heimat », *Zeitschrift für Menschenrechte*, 2018, p.150-155.
- V. Tzevelekos, « Reparation of the rights to property and home of displaced persons arising from armed conflict under the ECHR », pp. 84-114, dans E. Katselli (ed.), *The Rights of those Displaced by Armed Conflict in the Theory and Practice of Contemporary International Law*, Routledge, 2018, xxvi-267 p.
- T. Veiter, « Fédéralisme, droit des peuples au sol natal et droit d'autodisposition », *Justice dans le monde*, 1967, pp.23-49.
- J. Waldron, « Superseding historic injustice », *Ethics*, Octobre 1992, vol. 103, n. 1, pp. 4-28.
- J. Waldron, « Settlement, return and the supersession thesis », *Theoretical Inquiries in law*, 2004, pp.237-268.
- T. Waters, « The naked land: the Dayton accords, property disputes, and Bosnia's real constitution », *Harvard international law journal*, 1999, pp.1-81
- R. Williams, « Post-conflict property restitution and refugee return in Bosnia and Herzegovina », *Journal of international law and politics*, 2005, vol. 37, pp. 441-554.
- R. Wilson, « "Non-belligerency" in Relation to the Terminology of Neutrality », *AJIL*, 1941, vol. 35, pp.121-123,
- T. Yasmin, « The enemy property laws in Bangladesh grabbing lands under the guise of legislation », *Oxford University commonwealth law journal*, 2015, pp.121-147.
- A. De Zayas, « The Illegality of Population Transfers and the Application of Emerging International Norms in the Palestinian Context », *Palestinian yearbook of international law*, 1990/1991, pp.17-55.
- Γ. Νεάρχου, « La clé à la main, il se rend à sa maison d'Episcopi » [«Με το κλειδί στο χέρι πάει στο σπίτι του στην Επισκοπή»], Πολίτης 14.02.2006, p.20.

B. Jurisprudence

Juridictions judiciaires internationales

- CPJI, *Avis consultatif, Colons allemands en Pologne*, 10 septembre 1923, Série B n. 6, p. 5.
- CPJI, *Affaire Mavrommatis*, 30 août 1924, Série A n° 2, p. 12.
- CPJI, *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif du 21 février 1925, série B, n° 10, p. 5.
- CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, 25 août 1925, Série A, p. 28.
- CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (fond)*, 25 mai 1926, Série A, N.7, p. 5.
- CPJI, *Affaire relative à l'usine de Chorzow*, 13 septembre 1928, Série A, p. 5.
- CPII, *Affaire Oscar Chinn*, 12 décembre 1934, Série A/B n.63, p. 64.
- CPJI, *Phosphates du Maroc*, arrêt du 14 juin 1938, Série A/B, Fascicule n. 74
- CPJI, *Affaire Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, 4 avril 1939, Séries A/B, Fascicule n. 77, p. 64.
- CIJ, *Affaire de l'Anglo-iranian Oil Co. (compétence)*, (Royaume-Uni c. Iran), 22 juillet 1952, Recueil 1952, p. 93.
- CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal v. Inde)*, 26 novembre 1957, Recueil 1957 p. 125
- CIJ, *Affaire Interhandel*, (Suisse c. États-Unis d'Amérique), 21 mars 1959, Recueil 1959 p.6-30.
- CIJ, *Affaire du Sud Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, Recueil, 1962, p.319
- CIJ, *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belgique c. Espagne), 5 février 1970, Recueil 1970, p.3.
- CIJ, *Avis consultatif, Sahara occidental*, 16 octobre 1975, Recueil 1975, p. 12.
- CIJ, *Affaire Elettronica Sicula SpA*, (États-Unis d'Amérique c. Italie), 20 juillet 1989, Recueil 1989, p. 15.
- CIJ, *Avis consultatif, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, Recueil, 1996, p. 226.
- CIJ, *Affaire Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, 12 décembre 1996, Recueil 1996, p. 803.
- CIJ, *Affaire Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 6 novembre 2003, Recueil 2003, p. 161.
- CIJ, *Avis consultatif, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, Recueil 2004, p. 136.
- CIJ, *Affaire relative à certains biens*, (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, 10 février 2005, CIJ Recueil 2005, p.6

CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, 19 décembre 2005, Recueil 2005, p.168.

CIJ, *Affaire Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce [intervenant])*, 3 février 2012, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 123-145

CIJ, *Requête introductive d'instance, Certains actifs iraniens, (République islamique d'Iran c. États Unis d'Amérique)*, 14 juin 2016.

CIJ, *Mémoire de la République Islamique d'Iran, affaire relative à certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 1 février 2017.

CIJ, *Affaire Contre-mémoire des États-Unis d'Amérique (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 14 octobre 2019.

CIJ, *Affaire Activités armées sur le territoire du Congo, (République démocratique du Congo v. Ouganda)*, 9 février 2022, CIJ Recueil 2022, p. 13.

CIJ, *Mémoire de l'Ouganda, Question des réparations*, vol. I, 28 septembre 2016

CIJ, *Certains actifs iraniens, exceptions préliminaires, (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 13 février 2019, Recueil 2019, p. 7.

CIJ, *Affaire Certains actifs iraniens, (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 30 mars 2023

Tribunal international du droit de la mer

Tribunal international du droit de la mer, *Navire SAIGA, (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, Arrêt, TIDM Recueil 1999, pp. 10-76.

Tribunal international du droit de la mer, *Navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt, TIDM Recueil 2014, pp. 4-129

Juridictions pénales internationales

Tribunal militaire international de Nuremberg

International military tribunal, 19 juillet 1946, *Annual digest of public international law cases*, vol. 13, 1946.

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945- 1 October 1946, vol I

Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 - 1 October 1946, vol. XL

Office of United States, chief of Counsel for prosecution of axis criminality, *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, Washington 1947

U.S. Military tribunal Nuremberg, 20.04-22.12.1947, trial of Friedrich Flick and five others, US Military Tribunal Nuremberg, judgment of 22 December 1947, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. VI.

U.S. Military tribunal Nuremberg, IG Farben Trial The United States of America vs. Carl Krauch et al. US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 30 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, Vol. VIII.

U.S. Military tribunal Nuremberg, Krupp et al. so-called KRUPP Trial, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX

United Nations war crimes commission, *Law reports of trials of war criminals*, vol. X, London, 1949.

Cour pénale internationale

CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga, et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07, 30 septembre 2008

CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01-07, 7 mars 2014.

CPI, *Le Procureur v. Ntaganda* TC VI, ICC-01/04-02/06-2359, 8 juil. 2019.

Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie

TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, 15 juillet 1999,

TPIY, *Le Procureur c. Blaskic* IT-95-14-T, 3 mars 2000

TPIY, *Le Procureur c. Delali et Deli (Celebici)*, IT-96-21 A, 20 février 2001

TPIY, *Le Procureur c. Kordiz et Cerkez*, IT-95-14/2-T, 26 février 2001

TPIY, *Le Procureur v. Strugar*, IT 01 41 AR 72, 22 Novembre 2002

TPIY, *Le Procureur c. Naletitic and Martinovic*, IT-98-34-T, 31 mars 2003.

TPIY, *Le Procureur v. Oric*, IT-3-68-T, 30 jun. 2006.

Juridictions arbitrales internationales

Arbitrages *ad hoc*

Sentence relative au *Norwegian Shipowners' claim* (Norvège c. Etats-Unis), 13 octobre 1922, Recueil des sentences arbitrales, vol. I, p. 307.

Sentence relative aux biens britanniques au Maroc espagnol, 1er mai 1925, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 615.

Sentence sur la responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal contre Allemagne, 31 juillet 1928, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, pp. 1011.

Sentence du tribunal arbitral spécial Germano-roumain, Affaire Goldenberg, Sentence du 27 septembre 1928, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 909.

Sentence Duro, Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre (Portugal contre Allemagne). Recueil des sentences arbitrales, vol. II, 30 juin 1930, p. 1035.

Sentence relative au navire de Cysne, 30 juin 1930, Recueil des sentences arbitrales, 1949, vol. II, pp. 762, p.1052.

Sentence arbitrale, Allemagne-Roumanie, 7 juillet 1939, Rec. N. U., p. 1837.

Sentence relative à l'affaire *The oriental Navigation Company (USA) v. United Mexican States*, 3 octobre 1928, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, United Nations publications, 1951, pp.960, p. 341.

Différend *Società Mineraria et Metallurgica di Pertusola* — Décisions nos 47, 95 et 121, 11 May 1950, 8 March 1951 and 3 March 1952, RSA, vol. XIII, p.174.

Sentence du tribunal arbitral franco-hellénique, *Affaire relative à la concession des phares de l'empire ottoman*, 24 juillet 1956, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, pp.155.

Sentence du tribunal arbitral franco-espagnol dans l'affaire de l'utilisation des eaux du lac Lanoux, 16 novembre 1957 RGDIP, 1958, p.116.

Sentence de la Chambre de commerce internationale, n. 1512, décembre 1967, *Damia Cement Limited, New Delhi et Banque nationale de Pakistan*. Sentence reproduite dans S. Sharma, *The Indo-Pakistan maritime conflict, 1965, a legal appraisal*,

Sentence, *Libyan American Oil Company (Liamco) v. Government of the Libyan Arab Republic*, Arbitration (Mahmassani, Sole Arbitrator), 12 avril 1977, International law reports, 1982, p. 140.

Sentence, *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic*, 10 octobre 1973, *International law reports*, 1979, p. 297.

Tribunaux arbitraux mixtes

Tribunal arbitral mixte franco-allemand, Société du Chemin de fer de Damas Hamah c. Compagnie de Chemin de fer de Bagdad, 31 août 1920, *Journal du droit international, Clunet*, 1923, p. 595

Tribunal arbitral mixte franco-allemand, Société Anonyme du Charbonnage Frédéric Henri c. État Allemand, 30 septembre 1921, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes* vol. I, p. 402-403.

Tribunal arbitral mixte anglo-allemand, Sentence du 12 décembre 1923 et du 20 février 1924, *Annual digest of public international law cases*, vol. 2, 1923-1924, p 446

Tribunal arbitral mixte germano-belge, La Suédoise Grammont c. Roller, 16 octobre 1923, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. III, p. 570

Tribunal arbitral mixte anglo-bulgare, James Dawson and Son v. Industrie balkanique de commerce, 18 octobre 1923, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes* vol. III, p. 534.

Tribunal arbitral mixte germano-tchécoslovaque, Gellert c. Kolker, 24 octobre 1923, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. IV p.515

Tribunal arbitral mixte franco-allemand, Sentence du 22 octobre 1924, *Annual digest of public international law cases*, vol. 2, 1923-1924, p. 449.

Tribunal arbitral mixte germano-polonais, Kunkel c. État polonais, 2 décembre 1925, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. III, p. 974

Tribunal arbitral mixte anglo-allemand, décisions du 8 novembre 1922 et du 25 avril, 1926, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, tome III p. 22, 27.

Tribunal arbitral mixte gréco-allemand, Tesdorpf and Co. c. Etat allemand, 23 août 1926, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, vol. VII, p. 22.

Tribunal arbitral mixte franco-allemand, Falla-Nataf et frères c. Etat Allemand, 30 décembre 1927, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, vol. VII, p.653

Tribunal arbitral mixte gréco-allemand, Marouli v. Germany, 21 février 1929, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol VIII, 1928-1929, p.348.

Tribunal arbitral mixte gréco-allemand, Costomenis and Valmadis v. Germany, 21 février 1929, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol VIII, 1928-1929, p.848.

Tribunal arbitral germano-Belge, Société de Transports Fluviaux en Orient c. Société Impériale ottomane du Chemin de fer de Bagdad, 10 décembre 1929, *ZaoeRV*, 1931 p. 52

Cour permanente d'arbitrage

PCA Case No. 2015-35 : *Stabil LLC et al. v. The Russian Federation*, 12 avril 2019.
file:///C:/Users/Admin/Downloads/Stabil+v.+Russia,+Final+Award%20(1) .pdf

Commission « de conciliation » franco-italienne (article 83 du traité de Paix conclu à Paris le 10 février 1947)

Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c, du Traité de Paix (Biens italiens en Tunisie — Echange de lettres du 2 février 1951), 25 juin 1952, *Recueil des sentences arbitrales*, 1964, p.389.

Tribunal relatif aux différends irano-américains

Iran-United States claims tribunal, Amoco international finance corporation v. The government of the Islamic Republic of Iran et al. Partial Award n. 310-56-3, 14 juillet 1987, 15 IRAN-U.S. C.T.R., p. 189.

Commission des réclamations Ethiopie/Erythrée (article 5 de l'accord conclu le 12 décembre 2000)

Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Front central—Réclamations de l'Érythrée Nos 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, 28 avril 2004

Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Eritrea's Civilians Claims 15, 16, 23, 27-32*, 17 décembre 2004.

Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, 27 décembre 2004.

Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Partial award, Loss of Property in Ethiopia, Eritrea's Claim 24*, 19 décembre 2005.

Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Final award : pensions — Eritrea's claims 15,19 and 23*, 19 December 2005

Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Final award, Ports-Ethiopia's claim 6*, 19 décembre 2005.

Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Decision n.7, Guidance regarding jus ad bellum liability*, 27 juillet 2007.

Eritrea/Ethiopia Claims Commission, *Final award, Ethiopia's Damages Claims*, 17 septembre 2009.

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc v United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/04/05, 21 November 2007.

Corn Products International, Inc v United Mexican States, Decision on Responsibility, ICSID Case No ARB(AF)/04/01, 15 January 2008.

Cargill, Incorporated v United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)05/2, 18 September 2009.

Chambre des Droits de l'Homme de Bosnie-Herzégovine

HRC BiH, *Milivoje Bulatovic c. Bosnia and Herzegovina*, CH/96/22, Novembre 7 1997.

HRC BiH, *M.J c. Republika Srpska*, Case n.CH/96/28, December 3 1997.

HRC BiH, *Esfak Pletilic a.o. c. Republika Srpska*, September 10 1999.

HRC BiH, *D.K. c. Republika Srpska*, Case n. CH/98/710, December 10 1999.

HRC BiH, *Ubovic et al. c. the Federation of Bosnia*, CH/99/2425-31 and CH/99/2433-35, September 7 2001.

Organe de règlement des différends de l'OMC

WTO, *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019.

Juridictions régionales

Juridictions de l'Union Européenne

CJUE, 30 juillet 1996, aff. C-84/ 95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications et autres.* - Demande de décision préjudicielle : Supreme Court —Irlande. - Embargo à l'encontre de la république fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro).

CJUE, 3 septembre 2008, aff. C-402/ 05 P — *Kadi et Al Barakaat International Foundation*

CJUE, 13 mars 2012, aff. C-376/ 10 P. *Pye Phyto Tay Za c. Conseil.*

CJUE, 15 novembre 2012, aff. C-539/ 10 P et C-550/10, *Al-Aqsa c/Conseil et Pays-Bas c/Al-Aqsa*

CJUE, 22 octobre 2013, aff. C-105/ 12, *Staat der Nederlanden contre Essent NV (C-105/12), Essent Nederland BV (C-105/12) Eneco Holding NV (C-106/12) et Delta NV (C-107/12)*

CJUE, 28 novembre 2013, aff. C-280/12 P, *Conseil contre Fulmen et Mahmoudian*

CJUE, 28 mars 2017, aff. C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company contre Her Majesty's Treasury e.a.*

CJUE, 16 mai 2017, Avis 2/15 de la Cour (assemblée plénière) ECLI:EU:C:2017:376.

CJUE, 19 octobre 2017, aff. C-589/16, *Viktor Fedorovych Yanukovych contre Conseil de l'Union européenne*

CJUE, 19 décembre 2018, aff. C-530/17 P, *Mykola Yanovych Azarov contre Conseil de l'Union européenne*

CJUE, 25 juin 2020, aff. C-731/18P, *Bank for Development and Foreign Economic Affairs (Vnesheconombank) contre Conseil de l'Union européenne.*

Tribunal de justice de l'Union Européenne, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi contre Commission européenne.*, jugement du 30 septembre 2010,

Tribunal de justice de l'Union européenne, 14 octobre 2009, aff. T-390/08, *Bank Melli Iran contre Conseil de l'Union européenne.*

Tribunal de justice de l'Union européenne, 5 février 2013, aff. T-494/10, *Bank Saderat Iran contre Conseil de l'Union européenne.*

Tribunal de justice de l'Union Européenne, 27 février 2014, aff. T-256/11, *Ahmed Abdelaziz Ezz e.a. contre Conseil de l'Union européenne*

Tribunal de justice de l'Union Européenne, 5 novembre 2014, aff. Jointes T 307/12 et T 408/13, *Adib Mayaleh contre Conseil de l'Union européenne*

Tribunal de justice de l'Union Européenne, 30 novembre 2016, aff. T-720/14, *Arkady Romanovich Rotenberg contre Conseil de l'Union européenne*

Tribunal de justice de l'Union Européenne, 13 septembre 2018, aff. T-732/14, *Sberbank of Russia OAO contre Conseil de l'Union européenne.*

Tribunal de justice de l'Union Européenne, 13 septembre 2018, aff. T-739/14, *PSC Prominvestbank, Joint-Stock Commercial Industrial & Investment Bank contre Conseil de l'Union européenne*

Tribunal de justice de l'Union européenne, 13 septembre 2018, aff. T-734/14, *VTB Bank PAO, anciennement VTB Bank OAO contre Conseil de l'Union européenne.*

Tribunal de justice de l'Union européenne, 13 septembre 2018, aff. T-737/14, *Bank for Development and Foreign Economic Affairs (Vnesheconombank) contre Conseil de l'Union européenne.*

Tribunal de justice de l'Union européenne, 14 septembre 2018, aff. T-515/15, *Joint-Stock Company "Almaz-Antey" Air and Space Defence Corp., anciennement OAO Concern PVO Almaz-Antey contre Conseil de l'Union européenne.*

Tribunal de justice de l'Union Européenne, 19 décembre 2018, aff. T-247/17, *Mykola Yanovych Azarov contre Conseil de l'Union européenne*

Tribunal de justice de l'Union européenne, 25 juin 2020, aff. T-295/19, *Oleksandr Viktorovych Klymenko contre Conseil de l'Union européenne*

Commission et Cour européenne des droits de l'homme

Com.EDH, requêtes n. 7655/76, 7656/76, 7657/76 X.Y et Z. c/ République fédérale d'Allemagne, 4 octobre 1977.

Com.EDH, requêtes n.18890/91, 19048/91,19049/91, 19342/92, 19549/92, *Gisela Mayer, Hans Cristoph Weidlich et Bernd Joachim Fullbrecht et al. c. Allemagne*, 4 mars 1996.

Com.EDH, *Estate of Eduard IV Haas v. The Czech Republic* 30143/96, 15 mai 1996.

CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 1978, requête n. 5310/71, 18 janvier 1978.

CEDH *Affaire Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, requête n.9006/80, 8 juillet 1986.

CEDH, *Inze c. Autriche*, requête n. 8695/79, 28 octobre 1987.

CEDH, *Mellacher et autres, c. Autriche*, requêtes n.10522/83 ; 11011/84 ; 11070/84, 19 décembre 1989.

CEDH, *Affaire des raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, requête n. 13427/87, 9 décembre 1994.

CEDH, *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, Requête n. 15375/89, 23 février 1995.

CEDH, *Loizidou c. Turquie*, requête n. 15318/89, (exceptions préliminaires) 23 mars 1995.

CEDH, *Affaire Pressons compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, requête n. 17849/91, 20 novembre 1995.

CEDH, *Loizidou c. Turquie*, requête n. 15318/89, 18 décembre 1996.

CEDH, *Affaire Loizidou c. Turquie*, Article 50, requête n. 40/1993/435/514, 28 juillet 1998.

CEDH, *Beyeler c. Italie*, Requête n.33202/96, 5 Janvier 2000.

CEDH, *Affaire Malhous c. République Tchèque*, req. 33071/96, 13 décembre 2000

CEDH, *Chypre c. Turquie*, requête n. 25781/94, 10 mai 2001.

CEDH, *Décision sur la recevabilité de la requête n. 52024/99* présentée par Rocco ARCURI et trois autres contre l'Italie, 5 juillet 2001

CEDH, *Affaire prince Hans Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, requête n. 4257/98, 12 juillet 2001.

CEDH *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, requête n. 52207/99, 12 décembre 2001.

CEDH, *Stavreti et autres c. la Grèce*, Décision sur la recevabilité de la requête n. 3652/92, 5 décembre 2002.

CEDH, *Des Fours Walderode c. République tchèque*, requête n. 40057/98, 4 mars 2003.

CEDH, *Des Fours Walderode v. The Czech Republic*, requête 40057/98, 18 mai 2004.

CEDH, *Bergauer and others v. The Czech Republic*, req.17120/04, 13 décembre 2005

CEDH *Borniowski c. Pologne*, requête n. 31443/96, 22 juin 2004.

CEDH, *von Maltzan et autres c. Allemagne*, requêtes n. 71916/01, 71917/01, 10260/02, 2 mars 2005.

CEDH, *Xenides-Arestis c. Turquie*, requête n. 46347/99, 22 décembre 2005.

CEDH *Affaire Apostolidi et autres c. Turquie*, requête n. 45628/99, 27 mars 2007

CEDH *Affaires Nacaryan et Deryan c. Turquie*, requêtes n. 19558/02 et 27904/02, 8 janvier 2008

CEDH, *Preussische Treuhand GmbH & Co. KG a. A. c. Pologne*, requête n. 47550/06, 7 octobre 2008.

CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni [GC]*, 2009, requête n. 3455/05, 19 février 2009.

CEDH, *Fokas c. Turquie*, requête n. 31206/02, 29 septembre 2009

CEDH, *Demopoulos et autres c. Turquie*, requêtes n. 46113/99 et al., 1 mars 2010.

CEDH, *Kazali et autres c. Chypre*, requête n. 49247/08, 6 mars 2012

CEDH, *Ali Kamil Karamanoğlu et autres c. Chypre*, requêtes n. 16865/10, 12 mars 2013.

CEDH, *Yianopulu c. Turquie*, requête n. 1203/03, 14 janvier 2014.

CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, requête n. 29750/09, 16 septembre 2014.

CEDH, *Chiragov et autres c. Arménie*, requête n. 13216/05, 16 juin 2015

CEDH, *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, requête n. 40167/06, 16 juin 2015.

CEDH, *Al-Dulimi et Montana Management inc. c. Suisse Grande Chambre*, requête n. 5809/08, 21 juin 2016.

CEDH, *Ioannou c. Turquie*, requête n. 53240/14, 12 décembre 2017

CEDH, *Ukraine c. Russie (Crimée)*, requêtes n. 20958/14 et 38334/18, 14 janvier 2021.

CEDH, *Géorgie c. Russie*, requête n. 38263/08, 21 janvier 2021.

Juridictions nationales

Juridictions allemandes

Cour constitutionnelle fédérale

BVerfG, décision du 28 mai 1952 – *Neue juristische Wochenschrift* 1952, p.777-778

BVerfG 1, 351, *Petersberger Abkommen*, 29 juillet 1952.

BVerfG 2,237, *Hypothekensicherungsgesetz*, 24 avril 1953.

BVerfG 4, 157, *Saarstatut*, 4 mai 1955.

BVerfG 6, 290, *Washingtoner Abkommen*, 21 mars 1957

BVerfG 9, 124, *Armenrecht*, 22 janvier 1959,

BVerfG 15, 126, *Staatsbankrott*, 14 novembre 1962.

BVerfG 27, 253, *Kriegsfolgeschäden*, 3 décembre 1969.

BVerfG 40,141, *Ostverträge*, 7 juillet 1975
 BVerfG 41, 126, *Reparationschäden*, 14 janvier 1976
 BVerfG 75,1, *Völkerrecht*, 31 mars 1987
 BVerfG, 79, 87, *décision du 9 novembre 1988*, Beckonline Rechtsprechung, 1988, 110844
 BVerfG 83,37, *Ausländerwahlrecht I*, 31 octobre 1990.
 BVerfG 84, 90, *Bodenreform I*, 23 avril 1991
 BVerfG décision du 5 juin 1992, 2BvR 1613/91, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1992, p. 306-308.
 BVerfG décision du 8 septembre 1993 – 2 BvR 2121/92, 2 BvR 2122/92, 2 BvR 2123/92, 2 BvR 2125/92, 2 BvR 2126/92, *Beck-Rechtsprechung* 1993, p.8463
 BVerfG 94, 12, *Bodenreform II*, 18 avril 1996
 BVerfG, décision du 28 novembre 1996 - 1 BvR 1249/94, NJW 1997
 BVerfG, décision du 28 Janvier 1998, « Über die Verfassungsbeschwerde des Fürsten Hans Adam II von und zu Liechtenstein wegen des Klagausschlusses nach Teil VI Art. 3 I und III des Überleitungsvertrages von 1954, *Archiv des Völkerrechts*, 1998, p.198-201 ; *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, Heft, 6, p. 482
 BVerfG 102, 254, *Entschädigungs-, Ausgleichsleistungsgesetz*, 21 novembre 2000
 BVerfG, 112, 1, *Bodenreform III*, 26 octobre 2004
 BVerfG, Décision du 16 avril 2021, *Beck-Rechtssprechung* 2021, 8557,

Cour administrative fédérale

BVerwG, Enteignung von Vermögenswerten auf besatzungshoheitlicher Grundlage, décision du 29 avril 1994, *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, pp. 2777-2779
 BVerwGE 96, 183, décision du 30 juin 1994, 7 C 58/93 (VG Dresden) BVerwG: Enteignung eines Unternehmens mit ausländischer Kapitalbeteiligung, *Neue juristische Wochenschrift* 1994, 2714-2716; Keine Rückgabe eines auf besatzungshoheitlicher Grundlage enteigneten Unternehmens mit ausländischer Mehrheitsbeteiligung, *Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht*, 1994, pp. 539-541.
 BVerwG, arrêt du 13 février 1995, Besatzungshoheitliche Grundlage der Enteignungen aufgrund der Berliner Liste 3, *Neue juristische Wochenschrift*, 1995, p.1303-1306
 BVerwG, arrêt du 28 septembre 1995, *Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht*, 1996, p. 88.
 BVerwG, arrêt du 2 mai 1996, 7 C 41/95 (VG Leipzig), Besatzungshoheitliche Enteignung von Ausländern, *Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht*, 1996, 449-451.
 BVerwG, arrêt du 27 juin 1996 - 7 C 3/96 (VG Berlin), *Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht*, 1996, p. 644-646.
 BVerwG, arrêt du 17 mars 2005 - 3 C 20/04 (VG Dresden), *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2005, pp. 1192-1195
 BVerwG, arrêt du 21 juin 2005 2WS 12.04, Unverbindlichkeit eines Befehls wegen einer Gewissensentscheidung - Irak-Krieg, *Neue juristische Wochenschrift*, 2006, p.77.
 BVerwG, arrêt du 26 février 2009 – 5 C 4.08 (VG Dresden), «Erhebliches Vorschubleisten zugunsten des nationalsozialistischen Systems durch nachgeordnete Funktionsträger », *Landes- und Kommunalverwaltung*, 2009, pp. 274-277.
 BVerwG, arrêt du 18 septembre 2009, 5 C 1.09, *Beck-Rechtsprechung*, 2010, p. 46170.
 BVerwG, arrêt du 30 juin 2010, 5 C 9.09, *Beck-Rechtsprechung*, 2010, p. 54163.
 BVerwG, arrêt du 16 mai 2012, 5 C 2.11, *Beck-Rechtsprechung*, 2012, p. 55845.
 BVerwG, arrêt du 28 novembre 2012 - 8 C 20.11, *Beck-Rechtsprechung* 2013, p. 46768.

Autres juridictions administratives

VG Potsdam, arrêt du 4 février 1999 Az 1 K 1766 96
file:///C:/Users/Admin/Downloads/Urteil%20des%20VG%20Potsdam%20v.%204.2.1999,%20Az.%201%20K%201766_96.pdf
 VG Potsdam, arrêt du 12 juin 2008, 1 K 266/06, *Beck-Rechtsprechung* 2008, p. 141209.
 VG Berlin 29. Kammer, arrêt du 15 mars 2012, *Beck-Rechtsprechung*, 2012, p. 49165
 VG Berlin, arrêt du 24 mai 2012 – 29 K 121/09, *Beck-Rechtsprechung*, 2012, p. 52733
 VG Gera, arrêt du 11 octobre 2016 – VG 6 K 1372/14 Ge, *Beck-Rechtsprechung*, 2016, p. 127547
 VG Cottbus, arrêt du 23 avril 2020 – 1 K 1763/15, *Beck-Rechtsprechung*, 2020, p. 7334

Cour fédérale de justice

BGH, Décision du 29 janvier 1953 - IV ZR 201/51 (München), *Neue juristische Wochenschrift*, 1953, p. 545.
BGH, Décision du 20 mai 1954, GSZ 6/53, *Neue juristische Wochenschrift*, 1954, p. 1073
BGH, Décision du 13 décembre 1956, II ZR 86/54 (Düsseldorf), AKU Fall, *Neue juristische Wochenschrift*, 1957, p. 217.
BGH, décision du 11 avril 1960, Zuständigkeit der deutschen Gerichte, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, p.1299-1300.
BGH, décision du 13 octobre 1969, *Neue juristische Wochenschrift*, 1970, p. 191

Juridictions judiciaires

OLG Köln, décision du 20.5. 1955, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, p. 1635
Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Bremen, 21. August 1959, *Archiv des Völkerrechts*, 1961, pp.318-363 (Cour d'appel de Breme, *Verenigde Deli-Maatschppijen v Deutsch-Indonesische Tabak Handelsgesellschaft mbH*, 21 août 1959, *Archiv des Völkerrechts*, 1961, pp.318-363).
Kammergericht, 1 février 1965, *OLGZ* 1965, p. 207. Kammergericht (1. ZS), Beschluß vom 1. 2. 1965 - 1 W Umw. 892/64
LG Köln, 10 octobre 1995, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1996, p.419-423.
OLG Köln, décision du 9 juillet 1996 - 22 U 215/95 (LG Köln), « Zulässigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit bei Klage auf Herausgabe beschlagnahmten deutschen Auslandsvermögens », *Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht*, 1998, pp. 213 et s.

Juridictions américaines

Cour suprême des Etats-Unis

US Supreme Court, *Ware v. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.),199, (1796).
US Supreme court, *Brown v. United States*, 12 U.S. 110 (1814)
US Supreme Court, *Thirty Hogsheads of Sugar v. Boyle*, 13 U.S. 191 (1815)
US Supreme Court, *Society for Propagation of the Gospel v. Town of New Haven*, 21 U.S. 464 (1823)
US Supreme Court, *The Amy Warwick*, December 1, (1862), 2 Black 635, 17 L.Ed. 459, p. 674.
US Supreme Court, *Mrs. Alexander's Cotton*, 69 U.S. 404 (1864)
US Supreme Court, *The Bermuda*, 70 U.S. 3 Wall. 514 514 (1865)
US Supreme Court, *The Springbok*, 72 U.S. 1 (1866)
US Supreme Court, *Miller v. United States*, 78 US 268 (1870)
US Supreme Court, *Lamar v. Browne*, 92 U.S. 187 (1875)
US Supreme Court, *United States v. Pacific Railroad*, 120 U.S. 227 (1887)
US Supreme Court, *Juragua Iron Co., Ltd. v. United States*, 212 U.S. 297 (1909)
US Supreme Court, *Behn, Meyer and Co. v. Miller*, 266 U.S. 457, 45 S. Ct. 165, 69 L. Ed. 374, (1925)
US Supreme Court, *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)
US Supreme Court, *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946)
US Supreme Court, *Clark v. Uebersee Finanz-Korporation*, A.G. 332 US, 480 (1947).
US Supreme Court, *Ludecke v. Watkins*, 335 U.S. 160 (1948), (1948).
US Court of claims, *Affaire American Transatlantic Company v. United States*, (1949), *AJIL*, 1949, p. 813-814.
US Supreme Court, *Société internationale v. Rogers*, 357 U.S. 197 (1958)
US Supreme Court, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962)
US Supreme court, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964)
US Supreme Court, *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981).
US Supreme Court, *Regan v. Wald*, 468 U.S. 222 (1984)
US Supreme Court, *The Adula* (1900) 176, US. Rep. 361, (1990).

Autres juridictions américaines

US Court of Appeals, Second circuit, *Sardino v. federal Reserve Bank of New York*, 361 F. 2 106 (1966).
US Court of appeals, District of Columbia Circuit, *Nielsen v. Secretary of Treasury*, 424 F. 2d 833 (1970).
US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Narenji v. Civiletti*, 617 F.2d 745 (1979)
US Court of appeals, Fifth circuit, *United States v. Postal*, 589 F.2d 862 (1979)

US Court of Appeals, Second circuit, *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic*, 830 F.2d 421, (1987), *International Legal Materials* vol. 26, 1987, p. 1374 et s.

US Court of Appeals, Ninth Circuit, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (1992), *International law reports*, 1993, pp. 431-441.

US Court of Appeals, Second Circuit, *Banco Nacional de Cuba v. Chemical Bank New York Trust Company and others*, 822 F.2d 230 (1987), *International law reports*, 1993, p.431-441.

US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, 98 (2002)

US Court of Federal Claims, *El-Sifa Pharm Indus v. United States*, 55 Fed CL 751 (2003)

US Court of Appeals, Federal Circuit, *El-Shifa Pharmaceutical v. U.S.*, 378 F.3d 1346 (2004)

US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *El-Shifa Pharm. Ind. v. U.S.*, 607 F.3d 836 (2010)

New York Court of Chancery Seton, *Maitland & Co. v. Low*, 1 Johns. Cas. 1 (1799) Jan. 1799.

Circuit Court, District New Hampshire, *Society for the propagation of the Gospel v. Wheeler et al.*, 2 Gall. 105, Octobre 1814,

US Court of Claims, *Perrin v. U.S.*, December 1, 4 Ct.Cl. p. 543 (1868)

US Court of Claims, *Green v. United States*, 10 Ct. CL. 466-474 1874

US District Court for the District of Columbia, 82 F. Supp. 602 (D.D.C. 1949) February 21, 1949.

US Court of Claims, *Seery v. U. S.* January 11, 1955 130 Ct.Cl. 481, *International law reports*, 1958, p.398-404,

U.S. District Court for the Southern District of New York, *Banco Nacional De Cuba v. Sabbatino*, 193 F. Supp. 375, March 31, 1961

United States District Court, *C.D. California Coalition of Clergy v. Bush*, 189 F. Supp. 2d 1036 (2002)

Jurisdiction autrichienne

OGH, 4 Februar 1960, *Juristische Blätter*, Wien, 1961, n° 83, pp. 27 et s.,

Jurisdiction du Bangladesh

Cour suprême de Bangladesh, *Benoy Bhusan Bardhan v. Sub—Divisional Officer, Brahmanbaria and others* 1978, 30 DLR (HCD) 139

Jurisdiction belge

CCass Belge, *Procureur général c. Schneider et cons.* Du 20 janvier 1921, *Journal du droit international, Clunet*, 1922, p.1030.

Juridictions britanniques

Sources générales des arrêts des juridictions des prises maritimes

Reports of cases determined by the High court of admiralty and a collection of cases and opinions upon admiralty matters, 1701-1781, W. Clowes and sons, limited, 1885, 415 p

C. Robinson, *Reports of cases argued and determined in the High Court of Admiralty*, London, vol. 6, 1799-1808.

E. S. Roscoe (éd.), *Reports of Prize Cases Determined in the High Court of Admiralty, before Lords Commissioners of Appeals in Prize Causes and Before the Judicial Committee of the Privy Council, from 1745 to 1859*, vol. I, vol. II, 1905.

E. Ch. Trehern, A.W. Grant, *British and Colonial prize cases*, vol. I 1914—1915.

E. Ch. Trehern, A. W. Grant, *British and colonial prize cases: reports of prize cases during the present war in the courts of Great Britain and the Overseas Dominions*, vol. III 1917-1922.

House of Lords, *Salomon v A Salomon and Co Ltd*, 1897, A.C. 22, 66 L. J. Ch. Div. 35

House of Lords, *Janson v. Driefontein Consolidated Mines Limited*, 1902, A.C. 484

House of Lords, *Société Anonyme Belge des Mines d'Aljustrel v. Anglo-Belgian Agency*, 1915, 2 Ch. 409.

House of Lords, *Daimler Co. Ltd v. Continental Tyre & Rubber Co. Ltd.*, 1916, 2. A.C. 307.

House of Lords, *Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company (Appellants) and Others, Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company (Respondents) and Others*, 16 May 2002, UKHL 19, 2002

Court of appeal, *Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (GB) Ltd*, 1915, 1 K. B., 893.

Court of appeal, *Porter v. Freudenberg*, 1915, 1 K. B. 857, 877.

Court of appeal, *Central India Mining Co. V. Société coloniale Anversoise*, 1920, 1 KB 753,
Court of appeal, *In re Ferdinand, Ex Tsar of Bulgaria*, 1920, *Annual digest of public international law cases*, 1919-1922,
Case n. 286, p. 406.
Court of appeal, *Kawasaki Kisen Kabushiki of Kobe v. Bantham S.S. Co. Ltd.*, 1939, 2 K.b. 544, 577 C.A., *AJIL*, 1940,
pp.533-536.
Court of Appeal, *Rex v. Bottrill. Ex parte Kuechenmeister*, 1946, K.B. 41.

Court of the King's Bench, *Wells v. Williams*, 1697, 1 Salkeld's Reports 46
Court of the King's Bench, *Sylvester's Case*, 1702, 7 Modern 150, 87 E.R. 1157.
Court of the King's Bench, *Morris v. Pugh*, 1790, 3 Burrow, 1241
Court of the King's Bench, *Johnson v. Smith*, 1790, 2 Burrow 950
Court of the King's Bench, *Mostyn v. Fabrigas* 1794, Cowper, 161

High Court of admiralty, *The Hoop*, 1 Rob. 196, 1799, Scott, 521,
High Court of admiralty, *Vrow Anna Catharina* (Mahts) (1803), 5 Rob. 15
Court of Probate, divorce and admiralty division, *The Unitas*, 1948, *All. Eng. L. R.* 1948, p. 421.
High Court, *Amin v Brown*, Decision on preliminary question, [2005] EWHC 1670 (Ch), ILDC 375 (UK 2005), 27 juillet
2005.

Cour d'appel de la zone britannique de l'Allemagne occupée, Décision du 31 décembre 1949, *Dalldorf, and others v.*
Director of Prosecutions 1949, *Annual digest of public international law cases* 1955, p.435-439.

Jurisdiction chypriote

Cour suprême de Chypre, *Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim*, 6 Octobre 1964, (http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_1/1964/rep/1964_1_0195.htm&qstring=Mustafa%20and%20Ibrahim)
Cour suprême de Chypre, *Costantinos Chimonides v. Evanthia Manglis*, 1967, *Cyprian law review* 1967, p.125, 1 novembre
1967, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_1/1967/rep/1967_1_0125.htm&qstring=Manglis
Cour suprême de Chypre, *Aristides and Others v. the Republic*, 30 Janvier 1982, *Cyprian law review*, 1983,
p.1507http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_3/1983/rep/1983_3_1507.htm&qstring=3%20and%20CLR%20and%201507
Cour suprême de Chypre, *Andreas Aloupas and Another v. National Bank of Greece*, 1983, *Cyprian law review*, 1983, 1,
p.55, 24 février 1983, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_1/1983/rep/1983_1_0055.htm&qstring=National%20and%20Bank%20and%20of%20and%20Greece
Cour suprême de Chypre, *Loukis Kritiotis v. The municipality of Paphos*, 8 février 1986, *Cyprian law review*, 1986, 3, p. 322,
http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_3/1986/rep/1986_3_0322.htm&qstring=Kritiotis
Cour suprême de Chypre, *Panagiotis Kritis v. Attoreny general*, 20 juillet 2001, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_1/2001/rep/2001_1_1077.htm&qstring=%EA%E9%F4%F3%2A
Cour suprême de Chypre, *Solomonides c. the Republic and the Ministry of interior acting as the Guardian of Turkish Cypriot properties*, 29 septembre 2003, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_1/2003/rep/2003_1_1275.htm&qstring=99%20w%2F1%202005
Cour suprême de Chypre, *Arif Mustafa v Ministry of interior*, 24 septembre 2004, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_4/2004/rep/2004_4_0790.htm&qstring=125%20w%2F1%202004
Cour suprême de Chypre, *Zafeiris Konstantinidis v. Minister of foreign affairs*, 27 juin 2006, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_1/2006/rep/2006_1_0610.htm&qstring=%E6%E1%F6%E5%E9%F1%2A
Cour suprême de Chypre, *Kiamil Ali Riza v. Ministry of interior acting as the Guardian of Turkish Cypriot properties*,
n.133/2005, 19.01.2007, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_4/2007/4-200701-case%20no%20133-05.htm&qstring=133%20w%2F1%202005.
Cour suprême de Chypre, *Ahmet Mulla Suleyman v. the Republic of Cyprus, through (i) the Minister of the Interior as the Custodian of Turkish-Cypriot properties; and (ii) the Director of Management of Turkish-Cypriot properties*, 21 mai 2007,
http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_4/2007/rep/2007_4_0312.htm&qstring=AHmet%20and%20Mulla%20and%20Suleyman
Cour suprême de Chypre, *Zehra Kemal Ahmet kai Nuray Kemal Ahmet v. Minister of the Interior as the Custodian of Turkish-Cypriot properties*, 8 juin 2007, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_4/2007/4-200706-1011-04.htm&qstring=Zehra%20and%20Kemal%20and%20Ahmet

Cour suprême de Chypre, *Perihan Mustafa Korkut   Eyiam Perihan v. Apostolou Georgiou*, 17 décembre 2007, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_1/2007/rep/2007_1_1333.htm&qstring=303%20w%2F1%202006

Cour suprême de Chypre, *Meryem Kaya v. the Police and the Ministry of Justice and Public order of the Republic*, 9 septembre 2008, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_1/2008/rep/2008_1_0896.htm&qstring=Meryem%20and%20Kaya

Cour suprême de Chypre, *Ozgun Ahment Mumtaz (Soyer) v. the Republic*, 16 décembre 2008, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_1/2008/rep/2008_1_1225.htm&qstring=5825%20w%2F1%2005

Cour suprême de Chypre, *Ali Kamil and others v. The Minister of the Interior as Guardian of Turkish Cypriot Properties-Case*, 15 septembre 2009, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=apofaseis/aad/meros_3/2009/rep/2009_3_0554.htm&qstring=Ali%20and%20Kamil

Juridiction danoise

Western Appellate Court Denmark, 11 juillet 1947, *Annual digest of public international law cases*, vol. 14, 1947, p. 275-6.

Cour spéciale de Cassation danoise, *Re Flesche*, décision du 27 juin 1949 in (1949), *Annual digest of public international law cases*, p.266-267, (N. 87).

Juridictions  gyptiennes

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *Klipfontein*, *Revue égyptienne du droit international*, 1949, p. 147

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *Pickwick*, *Revue égyptienne du droit international*, 1949, p.148

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *Marine Cap*, *Revue égyptienne du droit international*, 1949, p.155.

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *Triport*, *Revue égyptienne du droit international*, 1949, p. 216.

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *Good Hope Castle*, *Revue égyptienne du droit international*, 1950, p.214

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *The Arsia*, *Revue égyptienne du droit international*, 1950, p. 224

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *The Hoegh De Vries*, *Revue égyptienne du droit international*, 1950, p.225

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *The Fjeld*, *Revue égyptienne du droit international*, 1951, p. 121

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *The Captain Manoli*, *Revue égyptienne du droit international*, 1959, p.186

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *The Lea Lott*, *Revue égyptienne du droit international*, 1960, p. 109

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *Inge Toft*, *Revue égyptienne du droit international*, 1960, p.122

Cour des prises maritimes égyptienne, arrêt concernant le navire *Astypali*, *Revue égyptienne du droit international*, 1960, p. 130.

Juridictions françaises

Juridictions civiles

Trib. Civ. du Havre, *Maison N... et Cie*, Ordonnance du 2 octobre 1914, *Journal du droit international*, *Clunet* 1915, p. 419

CA de Nouméa, 2 juin 1915, *Journal du droit international*, *Clunet* 1917, p. 681

CA d'Alger, 22 juillet 1915, *Journal du droit international*, *Clunet*, 1915, p. 903.

Cour d'Aix (1 re chambre), 29 juillet 1915, *Journal du droit international*, *Clunet* 1918, p.278

Cour d'appel de Paris, 20 avril 1916, *Geoffroy et Delore contre Compagnie d'assurances maritimes La Bâloise et autres*, *Revue générale d'administration*, 1916, p. 91.

Conseil des prises, arrêts concernant les navires *Ariadne*, *Bon Voyage*, *Flamanville* et *Willkommen* du 21 et 23 septembre 1915, *RGDIP*, 1916, « Jurisprudence en matière de prises maritimes », p. 3.

Cour de Paris 1er Ch. 17 déc. 1919, *Société Européenne de publicité c. Procureur de la République*, *Journal du droit international*, *Clunet*, 1920, p. 227-237.

Tribunal Commercial d'Oran, 8 Juin 1925, *Journal de droit international*, *Clunet*, 1926, p.702.

Trib. Civ. de la Seine (référés), 16 novembre 1939, *Dalloz*, *Recueil hebdomadaire*, 1940, p. 11.

Trib. Civ. de la Seine (référés), 22 novembre 1939, *Dalloz*, *Recueil hebdomadaire*, 1940, p. 22

Trib. Civ. De la Seine, 12 janvier 1940, *Gazette du Palais*, 1940, I, p.44
Trib. Civ de Wassy, 5 mai 1942, *Gazette du Palais* du 23 Juin 1942
Trib. Civ. de Mulhouse, *Société Savonnerie Lever c. Sociétés de produits chimiques de la Mer Rouge et divers*, arrêt du 2 mai 1950, *Revue critique de droit international privé*, 1951, pp. 153-158, note Niboyet, pp. 159 et s.
Tribunal judiciaire de Boulogne-sur-mer, 6 juill. 2022, no 22/00157, Ordonnance de référé.

CA d'Alger (1ère chambre), décision du 22 juillet 1915, *Journal du droit international*, *Clunet* 1915, p. 903
CA de Rouen, 17 mai 1947, *Dall. Hebd.*, 1947, p.401 et *Annual digest of public international law cases*, vol. 14, 1947, p.274-5.
CA de Rouen *Mortier v. Lauret*, France, 17 mai 1947 *Annual digest of public international law cases*, vol. 47, 1947, p. 274.
CA de Nancy, 1er Ch. 5 février 1921, *Journal du droit international*, *Clunet*, 1921, p. 956.
CA de Paris, Chambre 16, arrêt du 30 mars 2021, Recours en annulation de sentence arbitrale, N° RG 19/04161
CA de Paris 1er Ch. 29 mars 1922, *Journal du droit international*, *Clunet* 1922, p. 427.
CA, de Douai 1er. Ch. 24 déc 1923, *Revue critique de droit international privé*, 1924, p. 278.
CA d'Aix-en-Provence - Chambre 1-2 - 12 juillet 2022 - n° 22/07066, *Société Alpha LLC c. établissement public service Garde-côtes des douanes de Méditerranée*.
CA de Douai – Chambre 1, section 1, 15 décembre 2022, n° 22/03457.
C.Cass.ch. req. 16 avril 1863, *Recueil Sirey*, 1873, p. 400.
C.Cass. ch. req. 14 mai 1923, *Journal du droit international*, *Clunet*, 1923, pp. 928-930.
C.Cass. ch. civ. 11 février 1927, *Recueil Sirey*, 1928, n.1, p.369 note Roux
C.Cass. ch. Civ., 27 juillet 1933, *Revue critique de droit international privé*, 1934, Note Niboyet, pp. 109-118.
C.Cass. ch. civ., 6 juillet 1948, *Gazette du Palais*, 1948, 2ème sem. p.163.
C.Cass. Ch. civ., 21 novembre 1956, *Sté Aéroxon c. Procureur général près la Cour de Colmar et autres*, *Revue critique de droit international privé*, 1957, pp. 38-41.
C.Cass. ch. civ., 25 juillet 2013, *Revue critique de droit international privé*, 1934, pp. 109-114.

Jurisdiction administrative

CE, 29 juin 1951, *Société Bonduelle*, *Rec. Lebon*, pp. 376 et s., J.C.P., 1952.2.7032, note M. Virally.
CE, section, 10 juillet 1954, *Kelm*, *Rec. Lebon*, 1954, pp.469 et s.
CE, 21 décembre 1955, *Soc. Des Ets Kienzle Uhrenfabrik*, *Recueil Lebon*, 1955, p.631 et *Chronique de jurisprudence*, *AFDI*, 1956, 729.
CE 30 mars 1966, *Sieur Guyot*, *Revue de droit public*, 1967, pp.150 et s., Note Waline
CE, arrêt du 27 mars 1968, *Dalloz* 1968, pp.678 et s., note Silvéra
CE, 31 Janvier 1969, *Moraly et Soc. Moraly*, *revue de droit public*, 1969, pp. 693 et s.
CE, 29 novembre, *Tallagrand*, *Revue de droit public*, 1969, pp. 692 et s.
CE du 23 septembre 1992, Rq. N. 120437, et 120737, *Revue Plein droit* 2002/ 2-3, n. 53-54 pp.19-20, Conclusions du Commissaire du gouvernement David Kessler, *AJDI*, 1992, vol. 11, pp. 753-755.

Juridictions hollandaises

Cour d'appel d'Amsterdam, *Bank of Indonesia v. Senembah Maatschappij and Twentsche Bank*, June 4 1959, *Netherlands international law review*, 1960, pp.400-403.

Jurisdiction hongroise

Cour suprême hongroise du 27 mars 1922, *Annual digest of public international law cases*, vol. 1, 1919-1922, p.482.

Juridictions israéliennes

Cour suprême d'Israël, 43/49, *Ashkar v. Inspector of Absentee Property*, 2 *P.D.*, p. 926
Cour suprême d'Israël, 6/50, *Froind v. Supervisor of Absentee Property*, Jerusalem, 1950, 4 *P.D.*, p. 333
Cour suprême d'Israël, 3/50, *Kauer v. Custodian of Absentee Property*, 4 *P.D.*, p. 654.
Cour suprême d'Israël, 91/50, *Yoseph v. Inspector of Absentee Property*, 5(1) *P.D.*, p. 154
Cour suprême d'Israël, 137/50, *El Marti v. Custodian of Absentee Property*, 5(1) *P.D.*, p. 645
Cour suprême d'Israël, 64/51, *Daud v. Minister of Security*, 5(2) *P.D.*, p. 1117

Cour suprême d'Israël, 239/51, *Daud v. Comité d'appel pour les zones de sécurité, Galilée*, 6(1) P.D., p. 229.

Cour suprême d'Israël, 302/72, *Sheikh Suleiman Abu Hilal et al. v. State of Israel et al.*, 5 *Israel Yearbook on human rights*, 5, 1975, p.384.

Cour suprême d'Israël, 606/78, *Ayub et al. V. Minister of Defence et al.*, *Israel Yearbook on human rights*, 1979, vol. 9, p. 337.

Cour suprême d'Israël, 390/79, *Dweikat et al. v. Government of Israel, et al. (Elon Moreh Case)*, *Israel Yearbook on human rights*, 1979, p. 345

Cour suprême d'Israël, 258/79, *Amira et Al. v. Minister of defence et al*, *Israel Yearbook on human rights*, vol. 10, 1980, p. 331

Cour suprême d'Israël, 434/79, *Sahwil et al. v. Commander of Judea and Samaria*, *Israel Yearbook on human rights*, vol. 10, 1980, p. 345.

Cour suprême d'Israël, 69/81, *Abu Aita et al. V. The military Commander of the Judea and Samaria Region*, dans *Israel Yearbook on human rights*, vol. 13, 1983, p. 348

Cour suprême d'Israël, 393/82, *A teachers' housing cooperative society v. The Military commander of the Judea and Samaria Region et al.*, *Israel Yearbook on human rights*, 14, 1984, p. 301

Cour suprême d'Israël, 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel (Targeted Killings Case)*, *AJIL*, 2007, p. 459.

Cour suprême d'Israël, 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel, v. M. Pertile*, « Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel: A Matter of Principle (and Neglected Rules), 30 juin 2004 », *ZaoeRV*, 2005, p. 677

Cour maritime de Haïfa, *The State of Israel v. The Ship Marianne*, 7961-07-05, 31 août 2014.

Cour suprême d'Israël, *The State of Israel v. The Ship Estelle Case No. 7961-07-.05*, 8 août 2016.

Cour maritime de Haïfa, *The State of Israel v. The Ship Zaytouna-Oliva Case No. 19424-10-16* (Pour les arrêts concernant les navires forçant le blocus de Gaza, sont présentés par J. Lahav dans son article cité dans la bibliographie doctrinale).

Juridictions italiennes

Court of Venice, *Mazzoni v. Ministry of Finance*, 8 janvier 1927, *An nual digest of public international law cases*, 1927-1928, pp. 564-565.

Tribunal de première instance de Rome, 15 juin 1948, *Annual digest of public international law cases*, vol. 15, 1948, p. 606-7.

Cour d'appel de Bologne, 4 mai 1947, *Annual digest of public international law cases*, vol. 15, 1948, p. 614-619.

Cour de cassation italienne, *Scotti v. Garbagnati e Marconi*, *Annual digest of public international law cases*, vol. 15, 1948, n. 203.

C.Cass italienne, Ch. Crim réunies, 11 juillet 1947, *In re Moterri and others*, *Annual digest of public international law cases*, 1948 cas n. 206 p.610-611

Juridictions japonaises

Tokyo High Court, *Inao Horimoto v. Japan*, 8 avril 1959, *Japanese annuary of international law*, 1965, pp. 209-222

Hiroshima District Court, *Kazuo Katayama v. Japan*, 10 octobre 1960, *Japanese annuary of international law*, 1963, pp.125-132.

Tokyo District Court, *Shimoda and others v. Japan*, December 7, 1963, *Japanese annuary of international law*, 1964, pp. 212-252

Tokyo high Court 1965, *Fujimoto Akiyama v. Japan*, 30 January 1965, *Japanese annuary of international law*, 1969, p.174-177.

Japan Supreme Court, *Fujimoto Akiyama v. Japan*, 27 novembre 1968, *Japanese annuary of international law*, 1969, pp. 121-123.

Japan Supreme Court, *Kazuo Katayama v. Japan*, 4 july 1969, *Japanese annuary of international law*, 1970, pp.83-88.

Jurisdiction pakistanaise

High Cour of judicature at Dacca, in East Pakistan, admiralty jurisdiction Government of Pakistan v. R.S. N. Co. LTD, Calcutta, reproduit dans Sharma, *The Indo-Pakistan maritime conflict, 1965, a legal appraisal*.

Jurisdiction de Singapour

US Court of Appeal, *Singapore, N. V. de Bataafsche Petroleum Maatschappij and others v. War Damage Commission*, 13 avril 1956, *AJIL*, vol. 51 (4), 1957 pp. 802-815.

Jurisdiction suisse

Obergericht du canton de Zurich, du 1 décembre 1945, *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*, 1946, p. 209

Tribunal fédéral suisse, arrêt du 16 octobre 2018, 4A_398/2017, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza://16-10-2018-4A_398-2017&lang=fr&zoom=&type=show_document

Jurisdiction tchécoslovaque

Cour suprême de la Tchécoslovaquie, 12 septembre 1922, *Annual digest of public international law cases*, vol. 1, 1919-1922, p.477-479.

Jurisdiction tchèque

Cour constitutionnelle de la République tchèque, du 8 mars 1995, Pl. US 14/94 (*Dreithaler-Urteil*), *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1996 Heft 1, pp. 14-19.

Cour constitutionnelle de la République tchèque, Pl.ÚS-st. 21/05 ze dne 1er novembre 2005 477/2005 Sb. ST 21/39 SbNU 493, Obcházení restitučních předpisů žalobami o určení vlastnického práva podle práva občanského. Consultable sur <http://nalis.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=52528&pos=3&cnt=7&typ=result>

C. Actes juridiques

Documents produits par l'ONU

Conseil de Sécurité

S/RES/1907 (1950), 17 novembre 1950
S/RES/2322 (1951), 1 septembre 1951
S/RES/221(1966), 9 avril 1966
S/RES/353(1974), 20 juillet 1974
S/RES/502(1982), 3 avril 1982
S/RES/508(1982), 5 juin 1982
S/RES/552(1984), 1er juin 1984
S/RES/660 (1990), 2 août 1990
S/RES/661(1990), 6 août 1990
S/RES/670(1990), 25 septembre 1990
S/RES/678(1990), 29 novembre 1990
S/RES/687(1991), 3 avril 1991
S/RES/692 (1991), 20 mai 1991
S/RES/706(1991), 15 août 1991
S/RES/713(1991), 25 septembre 1991
S/RES/752(1992), 15 mai 1992
S/RES/778(1992), 2 octobre 1992
S/RES/787(1992), 16 novembre 1992
S/RES/820, (1993), 17 avril 1993
S/RES/841(1993), 6 juin 1993
S/RES/841(1993), 16 juin 1993
S/RES/875(1993), 16 octobre 1993
S/RES/881 (1993), 4 novembre 1993
S/RES/397(1994), 5 avril 1994
S/RES/912(1994), 21 avril 1994
S/RES/917(1994), 6 mai 1994
S/RES/924(1994), 1 juin 1994
S/RES/925(1994), 8 juin 1994
S/RES/935(1994), 1 juillet 1994
S/RES/941(1994), 23 septembre 1994
S/RES/1036(1996), du 12 Janvier 1996
S/RES/1088(1996), 12 décembre 1996
S/RES/1120(1997), 14 juillet 1997
S/RES/1145(1997), 19 décembre 1997
S/RES/1173 (1998), 12 juin 1998
S/RES/1181(1998), 13 juillet 1998
S/RES/1199 (1998) 23 septembre 1998

S/RES/1203 (1998) 24 octobre 1998
S/RES/1244 (1999) 10 juin 1999
S/RES/1332(2000), 14 décembre 2000
S/RES/1341(2001), 22 février 2001
S/RES/1287(2000), 31 janvier 2000
S/RES/1333 (2000), 19 décembre 2000
S/RES/1291(2001), 24 février 2001
S/RES/1457(2003), 24 janvier 2003
S/RES/1475(2003), 14 avril 2003
S/RES/1483 (2003), 22 mai 2003
S/RES/1533(2004), 12 mars, 2004
S/RES/616(2004), 23 août 2004
S/RES/1592(2005), 30 mars 2005
S/RES/1718 (2006), 14 octobre 2006
S/RES/1737(2006), 23 décembre 2006
S/RES/1874(2009), 12 juin 2009
S/RES/1929/2010, 9 juin 2010
S/RES/2087 (2013), 22 janvier 2013
S/RES/2094(2013), 7 mars 2013
S/RES/2216 (2015), 14 avril 2015
S/RES/2136(2014), 30 janvier 2014
S/RES/2293(2016), 23 juin 2016
S/RES/2371(2017), 5 août 2017
S/RES/2375(2017), 11 septembre 2017
S/RES/2397(2017), 22 décembre 2017

Assemblée générale des Nations Unies

Rés. AG 181(II), 29 novembre 1947
Rés. AG 194 (III), 11 décembre 1948.
Rés. AG 427 (V), 14 décembre 1950
Rés. AG 513 (VI), 26 janvier 1952.
Rés. AG 1803 (XVII), 14 décembre 1962
Rés. AG 2452 B (XXIII), 19 décembre 1968.
Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970
Rés. AG 3175/XXVIII, 17 décembre 1973
Rés. AG 3201, (S. VI), 1 mai 1974
Rés. AG 3281 (XXIX), 12 décembre 1974
Rés. AG 3314 (XXIX) , 14 décembre 1974
Rés. AG 35/6, 22 octobre 1980
Rés. AG 35/37, du 20 novembre 1980
Rés. AG 36/146C, 16 décembre 1981.
Rés. AG 51/190, 16 décembre 1996,
Rés. AG 51/112, 5 mars 1997.
Rés. AG 52/207, 18 décembre 1997
Rés. AG 54/230, 22 décembre 1999
Rés. AG 55/153 12 décembre 2000
Rés. AG 59/565, 2 décembre 2004
Rés. AG ES-11/1, 2 mars 2022

Rés. AG.12470, 14 novembre 2022

Rapport présenté en application du paragraphe 5 de la Résolution 837 (1993) du CS au sujet de l'enquête menée au nom du Secrétaire général sur les attaques lancées le 5 juin 1993 contre les forces des Nations Unies en Somalie, UN Doc S/26351, 24 août 1993

Onzième session extraordinaire d'urgence, 1ère séance plénière lundi 28 février 2022, A/ES-11/PV.1.

Onzième session extraordinaire d'urgence, 15e séance plénière lundi 14 novembre 2022, A/ES-11/PV.15,

CS- procès-verbaux officiels

Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 361^{ème} rencontre, 4 octobre 1948,
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 549^{ème} rencontre, 26 juillet 1951.
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 550^{ème} rencontre, 1 août 1951
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 553^{ème} rencontre, 16 août 1951.
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 558^{ème} rencontre, 1 septembre 1951.
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 659^{ème} rencontre, 15 février 1954.
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 661^{ère} rencontre, 12 mars 1954.
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 682^{ème} rencontre, 14 octobre 1954.
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 2546^{ème} rencontre, 1 June 1984.
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 2938^{ème} rencontre 25 août 1990.
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 3070^{ème} rencontre, 24 avril 1992.
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 3428^{ème} rencontre 23 septembre 1994.
Conseil de sécurité, procès-verbaux officiels, 3723^{ème} rencontre 12 décembre 1996.

Documents correspondant aux années 1941-1945

Kriegsdokumente über Bündnisgrundlagen, Kriegsziele und Friedenspolitik der Vereinten Nationen, Hamburg, Broschek, 1946, 69 p.

United Nations documents, 1941-1945, London & New York, Royan institute of international affairs, 271 p.

Rapports du Secrétaire général de l'ONU

Rapport du Secrétaire général sur sa mission de bons offices à Chypre, 21 août 1992, S/24472.

Rapport du Secrétaire général sur sa mission de bons offices à Chypre, 1 avril 2003, S/2003/398.

Rapport du Secrétaire général, Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, 23 août 2004, Doc. S/2004/616.

Documents produits par des sociétés savantes

Institut du droit international

Institut de droit international, Manuel des lois de la guerre sur terre, Institut de droit international, Oxford, 9 septembre 1880, Tableau général des résolutions (1873-1956), Bâle, Hans Wehberg, 1957, p. 180 et s.

Institut de droit international, Examen des conclusions de la 5^{ème} Commission, traitement de la propriété privée dans la guerre maritime, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1877, t. 1, pp. 41 et s. , pp. 115 et s.

Institut de droit international, Travaux préliminaires à la session de la Haye 1874-1875, 5^{ème} Commission -Propriété privée dans la guerre maritime, opinions, Propriété privée dans la guerre maritime, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1877, pp. 553-656, 674-681.

Institut de droit international, Deuxième Commission, Traitement de la propriété privée dans les guerres maritimes, *Annuaire de l'institut de droit international*, t. 2, 1878, pp. 55 et s.

Institut de droit international, Troisième Commission, droit matériel et formel en matière de prises maritimes, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1882-1883, p. 100 et s.

M. De Bulmerincq, Projet de règlement international des prises maritimes, 1879-1880, *Annuaire de l'institut de droit international*, t. 6, 1882-1883, pp. 101-128.

Institut de droit international, « Droit de blocus en temps de paix », Sixième commission d'étude, *Annuaire de l'institut de droit international*, t. 9, 1887-1888, p.275 et s.

Institut de droit international, Huitième Commission d'étude, Réglementation internationale de la contrebande de guerre, pp. 203- 232, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 15, 1896

Institut de droit international, Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers, Session de la Haye, 1898, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 17, 1898, p. 231 et s.

N. Politis, « Effets de la guerre sur les obligations internationales et les contrats privés », rapporteur, session de Paris 1910, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 23, 1910, p. 258 et s.

N. Politis, « Effets de la guerre sur les obligations internationales », 17ème commission, rapporteur, session de Madrid 1911, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 24, 1911, p. 217 et s.

Institut de droit international, Régime juridique des aérostats, Dix-huitième commission, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 24, 1911, pp. 303-346.

Institut de droit international, « Effets de la guerre sur les Conventions internationales et sur les contrats privés ». Les travaux préparatoires, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 25, 1912, p. 611 et s.

Institut de droit international, Manuel des lois de la guerre maritime dans les rapports entre belligérants, Manuel d'Oxford, 1913, Session d'Oxford, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 26, 1913, p. 611 et s.

G. Gilbert, « Rapport, Régime des navires dans les ports étrangers », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, Paris-Bruxelles, Pédone-Falk, pp. 191-313.

Institut de droit international, Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers, Session de Stockholm, 1928, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 34, 1928, p. 231 et s.

Institut de droit international, Régule des représailles en temps de paix, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 38, 1934, p. 708 et s.

G. Balladore Pallieri, « Les transferts internationaux de populations, rapport et observations, 1950 », *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 44 vol. II, 1952, p. 138 et s.

J. P. A. François, « Reconsidération des principes du droit de la guerre, Rapport et questions, 1956 », *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 47 v. I, 1957, p. 323 et s.

J. P. A. François, « L'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé, rapport et observations, 1962 », *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 50 v. I, 1963, p. 5 et s.

Institut de droit international, « Les effets des conflits armés sur les traités », Cinquième Commission, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 59, v. I, 1981, p. 201 et s.

Institut de droit international, « Les effets des conflits armés sur les traités », Cinquième Commission, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 61, v. I, 1985, p. 1 et s.

Institut de droit international, Délibération en séance plénière : The effects of armed conflicts on treaties, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t.61, v. II, 1985, p.199 et s.

Commission du droit international

(Les débats sont mentionnés dans les notes de bas de page. Les notes de bas de pages renvoient aux annuaires de la Commission du droit international. Les annuaires consultés sont ACIDI, 1956 vol. II ; 1963, vol. 1 ; 1964 vol. 1 ; 1966, vol. I-II ; 1993, vol. II ; 1994, vol. I ; 1998, vol. II)

Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session 3 mai - 23 juillet 1976 et Commentaire, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, 2^{ème} partie, p. 68 et s.,

R. Ago, « Huitième rapport sur la responsabilité internationale – le fait internationale illicite de l'État, source de la responsabilité (suite), rapporteur spécial », doc. A/CN.4/318 and Add.1&4, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1979, vol. II, pp. 3-70.

G. Arangio-Ruiz, « Troisième rapport sur la responsabilité des États, rapporteur spécial », Doc. A/CN.4/440 et Add.1, *Annuaire de la Commission du droit international* 1991, vol. II.

G. Arangio-Ruiz, « Quatrième rapport sur la responsabilité des États, rapporteur spécial », Doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1992, vol. II.

M. J. R. Dugard, « Premier rapport sur la protection diplomatique », Doc. A/CN.4/506, 7 mars et 20 avril 2000

J. Crawford, « Troisième rapport sur la responsabilité des États, Rapporteur spécial », doc. A/CN.4/507 et Add. 1 à 4, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 2000, vol. II (1), pp. 3-121

Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 2001, vol. II (2), p. 26

Commentaire du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 2001, vol. II (2), p. 31

I. Brownlie, Premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, 21 avril 2005, Commission du droit international, A/CN.4/552, pp. 219-242.

Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, Rapport de la Commission du droit international, 63^e session (A/66/10), p. 183

Etude du secrétariat, les effets des conflits armés sur les traités : examen de la pratique et de la doctrine, A/CN.4/550 et Corr. 1, 2005

Commentaire du projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, Rapport de la Commission du droit international, 63^e session (A/66/10), p. 187

Commission du droit international, Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, 2011, Annuaire de la Commission du droit international, 2011, vol. II(2)

Organes de suivi et de protection des droits de l'homme

Comité des droits de l'homme- Pacte international relatif aux droits civils et politiques

CDH, Observation générale n. 29, Article 4 : états d'urgence, 24 juillet 2001, 1950^e session, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

CDH, Observation générale n. 15, Situation des étrangers au regard du Pacte, Vingt septième session, 1986, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994).

CDH, Observation Générale n. 18, Article 26 : Principe d'égalité, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994)

CDH, Observation générale n. 27, Article 12 : liberté de circulation, 2 novembre 1999, UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. (1999)

CDH, Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 40 du Pacte, Observations finales, Israël, CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003

Communications du Comité des droits de l'homme

CDH, cas n. 172/1984, aff. *S.W.M. Broeks c. Pays-Bas*, const., 9 avril 1987

CDH, cas n. 182/1984, aff. *F.H. Zwaan-de Vries c. Pays Bas*, const., 9 avril 1987.

CDH, *Simunek et autres c. République tchèque*, CCPR/C/54/D/516/1992, 31 juillet 1995.

CDH, *Joseph Frank Adam c. République tchèque*, CCPR/C/57/D/586/1994, 23 juillet 1996.

CDH, *Peter Drobek c. Slovaquie*, CCPR/C/60/D/643/1995, 31 mai 1997

CDH, *Blazek et autres C. République tchèque*, CCPR/C/72/D/857/1999, 16 octobre 1997,

CDH, *Gerhard Malik c. République tchèque*, CCPR/C/64/D/669/1995 (1998), 3 novembre 1998.

CDH, *Jarmila Mazurkiewiczova v. Czech Republic*, Communication No. 724/1996, U.N. Doc. CCPR/C/66/D/724/1996, 2 août 1999.

CDH, *M. Ota Koutny et son frère Antonin c. République tchèque*, Communication No. 807/1998, U.N. Doc. CCPR/C/68/D/807/1998, 20 mars 2000.

CDH, *M.Karel Des Fours Walderode et son épouse survivante c. République tchèque*, CCPR/C/73/D/747/1997, 2 novembre 2001.

CDH, *Armand Anton c. Algérie*, Communication No. 1424/2005, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1424/2005, 1 novembre 2006.

CDH, *Josef Bergauer et consorts c. République tchèque*, CCPR/C/100/D/1748/2008, 30 novembre 2010.

CDH, *PL and ML c. Esthonie*, CCPR/C/127/D/2499/2014, 8 novembre 2019

CDH, *PEEP c. Esthonie*, CCPR/C/128/D/2682/2015, 13 mars 2020

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Conseil des droits de l'homme

Commission des droits de l'homme, Étude sur la valeur juridique des engagements en matière de minorités, sixième session, E/CN.4/367, 7 avril 1950.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, J. Inglès, Study of Discrimination in Respect of the Right of Everyone to Leave Any Country, Including his Own, and to Return to his Country 1 (1963) (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/229/Rev. 1), 1963.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, documents officiels 1984, supplément n. 4, Résolution sur la situation au Kampuchea, 1984/12.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Rapport sur la situation des droits de l'homme en Afghanistan, établi par Felix Ermacora, E/CN.4/1991/31, 28 janvier 1991

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités Quarante-cinquième session, Commission des droits de l'homme, Les transferts de populations, y compris l'implantation de collons et de colonies, considérés sous l'angle des droits de l'homme, Rapport par A.S. Al-Khasawneh et R. Hatano. 2-27 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/17, 6 juillet 1993.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Rapport du représentant du Secrétaire général Francis Deng, présenté en application de la résolution 1995/57 de la Commission des droits de l'homme, Personnes déplacées dans leur propre pays, UN Doc. E/CN.4/1996/52/Add.2, 5 décembre 1995.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Examen global de sujets précis relatifs à l'élimination de la discrimination raciale, E/CN.4/1997/Sub. 2/1997/31, 27 mai 1997

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités Quarante-cinquième session, Commission des droits de l'homme, Droits de l'homme et transferts de population Rapport final du Rapporteur spécial, M. Al-Khasawneh, E/CN.4/Sub.2/1997/23, 27 juin 1997.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Le droit de revenir dans son pays, E/CN.4/1998/2, 28 août 1997.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Rapport du représentant du Secrétaire général, Francis Deng, présenté conformément à la résolution 1997/39 de la Commission des droits de l'homme, additif : compilation et analyse des normes juridiques, partie II : aspects juridiques de la protection contre le déplacement arbitraire, UN Doc. A/CN.4/1998/53/Add. 1, 11 février 1998

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 1998/26 : «Housing and property restitution in the context of the return of refugees and internally displaced persons », E/CN.4/Sub.2/Res/1998/26, 22 août 1998.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Résolution 1998/26, Projet de convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les dispositions forcées, E/CN.4/Sub.2/1998/45, 30 septembre 1998.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, M. Bossuyt, Conséquences néfastes des sanctions économiques pour la jouissance des droits de l'homme, UN-Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/33, Nr. 6, 21 juin 2000.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Restitution des logements et des biens dans le cadre du retour des réfugiés et autres personnes déplacées, Rapport préliminaire du Rapporteur spécial, M. Paulo Sérgio Pinheiro UN Doc E/CN.4 Sub.2/2003/11, 16 juin 2003.

Commission des droits de l'homme, Conseil économique et social, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Restitution des logements et des biens dans le cadre du retour des réfugiés et autres personnes déplacées, Rapport final du Rapporteur spécial, Paulo Sérgio Pinheiro, E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 juin 2005.

Conseil des droits de l'homme, A/HRC/15/21, Rapport de la mission internationale d'établissement des faits chargée d'enquêter sur les violations du droit international, notamment du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme, auxquelles ont donné lieu les attaques israéliennes contre la flottille d'aide humanitaire, 27 septembre 2010

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n°7. Le droit à un logement suffisant: expulsions forcées (art.11 (1)), E/1998/22, Seizième session, 1997.

Comité des droits économiques sociaux et culturels, Observation générale n. 20. La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC/20, Quarante-deuxième session, 2 juillet 2009.

Comité des droits économiques sociaux et culturels, Observation générale n. 26 (2022) sur la terre et les droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/GC/26, Soixante-douzième session, 24 janvier 2023.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale XXII concernant l'article 5 et les réfugiés et personnes déplacées., 49^{ème} session, 1996, A/52/18, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.6 at 212 (2003).

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale XXIII concernant les droits des populations autochtones, 59^{ème} session, 1997, A/52/18, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.6 at 212 (2003).

Autres documents

International law association, Report of the 33rd Conference, Stockholm, 8-13 September 1924, London 1925.

Commission mixte, Avis consultatif du 12 juin 1930 sur la question de la liquidation des biens des échangeables émis en vertu de l'art. 4 de la Convention gréco-turque signée à Ankara, le 10 juin 1930.

Draft Convention on rights and duties of neutral states in naval and aerial war, (Projet de Harvard de 1939), *AJIL*, 1939, suppl., pp. 175-203

Progress Report of the United Nations Mediator on Palestine — Submitted to the Secretary-General for Transmission to the Members of the United Nations, UN doc. A/648 (18 Sept. 1948)

Commission de conciliation pour la Palestine (CCNUP)– Israeli regulations on property of absentees – Working paper of the Secretariat, Emergency regulations on property of absentees, 9 février 1951, <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-211848/>

Commission de conciliation franco-italienne, Différend sur les biens immeubles appartenant à l'ordre de Saint-Maurice et Saint-Lazare, sentence du 26 septembre 1964, *AFDI* 1965, p. 323.

Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Executive Committee Conclusion No. 18 (XXXI) 1980, Voluntary Repatriation;

Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Executive Committee Conclusion No. 40 (XXIX) 1985, Voluntary Repatriation.

Commission d'experts pour l'ex-Yougoslavie, constituée conformément à la Résolution 780(1992) du CS, premier rapport intérimaire du 10 février 1993, Doc, off. UN S/25274

Accord de Rambouillet – Accord intérimaire pour la paix et l'autonomie au Kosovo du 23 février 1999, S/1999/648

Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (UNHCR), The problem of access to land and ownership in repatriation operations, Mai 1998

Principes d'Helsinki sur le droit de neutralité maritime, adoptés par l'Association du droit international le 30 mai 1998, *International Law Association, Report of the 68th Conference, Taipei, 1998*, pp. 496-516

Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo (UNMIK), Regulation n. 1999/23 on the Establishment of the housing and property Directorate and Housing and Property Claims Commission, 15 novembre 1999.

Housing and property directorate, Claims Commission (éd.), *Collection of basic texts: housing and property rights in Kosovo*, Pristina December 1999.

Organization of American States, Report on terrorism and Human rights Inter-American commission on human rights, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 octobre 2002.

Conseil des droits de l'homme, Résolution 10/18, « Les colonies de peuplement israéliennes dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et le Golan syrien occupé », 26 mars 2009.

Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « Le transfert force de population: une violation des droits de l'homme », rapporteur M. Egidijus Vareikis, Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, 5 décembre 2011

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Report on the human rights situation in Ukraine 16 February to 15 May 2017, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/UARreport18th_EN.pdf

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine), 25 septembre 2017, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/UA/Crimea2014_2017_EN.pdf

Rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard, le droit à un logement convenable pendant un conflit violent, Balakrishnan Rajagopal transmis à l'AG, A/77/190, le 19 juillet 2022.

Rapports relatifs au blocus de Gaza

The public commission to examine the maritime incident of 31 may 2010, Jan. 2010, (The Turkel Commission).

Report on the Israeli Attack on the Humanitarian Aid Convoy to Gaza on 31 May 2010, Turkish national Commission of Inquiry, Ankara November 2011

Rapports de la Société allemande de droit international

Entschliebung der ersten Tagung der deutschen Völkerrechtslehrer in Hamburg, 16-18 avril 1947, dans *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 1, 1957, pp. 72-73, dans *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Karlsruhe, Müller, 1957, 104 p.

Entschliebung der ersten Tagung der deutschen Völkerrechtslehrer in Hamburg, 26-28 avril 1950, dans *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 1, 1957, pp. 76-77, dans *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Karlsruhe, Müller, 1957, 104 p.

Documents étatiques.

Législations nationales- règlements nationaux

Actes émanant de l'ordre juridique algérien

Ordonnance n° 62-020 du 24 août 1962 concernant la protection et la gestion des biens vacants, *J. O. de l'État Algérien*, 7 septembre 1962, pp. 138 et s.

Décret n° 63-88 du 18 mars 1963 portant réglementation des biens vacants, *J. O. de la République algérienne*, 22 mars 1963, pp. 282 et s.

Décret n° 63-168 du 9 mai 1963 relatif à la mise sous protection de l'Etat des biens mobiliers et immobiliers dont le mode d'acquisition, de gestion, d'exploitation ou d'utilisation est susceptible de troubler l'ordre public ou la paix sociale, *J. O. de la République algérienne*, 14 mai 1963, pp. 450 et s.

Ordonnance n°95-26 du 25 septembre 1995, *J.O. de la République algérienne*, 27 septembre 1995, p. 8. et s

Actes émanant de l'ordre juridique allemand

Loi d'autorisation (Gesetz über die Ermächtigung des Bundesrates zu wirtschaftlichen Maßnahmen und über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts im Falle kriegerischer Ereignisse vom 4.8.1914, 4 août 1914, *Reichsgesetzblatt*, 1914, p. 327, https://www.reichstagsprotokolle.de/Sach_bsb00003418_000709

Déclaration du 7 août 1914 relative à l'exercice des droits des personnes domiciliées à l'étranger, *Journal du droit international, Clunet*, 1915, p. 75.

Décret (Bekanntmachung) du 4 septembre 1914, relatif à la surveillance des établissements étrangers, *Journal du droit international, Clunet*, 1915, p. 77.

Décret (Bekanntmachung) du 26 novembre 1914, relatif au séquestre des entreprises françaises, *Journal du droit international, Clunet*, 1915, p. 955.

Décret (Bekanntmachung) du 4 septembre 1914 relatif à la surveillance des établissements industriels ou commerciaux étrangers, *Journal du droit international, Clunet*, 1915 p. 77.

Décret (Bekanntmachung) du 7 octobre 1915, Déclaration des biens appartenant aux sujets ennemis, *Journal du droit international, Clunet*, 1915, p. 1202

Décret (Bekanntmachung) du 31 juillet 1916, relatif à la liquidation des entreprises britanniques, *Reichsgesetzblatt*, 1916, n. 175, p. 871, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1917 p. 354.

Décret (Bekanntmachung) du 14 mars 1917, appliquant par mesure de représailles l'ordonnance du 31 juillet 1916 - concernant la liquidation des entreprises britanniques- aux entreprises françaises, *Bulletin de la société de législation comparée* 1917 p. 357.

Ordonnance sur le traitement des avoirs ennemis (Verordnung über die Behandlung feindlichen Vermögens), 15 Januar 1940, dans K. Krieger, W. Hefermehl, *Behandlung des feindlichen Vermögens*, Kommentar, München, Beck, 1942, 786 p., pp. 1-85, et *Reichsgesetzblatt*, 1940, 20 Januar 1940 p. 191

Documents relatifs à l'armistice avec la France (Dokumente über den Waffenstillstand mit Frankreich), Deutsch französischer Waffenstillstandsvertrag vom 22 Juni 1940, *ZaoeRV*, 1940, p.851-860.

Ordonnance du 23 mai 1940 relative aux propriétés ennemis dans les territoires occupés des Pays-Bas, de la Belgique, du Luxembourg et de la France, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in in Belgien und Nordfrankreich*, 1940, n. 1, 4 juillet 1940, p. 16.

Ordonnance du 22 juillet 1940 relative à l'établissement d'un Office de surveillance des banques dans le territoire français occupé (ordonnance de surveillance des banques), *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Frankreich*, 1940, n.4, 26 juillet 1940, p.53.

Ordonnance du 23 septembre 1940 mettant à exécution et complétant l'ordonnance concernant les propriétés ennemies, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Frankreich*, n. 10, 5 octobre 1940, p. 52.

Ordonnance du 20 septembre 1941 contenant des dispositions complémentaires pour l'exécution de l'ordonnance concernant les propriétés ennemies, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Frankreich*, n. 42, 4 octobre 1941, p.116.

Ordonnance du 28 septembre 1941 relative à l'application des résolutions des assemblées de sociétés, du 28 septembre 1941, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Frankreich*, 1941, n. 43, octobre 1941, p. 296.

Règles d'application relatives à la gestion et à l'utilisation des biens immobiliers hostiles au peuple et au Reich (Durchführungsvorschriften über die Verwaltung und Verwertung von volks- und reichsfeindlichem Grundbesitz) du 25 Oktober 1940, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Elsass*, 1940, n. 14, p. 239.

Ordonnance du 18 novembre 1940 mettant à exécution et complétant l'ordonnance concernant les propriétés ennemies, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Frankreich*, n. 16, 22 novembre 1940, p. 71.

Ordonnance du 30 juillet 1941, dans *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Elsass*, 1941, n. 27 p. 518.

Ordonnance relative à la saisie et à la liquidation des biens français en Alsace (Verordnung über die Übernahme und Verwertung des französischen Vermögens im Elsass), du 1er décembre 1940, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Elsass* 1941, p. 711.

Ordonnance sur le retour des réfugiés en Alsace (Verordnung über die Rückkehr von Flüchtigen nach dem Elsass), du 11 mai, 1942, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Elsass* 1942, n. 15, p. 166.

Décret du 23 mai 1940 concernant la propriété ennemie dans les territoires occupés des Pays-Bas, Belgique, Luxembourg et France, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Belgien und Nordfrankreich*, 1940, n. 2, 17 juin 1940, p. 33.

Arrêté du 14 juin 1940 concernant l'établissement d'un office de contrôle des banques en Belgique, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Belgien und Nordfrankreich*, 1940, n. 2, 17 juin 1940, p. 8.

Ordonnance du 27 juin 1940 concernant la Banque d'émission en Belgique, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Belgien und Nordfrankreich*, 1940 n. 5, 6 juillet 1940, p. 98.

Ordonnance du 2 juillet 1940 mettant à exécution et complétant l'ordonnance relative à la propriété ennemie, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Belgien und Nordfrankreich*, 1940 n. 5, 6 juillet 1940, p. 115.

Ordonnance relative à des mesures économiques spéciales (Verordnung über besondere wirtschaftliche Maßnahmen), du 28 août 1940 *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Niederländer*, 1940, n. 23 p. 360.

General Order of the Reich Commissioner for the Occupied Netherlands Territories concerning the Confiscation of Property, July 4, 1940, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Niederländer*, 1940, n. 9, p. 128 et R. Lemkin, *Axis rule in occupied Europe*, p. 478.

Deuxième ordonnance mettant à exécution l'ordonnance relative à la propriété ennemie, du 23 août 1940, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers in Belgien*, 1940, n. 13 p. 192.

Ordonnance portant abrogation de l'arrêté du 28 février 1940, relative à l'administration des sociétés commerciales en temps de guerre (Verordnung über die Aufhebung des Beschlusses vom 28 Februar 1940, betreffend die Verwaltung von Handelsgesellschaften in Kriegszeiten), du 4 mars 1941, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers Luxembourg*, 1941, n. 18 p. 130.

Ordonnance concernant certaines mesures affectant l'organisation de la vie économique, 1 mars 1941, qui précisait les conditions d'aliénation de la propriété privée à Luxembourg. *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers Luxembourg*, 1941, N. 17, p. 119, cité par Lemkin, *Axis rule in occupied Europe, op.cit.*, p. 433

Nouvelle ordonnance du 14 mars 1941, *Verordnungsblatt des Militärbefehlshabers Luxembourg*, 1941, n. 48, p. 302.

Ordonnance du Commissaire au plan quadriennal relative à la mise en sûreté des biens de l'ancien État polonais du 15 janvier 1940 (Verordnung des Beauftragten für den Vierjahresplan über die Sicherstellung des Vermögens des ehemaligen polnischen Staates), *Deutsches Reichsgesetzblatt*, 1940, vol. I, p. 174.

W. Schubert (éd.), *Protokoll der Sitzung vom 2.5. 1941. Kodifiziertes Landkriegsrecht im gegenwärtigen Krieg. Okkupationsmacht und Ernährung der Bevölkerung in den besetzten Gebieten, Akademie für Deutsches Recht : 1933-1945 : Protokolle der Ausschüsse. Bd.14, Ausschüsse für Völkerrecht und für Nationalitätenrecht : 1934-1942*, Frankfurt am Main, Lang, 2002, lii-643 p., pp. 147-212

W. Schubert (éd.), *Protokoll der Sitzung vom 10.10. 1941. Wandlungen der Seekriegsführung. Wirtschaftsentwicklung in den besetzten westlichen Gebieten. Akademie für Deutsches Recht : 1933-1945 : Protokolle der Ausschüsse. Bd.14, Ausschüsse für Völkerrecht und für Nationalitätenrecht : 1934-1942*, Frankfurt am Main, Lang, 2002, lii-643 p., pp. 226-278.

Communication sur la conférence tripartite de Berlin, traité de Potsdam 2 août 1945 (Mitteilung über die Dreimächtekonferenz von Berlin, Potsdamer Abkommen, <http://www.documentArchiv.de/in/1945/potsdamer-abkommen.html>.)

Proclamation du Conseil de contrôle n° 1 du 30 août 1945, *Proklamation Nr. 1 des Alliierten Kontrollrates Aufstellung des Kontrollrats*, <https://www.verfassungen.de/de45-49/kr-proklamation1.htm>

Proclamation du Conseil de contrôle n° 2 du 20 septembre 1945, *Kontrollratsproklamation Nr. 2, Zusätzliche an Deutschland gestellte Forderungen, Proklamation Nr. 2 des Kontrollrats in Deutschland (1945)*, <https://www.verfassungen.de/de45-49/kr-proklamation2.htm>.

Ordre de l'Administration militaire soviétique en Allemagne n° 1: Sur l'organisation de l'administration militaire pour gérer la zone d'occupation soviétique en Allemagne, 9 juin 1945, (Befehl Nr. 1 :Über die Organisation der militärischen Administration zur Verwaltung der sowjetischen Okkupationszone in Deutschland) http://www.documentarchiv.de/ddr/1945/smad-befehl_nr01.html.

Ordonnance relative à la réforme agraire de la province de Saxe du 10 septembre 1945 (*Verordnung über die landwirtschaftliche Bodenreform*), G. Fieberg. H. Reichenbach (éd.), *Enteignung und offene Vermögensfragen in der ehemaligen DDR, Dokumentation*, Köln, Kommunikationsforum GmbH, Recht, Wirtschaft, Steuern, 1991, vol. I, doc. 2.8.1

Ordre n° 124 de l'administration militaire soviétique concernant la mise sous séquestre et l'administration temporaire de certaines catégories d'avoirs, 30 octobre 1945, (*Befehl Nr. 124 der Sowjetischen Militär-Administration (SMA) betreffend Auferlegung der Sequestration und Übernahme in zeitweilige Verwaltung einiger Vermögenskategorien*), <https://d-d-r.de/verordnungsblatt-der-provinz-sachsen-nr-4-5-6-1945-seite-10.html>

Ordre n° 126 de l'Administration militaire soviétique (SMA) concernant la confiscation des biens du NSDAP, 31 octobre 1945, (*Befehl Nr. 126 der Sowjetischen Militär-Administration (SMA) betreffend Konfiszierung des Vermögens der NSDAP*), <https://d-d-r.de/verordnungsblatt-der-provinz-sachsen-nr-4-5-6-1945-seite-12.html>

Ordre de l'Administration militaire soviétique en Allemagne n° 104 du 4 avril 1947, (Befehl der Sowjetische Militäradministration in Deutschland (SMAD) n. 104 betreffend: das Einreichen von Vermögens-, Rechtsdeklarationen und solchen über Interessen, deren Gegenstände in Deutschland sind und vollständig oder zum Teil im Besitze der Bürger ausländischer Staaten sind. v. https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/d4/SMAD-Befehl_Nr.104.pdf).

L'ensemble des ordres de l'administration soviétique est aussi reproduit dans le recueil, J. Fozzik, *Inventar der Befehle des obersten Chefs der Sowjetischen Militäradministration in Deutschland, 1945-1949*, München, Saur, 1995, 229 p.

Loi n° 5 du Conseil de contrôle, en date du 30 octobre 1945, relative à la prise en charge et au recensement des avoirs allemands à l'étranger, entrée en vigueur le 4 novembre 1945, dans *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, n. 2, 30 novembre 1945, p.27.

Loi n° 9 du Conseil de contrôle, en date du 30 novembre 1945, relative à la saisie des biens appartenant à l'I.G. Farben-industrie et au contrôle des dits biens, dans *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, n. 2, 30 novembre 1945, p. 34

Control Council Law n° 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, 3 *Official Gazette Control Council for Germany* 50-55,1946

Ordre de l'Administration militaire soviétique en Allemagne n. 154/181, du 21 mai 1946, (Befehl der Sowjetische Militäradministration in Deutschland (SMAD) n. 154/181 betreffend: Nutzung der auf Grund der Befehle Nr. 124 und Nr. 126 sequestrierten und konfiszierten Güter vom 21. Mai 1946, <https://d-d-r.de/befehl-der-smad-nr-154-181-1946.html>)

Ordre n° 64 de l'Administration militaire soviétique en Allemagne sur la clôture des procédures de séquestre dans la zone d'occupation soviétique de l'Allemagne (Befehl Nr. 64 der Sowjetischen Militär-Administration (SMA) über die Beendigung der Sequesterverfahren in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands), 17. April 1948, *Verordnungsblatt Nr. 15/1948*, p.140

Loi sur la confiscation des biens des criminels de guerre et des militants nazis (Gesetz zur Einziehung von Vermögenswerten der Kriegsverbrecher und Naziaktivisten), 8 février 1949, *Verordnungsblatt Groß-Berlin Teil 1 Nr. 5/1949*, p.33

Communiqué sur les biens confisqués en vertu de la loi sur l'expropriation (Bekanntmachung über nach dem Enteignungsgesetz eingezogene Vermögenswerte - Liste 1), 9. Februar 1949, *Verordnungsblatt Groß-Berlin Teil 1 Nr. 8/1949*, p.43

Communiqué sur des nouvelles confiscations de biens séquestrés (Bekanntmachung über weitere Einziehungen sequestrierter Vermögenswerte - Liste 3), 14. November 1949, *Verordnungsblatt Groß-Berlin Teil 1 Nr. 54/1949*, p.425

Communiqué sur de nouvelles confiscations de biens séquestrés (Bekanntmachung über weitere Freigaben sequestrierter Vermögenswerte - Liste 4), 14 November 1949 *Verordnungsblatt Groß-Berlin Teil 1 Nr. 53/1949*, p. 401.

Loi n°63 de la Haute Commission alliée en Allemagne précisant le statut des avoirs allemands à l'étranger et des autres biens appréhendés au titre des réparations ou des restitutions, *Journal officiel de la Haute Commission alliée en Allemagne*, 10 janvier 1951, pp. 1107

Loi sur la rééquation des charges du 14 août 1952 (Gesetz über den Lastenausgleich-LAG), *Bundesgesetzblatt*, 1952 Teil I, pp. 446-533

Loi sur la nationalité du 22 février 1955 (*Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit*) *Bundesgesetzblätter*, 25 février 1955, Teil I p. 65.

Loi sur l'indemnisation des dommages du 14 février 1969 (*Gesetz zur Abgeltung von Reparations-, Restitutions-, Zerstörungs- und Rückerstattungsschäden RepG*), *Bundesgesetzblatt*, 1969 Teil I, p. 105-136

Loi sur le règlement des questions patrimoniales en suspens (Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen), *Bundesgesetzblatt*, 1990, partie II, pp. 889, modifiée le 3 août 1992 *BGBI.* 1992, I, p.1446.

Loi sur l'indemnisation en vertu de la loi sur les questions patrimoniales en suspens et sur les prestations compensatoires de l'État pour les expropriations sur la base du droit de l'occupation ou des compétences souveraines des puissances d'occupation (*Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen und über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage (EALG)*), du 27 septembre 1994, *Bundesgesetzblatt*, I,1994, p.2624.

Actes émanant de l'ordre juridique américain

Act Respecting Alien Enemies, United States Statutes at Large, 6 juillet 1798, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/alien.asp.

The First Confiscation act, An act to confiscate property used for insurrectionary purposes, August 6 1861, dans J. Syrett, *The Civil War Confiscation Acts : failing to reconstruct the South*, New York, Fordham, Univ. Press, 2005, pp. 191-192.

The Second Confiscation Act., An act to suppress insurrection to punish treason and rebellion, to seize and confiscate the property of rebels, and for other purposes, July 17, 1862, J. Syrett, *The Civil War Confiscation Acts : failing to reconstruct the South*, New York, Fordham, Univ. Press, 2005, pp. 192-193.

Instructions de 1863 pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique (Lieber Code), 24 avril 1863, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 1953, pp.401-409, 476-482, 974-980.

Trading with the enemy act, October 6 1917, Ch. 106, 40 Stat. 411

Exchange of Communications between the President of the United States and Maxim M Litvinov People's Commissar for foreign Affairs of the Union of Soviet Socialist Republics, *AJIL, suppl.*, 1934, pp.2-11

Pour un aperçu des actes en vigueur dans l'ordre juridique des Etats-Unis lors de la Seconde Guerre mondiale, v. appendix A-M, dans M. Domke, *Trading with the enemy in World War II*, New York, Central book, 1943, xv-640 p.

Department of Justice United States, Expropriation of property for national defense, 1941, xix-159 p.

Final Report, Japanese evacuation from the West Coast, 1942, Washington United States Government printing office, 1943, xxiii-618 p.

Return of confiscated property, hearings before a subcommittee of the Committee on the Judiciary united state senate, July 1 and 2 1954, US Government Office, 1954, 254 p.

Executive Order 12170, Nov. 14, 1979, 44 F.R. 65729

Executive Order 12205, April 7 1980, FR24099

Executive Order 12211, April 17 1980 FR26685

Executive Order 12544 Jan. 8, 1986, 51 FR 1235

Executive Order 12635, April 8, 1988, 53 FR12134

Executive Order 12722, August 3, 1990, 55 FR 31803

Executive Order 12724, August 9 1990, FR33089

Executive order 13088, June 9, 1998, 32019 FR

Executive order 13224, September 23, 2001, F.R. 49079

Executive order 13566, February 25, 2011, F.R. 11315

Executive Order 13722, March 15, 2016, 14943 FR

Executive proclamation, n° 2039, 48 Stat. 1691, 1933

Executive proclamation, n° 2914, 3 CFR 99 1950

Executive proclamation, n° 3972 3 CFR, 473, 1970

International Emergency Economic Powers Act, 50 U.S.C. § 1701 (Supp. I 1977) (IEEPA).

Military Commission act de 2006, s. 3930 109th congress, Public Law, 109-366, Oct. 17 2006, 10 U.S.C.A.

U.S. Department of the Treasury, Press Release, Fact Sheet: New Sanctions on Iran, November 21, 2011
<https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1367.aspx>

H.R.6930 - Asset Seizure for Ukraine Reconstruction Act 117th Congress (2021-2022), April, 28, 2022,
<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/6930/text>

Attorney General Merrick B. Garland Announces Launch of Task Force KleptoCapture Task Force Will Surge Federal Law Enforcement Resources to Hold Accountable Corrupt Russian Oligarchs, Department of Justice, Office of public affairs, March 2 2022, <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-merrick-b-garland-announces-launch-task-force-kleptocapture>

Proclamation 10371 of April 21, 2022, Declaration of National Emergency and Invocation of Emergency Authority Relating to the Regulation of the Anchorage and Movement of Russian-Affiliated Vessels to United States Ports.
<https://www.federalregister.gov/documents/2022/04/22/2022-08872/declaration-of-national-emergency-and-invocation-of-emergency-authority-relating-to-the-regulation>.

Actes émanant de l'ordre juridique britannique

Trading with the enemy act, 1914, 4&5 *Geo. V.* ch. 87

Trading with the enemy amendment act, 1914, 5 *Geo. V.* ch. 12

Trading with the Enemy (extension of Power) act 1915, 5 & 6 *Geo. V.*, ch. 98.

Trading with the enemy amendment act, 1916, 5 & 6 *Geo. V.* ch. 105

Pour un aperçu des actes en vigueur dans l'ordre juridique britannique lors de la Seconde Guerre mondiale, v. Appendix N, dans M. Domke, *Trading with the enemy in Word War II*, New York, Central book, 1943, xv-640 p. dans M. Domke, *Trading with the enemy in Word War II*, New York, Central book, 1943, xv-640 p.

UK materials on international law, *British yearbook of international law*, 1982, pp. 545-549.

UK materials on international law, *British yearbook of international law*, 1985, pp. 533-536.

UK materials on international law, *British yearbook of international law*, 1986, pp. 583 et s., pp.635 et s.

UK materials on international law, *British yearbook of international law*, 1988, pp. 581 et s.

Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022, UK Public General Acts, 2022 c. 10, [Economic Crime \(Transparency and Enforcement\) Act 2022 \(legislation.gov.uk\)](#)

UK The Russia (Sanctions) (EU Exit) (Amendment) (No. 4) Regulations 2022, 16 décembre 2022

Actes émanant de l'ordre juridique canadien

Règlement canadien sur les mesures économiques spéciales visant la Russie DORS/2014-58 Loi sur les mesures économiques spéciales, 17 mars 2014.

Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposée au Parlement le 7 avril 2022 et mettant en œuvre d'autres mesures, sanctionnée le 23 juin 2022. Loi apportant des modifications à la Loi de 1992 sur les mesures économiques spéciales, L.C. 1992, ch. 17, S-14.5.pdf (justice.gc.ca)

Décret concernant la saisie de biens situés au Canada (Volga-Dnepr Airlines ou Volga-Dnepr Group) (DORS/2023-120), du 8 juin 2023.

Actes émanant de l'ordre juridique chypriote

Loi de 1991 sur les propriétés chypriotes turques (gestion et autres questions) (dispositions provisoires). [Ο περί Τουρκοκυπριακών Περιουσιών (Διαχείριση και Άλλα Θέματα) (Προσωρινές Διατάξεις) Νόμος του 1991 (Ν. 139/1991) Ε.Ε., Παρ.Ι, Αρ.2598, 26/4/1991 http://www.cylaw.org/nomoi/indexes/1991_1_139.html].

Loi de 2010 sur les propriétés chypriotes turques (gestion et autres questions) (dispositions temporaires), 7 mai 2010, [Ο περί Τουρκοκυπριακών Περιουσιών (Διαχείριση και Άλλα Θέματα) (Προσωρινές Διατάξεις) (Τροποποιητικός) Νόμος του 2010 (Ν. 39(Ι)/2010) Ε.Ε., Παρ.Ι(Ι), Αρ.4240].

Actes émanant de l'ordre juridique français

Décret du 4 septembre 1914 relatif à la surveillance des établissements industriels ou commerciaux étrangers, *Journal du droit international, Clunet*, 1915 p. 77.

Décret du 27 septembre 1914, Relatif à l'interdiction des relations commerciales avec l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie, *J.O.*, 28 septembre 1914, pp. 8068-8069.

Ordonnance du 2 octobre 1914 du président du Tribunal civil du Havre, *Journal du droit international, Clunet*, 1915, p. 419.

Circulaire du 8 octobre 1914, Aristide Briand, Garde des Sceaux, *J.O.*, 9 oct. 1914, p. 8232

Décret du 26 novembre 1914, Séquestre des entreprises Françaises, *Journal du droit international, Clunet*, 1915, p. 955.

Loi du 4 avril 1915 ayant pour objet de donner des sanctions pénales à l'interdiction faite aux Français d'entretenir des relations d'ordre économique avec les sujets d'une puissance ennemie, *Journal du droit international, Clunet*, 1 janvier 1915, pp. 108-109.

Loi du 22 janvier 1916 relative à la déclaration des biens des sujets de puissances ennemies, *J.O.* 23 janvier 1916, pp. 619-620.

Ordonnance du 31 juillet 1916, concernant la liquidation des entreprises britanniques, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1917, p. 354

Ordonnance du 14 mars 1917, appliquant par mesure de représailles l'ordonnance précédente aux entreprises françaises, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1917, p. 355.

Ministère des affaires étrangères, « Conférence économique des gouvernements alliés tenue à Paris, les 14-17 juin 1916, programme, délégations, procès-verbaux des séances et acte de la Conférence », Imprimerie nationale, 1916, 116 p.

Ministère des affaires étrangères, « Comité de restriction des approvisionnements et du commerce de l'ennemi, étude sur l'effet des mesures restrictives prises par les Alliés sur les approvisionnements et le commerce de l'ennemi du 1er octobre 1915 au 31 décembre 1916 », avril 1917, n. 189, pp. xxxii.

Loi relative à la liquidation des biens faisant l'objet d'une mesure de séquestre de guerre, 7 octobre 1919, *J.O.* 8 oct. 1919, p. 11066.

Décret relatif à la liquidation des biens autrichiens séquestrés, 11 juin 1922, *J.O.* 16 juin 1921, p. 6867.

Décret relatif à la liquidation des biens séquestrés des ressortissants hongrois en France, 4 novembre 1922, *J.O.* 9 novembre 1922, p. 10870.

Décret relatif aux interdictions et restrictions de rapports avec les ennemis et les personnes se trouvant sur un territoire ennemi ou occupé par l'ennemi : Rapport de Daladier, à titre de président du conseil et ministre de la défense nationale et de la guerre, *J.O.* 4 septembre 1939 p. 11087

Deuxième décret du même jour relatif à l'interdiction et restriction des rapports avec les ennemis, *J.O.*, 4 septembre 1939, p. 11089

Décret relatif à la déclaration et mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis, 1 septembre 1939, *J.O.*, 4 septembre 1939, p. 11091

Décret du 16 juillet 1940, *J.O.*, 17 juillet 1940, p. 4535

Décret du 28 juillet 1940, *J.O.*, 29 juillet 1940, p. 4590

Déclaration interalliée du 5 janvier 1943, *J.O. (imprimé à Alger)*, 18 novembre 1943, p. 277.

Ordonnance du 5 octobre 1944 relative à la déclaration et à la mise sous séquestre des biens appartenant à des ennemis, *J.O.* 7 octobre 1944, p. 885 et s.

Décrets pris par le comité français de libération nationale, *J.O. (imprimé à Alger)* (version papier numérisée) n° 0026 du 9 octobre 1943, p. 183 et s.

Loi n° 61-1439 du 26 décembre 1961 relative à l'accueil et à la réinstallation des Français d'outre-mer, *J.O.*, 28 décembre 1961, pp. 11996-11997.

Loi n°70-632 du 15 juillet 1970 relative à une contribution nationale à l'indemnisation des Français dépossédés de biens situés dans un territoire antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France, *J.O.*, 17 juillet 1970, pp. 6651 et s.

Loi n°87-549 du 16 juillet 1987 relative au règlement de l'indemnisation des rapatriés, *J.O.*, 19 juillet 1987, pp. 8070 et s.

Loi n°2005-158 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, adoptée le 23 février 2005, *J.O.*, 24 février 2005, n°0046.

Actes émanant de l'ordre juridique indien

Requisitioned Land (Continuance of Powers) Act (n. XIX) et Emergency provisions ordinance (n.XX), *A collection of the acts of the central legislature and ordinances of the governor generals for the year 1946*, Simla, Government of British India, Delhi, 1946, 24 p.

The Administration of Evacuee Property Act, 1950, act n. 31 de 1950, 17 avril 1950, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5420.html>.

Defence of India act de 1962, act n. 51, 12 décembre 1962, <https://ltdashboard.legislative.gov.in/sites/default/files/A1962-51.pdf>

The Enemy property act 1968, act. N. 34 de 1968, entré en vigueur le 20 août 1968, <https://www.mha.gov.in/sites/default/files/2022-09/TheEnemypropertyAct%2C1968%5B1%5D.pdf>

Defence of India Act de 1971, (acte n. 42, 12 avril 1971), <https://www.dgde.gov.in/sites/default/files/acquisition/Defence%20of%20India%20Act%201971.pdf>

The enemy property (amendment and validation) bill, n. 53, 2016, présenté le 6 mai 2016, <https://prsindia.org/billtrack/the-enemy-property-amendment-and-validation-bill-2016>.

Acte émanant de l'ordre juridique israélien ou palestinien

Defense (emergency)regulations, *Palestine Gazette* 1945, n. 1442, supp. 2, p. 1055

Law of Return, 5710-1949/50, *Laws of the State of Israël*, vol. 4, p.114.

Absentees' property law, 5710-1950, 14 mars 1950, *Laws of the State of Israel*, vol. 4, p. 68.

Nationality law, 5712-1952, *Laws of the State of Israël*, vol. 6, p. 50.

Israel, Ministry of Foreign Affairs Memorandum of Law, on the right to develop new Oil fields in Sinai and the Gulf of Suez, *International legal materials*, 1978, vol. 17, pp. 432-444.

Actes émanant de l'ordre juridique japonais

Foreign Office, *Japanese Government, Documents concerning the Allied Occupation and Control of Japan*, Vol. 1, (January 1949).

Actes émanant de l'ordre juridique pakistanais

Detention of Enemy ships, aircraft and goods ordinance, Gazette of Pakistan Extraordinaire of September 9, 1965, *The All-Pakistan Legal decisions*, 1965, p. 575.

In supersession of the Proclamation as to Contraband of war, 11 September 1965, *The All-Pakistan legal decisions* 1965, p.472

Actes émanant de l'ordre juridique polonais

(Les actes cités sont consultables dans S. Krülle, *Die Konfiskation deutschen Vermögens durch Polen*, Bonn, Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen, 1993, 192 p.)

Décret du Comité polonais de libération nationale du 31 août 1944 sur la détermination de la peine des criminels fascistes-hitlériens coupables d'avoir tué et maltraité des civils et des prisonniers de guerre, ainsi que des traîtres à la nation polonaise (*Dekret des Polnischen Komitees der Nationalen Befreiung vom 31 August 1944 über die Strafzumessung für faschistisch-hitlerische Verbrecher die der Tötung und der Misshandlung von Zivilpersonen und Kriegsgefangenen schuldig sind, sowie für Verräter des polnischen Volkes*)

Décret du Comité polonais de libération nationale du 6 septembre 1944 sur la mise en œuvre de la réforme agraire (*Dekret des polnischen Komitees der nationalen Befreiung vom 6 September 1944 über die Durchführung der Bodenreform*)

Décret du Comité polonais de libération nationale du 12 décembre 1944 concernant l'acquisition par l'État de certaines zones forestières, (*Dekret des Polnischen Komitees der Nationalen Befreiung vom 12 Dezember 1944 betreffend die Übernahme einiger Forstgebiete in das Eigentum des Staates*).

Loi du 6 mai 1945 sur les biens abandonnés et délaissés (*Gesetz vom 6 Mai 1945 über das verlassene und aufgebene Vermögen*)

loi du 6 mai 1945 sur l'exclusion des éléments hostiles de la communauté nationale polonaise (*Gesetz vom 6 Mai 1945 über den Ausschluss feindlicher Elemente aus der polnischen Volksgemeinschaft*)

Loi du 3 janvier 1946 relative à l'appropriation des branches fondamentales de l'économie nationale par l'Etat (*Gesetz vom 3 Januar 1946 betreffend die Übernahme der Grundzweige der nationalen Wirtschaft in das Eigentum des Staates*).

Décret du ministre des territoires récupérés du 24 mars 1946 relatif à la réalisation d'un recensement des biens meubles jadis allemands (*Verordnung des Ministers für die Wiedergewonnenen Gebiete vom 24 März 1946 über die Durchführung einer Erfassung des ehemals deutschen beweglichen Eigentums*).

Décret du 13 septembre 1946 sur l'exclusion des personnes de nationalité allemande de la communauté nationale polonaise (*Dekret vom 13 September 1946 über den Ausschluss von Personen deutscher Nationalität aus der polnischen Volksgemeinschaft*)

Acte émanant de l'ordre juridique russe

Décret du Président de la Fédération de Russie du 20.03.2020 n° 201 Sur les modifications de la liste des territoires frontaliers où les citoyens étrangers, les apatrides et les personnes morales étrangères ne peuvent pas posséder de parcelles de terrain, approuvées par le décret du Président de la Fédération de Russie n° 26 du 9 janvier 2011. Указ Президента Российской Федерации от 20.03.2020 № 201,

http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202003200021?index=0&rangeSize=1&fbclid=IwAR0ToKvWzjsJL_CNk7so3bjvG0MgsSxVXvAdKaL5e2VK6DNTCw0cvO46Oc

Actes émanant de l'ordre juridique tchécoslovaque

Décret du 19 mai 1945 relatif au contrôle administratif des biens des Allemands et de Magyars, *Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mittleuropa*, t. IV, v. 1 p. 204.

Décret du Président de la République du 21 juin 1945 sur la confiscation et le partage accéléré des biens agricoles des Allemands, des Magyars ainsi que des traîtres et des ennemis des peuples tchèque et slovaque, 12/1945 (*Dekret des Präsidenten der Republik vom 21. Juni 1945 Über die Konfiskation und beschleunigte Aufteilung des landwirtschaftlichen Vermögens der Deutschen, Magyaren wie auch der Verräter und Feinde des tschechischen und slowakischen Volkes*), *Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mittleuropa*, t. IV, v. 1 p. 225

Décret du 25 octobre 1945 relatif aux confiscations des biens de l'État allemand, du NSDAP, ainsi que des personnes de nationalité allemande, *Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mittleuropa*, t. IV, v. 1, p. 240.

Décret relatif à la confiscation des biens de l'ennemi et les fonds de réhabilitation nationale, 25 octobre 1945 (Über die Konfiskation des feindlichen Vermögens und die Fonds der nationalen Erneuerung), C 108/1945, *Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mittleuropa*, t. IV v.1, 1957, pp. 263 et s.

Loi sur la réhabilitation extrajudiciaire, n°87/1991 (*Zákon o mimosoudních rehabilitacích*), entrée en vigueur le 1 avril 1991, <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1991-87>.

Loi sur la réglementation des relations de propriété des terres et autres biens agricoles, n° 229/1991 (*Zákon o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku*), entrée en vigueur le 24 juin 1991 <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1991-229>

Loi sur la réglementation de certaines questions relatives à la loi n° 229/1991 et la propriété sur les terres et autres biens agricoles, entrée en vigueur le 29 mai 1992, (*Zákon České národní rady, kterým se upravují některé otázky související se zákonem č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění zákona č. 93/1992 Sb*) <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1992-243>.

Loi modifiant et complétant la loi n° 229/1991 du J.O. sur la réglementation des relations de propriété concernant les terres et autres biens agricoles, telle que modifiée, et la loi n° 243/1992 du J.O. du Conseil national tchèque (*Zákon, kterým se mění a doplňuje zákon č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů, a zákon České národní rady č. 243/1992 Sb.*), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1996-30>.

Acte émanant de l'ordre juridique turc

Kararname 6/3801, dans B. Oran, *Türkizeli gayrimüslimler, üzerine yazilar*, (op. cit. v. bibliographie doctrinale), p. 35.

Acte émanant de l'ordre juridique ukrainien

Dérogation consignée dans la Note verbale n° 31011/32-017-3 de la Représentation Permanente de l'Ukraine auprès du Conseil de l'Europe, datée du 28 février 2022, enregistrée au Secrétariat Général le 1er mars 2022, Notification – JJ9325C Tr./005-287 – Ukraine – Dérogation relative à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STE n° 5).

Organisation maritime internationale, circular letter n. 4518, Communication from the Government of Ukraine, February 24 2022

Actes émanant de l'Union Européenne

Décision (PESC) 2014/145/ du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine.

Décision (PESC) 2016/2217 du Conseil européen du 8 Décembre 2016, modification de la décision 2016/849 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la Corée du Nord.

Décision (PESC) 2022/397 du Conseil du 9 mars 2022 modifiant la décision 2014/145/PESC concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine.

Décision (PESC) 2022/582 du Conseil du 8 avril 2022 modifiant la décision 2014/145/PESC concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine.

Décision (UE) 2022/2332 du Conseil du 28 novembre 2022 relative à l'identification de la violation des mesures restrictives de l'Union en tant que domaine de criminalité qui remplit les critères visés à l'article 83, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

Règlement (UE) 2012/267 du 23 mars 2012

Règlement (UE) 2022/588 du 8 avril 2022.

Règlement (UE) 2022/876 du 3 juin 2022.

Règlement (UE) 2022/1269 du 21 juillet 2022.

Déclaration commune du 26 février 2022 entre la Commission européenne, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Royaume Uni, le Canada et les États Unis qui faisait référence explicite à l'exclusion des banques Russes du système SWIFT. Joint Statement on Further restrictive economic measures, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/02/26/joint-statement-on-further-restrictive-economic-measures/>

Résolution du Parlement européen sur le rapport régulier de la Commission sur les progrès accomplis par la République tchèque sur la voie de l'adhésion (COM(98)0708 - C4-0111/99)

Résolution du Parlement européen sur la demande d'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne et l'état d'avancement des négociations, (COM(2000)703 - C5-0603/2000 - 1997/2180(COS))

Ukraine: déclaration de la porte-parole sur le décret russe relatif à la propriété foncière en Crimée, Service, 23/03/2021, service diplomatique de l'Union Européenne. https://www.eeas.europa.eu/eeas/ukraine-statement-spokesperson-russian-land-ownership-decree-affecting-crimea-0_en?page_lang=fr.

Sources relatives aux actes en rapport à l'expulsion des Allemands de l'Europe de l'Est

Th. Schieder (éd.), *Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mitteleuropa, Die Vertreibung der deutschen Bevölkerung aus den Gebieten östlich der Oder-Neiße*, vol. 1, 1954, xxi-160 p., vol. 2, xv-896 p., vol. 3, *Polnische Gesetze und Verordnungen 1944 – 1955*, vol. 3, 1960, xxxii-532 p., vol. 4, *Die Vertreibung der deutschen Bevölkerung aus der Tschechoslowakei*, 1957, t. 1, xiii-357 p., t. 2, xvi-818 p.

Sources relatives au sort des biens des Allemands sis à l'étranger au lendemain de la Seconde Guerre mondiale

O. Böhmer, K. Duden, H. Janssen (éd.), *Deutsches Vermögen im Ausland: internationale Vereinbarungen und ausländische Gesetzgebung*, Bundesministerium der Justiz, Köln, Verlag des Bundesanzeigers, 1951-55, 3 vol., 480 p., 412 p., 631 p.

Manuels militaires nationaux- commentaires collectifs des manuels

United States air force operational manual, Department of the air force, international law-the conduct of armed conflict and air operations, AFP 110-31, November 1976.

Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the law of naval operations, US Navy, 1997

The Commanders' handbook on the law of naval operations, 1989, Washington D.C. NWP 9.

Australian Operations law manuel, Royal Australian air force operations law for RAAF Commanders DI (AF) AAP 1003, 1994

Joint doctrine manual, Office of the judge advocate General, Canadian National defense headquarters Canadian Forces law of armed conflict manual, 2001.

The joint service manual of the law of armed conflict, Ministry of Defense, UK, 2004, 613 p.

The Manual of the Law of Armed Conflict. UK Ministry of Defense, Oxford University Press, Oxford, 2005, 672 p.

Manuel militaire allemand, Bundesministerium der Verteidigung, Joint Service Regulation 15/2, May 2013

United States Department of Defense Law of War Manual 2015 (updated December 2016)

Commander's Handbook on the law of naval operations, Department of the navy, US, 2017,

Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten, Handbuch, Bundesministerium der Verteidigung, Zentrale Dienstvorschrift, 2018.

US Navy, Marine Corps and Coast guard, Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, Department of Navy, office of the Chief of Naval operations, Headquarters, US Marine Corps, Department of transportation, US Coastal Guard, March 2022.

Report on Neutrality and Naval Warfare, *International law association*, Report of the 66th Conference, Buenos Aires 1994.
Commentary on the HPCR Manual on international law applicable to air and missile warfare, HPCR, Cambridge, USA, 2010, 384 p.

Pratique conventionnelle

Traité de Versailles, entre les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne, 3 septembre 1783, *Recueil Martens*, t. II, no. 114, pp. 497-503

Traité d'amitié et de commerce conclu par la Prusse et les États-Unis d'Amérique à La Haye, 10 septembre 1785, *Recueil Martens*, t. IV (1785 à 1790 inclus), Göttingue, 1818, pp. 37 et s.

Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les États-Unis et la Grande Bretagne, le 19 novembre 1794, (*Jay's treaty*), <https://caid.ca/Jay1794.pdf>

Treaty of Friendship, Limits, and Navigation Between Spain and The United States; October 27, 1795, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/sp1795.asp

Traité de Mortefontaine entre la France et les États-Unis, 30 septembre 1800, https://avalon.law.yale.edu/19th_century/fr1800.asp#art18

Traité de paix, d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis de l'Amérique septentrionale et la Confédération de l'Amérique centrale, 5 décembre 1825, *Nouveau Recueil de Traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité, de commerce, de limites, d'échanges etc. et de plusieurs autres actes servant à la connaissance des relations étrangères*, Göttingen, Dieterich, 1817-1842, tome VI, pp. 825 et s., n. 165.

Traité de paix, d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis de l'Amérique septentrionale et le Brésil, 12 décembre 1828, *Nouveau Recueil de Traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité, de commerce, de limites, d'échanges etc. et de plusieurs autres actes servant à la connaissance des relations étrangères*, Göttingen, Dieterich, 1817-1842, tome IX, pp. 54 et s., n. 14.

Traité de paix, d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis de l'Amérique septentrionale et la République de Chile, 16 mai 1832, *Nouveau Recueil général de Traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité, de commerce, de limites, d'échanges etc. et de plusieurs autres actes servant à la connaissance des relations étrangères*, Göttingen, Dieterich, 1817-1842, tome XI, pp. 438 et s. n. 12.

Traité de paix, d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis de l'Amérique septentrionale et la République de Venezuela, 20 janvier 1836, *Recueil manuel et pratique de traités, conventions et autres actes diplomatiques*, tome 4ème, pp. 432 et s.

Traité général de paix, d'amitié, de navigation et de commerce entre les États-Unis de l'Amérique et la République de la Nouvelle Grenade du 12 décembre 1846, *Nouveau Recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables servant à la connaissance des relations étrangères des Puissances et États dans leurs rapports mutuels*, Göttingen, Dieterich, 1843-1875, tome 13, n. 29, pp. 653 et s.

Convention générale de paix, d'amitié, de commerce et de navigation, entre les États-Unis et la République de Guatemala du 3 mars 1849, *Nouveau Recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables servant à la connaissance des relations étrangères des Puissances et États dans leurs rapports mutuels*, Göttingen, Dieterich, 1843-1875, tome 14, pp. 301 et s.

Traité d'amitié, de navigation et de commerce, entre les États-Unis d'Amérique et la République de San-Salvador du 2 janvier 1850, *Nouveau Recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables servant à la connaissance des relations étrangères des Puissances et États dans leurs rapports mutuels*, Göttingen, Dieterich, 1843-1875, tome 15 pp. 68 et s.

Traité de paix entre l'Empire Allemand et la France, signé à Francfort du 10 mai 1871, *Nouveau Recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables servant à la connaissance des relations étrangères des Puissances et États dans leurs rapports mutuels*, Göttingen, Dieterich, 1843-1875, tome 19, p. 688 et s.

Traité de Brest-Litovsk du 9 février 1918, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t. X, n. 218, p. 752.

Traité de paix de Batoum, 4 juin 1918, *Recueil des traités, conventions, protocoles, arrangements et déclarations signés entre l'empire ottoman et les puissances étrangères*, 1903-1922, vol.II 1917-1922, S. Kunalp (éd.), Istanbul, Isis, 2000, p. 460.

Traité de Versailles du 28 juin 1919, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, t. XI, n. 79, p. 586.

Traité de Saint-Germain en Laye du 10 septembre 1919, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t. XI, n. 34, p. 691.

Traité de Neuilly sur Seine du 27 novembre 1919, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t. XII, n. 70, p. 323.

Traité bilatéral de Neuilly-sur-Seine du 27 novembre 1919, conclu entre la Bulgarie et la Grèce concernant l'émigration réciproque, CPJI, *Avis consultatif n°17*, Série B, 31 juillet 1930, Annexe I, pp. 37 et s.

Traité de Trianon du 4 juin 1920, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t. XII, n. 71, p. 423.

Traité de Sèvres du 10 août 1920, *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3ème série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t. XII, n. 86, p. 664.

Traité de Rapallo du 16 avril 1922, *Reichs-Gesetzblatt* 28 juillet 1922, vol. II, pp. 677-679.

Traité de Lausanne du 24 juillet 1923, *Recueil des traités de la Société des Nations*, vol. XXVII, n°701, pp. 11-114.

Arrangement germano-polonais du 31 octobre 1929 (Deutsch-Polnische Übereinkunft), *Deutschen Reichsgesetzblatt* 1930, vol. 2, n. 8, p. 549

Convention sur la liquidation des questions découlant de l'application du Traité de Lausanne et de l'Accord d'Athènes au sujet de l'échange des populations, 10 juin 1930, *Oriente Moderno*, 9 septembre 1930, pp. 421-427.

Agreement on Reparation from Germany, on the Establishment of an Inter-Allied Reparation Agency and on the Restitution of monetary gold, Paris 14 janvier 1946, *Nations Unies, Recueil des traités* 1966, pp.71-109.

Traité de Washington, 25 mai 1946, dans O. Böhmer, K. Duden, H. Janssen (éd.), *Deutsches Vermögen im Ausland: internationale Vereinbarungen und ausländische Gesetzgebung*, Bundesministerium der Justiz, Köln, Verlag des Bundesanzeigers, 1951-55, 1 vol. 480 p., pp. 390-391

Traité de paix avec l'Italie (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 49, n. 747, p. 3.

Traité de paix avec la Bulgarie (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 41, n. 643, p. 50.

Traité de paix avec la Hongrie (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 41, n. 644, p. 168.

Traité de paix avec la Roumanie (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 42, n. 645, p. 34.

Traité de paix avec la Finlande (Traité de Paris), 10 février 1947, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 48, n. 746, p. 228.

Traité de Paix avec le Japon, 8 septembre 1951, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 136, n. 1832, p. 45.

Accords de Bonn, convention sur les relations entre les trois puissances et la République fédérale d'Allemagne et conventions annexes, conclus le 26 mai 1952, *Bundesgesetzblatt*, 1954, II, p. 57

Traité conclu entre la RFA et la Suisse du 26 août 1952, *Bundesgesetzblatt*, 1953, II, p. 15

Accord sur les dettes extérieures allemandes, signé à Londres le 27 février 1953, *Nations Unies, Recueil des traités*, n. 4764, 1959, p. 4.

Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la Confédération suisse concernant les avoirs allemands en Suisse, *Bundesgesetzblatt*, Teil II, 10 mars 1953, p. 15.

Convention sur le Règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation (texte amendé conformément à l'annexe IV au protocole sur la cessation du régime d'occupation dans la RFA, signé à Paris le 23 octobre 1954), *Überleitungsvertrag*, *Bundesgesetzblatt*, 1955, II, n° 8, p.405 ; *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 331, p. 253.

Traité de l'État autrichien concernant le rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique (Staatsvertrag betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich), *Österreichisches Bundesgesetzblatt* 1955, n° 152, pp. 726 et s.

Traité conclu entre la RFA et la Suède du 22 mars 1956, *Bundesgesetzblatt*, 1956, II, p. 815

Traité conclu entre la RFA et le Portugal du 3 avril 1958, *Bundesgesetzblatt*, 1959, II, p. 269

Traité conclu entre la RFA et l'Espagne du 8 avril 1958, *Bundesgesetzblatt*, 1959, II, p. 256

Accord de cessez-le-feu en Algérie et Déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 relatives à l'Algérie, *J.O.*, 20 mars 1962 pp. 3019 et s.

Traité conclu entre la RFA et les Pays Bas du 12 septembre 1961, *Bundesgesetzblatt*, 1963, II, p. 458

Traité de Moscou entre la RFA et l'URSS, 12 août 1970, *Bundesgesetzblatt* 1972 II, p. 353.

Traité de Varsovie entre la RFA et la République populaire de Pologne sur les fondements de normalisation des rapports bilatéraux, 7 décembre 1970 (*Über die Grundlagen der Normalisierung ihrer gegenseitigen Beziehungen*), *Bundesgesetzblatt* 1972 II, p. 362.

Traité d'unification, loi relative au traité du 31 août 1990 entre la RFA et la RDA concernant la réunification de l'Allemagne (*Einigungsvertrag, Gesetz zu dem Vertrag vom 31 August 1990 zwischen der BRD und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands -Einigungsvertragsgesetz- und der Vereinbarung vom 18 September 1990*), *Bundesgesetzblatt*, 1990, II, p. 885.

Traité du 14 novembre 1990 entre la RDA et la Pologne (*Vertrag zwischen der BRD und der Republik Polen über die Bestätigung der zwischen ihnen bestehenden Grenze*), *Bundesgesetzblatt*, Teil II, p. 1329.

Déclaration de principes sur des arrangements intérimaires d'autonomie (Accords d'Oslo), 13 septembre 1993, A/48/486, S/26560, 11 octobre 1993 .

Accord de Dayton signé le 14 décembre 1995 à Paris, Annex 7 : Agreement on Refugees and Displaced Persons, <http://hrlibrary.umn.edu/icty/dayton/daytonannex7.html>

Accord intérimaire israélo-palestinien sur la Rive occidentale et la bande de Gaza (Oslo II), 28 septembre 1995, A/51/889, S/1997/357, 5 mai 1997

Traité d'amitié, de coopération et de partenariat, conclu entre la Fédération de Russie et l'Ukraine, signé le 31 mai 1997 et entré en vigueur le 1^{er} avril 1999.n. 52240, Recueil des traités, Nations Unies, 2014, vol. 3007, I-52240, volume-3007-I-52240.pdf (un.org).

Principales Conventions internationales multilatérales relatives au droit de la guerre et au droit humanitaire

(à consulter sur le site du CICR)

Déclaration de Paris réglant divers points de droit maritime, 16 avril 1856

IIème Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 29 juillet 1899.

IIIème Convention pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève du 22 août 1864, La Haye, 29 juillet 1899.

IVème Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907.

Vème Convention concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907.

IXème Convention concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, La Haye, 18 octobre 1907.

VIème Convention relative au régime des navires de commerce ennemis au début des hostilités, La Haye, 18 octobre 1907.

VIIème Convention relative à la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre, La Haye, 18 octobre 1907.

Xème Convention pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève, La Haye, 18 octobre 1907.

XIème Convention relative à certaines restrictions à l'exercice du droit de capture dans la guerre maritime, La Haye, 18 octobre 1907.

XIIème Convention relative à l'établissement d'une Cour internationale de prises, La Haye, 18 octobre 1907.

XIIIème Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime, La Haye, 18 octobre 1907.

Déclaration de Londres relative au droit de la guerre maritime, Londres, 26 février 1909.

Protocole additionnel à la Convention relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises, La Haye, 19 septembre 1910.

Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913.

Traité de Washington relatif à l'emploi des sous-marins et des gaz asphyxiants en temps de guerre, 6 février 1922.

Convention de la Havana concernant la neutralité maritime, 20 février 1928

Traité sur la limitation et la réduction de l'armement naval, (Partie IV, Article 22, relatif à la guerre sous-marine). Londres, 22 avril 1930.

Procès-verbal concernant les règles de la guerre sous-marine prévues par la Partie IV du Traité de Londres du 22 avril 1930. Londres, 6 novembre 1936.

IIIème Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949

IVème Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949

Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des conflits armés internationaux, 8 juin 1977.

Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer, San Remo, 12 juin 1994.

Actes de conférences internationales

Actes de la Conférence de Bruxelles sur le projet d'une convention internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Bruxelles, La Haye, 1874, 311 p.

Actes et documents de la deuxième conférence internationale de la Paix, La Haye, 15 juin - 18 octobre 1907, La Haye, Nijhoff, 1908-1909, XVII-623 p., lxxxviii-1106 p., xcvi-1180-17 p.

J. Br. Scott (dir.), *The proceedings of the Hague conferences*, The Conference of 1907, New York, Oxford University press, 1920-1921, vol. II, lxxx-1086 p., vol. III, xci- 1162 p.

Correspondence and documents respecting the International Naval Conference, held in London, December 1908 - February 1909 : presented to both Houses of Parliament by command of His Majesty, March 1909, Proceedings, Miscellaneous. No. 2 (19), London, 1909, xx-393 p.

Conference on the Limitation of armament 1921, Naval War college, *International law documents*, Washington US Gov. Print. Off. 1923, 406 p.

Proceedings of the Naval conference of 1930 and Supplementary Documents, Washington, 1931, pp. 308.

Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, San Francisco, 1945, Tome XII, Commission III, Conseil de Sécurité, Library of Congress, USA.

Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, San Francisco, 1945, Tome XI, Commission III, Conseil de Sécurité, Library of Congress, USA.

Index thématique²⁵³⁴

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

- Accords de Dayton 1082-1090
- Accord de Potsdam 680, 681, 703, 713, 807, **823-830**
- Accords de Yalta de 1945, 606, 615, 645, 699, 825
- Administration militaire soviétique en Allemagne 744, 745, 749
- Agresseur 583-584, 593-631
 Guerre d'agression 604-606, 620
- Articles de la charte de l'ONU relatives aux Etats ennemis (53, 107) **584-601**
- Algérie 160, 1081
- Annexion 93, 103, 104, 110, 117, 304,307, 452, 702, 707, 710-711
- Animus belligerandi 36-37
- Arménie 997-999
- Armistice 106, 382-383
- Assistance hostile 249-251,
- Banque centrale 444,445, 543, 560,561
- Biens 75-82
- Biens, droits et intérêts **79-81**, 638-639
- Biens publics 99, 288, 423, 440, 859
- Blocus maritime 197, 223, **231-235**
- Blocus pacifique 482-489
- Butin 62, 95, 182-183
- Capitulation 106-107, 585-586, 594, 744-745
- Charte de l'Atlantique de 1941, 64, 577
- Chypre 940, 1090, 1105-1128
- Ciblage **174-178**
- Civils (immunité, principe de distinction), 17-23, 42-44
- Clause d'indignité 801-810
- Code *Lieber* 18,95,96
- Combattant illégitime 21
- Combattants, 18-19
- Comité des droits de l'homme 954, 956, 962, 964, 968, 975
- Conférence de Paris de 1856 214, 233
- Conférence de Bruxelles de 1874 18,96, 193
- Confiscation (mesure de contrainte économique) 479, 480, 485, 501,502, 503-510, 514-521, 523-524, 527, 528, 530, 538-540, 544-548, 550, 551-562
- Confiscation (réparations de guerre) 610, 611, 618, 623, 633, 635, 636, 641, 644-645, 654, 658-663, 669, 696, 719, 728, 732,733, 744-746, 749, 750
- Conseil de contrôle allié (RFA) 118, **646-648**, 711-713, 723, 744, 681
- Contrebande de guerre 214, **236-247**.
- Corée du Nord, 440, 451
- Cour Constitutionnelle Allemande 703, 706, 713, 730, 734, 736, 741, 749, 752, 755, 763, 764, 771-773, 785, 793, 857, 874, 888, 907, 909, 930, 964, 1043
- Cour de justice de l'UE 458-462, 1109, 1113
- Cour européenne des droits de l'homme 305, 342, 1111-1127

²⁵³⁴ Les chiffres soulignés correspondent aux développements les plus détaillés.

Cour internationale de justice 541, 542, 629, 687, 689, 882, 893-900, 902

Cour pénale internationale 289, 322,

Cour permanente de justice internationale 633, 677, 895, 899, 900, 901, 917, 992

Cour suprême des Etats-Unis 21, 125, 256, 280, 535

Cuba 280, 516, **528-532**

Custodian 133, 134, 142-144, 146, 169, 336, 1024, 1026

Debellatio 104,107, 114,115, 618, **709-711**

Déclaration de Londres de 1909 197, 201, 202, 208, 234, **241-245**

Décrets Beneš 846, **878**, 893, 894, 896, 897, 898, 900 901, 903

Démontages 593, 716, 719, 726

Discrimination arbitraire 958, 962, 963, 971, 1073

Doctrine du voyage continu 252-260

Droits des belligérants **42-60**, 222-226

Droit de passage inoffensif 365,366

Droit de retour, droit à la patrie **1040-1079**

Embargo 491-507

Empire britannique 31,125, 581,

Ennemi-rapport d'inimitié (considérations générales) **4-19**, 24, 26, 32, 41, 58, 59, 74, 75, 1136, 1138

Ennemi – critères de qualification

- Contrôle (ennemi) **162-163**, 166-170
- Domicile 82, 113, **150-154**, 160-161, 165, 169, 206-207, 212, 215, **1040-1043**
- Infection hostile 213, 686
- Listes noires 153,**169-170**, 260
- Marchandises – cargaisons transportées 213-218
- Nationalité **155-161**, 206-207, **475-476**, 670-677, 843, 846, 857, **872-875**, 907, 925-926, 999
- Pavillon (ennemi) 203-205, 208, 209, 212-214,
- Enemy alien* 122, 130, 335
- Enemy property doctrine* 274-284
- « État islamique » 272
- Erythrée / Ethiopie **324-327**, **625-627**
- Gaza **394-411**
- Gel d'avoires (mesures de contrainte économique) 432, 449, 454, **459**, 545, 556
- Génocide **1100-1102**
- Guerre au sens formel, **34-44**, 86, 343-345
 - Guerre de Crimée 199, 233
 - Guerre économique 27-39
 - Guerre juste (*bellum justum*), 11-17
 - Guerre totale, 20, 118, 226, **244-247**
 - Guerre sous-marine 176-180
 - Guerre arabo-israélienne de 1948-1949 378-383
 - Guerre Iran-Irak 360-365
 - Guerre de Malouines 363
 - Première Guerre mondiale **130-147**, **164-168**, 208, 235, 243-245
 - Seconde Guerre mondiale **140-148**, 160-161
 - Guerre de sécession, Etats-Unis 95, 126, 273, 280
 - Guerre Ouganda-Congo 287, 629
 - Guerre-conflit Ukraine-Russie 303-319, 340, 544-561
- Echange de populations 817, 818, 828, 988, 990, 992, 1025
- Effets de la guerre sur les traités 128, 331
- Empire ottoman 293, 997-999

Expulsion massive 822, 826, 835, 839, 859, 866, 915, 935, 976, 1025, 1094, 1101, 1116

Indemnisation 658-661, 739-743, 762-764

Inde-Pakistan 384-388, 1005-1016

Indonésie **512-514**

Institut de droit international 96,127, 195-197, 257, 332-333, 483-485, 610-611, 823, 828-834

International emergency economic Powers act (IEEPA) 550, **534-538**,

Irak / Koweït 336, 392, **497-499**, 502, 608, 622-624

Iran 442, 448, 450

Italie 654-657, 900

Japon, 586, 592, 650-653, 743

Juridiction des prises maritimes 182-183, 374

Juridiction/Cour internationale des prises maritimes, 201, 186

Jus post bellum **60-64**, 1141

Ius postliminium 721, **722**,

Justice transitionnelle 1131, 1135

Kosovo 1046-1047

Liberté de navigation 363, 475, 479

Liberté du commerce 172, **193-194**, 219, 229

Libye 425, 428, **518-520**

Loyauté 157, 467, 500, 846-848

Manuel de San Remo 351-353, 365, 397

Mise sous séquestre (en temps de guerre) 130, 140-141, 152-153, 162, 164-165, 169, 708

Nationalisation 513-515, 519-524

Navicerts 246, 251, 259, 377

Navires de commerce **174-180**

Navires neutres 248-260

Nécessité militaire 224,225, 295, 298, 366

Nettoyage ethnique 938, 959, 985, 1082, 1085, **1100-1101**

Neutralité / Droits des neutres 60, 212, 213, 214, 219-230

Occupatio bellica 106-107, 698, 709

Occupation fiduciaire 705-706

Oligarques 454-456, **550-559**

Otages économiques 135, 552

Pacte Briand-Kellogg de 1928 606, 660, 682

Pacte de la Société des Nations 39, 64

Pacte international relatif aux droits civils et politiques 617, 954- 978, 1050-1051, 1068

Palestine / Israël **295-302, 1017-1037**

Pillage 288-291

Pologne 633, 677, 824, 838, 841, 842, 853, 854, 858-863

Prestations compensatoires 745, 750, 752, 781, **782**, 784-789, **794**, 796, 801, 810, 914

Principe d'égalité des belligérants 608

Protectorat 111,112, 146, 666-668, 874

Proportionnalité **356-357**

Protection diplomatique 906, **917, 732**

Réforme agraire 746, 757, 764, 773-778

Règlement de la Haye de 1907, 98-100,106, 107, 109, 117,127

Représailles, 37, 107,113, 130, **136-139**, 244, 258-259, 422,423, 513-514, 516-518

Réquisition 101-103, 298-300, 715-716

Responsabilité collective **67-73**, 435-436, 567, 623, 745-746.

Restitution 1084-1092, 1095, 1097, 1098, 1103-1114, 1119-1126

Réunification allemande 745, 794

Rhodésie 496

Sanctions globales 437

Smart sanctions -sanctions intelligentes 425

Sécurité collective **39-40**, 487, 580-581

Soudan **274-282**

Tchécoslovaquie – République Tchèque 847-850

Trading with the enemy act (britannique) 133, 153, 169, 326, 1026

Trading with the enemy act (États-Unis) 143, 527-529, 534, 535, 689

Traités bilatéraux d'investissement / Droit des investissements, 306-316, 423

Traité de Versailles 1919, 606, 607, 638, 658, 666-670, 674, 675

Traité de Lausanne 1923, 982, 990, 992, 998, 999 Tribunal militaire de Nuremberg 118, 180

Traité pour le règlement des questions nées de la guerre et de l'occupation- *Überleitungsvertrag*, 728, **730-735**, 749, 867-871

Traître 846, 850, 853, 883

Tribunaux arbitraux mixtes 640, 665, 666, 670, 671

Troisième *Reich*, 103-122

War-fighting ou war-sustaining capability (objectif militaire) 272, **354-355**, 361

Yougoslavie 288, 321, 425, 460, 503, 504, **1082-1090**

TABLE DES MATIERES

<i>Remerciements</i>	3
Titre et résumé : Les biens des civils ennemis en droit international	4
Principales abréviations	6
Sommaire	8
<i>Introduction générale</i>	9
A. L'identification d'une notion juridique	10
§ 1 Le principe de non-implication des civils dans le rapport d'inimitié.	11
1.1– Les spécificités du rapport d'inimitié.	11
a. L'intensité comme critère d'identification du rapport d'inimitié.	11
b. Un lien intersubjectif fondé sur la qualification d'ennemi.	14
c. Une qualification donnant lieu à un rapport asymétrique.	15
1.2 - La guerre comme institution encadrant le rapport d'inimitié symétrique ou asymétrique	15
1.3 – Le principe d'exclusion des civils du rapport d'inimitié	18
a. Le statut protecteur des civils.	19
b. Un statut protecteur contrebalancé par la qualification d'ennemi.	20
c. Les limites du principe de distinction.	21
d. L'opposition entre le principe de distinction et la qualification d'ennemi.	26
§ 2 L'inclusion systématique des biens des civils dans le rapport d'inimitié dans le cadre d'une guerre.	26
2.1– Les civils visés à titre d'ennemis par des mesures de guerre économique	27
a. Un régime juridique discriminatoire fondé sur une qualification.	27
b. La guerre économique comme condition de mise en œuvre d'un régime discriminatoire.	28
c. L'ingérence de la guerre dans l'économie privée ennemie	31
d. Les biens privés comme cibles de la guerre économique	33
2.2– Les civils visés à titre d'ennemis par des mesures de guerre au sens formel	33
a. Le lien étroit entre l'institution de guerre au sens formel et les mesures visant les biens des civils ennemis.	34
b. L'hypothèse de mise en œuvre d'un régime attaché aux biens ennemis en dehors du cadre de la guerre au sens formel du terme.	36
§ 3 L'inclusion éventuelle des biens des civils dans le rapport d'inimitié établi dans le cadre d'un conflit armé.	39
3.1- Des droits des belligérants exercés contre les biens des civils ennemis par des États impliqués dans des conflits armés.	39
3.2 La source incertaine des droits des belligérants	41
3.3 L'ambiguïté de la notion de « droits des belligérants ».	43

3.4 Un regard analytique sur la structure des droits des belligérants exercés contre l'ennemi et ses ressortissants	43
§ 4 L'inclusion des biens des civils dans le rapport d'inimitié <i>post bellum</i>	47
4.1 L'exercice des droits des belligérants <i>post bellum</i>	47
4.2 – Les atteintes aux biens des ressortissants de l'« Etat vaincu (ex)ennemi » à titre de réparations de guerre.	50
a. Les réparations de guerre en tant que matière régie par le <i>jus post bellum</i>	51
b. Des mesures prises <i>post bellum</i> contre les biens privés en tant que reflet d'un rapport asymétrique.	52
c. La possibilité de mise en œuvre d'un régime discriminatoire <i>post bellum</i>	53
4.3. Des mesures prenant la dimension d'un régime de responsabilité collective.	55
a. Les conditions de mise en œuvre d'un tel régime.	56
b. Le débiteur collectif de l'obligation des réparations de guerre.	59
B. La définition retenue du terme « biens ».	60
§ 1 - La notion de biens en droit international.	61
§ 2 — La notion de biens en droit interne	63
§ 3 — Une approche extensive de la notion des biens.	64
§ 4 — Les particularités des biens en guerre maritime	66
C. Objet de l'étude et plan.	68
<i>PARTIE I — LES BIENS DES CIVILS ENNEMIS PENDENTE BELLO</i>	71
Titre 1. Les droits des belligérants exercés sur les biens privés ennemis dans le cadre de la guerre au sens formel	73
Chapitre 1. Le régime protecteur des biens privés ennemis en guerre sur terre	75
Section I. Des droits des belligérants exercés sur les biens privés ennemis.	75
§ 1 Des droits des belligérants restreints exercés par la puissance d'occupation.	75
a. Un cadre restrictif expliqué par la finalité de l'occupation de guerre.	76
i. L'élaboration progressive des prérogatives restreintes de la puissance occupante.	76
ii. Des atteintes licites aux biens publics.	82
iii. Le principe d'interdiction d'atteintes aux biens privés.	83
iv. Le fléchissement du principe d'inviolabilité de la propriété privée.	84
v. Le danger de dépassement du cadre normatif d'occupation de guerre.	86
b. Une politique attentatoire aux biens privés, signe de changement de nature de l'occupation	87
i. Une pluralité de régimes applicables sur un espace hétérogène.	88
a. Des prérogatives restreintes exercées sur un territoire occupé après un acte d'armistice.	88
b. Des compétences étendues exercées par l'administration civile mise en place par la puissance d'occupation de guerre.	90

c. La mise en œuvre d'un processus d'annexion par les autorités d'occupation.	93
d. Une pluralité de régimes d'occupation et d'ingérence dans les biens privés ayant comme finalité la consolidation du « grand espace ».	100
ii. Le contrôle juridictionnel des mesures attentatoires aux biens privés au lendemain de la guerre par référence aux règles d'occupation militaire ordinaire.	103
§ 2 Les prérogatives restreintes sur les biens sis dans le territoire de l'État belligérant.	107
a. Des interprétations divergentes quant aux prérogatives exercées sur les biens des civils ennemis.	109
i. Le statut discriminatoire conféré aux étrangers ennemis selon la tradition britannique.	109
ii. Une tradition britannique accaparée et développée par les États-Unis.	111
iii. La tradition continentale.	115
b. La systématisation des atteintes aux biens privés ennemis pendant les Guerres mondiales.	117
i. Une pratique généralisée pendant la Première Guerre mondiale.	119
a. Le caractère <i>a priori</i> provisoire des mesures prises contre les biens privés ennemis.	122
b. L'argument de représailles comme motif de disparition progressive du caractère provisoire des mesures visant les biens privés.	125
ii. La résurgence des règles et des pratiques lors de la Seconde Guerre mondiale.	127
Section 2. Le caractère ennemi comme motif de mise en œuvre d'un régime discriminatoire et attentatoire	135
§1 Une pluralité de critères de qualification concernant les personnes physiques	135
a. Le domicile comme critère privilégié par les États de tradition de <i>common law</i> .	136
b. Le dépassement du critère du domicile par l'établissement des listes noires.	137
c. Le caractère ennemi attribué en fonction de la nationalité.	139
d. Le rejet de la nationalité en tant que lien formel avec un État : le dévoilement du caractère ennemi derrière la façade de nationalité non-ennemie.	141
e. Le rejet systématique d'un seul critère de détermination du caractère ennemi.	144
§2 La personne morale et le caractère crucial du critère de contrôle ennemi.	147
a. Des critères autonomes par rapport à ceux employés en temps de paix.	148
b. Le recours à une pluralité de critères par les États belligérants pendant la Première Guerre mondiale pour saisir la réalité d'une influence ennemie exercée sur une personne morale.	149
c. La résurgence du recours à une pluralité de critères en vue d'atteindre les personnes morales présentant des liens avec les États ennemis lors de la Seconde Guerre mondiale.	155

Conclusion du 1 ^{er} chapitre	158
Chapitre 2. Le régime moins protecteur des biens privés ennemis en guerre maritime	159
Section 1 Des droits des belligérants exercés sur des biens privés ennemis en guerre maritime.	160
§1 L'identification des droits des belligérants exercés sur les navires de commerce.	161
a. Le ciblage des biens civils en mer. Les navires de commerce en tant qu'objectifs militaires.	161
i. La systématisation des attaques à l'encontre des navires de commerce : l'éclipse du commerce privé	162
ii. La nécessité de réglementer la pratique d'attaques systématiques par des sous-marins à l'encontre des navires de commerce.	164
iii. Le critère fonctionnel d'identification des navires de commerce.	165
iv. Des droits des belligérants exercés à titre de représailles de guerre.	168
b. Des droits des belligérants de nature économique exercés à l'encontre des biens civils.	170
i. La pluralité des sources du droit des prises maritimes. Une branche de droit imprégnée par des traditions nationales.	172
a. La défense doctrinale consécutrice du droit des prises maritimes.	173
b. L'hostilité doctrinale à l'égard du droit de prises. L'inviolabilité de la propriété privée en tant qu'impératif dicté par le « progrès de la civilisation ».	179
ii. Des tentatives de consécration des règles internationales en matière de droits des belligérants exercés sur la propriété ennemie en mer.	183
iii. La tentative de création d'une juridiction internationale des prises maritimes	190
§2 La qualification d'ennemi, condition de mise en œuvre des droits des belligérants affectant les biens civils en guerre maritime	193
a. L'absence d'un seul critère pour l'attribution du caractère ennemi. Le recours à un faisceau d'indices.	194
b. Une pratique confirmant le recours à une pluralité de critères	197
i. Des critères spécifiques conférant le caractère ennemi aux cargaisons transportées.	199
ii. La corrélation entre le caractère des marchandises et le caractère du navire.	200
iii. La tentative de création de règles internationales portant sur cette corrélation.	202
Section 2 <i>Le fléchissement du régime protecteur attaché aux biens des neutres</i>	207
§1 Restreindre le commerce opéré par les neutres pour porter préjudice à l'ennemi.	207
a. Un regard analytique sur la structure des droits des belligérants exercés contre les neutres et leurs ressortissants.	208
b. L'absence de toute protection conférée aux navires de commerce neutres dans le cadre d'un affrontement total.	213

c. La difficulté d'atteindre un point d'équilibre entre des intérêts contradictoires.	214
d. Des institutions conçues pour limiter le commerce neutre.	215
i. La saisie de navires neutres à la suite de la déclaration d'un blocus maritime.	216
a. Les conditions d'établissement d'un blocus, source de controverses liées à des intérêts contradictoires.	217
b. Des conditions de licéité non-respectées par les belligérants engendrant l'effacement complet du commerce mené par les neutres.	219
ii. La saisie de navires neutres après la publication de listes de contrebande de guerre.	221
a. La tentative de détermination de règles du droit international relatives aux listes de contrebande.	222
b. La perte d'intérêt de la notion de contrebande de guerre dans le cadre d'une guerre totale.	226
§2 L'assimilation de navires neutres à de navires ennemis par le recours à des présomptions.	230
a. La présomption de l'assistance hostile.	230
b. Les spécificités du voyage en tant que présomption d'octroi du caractère ennemi : la doctrine du voyage continu.	233
i. Une théorie remontant au commerce colonial.	233
ii. L'invocation de la théorie de continuité du voyage comme entrave au commerce opéré par des neutres.	235
Conclusion du chapitre	241
Conclusion du 1 ^{er} titre	242
Titre 2 – Les droits des belligérants exercés sur les biens privés ennemis en dehors du cadre de la guerre au sens formel.	243
Chapitre 1. L'encadrement des pouvoirs des belligérants exercés sur les biens privés ennemis dans le cadre de conflits armés	245
Section 1. Le régime protecteur des biens des civils de l'adversaire dans le cadre d'un conflit armé	247
§1 La remise en question du régime protecteur des biens des civils consacré par le droit humanitaire.	247
a. L'usage du terme propriété ennemie comme moyen de remise en question de la présomption de protection à l'égard des biens des civils	248
i. Le ciblage exceptionnel des biens des civils qualifiés d'objectifs militaires. La tradition américaine d'interprétation extensive du concept d'objectif militaire.	250
ii. Le ciblage des biens des civils et l'élaboration de l'enemy property doctrine par la jurisprudence américaine.	251
b. L'encadrement des prérogatives de la puissance occupante portant sur la gestion de la propriété privée.	256
i. Des prérogatives bien délimitées conférées à la puissance d'occupation, l'interdiction du pillage des biens privés.	257

ii. La détermination du caractère public ou privé des biens en tant que critère d'identification des prérogatives de la puissance d'occupation.....	260
c. Des atteintes systématiques à la propriété privée dans les cas d'occupations prolongées dans le temps, signe de changement du statut de l'espace occupé.	262
i. La pluralité d'arguments juridiques invoqués par une puissance d'occupation, le cas d'Israël	263
a. L'ambiguïté du rôle d'Israël en tant qu'État administrateur des terres ayant un statut particulier.....	263
b. L'expansion des prérogatives de la puissance d'occupation pour des raisons sécuritaires : une argumentation difficilement conciliable avec le cadre du droit international d'occupation de guerre.	264
ii. L'encadrement des prérogatives conférées à une puissance d'occupation par des règles ne relevant pas du droit humanitaire, l'exemple des biens sis en Crimée. .	270
a. Une politique de dépossession non-conforme à des traités relatifs aux investissements internationaux.....	271
b. Des limites posées à la puissance d'occupation relevant de la CEDH.	275
§2 L'encadrement d'une politique d'atteinte aux biens des civils ennemis sis au territoire des États belligérants.	278
a. Les incertitudes quant à la qualification des actes préjudiciables au droit de propriété des civils en tant que crimes de guerre en vertu du droit international pénal.....	278
b. L'affirmation de la licéité du recours à des mesures visant les biens des civils ennemis en vertu du droit international : la jurisprudence de la Commission des réclamations Erythrée Ethiopie.	281
i. Des limites posées aux prérogatives reconnues aux États belligérants.	281
ii. Un conflit des règles résolu au profit des intérêts des civils.....	284
c. L'approche restrictive des effets de la guerre sur les traités	286
i. L'exclusion de l'hypothèse de suspension des traités à l'initiative de l'agresseur	286
ii. L'identification des traités non-susceptibles d'être suspendus par les belligérants	287
d. <i>Enemy-alien</i> britannique, une fiction juridique obsolète relevant du droit de la guerre.....	290
e. L'hypothèse d'une clause de non-application d'un traité international conférant protection aux biens des civils en cas de conflit armé.	292
i. L'invocation de la clause d'exception du GATT : un moyen éventuel de mise en œuvre d'un régime préjudiciable aux biens des civils de l'adversaire.....	293
ii. L'invocation des mécanismes dérogatoires relevant des conventions des droits de l'homme : un moyen inacceptable de mise en œuvre d'un régime préjudiciable aux biens des civils de l'adversaire.	294
<i>Section II Le régime moins protecteurs des biens des civils de l'adversaires dans le cadre d'un conflit armé maritime</i>	298
§ 1 Des mesures militaires exercés contre des navires de commerce.	300

a. L'application ambiguë du principe de distinction à l'égard des navires de commerce ennemis.....	301
i. Les hypothèses de ciblage des navires de commerce	302
ii. Le ciblage des navires perçus comme des cibles économiques	305
iii. Les conditions de nécessité et de proportionnalité en tant que limites aux prérogatives des États belligérants impliqués dans des conflits militaires en mer.	309
iv. La pratique de ciblage des navires de commerce en conflits maritimes : le ciblage des moyens de soutien économique de l'adversaire.....	311
b. La pratique des attaques menées contre des navires de commerce neutres.....	312
i. L'établissement de zones d'exclusion de navigation, outil d'annihilation du commerce maritime.....	312
ii. La résurgence des pratiques annihilant le commerce maritime neutre.	315
iii. Les règles régissant des attaques contre des navires de commerce neutres ayant transgressé leur devoir de neutralité.....	316
§2. Des mesures de contrainte économique exercées sur les navires de commerce dans le cadre des conflits armés maritimes.....	319
a. Le fonctionnement de la juridiction des prises maritimes dépendant d'une déclaration de guerre.....	320
b. Des prérogatives liées aux conflits maritimes toujours réclamées par les belligérants	321
c. Le recours aux prises maritimes : une pratique rare mais persistante depuis 1945	324
i. La pratique liée à la guerre arabo-israélienne de 1948-1949 : l'invocation systématique des droits des belligérants exercés sur des navires de commerce ennemis par les parties.	325
ii. La pratique liée aux conflits de la péninsule indienne : l'invocation des droits des belligérants exercés sur les navires de commerce.....	331
iii. La pratique liée à la guerre du Golfe des années 1980 : l'invocation des droits des belligérants exercés sur les navires de commerce ennemis et neutres.	335
iv. Des prérogatives exercées sur des navires de commerce à l'occasion d'un blocus naval : le cas de la bande de Gaza.....	340
a. La réactivation de la juridiction des prises.	340
b. La licéité de confiscation d'un navire dépendante de la licéité du blocus maritime	343
Conclusion du chapitre.	349
Chapitre 2. Des mesures contre des biens privés prises en dehors des rapports de belligérance. Une attribution latente du caractère ennemi.....	351
Section I L'intensité et la radicalité du gel d'avoirs : des contre-mesures ou sanctions affectant les biens privés des ressortissants de l'État visé.....	355
§1 Des mesures de gel affectant les biens des ressortissants de l'État visé : l'interrogation sur le caractère collectif des mesures de contrainte économique.	355

a. La pratique récurrente de sanctions dites « intelligentes »	363
i. La pratique courante de gel des biens des personnes publiques : un cercle relativement restreint des personnes directement affectées	363
ii. Le gel des biens privés, outil de prédilection du mécanisme des sanctions imposées à des acteurs non-étatiques	366
b. Des mesures de gel des biens entraînant des conséquences indirectes sur l'ensemble de la population. La résurgence éventuelle d'un mécanisme de responsabilité collective	368
i. Les conséquences sur le statut économique des ressortissants de l'État ciblé par des sanctions globales	369
ii. Le recours à des sanctions ciblées ayant des effets économiques préjudiciables pour l'ensemble des ressortissants de l'État visé	370
a. Le ciblage de branches spécifiques de l'économie d'un État : des effets directs sur les personnes ciblées et des effets indirects sur l'ensemble de la population	372
b. Le ciblage du secteur bancaire de l'État visé : une mesure affectant nécessairement l'ensemble de la population	374
c. L'élargissement progressif du cercle des personnes affectées par les mesures du gel d'avoirs. : vers l'abandon des sanctions dites intelligentes ?	376
i. Vers l'abandon des sanctions dites intelligentes : le cas des mesures restrictives contre l'Iran	376
ii. Vers l'abandon des sanctions dites intelligentes : le cas des sanctions contre la Corée du Nord	377
iii. Vers l'imposition progressive des mesures globales. Le gel des biens des Russes	379
a. L'appréciation de la licéité des mesures restrictives à connotation collective	382
b. Le contrôle juridictionnel de la licéité d'une décision de gel d'avoirs : la recherche d'une justification nécessaire et suffisante des critères employés pour l'identification des personnes ciblées	383
§2 Des mesures de contrainte économique ayant comme objet les navires de commerce : le constat de leur caractère global	392
a. La mise en œuvre des mesures de contrainte économique en mer : des actions identiques à celles entreprises en vertu des droits des belligérants	392
i. Les opérations d'interception, de visite, de saisie des navires de commerce : des droits exercés en temps de paix	393
ii. Les critères d'identification des navires de commerce affectés par les mesures de contrainte économique	398
iii. La mise en œuvre des mesures de gel des navires de commerce par les autorités nationales : la confiscation, une peine encourue en cas de violation des mesures de gel	401
b. Des prérogatives exercées sur les navires de commerce conformément aux sanctions internationales. La démarcation difficile entre des droits des belligérants et	

des droits conférés au nom de la préservation de la paix et de la sécurité internationales.	404
i. Les prérogatives exercées sur les navires de commerce à la suite de la proclamation du blocus dit pacifique.....	407
ii. L’embargo en tant qu’institution rendant licites des opérations contre des navires de commerce.	410
Section II L’intensité et la radicalité de la mesure de confiscation des biens des ressortissants de l’État visé par des mesures de contrainte économique.....	423
§1 La confiscation des biens des ressortissants d’un État, signe d’éclatement d’une crise interétatique.	424
a. Un régime discriminatoire fondé sur un argument politique	424
i. Des atteintes aux biens privés liées à un conflit politique.	424
ii. Le caractère discriminatoire des mesures visant les biens des ressortissants d’un État particulier.....	428
b. Des actes de confiscation incompatibles avec la règle de non-discrimination relevant des traités spéciaux ou du droit coutumier.	431
§ 2 Des prérogatives de guerre applicables en temps de paix : l’évolution du champ d’application d’un dispositif de guerre.....	436
a. la résurgence d’une pratique récurrente en temps de guerre pour répondre à des crises nationales. L’exemple de l’ordre juridique américain.....	436
b. Des méthodes de contournement de la protection accordée aux biens privés susceptibles de faire l’objet de saisie.....	448
i. La saisie des biens des ressortissants d’un État visé justifiée par leur appréhension en tant que biens relevant des émanations de cet État.	448
ii. La connotation pénale nécessaire de la mesure de saisie définitive des biens privés.....	453
a. Le caractère pénal incertain de la sanction de saisie des biens des ressortissants d’un État responsable d’un acte violent la paix et la sécurité internationale.	454
b. La nécessité d’association des biens privés à des activités criminelles et frauduleuses.	456
α. La prévision de saisie définitive des biens privés dans le cadre de la lutte contre la corruption : la solution britannique.....	456
β. Le dépassement du cadre restrictif de saisie définitive des biens privés aux Etats-Unis : la justification particulière de saisie des biens des « oligarques russes ».....	456
γ. L’hypothèse de la violation des mesures restrictives imposées par l’UE : une infraction susceptible d’engendrer la confiscation des biens.....	460
iii. La saisie définitive des biens privés : une modalité de mise en œuvre d’un régime de réparations de guerre.	465
Conclusion du chapitre	468
Conclusion du 2^{ème} titre.....	470

Conclusion de la 1ère partie	470
PARTIE II — LES BIENS DES RESSORTISSANTS ENNEMIS POST BELLUM.....	473
Titre 1 – Le régime non-protecteur des biens des ressortissants (ex) ennemis dans le cadre des réparations de guerre.....	475
Chapitre 1. La saisie des biens des ressortissants de l'État ennemi vaincu.....	477
Section 1. Le statut asymétrique de l'État ennemi vaincu.....	477
§1 Le statut de l'État ennemi vaincu au service de la paix et de la sécurité collective.	478
a. Un statut remettant en cause de la dichotomie traditionnelle entre l'état de guerre et l'état de paix.....	478
i. La notion de paix négative.....	479
ii. Un traité de paix visant à préserver le <i>statu quo</i> et à attribuer un statut inégalitaire au vaincu.	483
b. La consécration d'un système de sécurité collective : une nouvelle finalité assignée au traité de paix.	485
i. Le traité de paix conçu comme moyen d'engagement de la responsabilité internationale de l'État vaincu.	485
ii. Le caractère spécial du statut d'État ennemi reconnu par la Charte de l'ONU.	489
a. Une qualification découlant de l'état de guerre et un régime dérogatoire au principe d'égalité souveraine des États.	490
b. Des incertitudes quant au caractère provisoire du statut d'État ennemi.....	492
c. Des interprétations divergentes des compétences conférées aux puissances alliées en vertu des articles de la Charte relatifs aux États-ennemis.	495
§2 L'obligation de réparations de guerre incombant à l'agresseur vaincu.	501
a. L'engagement de la responsabilité internationale de l'ennemi vaincu qualifié d'agresseur.	502
i. La guerre d'agression comme motif d'engagement de la responsabilité internationale.	502
ii. Le statut de l'agresseur en tant que défi pour le principe d'égalité des belligérants.	506
a. La non-reconnaissance des droits revendiqués par l'agresseur au nom des prérogatives conférées par le <i>jus in bello</i>	508
b. Un statut discriminatoire mis en œuvre <i>post bellum</i> , aux antipodes d'un statut égal conforme au <i>jus in bello</i>	510
b. Les spécificités de l'agression en tant qu'acte illicite.	512
i. Des spécificités reflétées au niveau des règles secondaires en matière de responsabilité internationale.	513
a. Le rejet d'une obligation de réparation intégrale incombant à l'agresseur.	513
b. Des limites nécessaires à l'obligation de réparation incombant à l'agresseur.	514

c. L'obligation de réparation de dommages intérêts punitifs incombant à l'agresseur.....	515
d. L'illicéité particulièrement grave de la guerre d'agression.	517
ii. Des programmes de réparations justifiables par référence aux particularités de l'agression comme acte illicite.	518
a. Le régime des réparations imposé à l'agresseur qualifié comme tel par le Conseil de sécurité.	519
d. Les spécificités de la responsabilité pour une guerre agressive.....	521
iii. Un régime de réparations compatible avec l'objectif de préservation d'une paix durable. Le rejet de tout régime de réparations fondé sur une conception de responsabilité collective.....	524
Section II La saisie des biens privés des ressortissants des pays ennemis : une dépossession définitive dictée par l'attribution du caractère de ressortissant d'État (ex) ennemi.....	526
§1 La saisie des biens des ressortissants d'un État comme moyen de mise en œuvre d'un régime de responsabilité collective : une pratique envisageable.	527
a. La saisie des biens des ressortissants des Empires centraux au lendemain de la Première Guerre mondiale.	529
b. La saisie des biens des ressortissants des États ennemis au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.	533
i. La pluralité des sources prévoyant la confiscation des biens des ressortissants de l'Allemagne vaincue.	534
ii. Des traités de paix signés avec les autres pays ennemis et prévoyant la saisie des biens privés.....	538
iii. Un régime dérogatoire à la protection de la propriété privée étrangère.....	542
iv. Une obligation d'indemnisation imposée à l'État ennemi vaincu	545
§2 Les critères d'attribution du caractère ennemi aux fins de la saisie des biens à titre de réparations de guerre.	549
a. Des critères identiques employés pendant et après la Première Guerre mondiale.	549
i. Une interprétation large du lien existant entre des personnes physiques et l'État ennemi Le caractère d'ennemi attribué aux ressortissants de l'ancien État ennemi.	550
ii. La persistance du critère du contrôle pour les personnes morales.	551
b. La persistance des mêmes critères aux fins de la qualification d'ennemi après la Seconde Guerre mondiale.	558
Conclusion	566
Chapitre 2. La saisie des biens des ressortissants de l'État ennemi vaincu dans le cadre d'une occupation <i>post bellum</i>.....	569
Section I Le statut d'Etat ennemi occupé <i>post bellum</i> justifiant un régime attentatoire aux biens privés.....	570
§1 Le caractère spécial d'une occupation postérieure à la capitulation de l'ennemi : un régime discriminatoire au détriment de l'ennemi vaincu	570

a. Le caractère discriminatoire du régime d'occupation imposé à l'agresseur.	572
b. Les finalités spécifiques du régime d'occupation <i>sui generis</i> imposé à l'ennemi vaincu.....	573
i. La thèse de l'occupation fiduciaire.	575
ii. La thèse de l'occupation d'intervention.	577
iii. L'État ennemi occupé, un État mis sous séquestre.....	578
iv. La thèse de la <i>debellatio</i>	578
c. Le pouvoir suprême exercé par les puissances alliées au nom de l'État ennemi..	580
§2 Les atteintes au droit à la propriété privée des ressortissants de l'État occupé <i>post bellum</i> à titre de réparations de guerre.....	584
a. Des actes de confiscation de biens privés non conformes au droit de l'occupation belligérante.....	584
i. Le rejet de la théorie du <i>ius postliminium</i>	585
ii. La licéité incertaine des actes des puissances d'occupation.....	586
b. La reconnaissance de la licéité des confiscations par les autorités allemandes....	588
i. Des actes de dépossession entrepris ou autorisés par les puissances d'occupation et reconnus par la RFA.....	591
ii. L'obligation de non-exercice de la protection diplomatique : une conséquence de la reconnaissance de la licéité des actes de saisie des biens des ressortissants à l'étranger.	592
iii. La conformité des actes entrepris ou autorisés par les puissances d'occupation avec l'ordre juridique allemand.....	594
iv. Les caractéristiques de l'obligation d'indemnisation incombant à l'Etat allemand : le rejet d'une indemnisation intégrale.	598
Section II Les confiscations des biens des ressortissants ennemis en zone soviétique : un mécanisme de reconfiguration radicale des structures de l'Etat ennemi occupé	604
§1 Des confiscations attribuables aux autorités soviétiques et reconnues comme valides par l'État occupé.....	606
a. Des actes entrepris par ou ordonnés par l'administration militaire soviétique.	607
i. La réforme agraire : un projet de restructuration sociale fondé sur une conception de responsabilité collective.	607
ii. Des confiscations imputées aux autorités d'occupation.....	609
b. La reconnaissance de la validité des actes de confiscation.	611
i. La reconnaissance de la validité des actes de confiscation comme condition politique de la réunification allemande.	611
ii. Des prestations compensatoires au lieu d'une indemnisation voire d'une restitution.	611
iii. La concrétisation juridique d'une obligation politique.	612
iv. La validation des actes illicites par le traité de réunification.....	613

v. Des réserves concernant l'obligation de non-contestation des actes de confiscation prévue par la Loi fondamentale.....	614
vi. Le rejet de toute obligation d'indemnisation ou de restitution incombant à l'État allemand par le juge allemand.....	617
§2 Des réclamations de réparation pour les pertes subies entre 1945 et 1949.....	628
a. La reconnaissance d'un droit à des prestations compensatoires au lieu d'un droit de restitution ou d'indemnisation	628
b. Le droit à des prestations compensatoires reconnu en cas d'attribution de la confiscation aux autorités d'occupation.	636
c. L'exclusion des prestations compensatoires pour des raisons liées au comportement des propriétaires dépossédés : la clause d'indignité.	641
Conclusion du chapitre	647
Conclusion du 3 ^{ème} titre.....	648
Titre 2 – Les biens des ressortissants ennemis expulsés.....	649
Chapitre 1. La saisie des biens des ressortissants ennemis expulsés à titre de réparations de guerre.....	653
Section I. L'expulsion de la population ennemie et la confiscation de ses biens, facettes d'un régime de responsabilité collective.....	653
§1 Le transfert obligatoire des ressortissants ennemis dicté par un traité international.	655
a. Les particularités de l'accord de Potsdam.	655
b. La licéité exceptionnelle du transfert des populations allemandes, le cas spécial des minorités attachées à l'État ennemi.	657
§ 2 La saisie des biens abandonnés des ressortissants allemands en Europe de l'Est ..	664
a. La saisie des biens des Allemands sis au nouveau territoire polonais à titre de réparations de guerre.	664
b. Les confiscations entreprises par les autorités tchécoslovaques.....	668
§3 Le rattachement à l'État ennemi, condition d'application du régime discriminatoire de responsabilité collective.....	671
a. L'arbitraire des critères de détermination du rattachement à l'agresseur vaincu.	671
b. Des personnes expulsées et spoliées qualifiées d'« Allemands » par la RFA.	674
§4 Les divergences quant à l'appréciation de licéité des mesures de confiscation prises par les autorités polonaises.	675
a. Des confiscations conçues comme moyens de prolongement de la guerre : la thèse polonaise.	675
b. Le refus de reconnaissance de la validité des mesures de confiscation par la RFA.	678
c. L'obligation générale de non-contestation des mesures de confiscation, par référence à leur finalité en tant que réparations de guerre.	681

Section II Des actes de confiscation non susceptibles d’être contestés auprès des juridictions nationales ou internationales	686
§1 La non-contestation de la licéité des confiscations opérées en vertu des décrets Beneš : la controverse autour des biens du Prince de Lichtenstein	686
a. Une confiscation relevant des réparations de guerre, l’appréciation des juridictions internes allemandes.....	687
b. L’approbation indirecte de l’interprétation opérée par le juge allemand par le rejet de la compétence de la CEDH <i>ratione temporis</i> de se prononcer sur la confiscation des biens du Prince.....	695
c. Le rejet de compétence <i>ratione temporis</i> de la CIJ en vertu d’un raisonnement lié à l’identification du différend.....	696
§2 La question patrimoniale en suspens dans le cadre des relations entre la RFA et la Pologne.	702
a. Des interprétations divergentes au sujet des droits des expulsés.	703
b. La résurgence du problème de reconnaissance des actes de confiscation en vertu des traités portant sur la délimitation de la ligne frontalière.	707
c. La compensation partielle des préjudices par l’ordre juridique allemand non interprétée comme signe de reconnaissance de la validité des confiscations.....	711
d. Les ambiguïtés quant à la possibilité de contestation de la licéité des actes de confiscation.....	713
§ 3 La non-contestation de la licéité et de la validité des mesures de confiscation par les États y ayant recouru et l’absence de protection pour les anciens propriétaires spoliés.	715
a. L’appréciation de validité des mesures de confiscation dans le cadre de demandes de restitution voire d’indemnisation de la part des propriétaires spoliés.....	716
b. L’affirmation explicite de la validité des actes de confiscation et le rejet de reconnaissance de tout droit de restitution voire d’indemnisation en faveur des propriétaires spoliés.	717
c. Le rejet d’une obligation d’abrogation des actes de confiscation découlant du droit de l’Union européenne.....	723
d. Le rejet de la compétence de la CEDH à se prononcer sur les demandes d’indemnisation voire de restitution exercées par les propriétaires spoliés.	725
e. L’examen de compatibilité des lois de restitution avec la CEDH	727
i. Des conditions restrictives pour la reconnaissance du droit à la restitution des biens confisqués des Allemands spoliés.....	728
ii. La qualification de l’acte de confiscation en tant qu’atteinte instantanée, un argument permettant à la CEDH de ne pas contrôler les conditions de restitution des biens spoliés.	730
f. L’appréciation indirecte de la légalité des confiscations mises en œuvre par les décrets Beneš à la lumière du PIDCP.....	732
i. <i>La confirmation de compatibilité avec le Pacte d’un régime différencié de restitution des biens confisqués.</i>	<i>736</i>
ii. Des critères de discrimination arbitraire à la lumière du Pacte.	742

Conclusion	746
Chapitre 2. Les biens abandonnés par des populations déplacées en dehors du cadre de réparations de guerre	749
Section I Les biens abandonnés conçus en tant que biens ennemis. Des notions interchangeables	749
§1 Les biens abandonnés par des populations échangées ou expulsées	750
a. La protection des biens des populations affectées par un échange volontaire.	751
b. La protection incertaine des biens des populations affectées par un échange forcé.	753
i. L'échange obligatoire des populations prévu par le traité de Lausanne, une mesure justifiée par un rapport asymétrique	753
ii. Une protection formelle du droit de propriété des populations échangées	755
iii. Le caractère fictif de la protection du droit de propriété.	756
iv. La protection inefficace des biens abandonnés des populations affectées par des mesures d'expulsion en temps de guerre.	758
v. Le retrait de nationalité en tant que moyen d'exclusion du droit à la restitution des biens.....	760
§2 Les biens abandonnés par les ennemis	762
a. La notion des biens des <i>evacuees</i>	763
i. La saisie des biens des « évacués ».....	765
ii. Des mesures relevant de l'état de guerre au sens formel.	766
b. La catégorie israélienne des biens des absents.....	768
i. Les actes de dépossesion en tant que mesures de sécurité.....	769
ii. La saisie des biens des « absentes ».	771
iii. La qualification d'« absentee » remplaçant la qualification d'ennemi.....	773
iv. L'émergence de la notion de « present absentes ».	775
v. Les limites du contrôle juridictionnel de la qualification d'« absentee »	776
vi. La complexité du régime juridique des biens abandonnés en territoires sous occupation israélienne.	778
Section II Les biens abandonnés non-perçus en tant que biens ennemis. L'émergence de protection des propriétaires dépossédés.	782
§1 Le lien intrinsèque entre le droit de restitution des biens et la reconnaissance d'un droit de retour	783
a. Les incertitudes quant à l'existence du droit de retour au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.....	784
i. La reconnaissance du « droit à la patrie » par l'ordre juridique allemand.....	785
ii. Le « droit à la patrie » en droit international.....	786
iii. La nature hybride du « droit à la patrie » : un droit individuel et collectif.	787
iv. L'émergence progressive d'un droit individuel de retour	789
v. La nécessité d'un lien d'attachement à l'État de retour.....	791

vi. La rupture du lien de rattachement avec la patrie et l'extinction du droit de retour	792
vii. Le droit de retour en faveur des réfugiés.	793
b. La saisie définitive des biens abandonnés en tant que conséquence du refus de reconnaissance du droit de retour.	795
i. Le refus de l'État d'Israël de mettre en œuvre un droit de retour au profit des Palestiniens.....	795
ii. L'identification des titulaires du droit de retour.....	799
a. Le droit de retour reconnu au profit des ressortissants de l'État.....	799
b. La possibilité de reconnaissance du droit de retour aux personnes ayant un lien substantiel et non formel avec l'État.	802
§ 2 La reconnaissance des droits subjectifs des propriétaires déplacés sur les biens abandonnés.....	804
a. La protection accordée aux propriétaires expulsés et dépossédés en vertu d'un traité de paix.	804
i. La détermination du sort des biens abandonnés par un traité de paix, l'exemple des accords de Dayton.	807
a. La création d'un cadre institutionnel favorable aux propriétaires déplacés.	810
b. Un conflit de droits inévitable en cas de restitution des biens abandonnés...811	
ii. Les propriétaires des biens abandonnés en tant que titulaires de droits.....	812
iii. Des limites au droit de restitution des biens abandonnés.	813
iv. Les deux types de réglementation des droits privés par un traité de paix.....	814
b. L'émergence d'un droit à la réparation des préjudices patrimoniaux subis par les personnes expulsées ou déplacées.....	815
i. Des règles relevant du « soft law » portant sur le droit des propriétaires expulsés ou déplacés.	816
ii. La saisie des biens privés en tant qu'opération de nettoyage ethnique voire de génocide	822
c. La protection juridictionnelle des droits des propriétaires expulsés ou déplacés.824	
i. Les biens abandonnés par les personnes déplacées en île de Chypre.	825
ii. La prise en compte du contexte politique pour la reconnaissance des droits individuels sur les biens abandonnés	826
iii. Des droits à la réparation en faveur des propriétaires dépossédés reconnus par la CEDH	830
a. L'approbation d'une marge de manœuvre reconnue au profit des autorités étatiques quant à la détermination du type de réparation.....	830
b. Des droits à la réparation conférés pour des violations de caractère continu	832
c. La reconnaissance des droits en faveur des propriétaires déplacés : le rejet implicite de la nature politique du différend relatif au sort des biens	833

d. Le caractère discrétionnaire de la décision relative au type de réparation : la résurgence indirecte de l'aspect politique de la gestion des biens abandonnés	836
e. Les deux approches de la jurisprudence de la CEDH en matière de biens abandonnés.....	839
Conclusion du chapitre	840
Conclusion du IIème titre	843
Conclusion de la 2 nd partie.....	844
<i>Conclusion générale</i>	846
BIBLIOGRAPHIE	858