Université Paris-Panthéon-Assas

école doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé (ED 9)

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le **16 février 2026**

Le contrôle des frontières en droit international public

Étude relationnelle du territoire entre emprise étatique et espace international

Thèse de Doctorat /16/02/2026



Antoine LAURENT

Sous la direction des professeurs Denis Alland et Thibaut Fleury Graff, professeur émérite et professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

Membres du jury :

M. Denis Alland, professeur émérite à l'Université Paris Panthéon-Assas (co-directeur de thèse)

Mme Niki Aloupi, professeure à l'Université Paris Panthéon-Assas

M. Régis Bismuth, professeur à Sciences Po Paris (président du jury)

Mme Sarah Cassella, professeure à l'Université Paris Cité (rapporteure)

M. Thibaut Fleury Graff, professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas (co-directeur de thèse)

M. Romain Le Bœuf, professeur à l'Université Aix-Marseille (rapporteur)

M. Alexis Marie, professeur à l'Université de Bordeaux

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

Mes plus profonds remerciements vont d'abord au professeur Denis Alland, qui, par sa présence et ses écrits, guida formidablement ma formation intellectuelle et lui donna une puissante inspiration. Je dois aussi remercier le professeur Fleury Graff, pour avoir suivi le présent travail.

La thèse prenant racine dans le parcours universitaire qui la précède, il me faut remercier tout particulièrement mes professeurs de Master : le professeur Denis Alland, une fois encore, et les professeurs Niki Aloupi, Yves Nouvel et Carlo Santulli, qui, chacun à leur manière, ont enrichi ma formation initiale et forgé mon esprit d'une façon qui me rend redevable à chacun d'eux.

Mes sincères remerciements s'adressent aussi aux membres du jury qui ont pris le temps de lire mon travail et de le discuter lors de la soutenance.

Merci aussi à toutes celles et à tous ceux qui font vivre l'Institut des Hautes Études Internationales et sa salle de lecture, aujourd'hui gérée d'une main de maître par M. Pierre Nessans. Bon nombre des pages qui vont suivre y furent préparées.

Je remercie également mes proches, collègues devenus amis, amis restés amis, famille, pour leur respect d'un travail intellectuel parfois poussé aux limites du socialement acceptable. Merci pour votre présence à chaque réapparition du chercheur qui cherche.

Je dois ici des remerciements particuliers à mes relecteurs et amis : Jean-Baptiste, Laura et Timothée, merci du temps et de l'intelligence, tous deux précieux, que vous avez mis dans ce travail.

Merci enfin à Léa de m'offrir tous les jours le plus beau visage de l'altérité. Il y a sous ces minces lignes quelques trois cent mille mots que j'ai voulu gorgés de sens, mais les plus importants restent pour elle.

Résumé :

La thèse étudie la tension entre deux dimensions du territoire, qui est à la fois un espace sous l'emprise de l'État territorial, qui le marque de sa puissance souveraine, et un espace d'intérêt international, c'est-à-dire un espace vis-à-vis duquel des tiers ont un intérêt juridiquement protégé (y accéder, par ex. les migrations ou le libre-échange ; le quitter, par ex. l'émigration ; le traverser, par ex. le droit au transit d'un État sans littoral pour accéder à la mer ; le voir contrôlé, par ex. pour être préservé de circulations à but terroriste ou de pollution). Pour cela, la thèse cherche d'abord à comprendre dans quelle mesure le droit international peut-il modérer le contrôle des frontières où les deux dimensions du territoire entrent en contact, soit modérer l'emprise souveraine de l'État (fondement de la société internationale) pour garantir la viabilité des circulations internationales (fait premier de la société internationale). Cela suppose d'étudier l'étendue de la puissance territoriale, juridiquement reconnue, avant d'étudier les termes de son articulation avec l'intérêt tiers qui s'oppose au contrôle frontalier. Une fois cette modération établie, la thèse étudie dans un second temps la détermination du contrôle des frontières par le droit international, qui dépassant la modération en vient à lier le pouvoir de l'État territorial afin de le mettre au service des intérêts internationaux. Le pouvoir est ainsi lié à deux niveaux : quant à l'opération du contrôle frontalier, le droit international lui posant des prescriptions précises ; quant à l'objet du contrôle frontalier, dans la mesure où certains s'imposent a priori *au contrôle frontalier comme devant ou ne devant pas franchir la frontière.*

Descripteurs : Souveraineté territoriale – Frontières – Territoire – Etat – Mondialisation - Contrôle

Title and Abstract :

Border control in international law

Our work studies the tension at the border between two dimensions of the territory: that under the control of the sovereign state, with all its power, and that which is of international interest, since third parties can have a legal interest to the territory (to enter it, as in migrations or free trade ; to leave it, as in emigration ; to pass through it, as in the case of landlocked states reaching the sea ; or to see it well controlled, for example to prevent terrorist movements or pollutions). In order to address all this, our work first seeks to understand to what extent international law can moderate border control, where both dimensions come into conflict. In other words, it seeks to understand how international law can moderate the sovereign power of the territorial state, which is at the foundation of international society, to guarantee the viability of international circulations, which are at the core of the very existence of international society. This requires studying the extent of the territorial power as international law understands it, and then examining the components of its articulation with third interests opposing border control. Once this moderation established, our work next examines the determination of border control in international law, that is, the idea that international law not only moderates but sometimes binds border control power to place it at the service of international interests. The territorial power is thus bound at two levels: first, regarding the exercise of border control, international law prescribes specific modalities; second, regarding the object of border control, international law makes the access or blockade of certains items at the border mandatory for the territorial state, regardless of its specific interests.

Keywords: Territorial sovereignty – Borders – Territory – State – Globalisation – Control

Abréviations

A.C.D.I. : Annuaire de la Commission du droit international

A.Can.D.I. : Annuaire canadien de droit international

A.D.M. : Annuaire du droit de la mer

A.D.M. : Annuaire du droit de la mer

A.I.D.I. : Annuaire de l'Institut de droit international

A.J.I.C.L. : African Journal of International and Comparative Law

A.J.I.L. : American Journal of International Law

A.P.D. : Archives de philosophie du droit

A.P.D.S.J. : Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique

A.Y.I.L. : Australian Yearbook of International Law

As.Y.I.L. : Asian Yearbook of International Law

B.D.M. : Bulletin du droit de la mer

B.Y.I.L. : British Yearbook of International Law

C.A.D.H.P. : Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

C.D.H. : Comité des droits de l'homme

C.E.D.H. : Cour européenne des droits de l'homme

C.I.D.H. : Cour interaméricaine des droits de l'homme

C.I.J. : Cour internationale de Justice

C.J.I.L. : Chinese Journal of International Law

C.P.J.I. : Cour permanente de Justice internationale

C.T.Y.B.I.L.A. : Chinese (Taiwan) Year Book of International Law and Affairs

Com.A.D.H.P. : Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

Com.I.D.H. : Commission interaméricaine des droits de l'homme

Doc. N.U. : Documentation des Nations Unies

E.J.I.L. : European Journal of International Law

G.Y.I.L. : German Yearbook of International Law

I.D.I. : Institut de droit international

I.J.R.L. : International Journal of Refugee Law

I.L.M. : International Law Materials

I.L.R. : International Law Reports

I.Y.H.R. : Israel Yearbook on Human Rights

J.A.I.L. : Japanese Annual of International Law

J.D.I. : Journal du droit international

J.H.I.L. : Journal of the History of International Law

J.W.T. : Journal of World Trade

J.Y.I.L. : Japanese Yearbook of International Law

L.J.I.L. : Leiden Journal of International Law

M.P.E.P.I.L. : Max Planck Encyclopedia of Public International Law

N.Y.I.L. : Netherlands Yearbook of International Law

not. : notamment

op. diss. : opinion dissidente

P.Y.I.L. : Polish Yearbook of International Law

préc. : précité

R.B.D.I. : Revue belge de droit international

R.C.A.D.I. : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

R.D.I.L.C. : Revue de droit international et de législation comparée

R.D.P. : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

R.G.D.I.P. : Revue générale de droit international public

R.I.D.C. : Revue internationale de droit comparé

R.I.D.E. : Revue internationale de droit économique

R.S.A. : Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies

R.S.D.I.D.E. : Revue suisse de droit international et de droit européen

R.T.D.H. : Revue trimestrielle des droits de l'Homme

R.T.N.U. : Recueil des traités des Nations Unies

R.T.S.N. : Recueil des traités de la Société des Nations

Rec. T.A.M. : Recueil des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix

S.A. : Sentence arbitrale

S.T.E. : Série des traités européens

S.Y.I.L. : Spanish Yearbook of International Law

spéc. : spécialement

T.A.N.U. : Tribunal administratif des Nations Unies

T.A.O.I.T. : Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail

T.I.D.M. : Tribunal international du droit de la mer

U.I.T. : Union internationale des télécommunications

V.J.I.L. : Virginia Journal of International Law

W.T.R. : World Trade Review

Sommaire

Introduction _____ *9*

Partie 1. La modération du contrôle des frontières par le droit international _____ *55*

Titre 1. Le fondement étatique du contrôle des frontières _____ **57**

Chapitre 1. L'enracinement du contrôle dans la souveraineté territoriale _____ 59

Chapitre 2. Le déploiement du contrôle hors son cadre originel _____ 137

Titre 2. L'opposition du tiers au contrôle des frontières _____ **189**

Chapitre 1. La consistance des intérêts opposés au contrôle des frontières _____ 191

Chapitre 2. L'articulation des intérêts opposés dans le contrôle des frontières _____ 259

Partie 2. La détermination du contrôle des frontières par le droit international _____ *335*

Titre 1. La détermination du contrôle dans son opération _____ **339**

Chapitre 1. L'obligation d'opérer le contrôle frontalier _____ 341

Chapitre 2. L'harmonisation des opérations de contrôles frontaliers _____ 377

Titre 2. La détermination du contrôle par son objet _____ **419**

Chapitre 1. L'imposition de circulations au contrôle frontalier _____ 421

Chapitre 2. L'interdiction de circulations à travers le contrôle frontalier _____ 467

Introduction

« Toutes choses sont en mouvement. »
Héraclite, *Fragments*[1]

« Ce qui est autre l'est toujours d'autre chose, pas vrai ? »
Platon, *Le Sophiste*[2]

1. Faut-il démontrer l'intérêt et l'actualité d'étudier le contrôle des frontières en droit international public ? Les frontières n'ont jamais été aussi nombreuses dans le monde. Partout et tout le temps, les États les contrôlent. C'est là une donnée élémentaire de la vie internationale dont l'ardeur contemporaine interpelle inévitablement l'internationaliste, à telle enseigne que le sujet pâtirait presque de sa célébrité. Le risque est d'escamoter l'ampleur de la question au profit de l'urgence du moment, qui appelle sans relâche des analyses déjà lourdes de fait et de droit dans chacune de ses manifestations. Qu'il s'agisse par exemple d'un refoulement de migrants, d'une politique protectionniste envers certaines marchandises étrangères, de l'arraisonnement d'un navire franchissant la mer territoriale ou encore du laxisme d'un État vis-à-vis du trafic d'espèces menacées, chaque contrôle de la frontière appelle des commentaires substantiels sur ses circonstances de fait et sur le droit qui s'y applique. Le premier enjeu de l'étude qui s'ouvre ici n'est alors pas tant d'en présenter l'apparente valeur que de survivre au journal du lendemain qui, chaque jour, apporte de nouvelles situations et des nouvelles normes pour y répondre. Survivre au journal du lendemain, mais aussi éviter de sombrer dans l'abondance de ceux d'hier et aujourd'hui, car la pratique est très riche et tenter de la saisir sans manque aucun exigerait un effort aussi colossal que vain. Contingence des faits et richesse de la pratique générée menacent ainsi l'étude doctrinale du sujet à peine celle-ci amorcée. Il convient de l'en prémunir pour lui donner quelque chance de prospérer sans craindre une obsolescence trop rapide ou un matériau trop imposant. Ainsi, le sujet doit d'abord être situé en profondeur, à travers ses données constantes qui permettent de l'appréhender dans la longue durée et de saisir les faits, si divers et changeants lorsqu'ils ne sont pas ainsi mis en perspective. À la saisie immédiate du phénomène contemporain du contrôle des frontières se substituent alors les grandes lignes du mouvement humain, de l'emprise politique, et de leur

[1] Héraclite, *Fragments* (12 et 13 de l'éd. Pradeau (J.-Fr.), Paris, GF Flammarion, 2e éd., 2004, 374 p., p. 98).
[2] Platon, *Le Sophiste*, 255d (Paris, Vrin, 2022, trad. fr. Dixsaut (M.), 782 p., p. 199).

contact. C'est par ces lignes qu'il convient de prendre un peu de hauteur. Elles constituent l'essence du sujet et tracent l'épure de la réflexion.

2. En effet le contrôle de la frontière réagit fondamentalement à un mouvement, *au* mouvement, ce trait inhérent de l'existence qui confronte la pensée tentant de la saisir[3]. « Tout s'écoule », écrit Héraclite, « toutes choses sont en mouvement »[4], changeant et circulant. Pour autant, l'existence est aussi repos, arrêt pour fixer ces « choses » qui autrement ne cesseraient de s'échapper et qui s'affirment ainsi jusqu'à l'emprise sur un espace. C'est la réaction de contrôle. Voici les deux données élémentaires de notre sujet : pas de vie sans mouvement, pas de vie sans arrêt ; le mouvement s'exprime en circulation, l'arrêt réagit et dérive en emprise. Mue par les circulations et s'affirmant dans l'emprise territoriale, l'existence sociale de l'être humain est parcourue par cette dialectique du statique et du mouvant. La création de la Thèbes antique en est un récit fondateur. Cadmos, le pérégrin qui vient de loin et a parcouru bien des contrées, parti à la recherche de sa sœur Europe enlevée par Zeus, arrive au lieu qui deviendra Thèbes. Il tue le dragon qui en est le gardien, plante ses dents dans la terre, et en surgissent les Semés, soldats déjà armés de la tête aux pieds. L'étranger fait ainsi face aux autochtones, et Thèbes sera fondée par une alliance entre les deux due à la médiation d'Harmonie, déesse de l'union épousée par l'étranger pour se réconcilier à la terre dont il a tué le gardien[5]. Sont ainsi unis le mouvement, l'emprise et, troisième terme jaillissant de cette tension, l'altérité, qui naît du contact à l'Autre, soit ici du contact de l'emprise au mouvement qui l'interpelle. Pas de vie non plus sans relations avec l'extérieur à soi. Thèbes enseigne aussi cela, par le retour de Dionysos qui en était parti après y être né quelques temps après sa fondation : ce dieu qui est le vagabond, l'Autre à l'allure détonante de celle des Grecs, sera rejeté par l'incompréhension, par l'obstination des Thébains dans leur identité fermée, exclusive de l'étranger, et leur

---

[3] Placée dans le tumulte de la vie, la pensée ne connaît « que de l'existence, naissant et mourant, *toujours en mouvement* » Parain (Br.), « Préface », *in Histoire de la philosophie. Tome I : Orient – Antiquité – Moyen-Âge*, Paris, Gallimard, 1969, Coll. « Encyclopédie de la Pléiade », xvii-1728 p., pp. vii-xv, p. vii (nous soulignons).

[4] Héraclite, *Fragments* (12 et 13 de l'éd. précitée). Comme l'écrit encore Pascal, « Notre nature est dans le mouvement ; le repos entier est la mort. », *Pensées*, Br. 129, Laf. 641 (Paris, Flammarion, 2015, prés. Descotes (D.) et Escola (M.), 443 p., p. 93).

[5] Pour le récit du mythe, v. en seconde main (mais quelle seconde main) Vernant (J.-P.), *L'univers, les dieux, les hommes. Récits grecs des origines (1999)*, reproduit *in Œuvres. Religions, rationalités, politique*, Paris, Éditions du Seuil, 2007, 2 tomes, 2509 p., pp. 11-152 (premier tome), spéc. pp. 110-112, paragraphe intitulé « Étranger et autochtones » et dont voici une analyse qui mérite reproduction : « les débuts de Thèbes représentent un équilibre entre un personnage qui vient de loin, Cadmos, qualifié par son exploit et par la volonté des dieux comme souverain, et, d'autre part, des personnages implantés dans la glèbe, surgis du sol, des autochtones qui ont la terre de Thèbes collée à la semelle de leurs crépides et qui sont de purs guerriers. La première succession des rois de Thèbes donnera toujours le sentiment qu'entre ces deux coulées, entre ces deux formes de génération, il devrait y avoir accord, mais qu'il peut y avoir aussi des tensions, des incompréhensions, des conflits » (p. 112). Du même auteur sur le sujet du statique et du mouvant, v. également l'étude « Hestia-Hermès. Sur l'expression religieuse de l'espace et du mouvement chez les Grecs », parue en 1963 et reproduite dans le même ouvrage, pp. 381-422.

étanchéité à cet Autre causera leur perte par le basculement dans la folie au contact du dieu. La fermeture rigide des Thébains sur eux-mêmes implose par leur incapacité à s'ouvrir[6].

3. Le contrôle frontalier est bâti par ces trois éléments, la frontière étant une *ligne de l'emprise au contact du mouvement*. De ce contrôle, c'est-à-dire de la maîtrise que l'État entend affirmer sur le mouvement qui pourrait affecter son territoire, dépend la nature des rapports entre l'État territorial et les tiers, les autres, dont il se distingue par la frontière. Le contrôle des frontières définit à cet égard la réponse donnée à l'altérité : le rejet, l'ouverture, et leurs conditions. Il convient donc de développer ces trois premiers termes du contrôle des frontières, afin de mieux situer le sujet dans le contexte ainsi esquissé et d'en mieux saisir la problématique pour la vie internationale et son droit. Plus précisément, ces trois termes se répartissent en deux lignes de force qui se rencontrent en un questionnement. Les deux lignes de force sont le mouvement (I) et l'emprise (II), qui forment le contexte du sujet et les éléments constitutifs de son objet, le contrôle étant une réaction au mouvement qui se prévaut de l'emprise. Le questionnement naît du contact (III) entre les deux, où ressurgit la question du rapport à l'Autre et est concentré le contrôle de la frontière. L'emprise *répond* au mouvement.

Sortant un peu du cadre académique consacré, cette introduction a pour ambition d'enraciner le sujet dans les faits, dans l'être (*Sein*) que Kelsen opposait au devoir-être, au droit, au *Sollen*. Cela nous semble nécessaire car le sujet est massif et porte d'abord sur un phénomène et non sur une notion ou un problème strictement juridique : le fait que les États contrôlent leur frontière. C'est ce fait qu'il convient d'abord d'apprécier pour en saisir les enjeux qui irrigueront ensuite l'étude du *Sollen*, car le *Sollen* répond au *Sein* et se passer d'une réflexion sur le second nous semblerait amputer celle menée sur le premier. Le lecteur pressé ou peu sensible à cette démarche trouvera quant à lui les clefs techniques de l'étude à la fin de

---

[6] Là encore, il faut renvoyer à Vernant (J.-P.), *L'univers, les dieux, les hommes. Récits grecs des origines (1999)*, reproduit *in Œuvres. op. cit.*, spéc. pp. 118-119, paragraphe intitulé « Refus de l'autre, identité perdue », et dont voici l'analyse : « Le retour de Dionysos chez lui, à Thèbes, s'est heurté à l'incompréhension et a suscité le drame aussi longtemps que la cité est demeurée incapable d'établir le lien entre les gens du pays et l'étranger, entre les sédentaires et les voyageurs, entre sa volonté d'être toujours la même, de demeurer identique à soi, de se refuser à changer, et, d'autre part, l'étranger, le différent, l'autre. Tant qu'il n'y a pas possibilité d'ajuster ces contraires, une chose terrifiante se produit : ceux qui incarnaient l'attachement inconditionnel à l'immuable, qui proclamaient la nécessaire permanence de leurs valeurs traditionnelles face à ce qui est autre qu'eux, qui les met en question, qui les oblige à porter sur eux-mêmes un regard différent, ce sont ceux-là mêmes, les identitaires, les citoyens grecs sûrs de leur supériorité, qui basculent dans l'altérité absolue, dans l'horreur, et le monstrueux. Quant aux femmes thébaines, irréprochables dans leur comportement, modèles de réserve et de modestie dans leur vie domestique, toutes, Agavé en tête, la reine mère qui tue son fils, le dépèce, brandit sa tête comme un trophée [sous l'effet de la folie dionysiaque], toutes, d'un coup, prennent la figure de la Gorgone Méduse : elles portent la mort dans les yeux. Penthée, lui, [roi de Thèbes,] périt d'une manière effroyable, déchiré vivant comme un animal sauvage, lui le civilisé, le Grec toujours maître de soi, qui a cédé à la fascination de ce qu'il pensait être l'autre et qu'il condamnait. L'horreur vient se projeter sur la face du même qui n'a pas su faire sa place à l'autre. »

l'introduction, aux paragraphes 41 à 45, où seront précisés l'état de l'art, les définitions, la problématique du présent travail, le chemin qui sera suivi pour y répondre, et l'approche méthodologique retenue pour le développer.

I. Mouvement

4. Sans mouvement, la frontière est comme « morte »[7] et son contrôle ne trouve que du vide. Autrement dit, le mouvement est un élément fondamental du contrôle de la frontière car il est à la fois la raison d'être et ce qui révèle le contrôle, ce pour quoi et ce sur quoi il est exercé. C'est la première ligne de force du sujet. Dans cette idée, le contrôle de la frontière est certes aujourd'hui confronté à la « mondialisation », et nous y reviendrons, mais il est surtout plongé dans une histoire immémoriale qui met le fait mondialisé en perspective[8], comme constante de la vie des peuples (A). C'est riche de ces faits qui lui donnent tout son relief que le mouvement apparaîtra ensuite dans sa traduction normative en droit international, dont il questionne les fondements territoriaux (B).

A. Le mouvement dans la vie des peuples

5. Une brève étude des circulations dans la vie des peuples permet de prendre la mesure de ce à quoi le contrôle de la frontière prétend s'opposer, c'est-à-dire à rien de moins qu'un trait inhérent à la vie sociale (1) et trouve toute sa force contemporaine dans la mondialisation (2).

1. La force du mouvement dans la vie des peuples

6. En perspective des migrations contemporaines, le fait est fréquemment rappelé que l'humanité marche depuis ses origines[9]. Partie de son berceau africain, elle arpente d'abord la

---

[7] Buzzati (D.), *Le Désert des Tartares*, Paris, Robert Laffont, 1949, Coll. « Pocket », trad. fr. Arnaud (M.), 267 p., p. 19. Le dialogue se déroule entre Ortiz, un militaire confirmé, et le jeune soldat Giovanni Drogo, qui arrive à un fort situé à la frontière pour sa première affectation : « — C'est un bout de frontière morte, ajouta Ortiz. C'est pour cela qu'on n'a jamais touché au fort et qu'il est toujours comme il y a un siècle. — Que voulez-vous dire par une frontière morte ? — Une frontière qui ne donne pas de souci. De l'autre côté, il y a un grand désert. »

[8] Chanda (N.), *Au commencement était la mondialisation. La grande saga des aventuriers, missionnaires, soldats et marchands*, Paris, CNRS Éditions, 2010, trad. fr. Lescourret (M.-A.), 446 p., p. 10 où l'auteur parle d'un « besoin humain fondamental, la quête d'une vie meilleure et plus satisfaisante », suivi de l'idée que l'on ne peut certes parler de « connexions mondiales » avant le premier tour du globe, mais qu' « au sens large de l'expansion du monde connu (…) et du lien qui relie les sorts de communautés géographiquement séparées, la mondialisation, comme tendance, nous accompagne depuis le début de l'histoire. Sous de nouvelles appellations peut-être, ce sont toujours les mêmes forces qui œuvrent aujourd'hui à relier le monde toujours plus vite et toujours plus fort » (même idée encore pp. 11-12).

[9] V. not. Juss (S.), « Free Movement and the World Order », *I.J.R.L.*, vol. 16 (2004), pp. 289-335, p. 292 : « [T]wentieth century restrictions on free movement rights should be seen not as a norm. They are *a departure from what has been the historical norm in human society*. In the broad sweep of history, mankind's human experience

Terre en se dispersant[10]. L'*Homo sapiens* voyage à la faveur de la dernière période glaciaire qui abaissa suffisamment les eaux pour joindre les terres[11], avant que le niveau de la mer ne remonte et sépare pour un temps les groupes ainsi éparpillés. À ces voyages s'ajoutent les échanges entre les sociétés et s'affirme ainsi une circulation constante, d'abord au sein des mondes séparés de l'Eufrasie[12] et de l'Amérique, ensuite au sein *du* Monde réunifié par la maîtrise des océans qui devinrent routes.

7. C'est dans le premier de ces mondes, eufrasiatique et « Ancien », que le mouvement humain trouve d'abord son activité la plus vive et avec elle les prodromes de son importance contemporaine. L'Europe, amenée à propager le droit international et la frontière dans leur forme actuelle, ne fut longtemps qu'une péninsule sans ascendant sur ce monde, petit bout d'un ensemble traversé par « un vaste corridor de civilisations »[13] long de l'ouest européen à l'est asiatique, large de la steppe eurasienne à l'Afrique du nord, le tout jalonné du Croissant fertile et jouxté par des marges le touchant au ralenti, des Inuits sibériens aux Khoisans de l'Afrique[14]. Depuis ce « cœur du monde », des « vibrations » religieuses, politiques, économiques, culturelles et intellectuelles « se sont propagées sur un réseau qui s'évase dans toutes les directions, celui des routes parcourues par les pèlerins et les guerriers, les nomades et les marchands, où denrées et produits ont été achetés et vendus, les idées échangées, modifiées, enrichies »[15]. Dans ces routes bien plus tard appelées « de la soie », au XIXe s., le mouvement trouva un « système nerveux central (…), reliant ensemble peuples et lieux »[16], formant un monde « relié, complexe, assoiffé d'échanges »[17] où les êtres et leurs créations se diffusent. Traversant les emprises spatiales, le mouvement imprègne ainsi les sociétés jusqu'à s'exprimer

---

was not the restriction on free movement rights, but the relentless expansion of those rights in the pursuit of basic fundamental rights » (nous soulignons).

[10] Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation. Le temps long du monde*, Paris, Armand Colin, 3e éd., 2023, 343 p., p. 10, qui parle de « particularisation » ainsi que d' « antimondialisation » aux pages 50-55.

[11] Sur ce peuplement initial du monde par l'*Homo Sapiens* et l'expansion avant cela de ses prédécesseurs depuis l'australopithèque, v. Demoule (J.-P.), *Homo Migrans. Une histoire globale des migrations*, Paris, 2024, Payot et Rivages, Coll. « Petite Bibliothèque Payot Histoire », 460 p., pp. 23-41 ; et plus succinct Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 47-59.

[12] C'est ainsi que Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 84-85 désigne « la plus grande île » du monde qui conjugue d'un seul tenant terrestre l'Europe, l'Afrique et l'Asie, dans un ensemble qui formait l'Ancien Monde, avant sa rencontre des Amériques.

[13] Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 109.

[14] *Ibid.*, pp. 95-97, et pp. 104-109 sur cette répartition centre/marges de l'Ancien monde.

[15] Frankopan (P.), *Les routes de la soie. L'histoire du cœur du monde*, Paris, Flammarion, Coll. « Champs », 2022, trad. fr. Villeneuve (G.), 944 p., pp. 17-18.

[16] *Ibid.*, p. 18.

[17] Frankopan (P.), *Les routes de la soie*, *op. cit.*, p. 59.

au niveau politique dans les « dromocraties »[18] incarnées par Gengis Khan et ses descendants. Existant par le mouvement, ces cavaliers mongols qui « [s]ans frontières, parfois sans nom, [ne règnent pas, mais vont] »[19] figurent comme l'antithèse de l'emprise territoriale du contrôle frontalier, bien que leur domination ne fut pas sans ordre[20].

8. Les « découvertes » géographiques achèvent de pousser le mouvement à l'échelle mondiale. Par manque[21] ou curiosité profonde[22], les êtres humains parcourent la Terre et d'innombrables explorateurs[23] contribuent ainsi à « resserr[er] le monde »[24]. L'Atlantique finit par être durablement franchi, l'Ancien monde rencontre le Nouveau et y mène l'exploitation des ressources qui pérennise les circulations entre les deux grands ensembles, véhiculant métaux et denrées mais aussi esclaves et maladies. Les cartes gagnent en détails et raccourcis, les routes sont tracées, parcourues, usées ; *le* Monde, uni et fini, advient. La Révolution industrielle accélère ensuite cette unification par le mouvement en traçant plus de routes, en y plaçant des véhicules plus puissants, réduisant la durée des trajets sur terre et mer jusqu'à conquérir les airs ; êtres, objets et pensées circulent toujours plus vite, et la matière comme l'esprit recouvrent la planète[25]. De ses racines immémoriales, le mouvement acquiert alors une vivacité sans précédent.

---

[18] Ancel (J.), « Les frontières – Etude de géographie politique », *R.C.A.D.I.*, t. 55 (1936), pp. 203-297, p. 209, qui parle aussi d' « États amorphes » pour qualifier les peuples nomades avec lesquels se déplace la « frontière » (pp. 213-215).

[19] Le vers est tiré de Segalen (V.), « Du bout du sabre », *in Stèles*, Paris, Gallimard, 1973, Coll. « Poésie », 157 p., p. 94 (nous le transposons de la première personne du pluriel à la troisième pour la fluidité de la phrase, l'original lit « nous ne régnons pas, nous allons »).

[20] Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 129-130, qui note que l'empire mongole sut instituer une « *Pax mongolica* » aux XIIIe et XIVe siècles, où les routes de la soie connurent leur apogée.

[21] *Ibid.*, p. 132, selon lequel la solitude de l'Ancien monde s'achève et les grands voyages qui aboutiront à la découverte du Nouveau s'initient par « un état de manque qui crée un appel d'air ».

[22] Chanda (N.), *Au commencement était la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 186-187. V. la pulsion exprimée par Tesson (S.), *Petit traité sur l'immensité du monde*, Paris, Editions des Équateurs, 2005, 167 p., p. 17 : « Une force extérieure m'emporte sur la terre avec la régularité d'un battant d'horloge », et bien avant lui par Catulle, *Poésies*, 46 : « Quittons, Catulle, les plaines de la Phrygie et les champs fertiles de la brûlante Nicée ; volons vers les cités fameuses de l'Asie. Déjà ton esprit frémissant d'impatience aspire aux courses vagabondes, déjà tes pieds trouvent dans leur ardeur joyeuse de nouvelles forces » (Paris, Les Belles Lettres, Coll. « Classiques en poche », 2023, trad. fr. Lafaye (G.), revue par Viarre (S.) et Néraudau (J.-P.), xxv-225 p., p. 61).

[23] Une galerie très riche des explorateurs et explorations est fournie par l'ouvrage sous la direction de Bertrand (R.) (dir.), *L'exploration du monde. Une autre histoire des Grandes Découvertes*, Paris, Éditions du Seuil, éd. augmentée, 2023, 541 p.

[24] Chanda (N.), *Au commencement était la mondialisation*, *op. cit.*, p. 216 en clôture d'un chapitre retraçant l'histoire des explorations mondiales.

[25] Une chronologie des principales étapes de l'histoire des communications depuis le XVIIIe siècle est disponible dans Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 215-218.

2. *La vivacité du mouvement contemporain dans la mondialisation*

9. Les peuples sont désormais liés dans *le* Monde, étroitement interconnectés. Forte de ces développements, la « mondialisation » exprime le mouvement à l'ère contemporaine en désignant une « transaction généralisée entre les composantes de l'humanité »[26]. Basculement quantitatif plus que qualitatif car nous avons vu que les échanges étaient déjà riches, la mondialisation injecte vélocité, volume, variété et visibilité aux circulations séculaires qui l'ont préfigurée[27] et y ajoute aujourd'hui le cyberespace qui tend à les dédoubler. Tout est *plus*, matière circulante et vigueur de la circulation : la flotte marchande se compte en dizaines de milliers de navires[28], les migrations internationales annuelles se comptent désormais en centaines de millions[29], les voyageurs aériens en milliards[30], le commerce mondial en milliers de milliards de dollars[31], sans compter l'envers des circulations constitué du crime, des maladies et de la pollution[32]. Au-delà des chiffres, chacun voit que le monde est étroitement interconnecté[33], que ce soit au niveau des circulations migratoires dues à la misère et aux guerres, à celui de l'industrie qui concentre des éléments venant du monde entier en un point de production, de l'alimentation, ou encore des problèmes mondiaux qui relèvent de l'envers des circulations mentionné et imposent la coopération. Tous ces vecteurs font que la

---

[26] Dollfus (O.), *La mondialisation*, Paris, Presses de Sciences Po, Coll. « La bibliothèque du citoyen », 3e éd., 2007, 175 p., p. 21, qui définit la mondialisation comme formée de l'ensemble des processus qui permettent cette transaction.

[27] Ces quatre éléments sont donnés par Chanda (N.), *Au commencement était la mondialisation*, *op. cit.*, p. 12, comme caractéristiques de la mondialisation actuelle.

[28] Selon les données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, le nombre de navire composant la flotte marchande mondiale est de 108 787 en 2024 (disponible en ligne sur https://unctadstat.unctad.org/datacentre/dataviewer/US.MerchantFleet).

[29] Le nombre de migrants internationaux est estimé à plus de trois cents millions d'individus à la mi-2024, dont quarante-cinq millions de réfugiés et demandeurs d'asile selon l'Organisation internationale pour les migrations, *Migration et mobilité humaine : chiffres clés au niveau mondial*, mis à jour au 31 janvier 2025 (disponible en ligne sur https://migrationdataportal.org).

[30] Selon les données relevées par la Banque mondiale, estimant à 4,46 milliards le nombre de voyageurs aériens en 2019 (dernière année de données avant la pandémie de Covid-19 ; disponible en ligne : https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/IS.AIR.PSGR).

[31] Avec quelques à-coups, le commerce mondial croît, pesant une valeur de vingt-quatre mille milliards de dollars étatsuniens pour les marchandises et huit mille milliards pour les services sur la seule année 2023, selon l'O.M.C., *World Trade Statistics 2023. Key insights and trends*, disponible en ligne sur wto.org (à jour du 25 novembre 2024). Sur l'évolution du commerce dans le temps long, v. Chanda (N.), *Au commencement était la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 55-97.

[32] Pour un panorama des méfaits du mouvement à travers les âges, v. Chanda (N.), *Au commencement était la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 259-298, chapitre intitulé « Esclaves, microbes et chevaux de Troie ». Pour la criminalité transnationale, des données mises à jour figurent sur le site de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (https://dataunodc.un.org/).

[33] V. *infra* aux paragraphes 576-578 ce constat opéré dans la formulation du droit international autour d'intérêts collectifs.

compréhension du monde suppose plus que jamais de saisir les *flux*[34] qui, parcourant les sociétés qu'il entend réglementer, ne sauraient être inconnus du droit international.

B. Le mouvement à travers le droit international contemporain

10. Le développement du mouvement à travers la mondialisation a trouvé un fort écho en droit international contemporain par la protection des circulations, réglementant d'autant le contrôle frontalier (1) au point de sembler tendre à sa neutralisation, le mouvement se retournant contre le droit international en questionnant sa configuration territoriale statique (2).

1. La promotion du mouvement par le droit international

11. Quoique le droit puisse être intuitivement rapproché du seul contrôle, dont il serait l'allié par la contrainte posée aux flux présumés perturbateurs, le fait est que le mouvement travaille les sociétés et donc le droit qui les régit[35]. Le droit international n'y échappe pas, lui dont l'existence même suppose le mouvement sans lequel il n'y aurait point de relations à régir[36]. C'est là un point essentiel de la problématique du contrôle de la frontière : il est contraint par une protection juridique de la circulation qui elle-même répond à l'inhérence de cette circulation pour la vie sociale. En effet le mouvement fait société et donc fait le droit, car c'est par le mouvement que les relations sociales sont établies et développent leur intensité. Ainsi le droit suit les relations générées par le mouvement, et l'énergie du mouvement mondialisé est

---

[34] Cattan (N.), « Flux », *in* Ghorra-Gobin (C.) (dir.), *Dictionnaire critique de la mondialisation*, Paris, Armand Colin, 648 p., pp. 292-293, p. 292 : « Des flux de toutes sortes et de natures variées traversent et sillonnent désormais les territoires aux échelles régionales (infranationale), nationales et mondiales. » Sur cette dimension du monde contemporain s'agissant de son organisation, v. l'essai de Quet (M.), *Flux. Comment la pensée logistique gouverne le monde*, Paris, La Découverte, Coll. « Zones », 2022, 158 p.

[35] Sur le mouvement et le droit de façon générale, il faut renvoyer à Bergé (J.-S.), *Les situations en mouvement et le droit. Essai d'une épistémologie pragmatique*, Paris, Dalloz, 2021, Coll. « Méthodes du droit », xv-327 p., qui confronte les éléments du droit au mouvement (ou plus exactement aux mouvements, aux circulations découpées selon différents aspects) pour saisir comment le mouvement les travaille et est saisi en retour par le droit.

[36] Le constat est très fréquent dans la doctrine, et très net chez Hostie (J.-F.), « Examen de quelques règles du droit international dans le domaine des communications et du transit », *R.C.A.D.I.* vol. 40 (1932), pp. 397-524, p. 407 : « Tout échange matériel ou intellectuel entre États ou entre individus relevant d'États différents a, comme condition préalable, un fait de communications. Le droit des communications est donc, d'un point de vue sociologique, le *sine qua non* de la vie internationale ; à ce titre, il est la préface nécessaire d'une étude du droit international selon la méthode inductive. » Dans la montée de la mondialisation sous la poussée de la Révolution industrielle, nombre de manuels de droit international de la seconde moitié du XIXe et du début du XXe siècles s'ouvrent en soulignant ce mouvement frénétique comme vivifiant le droit international, not. Renault (L.), *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, L. Larose, 1879, 89 p., pp. 2-3 ; Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, Paris, L.G.D.J., t. I, 1905, 580 p., pp. 1-2 ; Le Fur (L.), *Précis de droit international public*, Paris, Dalloz, 4e éd., 1939, 658 p., p. 6 ; Liszt (Fr. von), *Le droit international. Exposé systématique*, trad. fr. Gidel (G.) d'après la 9e éd. allemande (1913), Paris, Pedone, 1927, xii-400 p., pp. 2-3 ; Oppenheim (L.), *International law. A treatise*, vol. I, London, Longmans, Green and Co., 1905, xxxv-647 p., p. 10 ; Bonfils (H.), *Manuel de droit international public*, 6e éd., Paris, A. Rousseau, 1912, viii-1121 p., pp. 4-7 ; Bonde (A.), *Traité élémentaire de droit international public*, Paris, Dalloz, 1926, iii-566 p., pp. 2-3 ; Louter (J. de), *Le droit international public positif*, Londres – Edimbourg – New-York – etc., Oxford : imprimerie de l'Université – Humphrey Milford, 1920, t. I, xi-576 p., pp. 5-7.

donc aussi substance du droit international, réglementation d'une société internationale densifiée par la multiplication des flux. La très grande partie de l'étude située sous ces lignes introductives sera constituée par ce droit qui suit le mouvement, et il suffit ici de souligner qu'il le favorise lorsqu'il lui accorde une protection qui s'oppose au blocage de la frontière, jusqu'à possiblement la faire céder. Pour s'en tenir aux écrits de droit international, une faveur pour le mouvement se trouve en effet exprimée dès ceux des fondateurs du droit international[37], et a par la suite attiré l'intérêt de la doctrine internationaliste pour les circulations en elles-mêmes, c'est-à-dire pour un « droit international des communications » au moment où leur expansion fit du monde « un vaste marché qu'anime une circulation intense, rapide et universelle des hommes et des choses »[38]. L'étude doctrinale s'est ensuite fragmentée avec le droit international dans les différents champs spécifiques couvrant telle ou telle circulation : ainsi les droits de l'être humain peuvent-ils défendre sa circulation, le libre-échange est-il garanti au niveau universel de l'Organisation mondiale du commerce, ou encore l'espace de la mer territoriale est-il grevé d'un libre passage que l'État côtier ne peut obstruer sans de sérieuses raisons[39]. À cela s'ajoutent les nombreux espaces régionaux de libre-circulation qui, de l'ouverture des frontières aux travailleurs à celle incluant capitaux, marchandises et individus[40], intègrent les territoires étatiques dans un espace commun dont l'emprise sur la frontière est neutralisée à mesure de l'intégration[41].

12. Il est donc établi que le mouvement traverse le droit international contemporain et cela sans grand étonnement car il lui est nécessaire, non *de jure* comme élément constitutif de son

---

[37] Ce point sera développé *infra*, 1re partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

[38] Bourquin (M.), « L'organisation internationale des voies de communication », *R.C.A.D.I.* vol. 5 (1924), pp. 159-210, p. 165, dont l'enthousiasme est symptomatique de la doctrine d'alors (p. 206 : « L'idée qui s'affirme de plus en plus peut être ainsi formulée : lorsque, pour atteindre leur destination, des transports internationaux doivent *normalement* emprunter le domaine d'un État, celui-ci ne peut leur refuser l'usage de ses voies de transit », invoquant les « besoins généraux du commerce » contre la souveraineté territoriale (p. 207)) ; v. dans le même élan Hostie (J.-F.), « Examen de quelques règles du droit international dans le domaine des communications et du transit », *op. cit.*, Leener (G. de), « Règles générales du droit des communications internationales », *R.C.A.D.I.* vol. 55 (1936), pp. 1-86 (p. 21 : « Le plus étendu des objectifs du droit international des communications est certainement celui qui concerne le transit en général (…). C'est sans doute aussi l'objectif dont l'importance est la plus grande en considération de la gravité des intérêts en cause »), ou encore, un peu avant, Visscher (Ch. de), *Le droit international des communications. Cours professé à l'I.H.E.I. de Paris (1921 à 1923)*, Gand-Paris, Librairie Moderne, A. Buyens – Arthur Rousseau Libraire-Editeur, 1924, 152 p.

[39] Les intérêts protégés du mouvement faisant face à la frontière en droit international positif sont développés *infra*, 1re partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

[40] C'est ainsi que Chetail (V.), *International migration law*, Cambridge, CUP, 2019, xlvii-449 p., pp. 100-103, distingue les organisations internationales (sectorielles ou plus englobantes) qui instituent ces espaces.

[41] Comme le notait déjà Leben, « [t]out regroupement régional qu'il soit essentiellement économique ou qu'il possède une vocation politique plus générale, inscrit inévitablement dans son programme d'action une certaine ouverture des frontières entre États membres » (Leben (Ch.), « Le droit international et les migrations de travailleurs », *in* S.F.D.I., *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont-Ferrand, Paris, Pedone, 1979, 449 p., pp. 47-106, p. 57).

ordre juridique, mais *de facto* comme fait élémentaire du milieu qui est sa raison d'être – la société internationale. Dans ce cadre, l'existence d'un mouvement circulant *par* le droit international paraît assez naturelle. Elle semble toutefois susceptible de perturber l'étude qui s'ouvre ici, en ce que le mouvement se retournerait *contre* le droit international en érodant sa territorialité.

2. Le retournement du mouvement contre le droit international

13. Le mouvement se retournerait contre le droit international car il en éroderait les fondations que l'on peut déjà dire territoriales, et avec elles la pertinence d'étudier un contrôle de la frontière dont l'effectivité serait ainsi largement compromise. États, frontières, territoires, souverainetés, tous ces éléments qui composent le droit international dans ce qu'il a de plus fondamental ne sont-ils pas ébranlés par ce mouvement qui les survole, les traverse et même les transperce jusqu'à faire douter de leur pérennité dans un avenir proche ? Le questionnement abonde depuis quelques temps déjà dans la doctrine internationaliste, qui souligne avec diverses optiques et conséquences que l'ordre international territorial semble au moins perturbé par l'espace mondialisé et la puissance des flux qui y circulent[42]. En forçant le trait et en le marquant d'une tendance inéluctable, le monde des États serait proche de la submersion, et persister à penser le droit international par leur emprise, notamment territoriale, serait illusoire ou paresseusement passéiste. C'est qu'en effet l'État semble « débordé »[43] de toutes parts : certains vont jusqu'à ignorer son cadre territorial au profit d'autres dimensions du Monde, mouvante avec le nomadisme[44], personnelle comme l'*Umma* islamique[45], ou encore immatérielle avec la

---

[42] Sur (S.), « L'État entre l'éclatement et la mondialisation », *R.B.D.I.*, 1997/1, pp. 5-20, p. 6 ; Ruiz Fabri (H.), « Immatériel, territorialité et État », *A.P.D.*, t. 43 (1999), pp. 187-212, spéc. pp. 191-192 ; Kamto (M.), « Mondialisation et droit », *Revue hellénique de droit international*, vol. 53 (2000/2), pp. 457-485, pp. 477-478 ; Ost (Fr.), « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », », *in* Morand (Ch.-A.) (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, x-477 p., pp. 5-36, pp. 12-16 ; Salmon (J.), « Quelle place pour l'État dans le droit international aujourd'hui ? », *R.C.A.D.I.*, t. 347 (2011), pp. 9-78, pp. 26-27 ; Mouton (J.-D.), « La mondialisation et la notion d'État », *in* S.F.D.I., *L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, 591 p., pp. 11-36, pp. 18-19 ; Casteigts (M.), « La crise existentielle des États entre recomposition de la souveraineté et métamorphoses des frontières », *in* D'Argent (P.), Renders (D.) et Verdussen (M.) (dir.), *Les visages de l'État.* Liber amicorum *Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 886 p., pp. 189-205, spéc. pp. 199-200 ; Bergé (J.-S.), *Les situations en mouvement et le droit*, *op. cit.*, pp. 65-121, parle de cas de « circulations totales au-delà du contrôle » (v. pp. 255-321 sur leur inscription en droit).

[43] Selon l'expression de Chevallier (J.), *L'État*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2011, Coll. « Connaissance du droit », 121 p., pp. 93-95.

[44] Badie (B.), *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Paris, Fayard, Coll. « L'espace du politique », 1995, 276 p., pp. 80-84, qui oppose le communautaire au territorial et relève notamment les flux transnationaux en Afrique dont le cas des Touaregs qui continuent d'incarner la possible fluidité spatiale du politique.

[45] *Ibid.*, pp. 98-100, comme exemple à large échelle du communautaire qui dépasse le territorial bien qu'il le comprenne, ici, comme dimension parmi d'autres. Sur l'*Umma* en droit, « unité personnelle dont le ciment est la foi en une même religion », et les règles (*siyar*) régissant ses interactions avec l'extérieur, v. Laghmani (Sl.), « Islam et droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 428 (2023), pp. 9-127, pp. 64-82 (p. 64 pour la définition) ; S.A.,

finance et l'information[46] qui fusent dans un cyberespace que d'aucuns rêvent sans frontières[47] ; certains se jouent du cadre territorial et font de sa violation un profit par les voies obscures d'une criminalité transnationale en expansion[48] ; d'autres encore s'insèrent dans ce cadre territorial tout en poussant son dépassement, à l'instar des marchandises portées par le libre-échange. Décidément renversé, l'ordre territorial aurait cédé sa place à un nouvel ordre international en recomposition[49], plus en phase avec tout ce mouvement qui semble achever d'emporter l'État territorial relégué à une tradition appartenant à un monde plus simple et révolu[50]. Continuer à penser le droit international par l'État souverain et le territoire serait persister à être, contre l'évidence du mouvement qui les emporte, « one of the borderguards of borders »[51]. Penser le droit international par les frontières impliquerait une posture les défendant en dépit de la réalité.

1998 (9 oct.), *Territorial sovereignty and scope of the dispute (Eritrea and Yemen)*, *R.S.A.*, vol. XXII, pp. 209-332, p. 245, § 130 souligne que « classical islamic law concepts (…) practically ignored the principle of "territorial sovereignty" as it developed among the European powers ».

[46] Ruiz Fabri (H.), « Immatériel, territorialité et État », *op. cit.*, p. 189, constate que ce sont essentiellement ces flux qui questionnent le territoire par l'immatériel.

[47] Le texte fondateur et quasi mythique en la matière est la *Declaration of the Independence of Cyberspace* de John Perry Barlow, émise à Davos le 8 février 1996 et s'adressant aux gouvernements « du monde industriel » pour les maintenir dans le bas monde : « Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. *Cyberspace does not lie within your borders* » (nous soulignons) ; v. plus largement l'étude de Kempf (O.), « Cyberespace et dynamique des frontières », *Inflexions*, n°30 (2015-3), pp. 141-149, pp. 141-143 sur cet aspect que l'auteur nuance par la suite.

[48] La criminalité transnationale est définie par son débordement du cadre d'un seul État (*R.T.N.U.*, vol. 2225, I-39574, *Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée*, art. 3 § 2), et la criminalité organisée qui la conduit est en augmentation selon la Global Initiative Against Transnationalized Organised Crime, *Global Organized Crime Index 2023*, Genève, 2023, 244 p., spéc. p. 46.

[49] V. classiquement Badie (B.), *La fin des territoires*, *op. cit.*, spéc. pp. 132-171 sur la « décomposition du territoire », dont il faut préciser que le titre – vendeur – de l'ouvrage reflète mal sa nuance car quoiqu'insistant avec un certain effet de loupe sur les facteurs et phénomènes de *dépassement* du territoire, d'ailleurs entendu de manière assez rigide comme unité spatiale d'allégeance et de domination politique récusant toute extranéité, il n'en établit pas vraiment la *fin* et en dénonce d'ailleurs de « faux dépassements » (pp. 180-203), la fin alléguée concernant en vérité la territorialité comme clef de l'ordre international et non celle de l'État (territorial).

[50] Un tel point de vue réside par exemple dans Bethlehem (D.), « The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law », *E.J.I.L.*, vol. 25 (2014), pp. 9-24, qui maintient le caractère essentiel de la dimension territoriale du droit international (p. 14) mais y voit « only part, and an increasingly small part, of the picture » car la territorialité (la « géographie ») du droit international « is becoming increasingly less important as people, goods, services, and funds flow across borders » (p. 15). Il ne nous semble pas toutefois que l'auteur démontre une modification « systémique » du *droit* international à partir de ces *faits*, ni qu'il démontre bien son inadéquation profonde, à ce niveau systémique, pour réglementer ces flux qui, passant à toute vitesse, flouteraient la vision de l'internationaliste (p. 18), sauf à le suivre en mêlant obstacles politiques et territorialité du droit (pp. 21-24).

[51] Landauer (C.), « The Ever-Ending Geography of International Law: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law: A Reply to Daniel Bethlehem », *E.J.I.L.*, vol. 25 (2014), pp. 31-34, p. 32, qui suit la position de D. Bethlehem dans l'article précité en la radicalisant dans le sens où l'auteur défend que l'ordre juridique international est fait de mouvement depuis ses origines et que le « système » westphalien auquel Bethlehem s'attaque est depuis longtemps dépassé.

14. C'est que même ces frontières, pourtant symboles de ce que l'ordre territorial a de statique, se sont mises à bouger : depuis toujours en suivant les groupes qu'elles détourent[52], mais désormais aussi une fois apparemment fixées, déployant leur expression de limite au-delà de la ligne qui les situe[53] ou se morcelant pour suivre désespérément des flux qui leur échappent. Or cela « produit des ruptures dans la mosaïque des régimes frontaliers et contribue à la formation de nouveaux types de démarcations » qui « commencent à altérer la signification de ce que nous considérons comme des frontières. »[54] Ainsi les garde-côtes déploient-ils le contrôle en haute mer, les douaniers se déplacent-ils dans les aéroports étrangers, et le cyberespace est-il le lieu d'un affrontement contre des flux de données à la localisation fuyante. Il y a donc une remise en question de l'ordre territorial jusque dans son assise frontalière. Le doute est toutefois permis quant à la profondeur de cette remise en question, au moins en ce que le dernier mouvement, celui de la frontière, semble paradoxalement être celui du contrôle qui se meut pour capter les flux. Autrement dit il y a aussi un mouvement de l'emprise, qui n'est tout compte fait peut-être pas si désemparée et au contraire s'adapte à la force des circulations. Éloignant au moins provisoirement sa disparition certaine, c'est à cette emprise qu'il faut désormais passer comme second terme de la dialectique, encore à dessiner, du mouvant et du statique, qui travaille la question du contrôle des frontières.

II. Emprise

15. Née du mouvement, l'histoire du peuplement terrestre voit « beaucoup plus la stabilité que la diffusion »[55], où les échanges se greffèrent sur des foyers de peuplement nourris de la natalité et des migrations. Des groupes se forment et s'organisent en commun, s'affirment, et, ce faisant, tracent des frontières, car « l'être, la pensée et la limite sont absolument

---

[52] Ancel (J.), « Les frontières – Etude de géographie politique », *op. cit.*, p. 208 : « La frontière ne peut s'étudier en soi, mais par rapport aux groupes qu'elle sépare. Or ces groupes ne sont pas immobiles. La frontière n'est donc jamais déterminée par la nature ni par l'homme. Elle vit avec les groupes, évolue avec eux, est fonction d'un équilibre ».

[53] Matringe (J.), « Les frontières, entre logique territoriale et logique personnelle », Pataut (E.) (dir.), *État(s) des frontières*, Paris, Pedone, Coll. « Perspectives internationales », n° 37, 2017, 201 p., pp. 187-199, pp. 191-194 sur la « déterritorialisation » de la frontière (bien qu'il faille nuancer le terme, car c'est toujours le territoire qui est protégé et démarqué par cette frontière mouvante) ; ce débordement du contrôle frontalier par rapport à son cadre originel, territorial, est étudié dans la 1re partie de cette étude, Titre 1, Chapitre 2, Section 1 et Section 2 § 2.

[54] Sassen (S.), *La globalisation. Une sociologie*, Paris, Gallimard, Coll. « *nrf* essais », 2009, trad. fr. Guglielmina (P.), 341 p., p. 224, où l'auteure note également que cela remet en cause l'assimilation stricte de la frontière à la ligne fixe détourant l'État-nation, la globalisation causant à cet égard une « désagrégation réelle et heuristique de la "frontière" » (le propos est développé pp. 224-236).

[55] Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 22, qui retient (seulement) deux grands moments de diffusion : la dernière glaciation, achevée autour de – 12 000 avant notre ère, et les deux derniers siècles où la mondialisation commença à battre son plein.

solidaires »[56]. À la circulation s'oppose la sédentarité associée à l'ordre et à la sécurité, et avec eux le contrôle frontalier qui entend les exprimer. Là est la seconde ligne de force du sujet : le contrôle n'existe qu'en réponse au mouvement, mais également comme l'affirmation d'une emprise spatiale. Entendue comme le fait de domination de l'espace territorial dont le contrôle frontalier n'est que l'une des manifestations, l'emprise est ici établie par le politique (A), dont l'affirmation du modèle territorial fonde l'ordre du droit international (B).

A. L'emprise du politique

16. L'emprise du politique sur l'espace est une constante de la vie sociale depuis la sédentarité (1), et donne à voir l'ancienneté de son corollaire qu'est la prétention du contrôle (frontalier) pour défendre un espace vis-à-vis de l'Autre (2).

1. La constance de l'emprise dans la vie des peuples

17. La frontière rigide de l'État est « une notion toute récente »[57] mais l'emprise spatiale dont elle est née s'inscrit dans le temps long de l'histoire humaine[58] et donne la mesure de l'idée dont le contrôle frontalier contemporain peut se réclamer. Cessant leur marche sans fin en quête d'une subsistance incertaine, certains peuples se sont sédentarisés en trouvant cette subsistance dans la fertilité du sol. L'agriculture est née[59], s'est répandue[60], « l'arpenteur défiant traça de longs sillons pour limiter les champs »[61] et son nouveau mode d'existence trouva dans la terre

---

[56] Alland (D.), « Le droit international sans Terminus ? Réflexions sur la délimitation », *in* S.F.D.I., *Droit des frontières internationales*, Louvain-la-Neuve, Journées franco-allemandes, Paris, Pedone, 2016, 322 p., pp. 7-41, p. 13.

[57] Ancel (J.), *Géographie des frontières*, Paris, Gallimard, 1938, xi-209 p., p. 182, qui souligne que Rome ou le Moyen-Âge ne l'ont pas connue sous forme de « barrière rigoureuse que deux groupes voisins opposent à la pénétration réciproque ».

[58] Foucher (M.), *Fronts et frontières. Un tour du monde géopolitique*, Paris, Fayard, 2nde éd., 1991, 691 p., pp. 57-74, qui souligne que le découpage du monde n'est pas chose exclusivement européenne ; Febvre (L.), « Frontière », *Bulletin du Centre international de synthèse. Section de synthèse historique*, 1928/1, pp. 31-44, pp. 35-38 avec des variations selon les entités : « Il y avait des frontières avant qu'on ne les baptise de ce nom » (p. 35) ; Schoenborn (W.), « La nature juridique du territoire », *R.C.A.D.I.* vol. 30 (1929), pp. 81-189, pp. 92-102 (territoire) et 127-131 (frontière) ; Reeves (J. S.), « International Boundaries », *A.J.I.L.* vol. 38, n° 4 (1944), pp. 533-545, p. 534 où l'auteur remonte à la Grèce antique ; et Dauvillier (J.), « Aux origines des notions d'État et de souveraineté sur un territoire », *in Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, 809 p., pp. 153-221, qui lui remonte au paléolithique.

[59] Chanda (N.), *Au commencement était la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 43-45 ; Dauvillier (J.), « Aux origines des notions d'État et de souveraineté sur un territoire », *op. cit.*, p. 157 : « En défrichant les forêts et en mettant les terres en culture, l'homme néolithique affirme et étend sa mainmise sur la terre. » Sur la place de l'agriculture dans l'affirmation de l'emprise (contre le nomade), v. not. Alland (D.), « Le droit international sans Terminus ? Réflexions sur la délimitation », *op. cit.*, pp. 12-13, note 14, qui sans développer ce « thème fondamental » en donne de solides clefs d'appréciation.

[60] Demoule (J.-P.), *Homo Migrans*, *op. cit.*, pp. 43-79 sur la « colonisation agricole » du monde au néolithique.

[61] Ovide, *Métamorphoses*, I, 135-136, présenté comme une chute de l'humanité, moment inaugural du quatrième et dernier âge, l'âge de fer, où l'homme passe de la félicité sur la terre commune à la vilénie, puisant dans la terre « les trésors qui provoquent nos malheurs », l'or et le fer qui engendrent la guerre (Paris, Gallimard, Coll. « Folio classique », 1992, trad. fr. Lafaye (G.), 621 p., p. 47).

une protection et des forces qui devaient alimenter une grande partie du mouvement qui vient d'être vu[62]. L'emprise découle ainsi de la pulsion vitale de la faim[63] à l'instar du mouvement, mais aussi de celle de la sécurité[64] qui ne finira plus de l'affermir. En affirmant leur emprise sur un espace, les sociétés se murent et entendent de protéger contre le mouvement extérieur, étranger. En effet la société ainsi établie dans le sol a défendu ses champs détourés contre l'élevage circulant[65], et plus encore contre le danger redouté de l'extérieur[66] : les villes de l'Empire macédonien se fortifièrent contre les tribus alentours[67], de même que l'Empire chinois bâtit une Grande muraille au contact des steppes nomadiques[68], ou encore que Rome repoussa les « Barbares » par le *limes*[69] et mura l'espace avec la Perse contre les nomades du Caucase[70]. Tout cela avec, en fil rouge, un renforcement du fait historique de contrôle par l'imaginaire : « la crainte des destructeurs du monde et la manière de les contenir, grâce à des murailles, derrière les montagnes d'Orient sont des thèmes qui traversent le monde antique »[71].

18. L'emprise entend ainsi assurer la sécurité du peuple. La terre qui l'accueille apparaît finalement comme socle de l'ordre, elle qui « porte sur son sol ferme des haies et des clôtures, des bornes, des murs, des maisons et d'autres bâtiments. C'est là que les ordres et les localisations de la vie en société se voient au grand jour. »[72] Cela car l'être humain vit dans un

---

[62] Chanda (N.), *Au commencement était la mondialisation.*, *op. cit.*, p. 45, « l'agriculture apportait (…) quatre moteurs initiaux de l'interconnexion : la migration, le commerce, la religion et le pouvoir conquérant d'un État. »

[63] Tourme Jouannet (E.), *Le droit international, le capitalisme et la terre. Histoire des accaparements de terres d'hier à aujourd'hui*, Bruxelles, Bruylant, 2021, 412 p., spéc. pp. 41-49 souligne ce rôle de la faim au XVIIIe s. dans la mise en place du système capitaliste rationalisant la terre, que le droit des gens suivra dans l'entreprise européenne d'appropriation et exploitation des terres au-delà de ses frontières.

[64] Gottmann (J.), *The Significance of Territory*, Charlottesville, The University Press of Virginia, 1973, x-169 p., p. 1, ce sont les deux éléments qui ouvrent le propos.

[65] Le plus ancien mur frontalier découvert remonte à quatre millénaires pour délimiter les agriculteurs des éleveurs nomades, selon les informations de Rosière (St.), *Frontières de fer. Le cloisonnement du monde*, Paris, Syllepse, Coll. « Arguments et mouvements », 2020, 181 p., p. 20 (mur découvert en 2010 en Syrie).

[66] Comme le note Demoule (J.-P.), *Homo Migrans*., *op. cit.*, pp. 61-65, la fortification de l'espace commence dès le néolithique, et avec elle naît la violence *organisée*, la guerre, selon ses premières traces archéologiques.

[67] Frankopan (P.), *Les routes de la soie*, *op. cit.*, p. 31.

[68] Frankopan (P.), *Les routes de la soie*, *op. cit.*, p. 31 ; Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 307 ; Quétel (Cl.), *Histoire des murs*, Paris, Perrin, 2014, Coll. « Tempus », 318 p., pp. 13-31 ; Foucher (M.), *Fronts et frontières.*, *op. cit.*, pp. 65-67 souligne que les murailles chinoises eurent aussi une fonction interne d'affirmation politique pour l'unification de l'État.

[69] Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 307 ; Quétel (Cl.), *Histoire des murs*, *op. cit.*, pp. 31-46, qui rend compte de la complexité du *limes* dont le visage change dans l'espace et le temps.

[70] Frankopan (P.), *Les routes de la soie*, *op. cit.*, pp. 87-88, qui rapporte cette construction d'un « mur massif de fortification qui courait sur près de 200 kilomètres entre les mers Caspienne et Noire, pour protéger l'intérieur de la Perse des attaques, servir de barrière physique entre le monde ordonné du Sud et le chaos du Nord. » Le mur était doté de trente forts qui le jalonnaient, d'un canal profond de cinq mètres qui le bordait, et de 30 000 soldats qui le gardaient.

[71] *Ibid.*, p. 166.

[72] Schmitt (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du* Jus Publicum Europaeum *(1950),* Paris, PUF, 2[e] éd., Coll. « Quadrige », 2012, trad. fr. Deroche-Gurcel (L.) révisée par Haggenmacher (P.), 363 p., p. 47.

monde de mouvement qu'il cherche à ordonner, à façonner, et « [c]e monde façonné par l'homme est conditionné en profondeur et jusqu'au niveau conceptuel par la clôture, l'enceinte, la frontière. »[73] Comme institution de l'ordre, le politique est donc intimement lié à l'emprise, comme son antique modèle de la Cité donnait déjà à le voir en s'inscrivant dans l'espace[74], sur la « terre » qui donnera plus tard le « *terr*itoire »[75].

2. Le corollaire du contrôle de l'accès à l'espace

19. Ainsi situé dans l'espace où il se définit en partie, le politique s'y exprime par le contrôle de l'accès au territoire[76], comme affirmation de son identité par la maîtrise de ses relations. Au moins logé en dernier recours dans l'action de remparts défendant la cité où il doit rendre « le passage difficile pour les ennemis et facile pour les amis »[77], ce contrôle, qui concernera les frontières contemporaines lorsqu'elles seront tracées, a pu prendre diverses formes au cours de l'histoire : il y a déjà deux mille ans quant aux commerçant venant en Chine[78] ou aux documents arrivant au Pirée[79], il y a mille cinq cents ans dans le rejet d'ambassadeurs pontificaux aux

---

[73] *Ibid.*, p. 78 (à propos du *nomos* comme mesure ordonnatrice originelle, fondatrice de la régulation sociale et juridique, à teneur spatiale).

[74] Badie (B.), *La fin des territoires*, *op. cit.*, pp. 17-18 sur cette emprise comme « construction sociale du territoire de la Cité [qui] transcende les histoires comme les cultures », à la nuance près qu'elle échoue selon l'auteur à créer un ordre au vu de la dispersion de ses modalités. Sur la Grèce, v. dans les faits les écrits de Hansen (M. H.), *Polis. Une introduction à la cité grecque*, Paris, Les Belles Lettres, 2008, Coll. « Histoire », trad. fr. Regnot (Fr.), 280 p., pp. 41 (importance de la fortification), 54 (fortification dans l'étymologie de la *polis*), 91-92, 116 et 126 (présence de remparts pour la défense), Rousset (D.), « Les frontières des cités grecques. Premières réflexions à partir du recueil des documents épigraphiques », *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, 1994-V, pp. 97-126 (très informatif), Foucher (M.), *Fronts et frontières*, *op. cit.*, pp. 61-63, et dans la pensée le projet platonicien des *Lois*, où la défense du territoire fait partie des fonctions allouées aux magistratures (*Les Lois*, VI, 760b-761b (*Livres I à VI*, Paris, Flammarion, 2006, trad. fr. Brisson (L.) et Pradeau (J.-Fr.), 459 p., pp. 296-297)) comme chez Aristote (*Les Politiques*, 1322a, et 1330b-1331a sur le rôle des fortifications et remparts pour défendre la cité (Paris, GF Flammarion, 2015, trad. et prés. Pellegrin (P.), 589 p., pp. 452 et 492-493).

[75] « Territoire », in Rey (A.) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2012, 3 t., xvii-4168 p., p. 3635, le terme est emprunté au latin classique *territorium*, « étendue sur laquelle vit un groupe humain », dérivé de *terra*, la terre, et se répand au XVIIIe s. où il « désigne d'abord une étendue de terrain sur laquelle est établie une collectivité, spécialement qui relève d'une juridiction (1680), de l'autorité d'un État (1756) ». D'autres étymologies possibles sont discutées par Khan (D.-E.), « Territory Taking Centre Stage in International Law: Some Preliminary Thoughts on the Rise of Territoriality to the Bedrock of Modern Statehood », *in* S.F.D.I., *Droit des frontières internationales*, *op. cit.*, pp. 57-59, à savoir la « terreur », ou la *torium*, c'est-à-dire la tour comme bâtiment circulaire et position de force.

[76] Gottmann (J.), *The Significance of Territory*, *op. cit.*, p. 9 : « Accessibility is, of course, the central and most permanent problem, as well as the indirect reason for the partioning of space, regulating the conditions of access. (…) Accessibility in space is organized, at all times in history, to serve political aims, and one of the major aims of politics is to regulate conditions of access. »

[77] Platon, *Les Lois*, VI, 761a (*op. cit.*, p. 297).

[78] Frankopan (P.), *Les routes de la soie*, *op. cit.*, pp. 39-40, qui relève une collection de 35 000 textes pour la seule ville de Xuanquan, où furent archivées toutes les allées et venues à ces portes de la Chine d'alors, avec octrois de laissez-passer et surveillance de l'itinéraire.

[79] Plaute, *Les Trois Écus*, Acte III, Scène III, où les douanes apparaissent dans le cadre d'une ruse car leur action expliquerait que des lettres soient décachetées, ce que Pierre Grimal explique par ce qu'« [a]u Pirée existait un service de police qui avait le droit d'ouvrir la correspondance privée et contrôlait l'expédition et l'arrivée des papiers bancaires » (*Théâtre complet II*, Paris, Gallimard, Coll. « Folio classique », trad. fr. Grimal (P.), 565 p., p. 458, et note 1, p. 559).

frontières de l'Empire byzantin[80], ou encore au cours des siècles dans un certain isolationnisme verrouillant le territoire comme le montrent la scission de l'Amérique précolombienne par des forteresses isolant Incas et Aztèques[81], le Japon des Tokugawa qui rejeta commerce et christianisme venus d'Europe par le *sakoku*, « fermeture du pays à la chaîne » qui bannit les étrangers[82], la Chine qui tint le commerce européen à distance en ne lui ouvrant que le seul port de Canton jusqu'à l'exclure pour l'opium[83], ou encore l'U.R.S.S. qui à ses débuts s'entoura de « zones interdites » contre l'étranger « perçu de manière générique comme un intrus et un fouineur »[84] et fit ainsi du garde-frontière un héros protecteur de la Révolution contre l'encerclement du « passé » capitaliste[85]. Et s'il n'y a guère que la Corée du Nord pour donner à voir aujourd'hui un isolationnisme voulu et aussi rigide[86], ce jalonnement de l'histoire des sociétés par le repli montre au moins que la poursuite de la mondialisation n'est aucunement inévitable, ni par ailleurs inaltérée[87]. En effet parallèlement à ces fermetures nettement marquées, un certain protectionnisme n'a jamais cessé de répondre au libre-échange[88] et est en

---

[80] Drocourt (N.), *L'autre Empire du Milieu. La diplomatie byzantine (VIIe-XIIe siècle)*, Rennes, P.U.R., 2023, Coll. « Histoire », 307 p., p. 151.

[81] Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 76.

[82] *Ibid.*, p. 31, avec la note de bas de page ; Reischauer (E. O.), *Histoire du Japon et des Japonais. 1. Des origines à 1945*, Paris, Éditions du Seuil, 3e éd., 1997, trad. fr. Dubreuil (R.), Coll. « Points histoire », 257 p., pp. 111-115.

[83] Fairbank (J. K.) et Goldman (M.), *Histoire de la Chine. Des origines à nos jours*, Paris, Tallandier, 2019, Coll. « Texto », trad. fr. Duran (S.), 750 p., pp. 288-291 (restriction du commerce extérieur) et 293-297 (crispation autour de l'opium).

[84] Dullin (S.), *La frontière épaisse. Aux origines des politiques soviétiques (1920-1940)*, Paris, Éditions EHESS, Coll. « En temps & lieux », 2014, 356 p., p. 239, et pp. 242-249 : celui qui part est un traître, celui qui vient un espion.

[85] *Ibid.*, spéc. pp. 27-81 sur la figure du garde-frontière, dont Nikita Karatsupa et son chien Ingus furent l'incarnation vivante dans l'imaginaire soviétique à partir de la fin des années 1930 (pp. 40-42) ; Chandler (A.), *Institutions of Isolation. Border Controls in the Soviet Union and Its Successor States, 1917-1993*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1998, 205 p., p. 17 sur le contrôle des frontières au service de l'affirmation d'un État des travailleurs protégeant la propriété socialiste.

[86] Encore qu'il puisse être défendu qu'il n'y a pas plus interconnecté que cet État dans la mesure où tous ses choix sont conditionnés par le maintien de l'isolationnisme, et donc par l'interconnexion bien que ce soit par son rejet (noté par Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 245, note 1).

[87] Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 227-272. Parlant des « limites du monde », l'auteur voit dans le « court XXe siècle » le témoignage que la mondialisation est réversible, grevée en l'occurrence de nationalismes durcis et d'une séparation mondiale Est/Ouest, et considère que le système spatial du Monde contemporain est restreint par sa logique même, où les singularités politiques répondent au Tout économique.

[88] La lecture du panorama dressé par Laïdi (A.), *Histoire mondiale du protectionnisme*, Paris, Passés composés, 2022, 446 p., est sans appel sur ce point : à travers l'histoire économique mondiale et celle des divers produits choisis – café, sel, blé, chimie, métaux… –, il est constant qu'à toutes les secousses et quelle que soit l'époque, la frontière est appelée sous une forme ou une autre (tarifs douaniers, contingentements ou prohibition) afin de protéger l'économie nationale ou régionale, car c'est la part irréductible de politique dans l'économique (p. 17) qui réside dans cette protection, et celle-ci travailla d'ailleurs les débuts du commerce en droit international en l'absence de protection du mouvement (Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 351 p., pp. 63 (XVIIIe s.) et 178-182 (XIXe s.)). Pour une étude de cas contemporaine au vu du droit international, v. Dufour (G.) et Ducasse (D.), « "America First" and the return of economic isolationism and nationalism to the United States: a historic turning point for international trade law », *A.Can.D.I.*, vol. 57 (2019), pp. 223-255.

augmentation constante depuis maintenant des années[89], de sorte que « l'environnement commercial mondial paraît de plus en plus fragile, incertain, précaire »[90]. Plus encore, sur le plan migratoire, un durcissement de l'emprise entend répondre aux circulations humaines par la construction de murs[91] : la « teichopolitique » ou politique de cloisonnement[92] durcit l'espace par la matière et la technique[93], de l'agressivité primaire du barbelé[94] à la sophistication des satellites qui arment la frontière. Des politiques de rejet sont opposées aux migrants dont les morts sur les routes sont évaluées à plusieurs milliers par an[95], au vu desquelles la frontière apparaît dans toute sa violence lorsqu'elle est sous la seule détermination de l'emprise s'affirmant *contre* autrui[96]. Les êtres humains continuent ainsi de bâtir et de se fortifier à l'ère des flux et de l'immatériel, parfois contre le mouvement mondialisé perçu comme décuplant

---

[89] V. le rapport annuel de la Directrice générale de l'O.M.C., *Tour d'horizon de l'environnement commercial international*, 20 nov. 2024, doc. O.M.C. WT/TPR/OV/27, § 3.21 : « Le nombre de restrictions à l'importation en vigueur est en augmentation constante depuis 2009 – en termes de valeur et de pourcentage des importations mondiales. » Des données actualisées se trouvent dans la base établie par *Global Trade Alert*, disponible en ligne : https://globaltradealert.org/

[90] Discours du 11 décembre 2024 de la directrice générale de l'O.M.C. Okonjo-Iweala, *Réunion formelle de l'OEPC — Rapport de suivi du commerce de l'OMC*, disponible en ligne sur https://www.wto.org/french/news_f/spno_f/spno53_f.htm

[91] Pour un panorama de ces murs, v. Foucher (M.), « La vision géopolitique : objectifs et efficacité des murs et des clôtures », *in* Sorel (J.-M.) (dir.), *Les Murs et le droit international*, Paris, Pedone, Coll. « Cahiers internationaux », 2010, 202 p., pp. 37-45, et du même auteur, plus développé, *L'obsession des frontières*, Paris, Perrin, 2012, Coll. « Tempus », 219 p., pp. 75-113 ; et pour une appréhension juridique du phénomène, Salinas de Frías (A.), « Security and border walls/fences in contemporary International Law », *S.Y.I.L.*, vol. 23 (2019), pp. 319-341.

[92] Le néologisme est de Rosière (St.), *Frontières de fer*, *op. cit.*, p. 14, désignant « toute politique fondée sur la construction de "murs" ou de dispositifs de cloisonnement de l'espace », fondé sur « *teichos* », la « muraille » de la cité chez les Grecs anciens.

[93] *Ibid.*, pp. 56-66 sur la « morphologie des barrières », faites parfois de pierre et de métal, mais aussi d'équipements technologiques, car « l'usage d'une technologie ancestrale (la barrière) n'empêche pas l'adjonction de technologies beaucoup plus modernes (caméras thermiques, capteurs, drones, sur les lignes frontières, etc.) » (p. 97). Des développements concernant le matériel du contrôle des frontières figurent *infra* aux paragraphes 454-457, et v. l'entrée « technologie » de l'index thématique.

[94] Razac (O.), *Histoire politique du barbelé*, Paris, Flammarion, Coll. « Champs. Essais », 2009, 240 p., p. 24 où l'auteur explique le succès du barbelé par la légèreté de sa production et de son utilisation combinée à ce que « son agressivité repousse les animaux et les hommes bien mieux que ne le ferait un mur », agressivité soulignée ensuite dans ses développements, qui fait qu'il « intensifie le partage entre le dedans et le dehors » (p. 87) et notamment sur les frontières ou clôtures entre États et peuples, où le barbelé peut d'ailleurs s'accentuer par son électrification ou l'aiguisage de ses dents en rasoirs (pp. 163-174) comme encore dans les camps de migrants et réfugiés (pp. 178-181) qui comme camps sont « symboles de la violence politique extrême » (p. 189).

[95] Les chiffres de référence sont donnés par le Projet migrants disparus tenu par l'Organisation internationale des migrations, qui évalue les morts à plus de 74 000 depuis 2014 (disponible en ligne : https://missingmigrants.iom.int/fr [dernière consultation le 29 avril 2025]). Sur ce sujet, v. aussi le n° 38 (juin 2024) de la revue *De facto* publiée par l'Institut Convergence Migrations du CNRS, « "People not numbers" Retrouver la trace des morts aux frontières », disponible en ligne sur https://www.icmigrations.cnrs.fr/wp-content/uploads/2024/07/DF-38_Vdef.pdf.

[96] Sur la violence de la frontière sur l'être humain, v. les développements *infra* aux paragraphes 275-279. Des données à ce propos peuvent être trouvées quant à l'Europe sur le site du projet https://borderviolence.eu/.

les routes et leur fréquentation par l'étranger migrant[97] qui éveille des peurs obsidionales[98], d'autres fois en réaction à la crispation d'un voisinage proche avec lequel le mur incarne le différend figé[99]. Ainsi certaines frontières sont encore aujourd'hui verrouillées[100], entravant les circulations par 25.000 kilomètres de barrières à travers le monde[101] doublés de mesures vouées à figer une partie de la vie internationale. Apparemment questionnée par la force du mouvement mondialisé que nous avons vu dans un premier temps, l'emprise n'a donc à tout le moins pas complètement disparu mais est bien plutôt maintenue, parfois jusqu'à l'excès, par les États, qui l'ont logée au fondement du droit international.

B. L'emprise en droit international

20. L'emprise du politique pose le contrôle des frontières dans ce qu'il a d'unilatéral, c'est-à-dire comme action par laquelle l'État s'affirme contre le tiers. Or cette emprise est transcrite au fondement du droit international, donnant toute sa force au contrôle frontalier en ce qu'il est une expression (2) du fondement territorial de l'ordre interétatique (1).

1. L'emprise territoriale au fondement de l'ordre interétatique

21. S'imposant comme figure dominante de la longue lignée du politique ci-dessus évoquée, l'État, « corporation sédentaire à base territoriale »[102], a scellé l'emprise par le territoire. Ce « territoire » est ici à entendre comme une forme construite du phénomène plus large de l'emprise, une forme qui « fait sens sur le plan politique en tant que mode de *contrôle* sur les

---

[97] Les études de ces murs en matière migratoire sont légion. V. pour une première approche Quétel (Cl.), *Histoire des murs*, *op. cit.*, pp. 243-267 ; Razac (O.), *Histoire politique du barbelé*, *op. cit.*, pp. 169-174 ; pour une étude de cas, v. Saddiki (S.), « Les clôtures de Ceuta et de Melilla – Une frontière européenne multidimensionnelle », *Etudes internationales*, vol. 43/1 (2012), pp. 49-65 ; dans le discours, v. Smolar (P.), « Trump veut "sceller" les frontières des États-Unis », *Le Monde*, 27 janvier 2025, p. 3.

[98] Simonneau (D.), « Militariser la zone-frontière. La légitimation des murs, d'Israël à l'Arizona », *in* Dullin (S.) et Forestier-Peyrat (E.) (dir.), *Les frontières mondialisées*, Paris, PUF – laviedesidées.fr, 2015, 98 p. pp. 59-73, spéc. p. 61 : « Au-delà de la défense du territoire, le recours aux barrières remplirait en démocratie une fonction de théâtralité politique pour rassurer des sociétés angoissées. Le récit dominant est celui d'un État assiégé, mais protecteur qui construit à ses confins une barrière pour se protéger des envahisseurs » (l'idée est développée comme « insoutenable porosité de la zone-frontière », pp. 63-66).

[99] Rosière (St.), *Frontières de fer*, *op. cit.*, pp. 47-53 sur les « barrières » érigées par Israël envers les Palestiniens, le Liban, la Syrie et l'Égypte, par l'Inde envers le Pakistan et le Bangladesh, et par d'autres dans cette « mondialisation des barrières » ; un tour des « frontières conflictuelles » et des « murs contre le terrorisme » est opéré par Quétel (Cl.), *Histoire des murs*, *op. cit.*, pp. 195-242. Enfin, Razac (O.), *Histoire politique du barbelé*, *op. cit.*, pp. 164-169, souligne à propos des frontières contestées « la forme paradoxale d'une clôture éphémère qui devient inamovible », car d'un côté la fortification répond à un état provisoire où la « frontière » doit être indurée pour s'affirmer contre la contestation, mais de l'autre elle crispe cette contestation et gèle la possible acceptation qui pourrait emporter caducité du mur.

[100] Colavitti (R.), « Frontière », *in* Ndior (V.) (dir.), *Dictionnaire de l'actualité internationale*, Paris, Pedone, 2021, 569 p., pp. 278-279.

[101] Rosière (St.), *Frontières de fer*, *op. cit.*, p. 34.

[102] Hauriou (M.), *Principes de droit public (1910)*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, xi-734 p., p. 258.

personnes, les processus ou les relations sociales »[103], imprimant fondamentalement l'espace par le pouvoir « dès lors que sa configuration et son bornage deviennent le principe structurant d'une communauté politique et le moyen discriminant de contrôler une population, de lui imposer une autorité, d'affecter et d'influencer son comportement »[104]. À l'extérieur, cette forme de contrôle se double d'une exclusivité qui conforte l'emprise : elle est manifestation d'une puissance souveraine, c'est-à-dire indépendante et pouvant rejeter l'Autre qui empièterait sur son espace[105]. Alors apparaît la question de l'international : celui-ci étant fait non de l'État mais *d'*État*s*, son ordre est fixé sur *des* emprises, s'excluant mutuellement par leur égale souveraineté, et donc sur un morcellement *a priori* étanche que la mythique paix de Westphalie consacra en reconnaissant par la question religieuse que chacun est maître chez lui[106].

22. L'ordre international territorial organise ainsi une pluralité dont les parties s'excluent mutuellement, et appelle dès lors nécessairement leur découpage. Dans ce cadre, la frontière nette est le « premier besoin de configuration politique »[107] de tout État ; le droit international étant constitué d'une pluralité d'États, la frontière et sa délimitation sont « les conditions de possibilité et de développement » de ce droit[108]. Autrement dit, la frontière est une ligne « inéluctable »[109] pour le droit international car elle est l'expression de ses fondations, faites de

---

[103] Badie (B.), *La fin des territoires*, *op. cit.*, p. 11, et pp. 49-51 où l'auteur insiste sur ce caractère *construit* et non donné de la territorialité, qui est la clef de tout l'ouvrage.

[104] *Ibid.*, p. 12, où l'auteur ajoute qu'ainsi le pouvoir politique s'exerce sur les êtres « par la *médiation* du sol », et pp. 46-47 avec une vue quelque peu rigide sur l'*exclusivité* que le territoire doit revêtir dans cette constitution de l'ordre politique. Dans le même sens, Visscher (Ch. de), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 4e éd., 1970, 450 p., p. 14, notait la « conception toute territoriale du pouvoir » qu'ont les États, et Virally (M.), « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 183 (1983), pp. 9-382, p. 48, qui, à propos de l'État, écrit qu'il « se présente (…) fondamentalement comme un pouvoir territorial, dépendant de la maîtrise du territoire, c'est-à-dire de l'espace à l'intérieur duquel il s'est établi, et tendant constamment à perpétuer, voire à renforcer, cette maîtrise. »

[105] Badie (B.), *La fin des territoires*, *op. cit.*, pp. 40-41. Des développements à cet égard sur la souveraineté territoriale figurent *infra*, 1re partie, Titre 1, Chapitre 1.

[106] Gottmann (J.), *The Significance of Territory*, *op. cit.*, p. 47, note que la relation nette entre souveraineté et territoire devra encore s'affermir au cours des XVIIe-XVIIIe siècles, mais que la paix de Westphalie peut être considérée comme en étant le « prologue ». Sur la naissance plus tardive du droit international comme système entre États souverains selon un « modèle vattelien » dont Westphalie était au mieux l'embryon, v. les clarifications de Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*, *op. cit.*, pp. 15-23.

[107] Lapradelle (P. (de)), *La frontière. Etude de droit international*, Paris, Les éditions internationales, 1928, 368 p., p. 55.

[108] Alland (D.), « Le droit international sans Terminus ? Réflexions sur la délimitation », *op. cit.*, p. 15, et du même auteur *Les 100 mots du droit international*, Paris, PUF, 2021, Coll. « Que Sais-Je ? », 127 p., pp. 60-61.

[109] Blumann (Cl.), « Frontières et limites », *in* S.F.D.I., *La frontière*, Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 1980, viii-304 p., pp. 3-33, p. 8.

souverainetés territoriales[110]. S'inscrivant dans la longue histoire de l'emprise[111], l'idéal de la frontière rigide et linéaire que le droit international connaît aujourd'hui est ainsi consubstantiel à l'affirmation de l'État qui fera le droit international contemporain : apparaissant avec la modernité rationaliste[112] et la forme de l'État-Nation qui cherche à tracer la netteté de son identité dans l'espace[113], la frontière linéaire incarne le contact de *souverainetés*[114]. À travers leurs conflits, les différentes déterminations unilatérales qui poursuivent cette quête de netteté par l'affirmation de leur souveraineté affinent ainsi ce qui était encore un « espace granulaire, discontinu, sans structure fixe, dissocié par des trouées où passent et repassent les armées »[115],

---

[110] C.I.J., 1994 (3 févr.), *Différend territorial* (*Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad*), *C.I.J. Rec.* 1994, p. 26, § 52 : « "Définir" un territoire signifie définir ses frontières. » Le propos de ce développement est assez commun, v. encore l'ouverture de l'étude de Giuliano (M.), « Lo Stato, il territorio e la sovranità territoriale », *Communicazioni e studi*, vol. VI (1954), pp. 19-54, pp. 21-22.

[111] Outre le bref récolement opéré ci-dessus, v. les prodromes du concept contemporain de frontière dressées par Blois (Cl. de), *La construction du concept moderne de frontière terrestre en France : des traités de Westphalie au traité de Paris (1648-1815)*, Thèse Université de Paris, 2021, dir. A. Vergne, 828 p., pp. 24-37.

[112] Sur la rationalisation de la frontière, v. *ibid.*, pp. 429-502. La cartographie est ici d'une importance première (v. encore pp. 18-23) dans le même ouvrage), comme le notait Ancel (J.), *Géographie des frontières*, *op. cit.*, p. 66, « Durant tout le moyen âge la frontière n'est qu'une fiction. Comment pouvait-il en être autrement puisque manquait toute figuration cartographique précise ? Ce fut la Renaissance qui, créant la carte, *provoqua la projection matérielle de l'idée*. Et l'esprit de simplification, trait manifeste de la civilisation moderne, amène des tracés visibles précis : frontière linéaire, frontière "naturelle" » (sur le rôle de la carte, v. aussi Nordman (D.), *Frontières de France. De l'espace au territoire. XVIe – XIXe siècle*, Paris, Gallimard, 1998, Coll. « Bibliothèque des Histoires », 644 p., pp. 384-386, et Amilhat Szary (A.-L.), *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, Paris, PUF, 2015, 160 p., pp. 20-21). Sous d'autres cieux philosophiques, l'usage de la cartographie pour la « mise en mémoire des frontières » est notée à propos de la Chine par Foucher (M.), *Fronts et frontières*, *op. cit.*, pp. 67-68, et pp. 83-84 sur la place de la cartographie en France.

[113] Amilhat Szary (A.-L.), *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, *op. cit.*, pp. 16-18 sur la « triple équivalence qui va acquérir une nature tautologique » : État-territoire-frontière, avec le liant de la nation ; Jones (St. B.), *Boundary-Making. A handbook for statesmen, treaty editors and boundary commissioners*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1945, xv-268 p., p. 4, note que la nation est devenue l'idéal politique dominant pour guider le tracé de la frontière ; Redslob (R.), « Le principe des nationalités », *R.C.A.D.I.*, vol. 37 (1931), pp. 1-82, pp. 6-9 sur les origines de la nation dans la liberté individuelle du rationalisme appliquée à l'échelle du peuple, qui doit ainsi pouvoir *se* définir et délimiter l'État selon ce nouveau principe des nationalités qui agit comme « une loi régulatrice des frontières » (p. 8) ; et plus récemment. La place de la France dans cette histoire est particulièrement importante, et il faut renvoyer à la somme de Nordman (D.), *Frontières de France*, *op. cit.*, (qui, p. 234, reproduit la célèbre lettre de Vauban à Louvois, surintendant des Bâtiments du Roi, suggérant que le Roi « song[e] à faire son "pré quarré" » en alignant les places fortes au lieu de les disséminer par-ci par-là dans une confusion néfaste, ce qui introduit « en somme une théorie de la frontière comme seule limite » (D. Nordman), bien que non encore linéaire (pp. 244-253 sur la frontière selon Vauban)), ainsi qu'à la thèse de Blois (Cl. de), *La construction du concept moderne de frontière…*, *op. cit.*, ou pour un récit plus ramassé à Foucher (M.), *Fronts et frontières*, *op. cit.*, pp. 75-98. En droit international, v. la reprise du récit par exemple chez Visscher (Ch. de), *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 14, Blumann (Cl.), « Frontières et limites », *op. cit.*, pp. 3-4, ou encore Sorel (J.-M.), « Frontière », *Répertoire de droit international Dalloz*, 2017, §§ 8 et 10.

[114] Blois (Cl. de), *La construction du concept moderne de frontière…*, *op. cit.*, not. pp. 57-58.

[115] Nordman (D.), *Frontières de France*, *op. cit.*, p. 45.

jusqu'à fixer une frontière-ligne par accord[116] voire l'actualiser par des bornes[117] car le tranchant de la frontière doit « rectifie[r] tous [l]es confins »[118]. L'histoire se conjugue ainsi à la géographie : la frontière est « du Temps inscrit dans l'Espace »[119], expression la plus dense de l'ordre territorial qui en résulte[120].

23. D'abord régional car propre à l'embranchement européen de l'histoire de l'emprise, ce modèle territorial avec délimitation linéaire a tôt fait de s'imposer à l'échelle mondiale par la force de l'Europe qui, déterminant alors seule le droit international, y inscrit ce modèle contre ses concurrents plus souples[121], impulsant une « géodésie planétaire » qui découpe le monde en souverainetés par la technique de la frontière-ligne[122]. Par son abstraction, le droit international

---

[116] Foucher (M.), *Fronts et frontières*, *op. cit.*, pp. 70-74, qui situe « au cours du XVIIe siècle et sur les contours des Empires (…) les premiers règlements frontaliers négociés, entre des États de structure idéologique différente et en lutte, mais qui devaient renoncer, provisoirement, à des pratiques de frontière dynamique par définition unilatérale » (p. 71), notamment par les guerres russo-turques ; Reeves (J. S.), « International Boundaries », *op. cit.*, p. 537, situe le premier accord fixant une ligne nette à 1659, traité des Pyrénées entre l'Espagne et la France ; Poulpiquet (V. de), *Le territoire chinois*, Paris, L.G.D.J., 1998, xi-235 p., p. 47, situe en 1689 le « bouleversement fondamental dans la politique frontalière chinoise » consistant à conclure un traité frontalier (avec la Russie en l'espèce) au lieu de la détermination unilatérale. Avant cela, v. Gaurier (D.), *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, Rennes, P.U.R., 2014, 1137 p., pp. 110-111 sur la période médiévale (et pp. 265-267 sur la délimitation au XVIIe s. dont il est ici question), et Drocourt (N.), *L'autre Empire du Milieu*, *op. cit.*, pp. 85-88 qui relève un accord de délimitation assez précise bien que non linéaire dès le Xe siècle et un autre au début du XIIe.

[117] V. l'exemple lorrain des XVIe-XVIIe siècles donné par Nordman (D.), *Frontières de France*, *op. cit.*, pp. 222-225, et au-delà l'étude de Bardonnet (D.), « De la "densification" des frontières terrestres en Amérique latine », *Droit et libertés à la fin du XXe siècle. Influence des données économiques et technologiques. Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, pp. 3-44, qui voit dans la « densification » une dernière étape après la délimitation et la démarcation, qui « consiste, dans son principe, à multiplier les bornes, de façon qu'elles soient, de préférence, "intervisibles", dans un secteur de la ligne divisoire insuffisamment jalonnée », « opération complémentaire, rendue parfois indispensable pour l'établissement définitif d'une frontière terrestre précise et claire » (p. 9), ainsi que Blois (Cl. de), *La construction du concept moderne de frontière…*, *op. cit.*, pp. 585-653 pour le cas français.

[118] Nordman (D.), *Frontières de France*, *op. cit.*, p. 363 (à propos de la pratique française dans une série de traités conclus dans la seconde moitié du XVIIIe s.).

[119] Foucher (M.), *Fronts et frontières*, *op. cit.*, p. 532.

[120] Bardonnet (D.), « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé (Problèmes juridiques choisis) », *R.C.A.D.I.* t. 153 (1976), pp. 9-166, pp. 19-21 sur l'intimité entre frontière et ordre territorial.

[121] Sur cette imposition par les « Nations civilisées », v. Tourme Jouannet (E.), *Le droit international, le capitalisme et la terre*, *op. cit.*, pp. 199-202 qui souligne le renforcement du territoire au XIXe s. par son assimilation à l'État et l'imposition universelle du modèle par la force occidentale. Sur la « victoire » juridique du modèle, v. Laghmani (Sl.), « Islam et droit international », *op. cit.*, qui ouvre et ferme son cours sur l'idée qu'il « n'y a pas d'exception islamique » (et notamment pour l'*Umma* par rapport aux territoires) en droit international (p. 122), car là comme ailleurs il y eut un ancien système, impérial, étranger au droit international, que celui-ci a remplacé avec l'égalité souveraine et l'ordre territorial, bien que les velléités impériales perdurent ; Yakemtchouk (R.), « Les frontières africaines », *R.G.D.I.P.* t. 74 (1970), pp. 27-68, p. 58, critique une étude de Flory sur le territoire arabe en ce qu'un prétendu territoire musulman fondé sur un *ius religionis* est inconnu du droit international positif, qui « a pour sujet des États et non pas des communautés d'intérêts idéologiques ».

[122] Sur cette histoire principalement concentrée au XIXe siècle, v. Foucher (M.), *Fronts et frontières*, *op. cit.*, pp. 99-134, qui souligne la contribution majeure des Européens mais apporte une nuance à l'image d'Épinal en soulignant qu'« ils n'ont pas fait cela tout seuls ; ils ont trouvé des traces, des entités, des lignes de clivages préexistantes » et leur œuvre put être remaniée après le départ de leur puissance, de sorte que « [l]ors de cette géodésie planétaire, les Européens n'ont ni tout inventé ni tout découpé » (p. 133).

peut enregistrer cette « froide universalisation »[123] à travers son imposition puis, une fois celle-ci levée par les décolonisations successives, à travers la persistance du modèle frontalier due à la persistance de la souveraineté et au principe de l'*uti possidetis juris* qui entérine l'expansion de ce modèle en faisant de la frontière importée une frontière endossée[124]. Il en résulte un monde des États « cloisonné »[125] par les frontières. Imposées non sans violence, celles-ci y participent aussi de l'ordre et de la paix[126] en vertu de la netteté du rangement opéré par leur continuité[127] et leur précision[128], apportant « pérennité et stabilité »[129] pour neutraliser les frictions de la confusion d'autorités dans l'espace[130]. C'est dans ce cadre, où l'on voit « l'importance de premier plan que revêtent, en droit international et dans les relations internationales, la

---

[123] Badie (B.), *La fin des territoires*, *op. cit.*, p. 69, et plus généralement pp. 52-70 sur la chaleur, par opposition, de la vie riche et complexe des peuples dont l'espace mental et vécu s'irrite contre le cadastre stato-frontalier.

[124] Le principe pose la conservation des frontières coloniales au moment de l'indépendance afin « d'éviter que l'indépendance et la stabilité des nouveaux États ne soient mises en danger par des luttes fratricides nées de la contestation des frontières à la suite du retrait de la puissance administrante » (C.I.J., 1986 (22 déc.), *Différend frontalier* (*Burkina Faso c. Mali*)*, C.I.J. Rec.* 1986, p. 565, § 20, la Chambre considérant qu'il s'agit d'un principe de droit international général) ; pour plus de détails, v. sa présentation par Sorel (J.-M.), « Frontière », *op. cit.*, §§ 12-14). Sur le plan géopolitique, v. la position de M. Foucher qui pointe le « *stéréotype* africain de la frontière, la *frontière de chancellerie* » dont l'artificialité coloniale perdurerait indéfiniment, défendant que la frontière a toujours une part d'artifice et que bien que celle-ci soit accentuée par l'imposition extérieure, ces frontières agissent bien et sont endossées, « configurations exogènes » qui « sont l'objet d'une *redéfinition, endogène* » (*Fronts et frontières*, *op. cit.*, pp. 44-45 (souligné par l'auteur), et la riche partie de l'ouvrage sur l'Afrique, pp. 165-289 ; v. encore, du même auteur, *Frontières d'Afrique. Pour en finir avec un mythe*, Paris, CNRS Éditions, 2020, Coll. « Débats », 64 p.)). Soulignant aussi l'effet de la frontière dans la création de nouvelles identités collectives, v. Yakemtchouk (R.), « Les frontières africaines », *op. cit.*, p. 60.

[125] Dupuy (R.-J.), « Le dédoublement du monde », *R.G.D.I.P.*, t. 100 (1996), pp. 313-321, p. 314, parlant d'un monde du « cloisonnement ».

[126] Lapradelle (P. (de)), *La frontière*, *op. cit.*, pp. 60-61 ; Lachaume (J.-F.), « La frontière-séparation », *in* S.F.D.I., *La frontière*, Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 1980, viii-304 p., pp. 77-94, p. 77 (qui nuance ensuite le propos en soulignant que la frontière peut concentrer des tensions malgré sa fixation) ; Caflisch (L.), « Les frontières, limites et délimitations internationales – Quelle importance aujourd'hui ? », *R.C.A.D.I.*, t. 368 (2014), pp. 9-45, pp. 17 et 21.

[127] C.I.J., 1959 (20 juin), *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières* (*Belgique c. Pays-Bas*), *C.I.J. Rec.* 1959, p. 212, « d'une manière générale la frontière est constituée par une ligne continue ».

[128] C.P.J.I., 1925 (21 nov.), *Article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne (Frontière entre la Turquie et l'Irak)* (avis), Série B, n° 12, p. 20 : il est « de la nature même d'une frontière et de toute convention destinée à établir les frontières entre deux pays, qu'une frontière doit être une délimitation précise dans toute son étendue ». Vattel déjà relevait dans le même sens que « [p]uisque la moindre usurpation sur le territoire d'autrui est une injustice, pour éviter d'y tomber, et pour éloigner tout sujet de discorde, toute occasion de querelle, on doit marquer avec clarté et précision les limites des territoires » (*Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Rey et Gravier, 1838, t. I, xxxix-477 p., II, VII, § 92, p. 337).

[129] C.I.J., 2021 (21 oct.), *Délimitation maritime dans l'océan Indien* (*Somalie c. Kenya*), *C.I.J. Rec.* 2021, p. 57, § 158. Dans l'affaire du *Différend territorial* (*Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad*), *C.I.J. Rec.* 1994, p. 37, § 72, la Cour parle du « principe fondamental de la stabilité des frontières », qui emporte notamment leur survivance aux traités qui les fixent, se référant à son arrêt en l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* (*Cambodge c. Thaïlande*), *C.I.J. Rec.* 1962, p. 34, où elle considéra que « [d]'une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive » (encore repris par S.A., 1977 (18 févr.), *Canal de Beagle (Argentine c. Chili)*, *R.S.A.*, vol. XXI, pp. 53-264, pp. 88-89, § 18).

[130] La pratique s'accommode toutefois d'altérations de toutes ces qualités car le différend n'est jamais loin et la vie des peuples n'est pas sans complexité. C'est l'objet principal du cours de Bardonnet (D.), « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé (Problèmes juridiques choisis) », *op. cit.*, que d'étudier les fluctuations de la pratique quant à l'idée de frontière linéaire, fixe et continue.

souveraineté étatique sur un territoire »[131], que le contrôle frontalier prend place. Au contact du mouvement, le contrôle des frontières active les limites et l'ordre territorial ainsi tracés.

2. L'expression de l'emprise territoriale dans le contrôle des frontières

24. Le monde interétatique est ainsi quadrillé par les emprises. Il n'est pas pour autant figé car le mouvement continue de parcourir la société internationale, et les États activent ainsi leurs frontières par le contrôle, inhérent à l'expression externe de leur souveraineté[132]. En effet, une fois celle-ci délimitée elle doit encore affirmer sa délimitation, soit décider de qui entre et qui sort, de sorte qu'à la question du marquage du territoire les États ajoutent celle du « [c]omment faut-il que ça circule ou que ça ne circule pas ? »[133] Le contrôle de la frontière au sens contemporain, celui de l'État souverain qui filtre les allées et venues sur un territoire marqué de sa puissance exclusive, apparaît ici comme une manifestation récente de l'emprise face au mouvement dans un cadre international dont l'histoire et le droit l'ont rendu structurant. C'est dans ce cadre que le contrôle de la frontière émerge avec la frontière-ligne, puis prend en puissance avec la volonté de contrôle des États souverains grandissant au cours des quatre derniers siècles[134].

---

[131] C.I.J., 2008 (23 mai), *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (*Malaisie c. Singapour*), *C.I.J. Rec.* 2008, p. 51, § 122.

[132] Grasland (Cl.), « Frontière », *in* Ghorra-Gobin (C.) (dir.), *Dictionnaire critique de la mondialisation*, Paris, Armand Colin, 648 p., pp. 313-318, p. 314 : le contrôle de la frontière relève du cœur de l'État wébérien détenteur du monopole de la contrainte légitime, où il apparaît que c'est la « fonction première » de la frontière que d'accueillir et exprimer ce contrôle inhérent à l'État face au monde extérieur ; Foucher (M.), *L'obsession des frontières*, *op. cit.*, p. 23, et « Frontières : rejet, attachement, obsession », *Pouvoirs*, n° 165 (2018/2), pp. 5-14, p. 9 ; Sur (S.), « Lignes et frontières, tout bouge », *Questions internationales. « Le réveil des frontières : des lignes en mouvement »*, n° 79-80 (2016), pp. 4-12, p. 6 sur la sécurité de l'État et de la population par la puissance à la frontière. À noter que la frontière est ainsi l'expression du contrôle mais aussi de son *degré*, comme le note Chandler (A.), *Institutions of Isolation*, *op. cit.*, p. 3 : « Border controls epitomized the power of the Communist party-state, its control of both society and the domestic economy ». L'inhérence du contrôle frontalier à l'Etat comme souverain territorial doté d'une puissance d'agir est développée *infra*, 1re partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

[133] Foucault (M.), *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004, xi-435 p., p. 66, qui envisage plutôt un remplacement qu'une addition de la question, ajoutant que le problème alors est « non plus fixer et marquer le territoire, mais laisser faire les circulations, contrôler les circulations, trier les bonnes et les mauvaises, faire que ça bouge toujours, que ça se déplace sans cesse, que ça aille perpétuellement d'un point à un autre, mais d'une manière telle que les dangers inhérents à cette circulation en soient annulés » (p. 67). L'analyse de Foucault porte ici sur ce qu'il nomme les « technologies de pouvoir » façonnées non plus pour la souveraineté (ancien problème) mais pour la sécurité de la population (v. pp. 22 et 50) nécessaire à la viabilité du libéralisme, tournant situé autour du XVIe au XVIIIe siècles et illustré par le pouvoir sur la circulation urbaine, sur celle du grain pour contrer la disette, et celle de la contagion contre l'épidémie (à noter que le propos s'éloigne ensuite assez vite de ce premier sujet, et avec lui l'intérêt immédiat du cours pour la présente étude). Cette clef est reprise par Razac (O.), *Histoire politique du barbelé*, *op. cit.*, pp. 143-159 qui inscrit le barbelé dans cette « virtualisation des délimitations de l'espace », où il oscille « entre le mur et l'onde » (p. 144) en raison de sa matérialité et de sa souplesse, il exprime le mur tout en l'effaçant par son affinement et sa mobilité.

[134] On ne peut que renvoyer ici aux riches développements de Blois (Cl. de), *La construction du concept moderne de frontière…*, *op. cit.*, pp. 295-356, qui, pour le cas français, situe ce contrôle du XVIIe au XIXe s. avec des prémices dès le XVIe, et considère la frontière comme lieu d'affirmation de la souveraineté qui y trouve un outil

25. C'est ainsi que l'emprise répond au mouvement, d'abord par la puissance qu'elle oppose au mouvement mondialisé. L'emprise résiste par la puissance car outre le durcissement de la ligne elle-même, dont il a déjà été question, le mouvement de la frontière évoqué plus haut, par exemple par l'action des garde-côtes en haute mer, ne la déstabilise pas mais au contraire l'« épaissit »[135] : son contrôle, qui exprime la frontière par l'action de protection du territoire vis-à-vis de l'extérieur, s'étend sur une surface qui dépasse de loin la ligne frontalière. C'est en ce sens qu'il faut aujourd'hui entendre le « contrôle des frontières » pour pleinement le saisir comme fait : toute action par laquelle l'Etat souverain entend formuler et exécuter sa volonté sur les entrées et sorties à raison de son territoire, contrôle non pas *à* mais *de* la frontière, opéré dès lors que l'État agit de la sorte, que ce soit à sa frontière ou ses consulats en répondant aux demandes de visa, par des interventions en haute mer, ou encore par l'établissement d'un pare-feu dans le cyber-espace[136]. C'est là une acception large du contrôle frontalier, qui dépasse certainement le sens plus technique qu'il peut revêtir en droit migratoire[137] ou douanier[138], mais qu'il convient ici d'adopter car elle saisit précisément le contrôle des frontières comme manifestation de la puissance territoriale, au-delà des déclinaisons partielles et techniques que lui donnent les droits internes et régionaux. Le contrôle des frontières est ainsi entendu comme contrôle du territoire *vis-à-vis de l'extérieur*, expression de la puissance territoriale à son égard. Or c'est d'abord avec cette puissance territoriale que le droit international est aux prises : c'est l'objet premier de sa réglementation. Autrement dit et comme il sera développé par la suite, le contrôle des frontières questionne le droit international d'abord en tant que manifestation de puissance des Etats souverains sur leur territoire quant à leurs rapports avec les flux extérieurs,

---

pour traduire sa politique à l'encontre des flux économiques et migratoires. V. aussi l'ouvrage de Torpey (J.), *L'invention du passeport. États, citoyenneté et surveillance*, Paris, Belin, 2005, 256 p. qui retrace les étapes du contrôle étatique sur les circulations.

[135] Dullin (S.), *La frontière épaisse*, *op. cit.*, à propos de la « zone frontière » soviétique ; concept appliqué à aujourd'hui par la même auteure, « Introduction », *in* Dullin (S.) et Forestier-Peyrat (E.) (dir.), *Les frontières mondialisées*, Paris, PUF – laviedesidées.fr, 2015, 98 p., pp. 5-19, pp. 11-12. Sur le contrôle de la frontière comme phénomène invasif, v. encore Rosière (St.), *Frontières de fer. Le cloisonnement du monde*, *op. cit.*, pp. 39-40, et

[136] Des développements y sont consacrés plus bas aux paragraphes 84-88 (extension de l'emprise territoriale sur la mer, sur l'air et sur le cyberespace) et plus généralement dans la première section du chapitre 2 du premier titre de la première partie (déploiement du contrôle frontalier).

[137] Par exemple le Code frontières Schengen (Règlement (UE) 2016/399) parle de contrôle « aux » frontières, incluant la « vérification » et la « surveillance » aux frontières (art. 2, 10)-12)), pour désigner les actes accomplis conformément à cette réglementation bien plus détaillée que ce que le droit international public peut connaître,

[138] Par exemple le Code des douanes de l'Union (Règlement (UE) 952/2013) désigne techniquement le contrôle douanier comme pouvant « notamment consister à vérifier les marchandises, prélever des échantillons, contrôler l'exactitude et le caractère complet des informations fournies dans une déclaration ou une notification ainsi que l'existence, l'authenticité, l'exactitude et la validité de documents, examiner la comptabilité des opérateurs économiques et d'autres écritures, contrôler les moyens de transport et inspecter les bagages et autres marchandises transportés par ou sur des personnes ainsi que mener des enquêtes officielles et procéder à d'autres actes similaires » (art. 46 § 1).

de sorte que nous entendrons le contrôle des frontières comme désignant cette manifestation de puissance afin de ne pas escamoter son intérêt au vu de la matière. De nombreuses actions seront ainsi subsumées sous le sujet : accorder ou non un visa, repousser un navire en haute mer, inspecter un navire dans le port, rejeter l'accréditation d'un ambassadeur, adopter une mesure restreignant le commerce de telle marchandise… toutes ayant pour point commun qu'elles s'accrochent à l'affirmation par l'État de son emprise sur le territoire et, partant, de son contrôle – aux deux sens de maîtrise et vérification – de ce qui peut l'atteindre en franchissant sa frontière.

26. L'emprise répond ainsi au mouvement par le contrôle frontalier comme fait de puissance, mais aussi par le droit. En effet celui-ci protège les circulations mais les règlemente tout autant, encadrant le mouvement de sorte qu'il soit fluide tout en étant limité à ce qui est acceptable pour l'Etat[139], jusqu'à soutenir[140] voire imposer le blocage de certains flux[141]. Autrement dit la puissance territoriale persiste, et si elle est encadrée elle est aussi soutenue par le droit international qui protège donc simultanément le mouvement et l'emprise. La tâche du travail qui s'ouvre ici sera d'étudier le nœud qui peut résulter de cet entremêlement.

27. Pour l'heure il convient de noter que ce nœud demeure car le « déclassement » de la frontière dans l'étude des relations internationales a fait long feu. Poussé par une idéologie libre-échangiste hâtée d'acter l'effacement du repli censé caractériser la frontière[142], une telle idée ne s'appuie au mieux que sur certains dépassements qui ne peuvent être confondus avec des renversements. Comme sa frontière, l'État résiste aux annonciateurs de sa chute et reste incontournable pour le global qui le transcende[143] et l'international qu'il constitue[144]. L'État

---

[139] V. la verve de Hauriou (M.), *Principes de droit public (1910)*, *op. cit.*, pp. 551, comparant l'État à « une sorte de parc ou de grand jardin, dans lequel la circulation aurait été facilitée par des travaux d'art, où seraient tracées de larges avenues bien sablées et où de nombreux poteaux indicateurs annonceraient les directions et les précautions à prendre ; ce jardin serait entouré de murailles et une armée veillerait pour écarter les ennemis du dehors, tandis qu'une police maintiendrait l'ordre au-dedans », espace où l'individualisme offre à l'individu les « bénéfices de la civilisation » qu'il ajoute aux « libres allures de la vie primitive », et l'individu peut ainsi sans risque rester « l'éternel errant, l'éternel nomade, l'éternel aventurier ». Dans le même sens, v. Bergé (J.-S.), *Les situations en mouvement et le droit*, *op. cit.*, pp. 181-183, qui parle de « plus de circulation, pour plus de contrôle ».

[140] C'est l'objet du § 1 de la section 2 du chapitre 2, titre 2 de la 1re partie.

[141] C'est l'objet du chapitre 1 du titre 2 de la seconde partie.

[142] Grasland (Cl.), « Frontière », *in* Ghorra-Gobin (C.) (dir.), *Dictionnaire critique de la mondialisation*, Paris, Armand Colin, 648 p., pp. 313-318, pp. 313-314.

[143] Sassen (S.), *La globalisation*, *op. cit.*, p. 21 ; Dupuy (R.-J.), « Le dédoublement du monde », *op. cit.*, p. 319, modèle transnational et modèle international « s'entremêlent » dans une tension dialectique.

[144] Sur la « résistance de l'État » de manière générale, en droit comme en fait, v. Salmon (J.), « Quelle place pour l'État dans le droit international aujourd'hui ? », *op. cit.*, pp. 53-78 ; Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*, *op. cit.*, pp. 235-236. Sur la souveraineté territoriale en particulier, v. Kohen (M. G.), « Is the Notion of Territorial Sovereignty Obsolete? », *in* Pratt (M.) et Allison-Brown (J.), *Borderlands Under Stress*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2000, pp. 35-47, reproduit *in* Kohen (M. G.) (dir.), *Territoriality and International Law*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar Publishing, 2016, xxii-669 p., pp. 657-669.

territorial persiste au fondement et comme clef de l'ordre international dont il cadre les flux supposés l'effacer, cela dans la pensée[145], dans les faits[146] et jusque dans l'éthique qui rappelle sa légitimité à une telle position[147]. La frontière reste un « commun dénominateur du système planétaire »[148] auquel tous les États adhèrent et dont la vitalité n'a jamais été telle[149], de sorte qu'il est pour le moins difficile de considérer que cette chose soutenue par la totalité de ce qui reste les entités les plus puissantes de l'humanité, chose qui plus est consubstantielle à leur être, se soit évaporée ou puisse disparaître et elles avec, tout cela sans alternative digne de ce nom.

28. L'emprise ne disparaît donc pas sous la force du mouvement, même si elle peut être ébranlée. Le droit international public perdure sur son ordre territorial, traversé par la mondialisation sans perdre ses repères cardinaux ni subir de changement structurel[150], et ce

---

[145] Grasland (Cl.), « Frontière », *in* Ghorra-Gobin (C.) (dir.), *Dictionnaire critique de la mondialisation*, Paris, Armand Colin, 648 p., pp. 313-318, pp. 314-317, qui souligne que c'est « dans [l]e cadre étatique » que sont connus et appréhendés les flux de sorte que « [l]a grille de lecture étatique conditionne ainsi insidieusement l'ensemble des représentations contemporaines du monde », cela aussi « pour repérer et cartographier les discontinuités économiques et sociales à la surface de la Terre ». *Contra*, quoique l'opposition soit artificielle car les deux auteurs ne parlent pas sous le même angle, entre géographie et science politique, v. Badie (B.), *La fin des territoires*, *op. cit.*, p. 14, qui admet que le territoire persiste comme s'imposant dans certains domaines (et souligne d'ailleurs la « résistance des États » contre de « faux dépassements », pp. 203-213), mais considère qu'il subit une crise qui « ne permet plus d'admettre le principe de territorialité comme fédérateur de notre ordre international ». En droit, v. Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 297 (2002), pp. 9-489, p. 100, qui souligne l'absence d'équivalent à la souveraineté dans l'ordre juridique international, et donc la centralité (persistante) de l'État.

[146] La présente étude est ainsi pleine de cas où l'État rejette migrants, navires, aéronefs, marchandises, jusqu'aux flux du cyber ou de capitaux dont l'immatérialité a d'inévitables limites. Dans ce sens, v. Kohen (M. G.), « Internationalisme et mondialisation », *in* Morand (Ch.-A.) (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, x-477 p., pp. 107-130, p. 127. Dans le même sens, v. not. Sur (S.), « Sur quelques tribulations de l'État dans la société internationale », *R.G.D.I.P.*, t. 97 (1993), pp. 881-900, pp. 893-894 ; Salah Mohamed Mahmoud (M.), « Mondialisation et souveraineté de l'État », *J.D.I.* 1996-3, pp. 611-662, pp. 660-661.

[147] Koskenniemi (M.), « The Future of Statehood », *Harvard International Law Journal*, vol. 32, n° 2 (1991), pp. 397-410, p. 397, sur la légitimité de l'État comme fondement de l'ordre international, « I shall argue that as long as there is no wide agreement on what constitutes the good life, the formality of statehood remains the best guarantee we have against the conquest of modernism's liberal aspect by modernism's authoritarian impulse » ; Kohen (M. G.), « Internationalisme et mondialisation », », *op. cit.*, p. 126 : « Revendiquer le rôle de l'État souverain aujourd'hui, c'est revendiquer l'espace indispensable dans lequel s'exercent la démocratie et les droits de la personne, l'outil indispensable pour produire les médiations nécessaires tant sur le plan interne qu'international, afin que le droit et non la force (dans son sens large, qui comprend la force militaire, politique et économique) soit le moyen de régulation sociale » ; Sur (S.), « Sur quelques tribulations de l'État dans la société internationale », *op. cit.*, p. 885.

[148] Foucher (M.), *Fronts et frontières*, *op. cit.*, p. 540.

[149] V. l'ouvrage aujourd'hui classique sur la question, de Foucher (M.), *L'obsession des frontières*, *op. cit.*, qui « traite d'une dimension trop méconnue de la réorganisation du monde depuis bientôt deux décennies : la production continue de frontières politiques. L'art des limites s'universalise, afin de dessiner, ici, l'enveloppe des nouveaux États, de réaffirmer, là, un paramètre et un périmètre de souveraineté ou de brandir, ailleurs, une arme ultime, la clôture » (ouverture du livre, p. 7). L'auteur compte, à la date d'écriture, 250.000 kilomètres de frontières étatiques, répartis en 323 « dyades » (frontière entre deux États). Plus court et plus récent, du même auteur, v. *Le retour des frontières*, Paris, CNRS Éditions, 2020, Coll. « Débats », 61 p., pp. 5-17 où l'auteur inclut la pandémie de Covid-19.

[150] Kohen (M. G.), « Internationalisme et mondialisation », », *op. cit.*, pp. 108 et 111-119 ; v. aussi Abi-Saab (G.), « La pérennité des frontières en droit international », *Relations internationales*, n° 64 (1990), pp. 341-349, p. 342.

même s'il est questionné et doit parfois « se mettre à courir » pour saisir la rapidité du mouvement[151]. Pour autant, cela n'enlève rien à la force de celui-ci qui a été vue ci-dessus car il reste que les flux sont vifs et interconnectés dans la mondialisation. Chaque ligne de force du contrôle des frontières semble donc aujourd'hui s'accentuer : le mouvement par l'interdépendance des peuples, l'emprise par le repli des nations. Ainsi le sujet du contrôle de la frontière s'inscrit dans le temps long autant qu'il est actuel. Ses deux lignes de force sont des constantes de la vie sociale, mais sont aujourd'hui exacerbées jusqu'à paraître antinomiques : le mouvement est si fort qu'il menace la dilution en s'imposant jusqu'à susciter une crainte de perte de la maîtrise de l'ordre interne, tandis que l'emprise répond en se durcissant jusqu'à rejeter le mouvement en érigeant des murs protectionnistes ou contre les migrants sous le coup de politiques pouvant s'avérer meurtrières. Au milieu, le droit international enregistre ces données et a la difficile tâche de les articuler. D'où l'importance d'étudier le contact en lui-même, c'est-à-dire le rapport à l'Autre et la relation qui forment le nœud du problème, le point de rencontre de ces deux lignes sous haute tension. Que l'Autre soit rejeté par l'emprise qui se replie ou que l'État se sente dilué dans une interconnexion subie, c'est toujours la relation qui est la clef de la situation, supposant à la fois l'affirmation de l'identité et la considération de l'altérité.

III. Contact

29. Le mouvement et l'emprise ont donné les lignes de force du contrôle des frontières, à savoir ce à quoi il répond (le mouvement) et ce dont il se prévaut (l'emprise). La tension qui lie ces lignes suppose enfin de les joindre dans le contact, sans lequel chacune reste incomplète dans son isolement. C'est de cette rencontre qu'émerge le problème du sujet de cette étude, car c'est là qu'est le nœud où se concentrent les frictions. En effet, le mouvement a lieu *à travers* des emprises territoriales, et ces emprises *réagissent* au mouvement de sorte que le contrôle de la frontière, qui incarne cette réaction, est tout entier fait de contact, de rapport à l'Autre. La frontière et son contrôle donnent ainsi à voir, dans l'espace, que l'altérité est constitutive de l'être – qui se définit par rapport à elle, c'est la frontière, et agit en *ré*action à elle, c'est le contrôle – et de la pensée qui, pour saisir l'être, en l'occurrence l'État territorial au sein de la société internationale, doit autant distinguer que lier les choses[152]. Cela fait de l'altérité une clef

[151] Frison-Roche (M.-A.), « Le droit des deux mondialisations », *A.P.D.*, t. 47 (2003), pp. 17-23, p. 18.
[152] Platon, *Le Sophiste*, 259e (éd. préc., p. 219) : « détacher une chose de toutes les autres est la manière la plus radicale d'anéantir tout discours ; car c'est de l'entrelacement des Idées que le discours nous est né. » Ricœur (P.), *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Gallimard, Coll. « Folio essais », 2005, 435 p., p. 50, souligne que la reconnaissance comme identification, acte de juger, suppose la distinction, réquisit qui suit « tous les usages

précieuse pour penser l'être qui réagit envers l'Autre : l'État qui contrôle sa frontière. À l'affirmation unilatérale de l'État contrôlant sa frontière il faut donc opposer l'altérité afin de doter l'étude de cette clef de compréhension, d'abord en tant que l'altérité est constitutive du sujet (A), et notamment du sujet de droit qu'est l'État, ensuite en tant qu'elle marque le droit international qui lie ce sujet et qu'il s'agit ici d'étudier (B). Ces réflexions ouvriront finalement la présente étude sur son questionnement et sur le cheminement qu'elle empruntera.

A. L'altérité constitutive du sujet

30. L'altérité du sujet convoque d'abord une réflexion philosophique nécessaire pour bien poser l'enjeu intellectuel de la question de l'Autre, où la frontière, au sens propre comme dans ses nombreuses utilisations figurées, est centrale, y compris pour le positionnement des entités politiques (1). Fort de ces éléments, l'importance de penser le sujet de droit dans la relation juridique, c'est-à-dire par son rapport à l'Autre et donc par l'altérité, pourra être pleinement saisie (2), ce qui fonde les enseignements que nous appliquerons au droit international dans les développements suivants afin d'aboutir au problème précis de cette étude.

1. Le sens de l'altérité pour le sujet

31. L'altérité fut longtemps limitée dans la réflexion philosophique par l'affirmation de la modernité qui fit de l'être humain son propre fondement – là est le sens du « sujet » – quant à sa pensée et son action. En effet, sa pensée trouva son fondement dans le *cogito* que Descartes décela en lui[153], et son action trouva le sien dans la valeur intrinsèque de l'être humain guidant son éthique, sans qu'une altérité dès lors perçue comme dominatrice – le divin ou la Nature – ne le subordonne sur un plan ou l'autre. Selon la lecture proposée par Alain Renaut, une partie de la philosophie moderne a ainsi dérivé dans un individualisme replié sur lui-même incarné par la pensée de la monade chez Leibniz, c'est-à-dire une pensée du monde comme constitué

---

du retournement du reconnaître [en ce premier sens d' « identifier-distinguer »] à l'être reconnu (…). En ce sens, l'usage "logique" des opérations de distinction et d'identification ne sera jamais dépassé, mais demeurera présupposé et inclus dans l'usage existentiel qui en restera définitivement enrichi, qu'il s'agisse de distinction et d'identification appliquées à des personnes relativement à elles-mêmes ou à d'autres, ou prises dans leurs relations mutuelles. » L'Autre platonicien, « racine de la notion d'identification » (p. 52) suit ainsi toutes les relations pensées.

[153] Sur l'établissement du *Cogito* cartésien et les questionnements pour le Soi, v. l'introduction subtile de Ricœur (P.), *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, « Points Essais », 428 p., pp. 15-35. Pour des nuances sur le développement du *cogito* par la modernité philosophique, où est à distinguer l'humanisme, qui perçoit l'homme comme sujet autonome fondant sa destinée dans l'intersubjectivité qui le lie à ses semblables dont il partage l'humanité, de l'individualisme, dérive du sujet autonome en individu indépendant rétif à l'intersubjectivité et à la limitation qui suppose une certaine communauté car replié dans sa singularité ontologiquement irréductible, v. Renaut (A.), *L'ère de l'individu. Contribution à une histoire de la subjectivité*, Paris, Gallimard, 1989, Coll. « Bibliothèque des idées », 305 p., spéc. pp. 27-68 pour la position du problème à partir d'une critique de la lecture heideggérienne de la modernité.

de substances fondamentalement isolées les unes vis-à-vis des autres[154]. Cette pensée détermina jusques des philosophies pensant pourtant la reconnaissance de l'Autre, comme celle de Hegel, dès lors qu'elles s'enfermèrent dans cette vision du sujet *a priori* isolé de l'altérité[155]. Or c'était là amputer le sujet de ses fondements relationnels, autrement dit amputer la subjectivité de l'*inter*subjectivité, à la fois nécessaire au sujet dès lors que sa propre reconnaissance « requiert (…), à chaque étape, l'aide d'autrui »[156], et nécessaire au fondement de la vie en commun dès lors qu'en l'absence d'une objectivité spéculée qui engloberait et régirait l'ensemble des êtres, ceux-ci doivent pouvoir s'ouvrir les uns aux autres pour espérer coexister sur un même plan. Le criticisme de Kant et Fichte proposa une alternative en pensant le sujet comme étant intrinsèquement limité car confronté à d'*autres*, également sujets et limités, constitutifs de la limite et avec lesquels la vie en commun doit être fondée[157]. La phénoménologie offrit à son tour une voie de pensée de l'altérité qui put ainsi être sauvée de l'individualisme solipsiste[158].

---

[154] C'est tout l'objet de l'ouvrage de Renaut (A.), *L'ère de l'individu*, *op. cit.*, qui parle d'un « prototype de l'illusion métaphysique concernant le Moi » monadique (p. 226) qui a irrigué ainsi partie de la philosophie moderne où l'auteur sauve la phénoménologie et le criticisme.

[155] Il est question de Hegel un peu plus bas à propos de la « lutte pour la reconnaissance » qu'Axel Honneth a lue dans les écrits de Iéna ; dans *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2013, Coll. « Folio essais », trad. fr. Rusch (P.), 351 p., ce dernier souligne que l'intersubjectivité du conflit pratique glisse peu à peu dans le seul Soi sous l'avancée de Hegel vers la philosophie de la conscience qu'on lui connaît, « situ[ant] résolument dans l'intériorité de l'esprit humain lui-même les motifs de l'ouverture du conflit [social] » (p. 51) : « puisque son analyse reconstructive ne porte plus au premier chef sur les formes d'interaction sociale, sur les "relations éthiques", mais sur les degrés successifs d'automédiation de la conscience individuelle, la relation de communication entre les sujets ne peut pas non plus être présupposée comme une réalité antérieure aux individus » (p. 53 ; pp. 103-110 sur l'épilogue de ce changement quant à la conception du droit). V. également la lecture de Hegel par Renaut (A.), *L'ère de l'individu*, *op. cit.*, pp. 189-210, où le sujet apparaît enfermé en lui-même dans la métaphysique monadologique reprise à Leibniz. La critique d'un tel enfermement est aussi formulée envers la phénoménologie de Husserl, et ce dans le questionnement juridique, par Frouville (O. de), « Ouverture. Qu'est-ce que le cosmopolitisme juridique ? », *in* Frouville (O. de) (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, 457 p., pp. 11-54, pp. 21-22), dont Renaut (A.), *L'ère de l'individu*, *op. cit.*, pp. 232-236 tempère la lecture lévinassienne en ce sens.

[156] Ricœur (P.), *Parcours de la reconnaissance*, *op. cit.*, p. 119, et p. 155 où l'auteur souligne que l'herméneutique du soi est marquée par « la dialectique entre identité et altérité », et partant de *sa* reconnaissance-identification « met sur le chemin de la problématique de l'être reconnu, impliqué par la demande de reconnaissance mutuelle », car des « traits d'altérité » sont « au cœur de l'autodésignation du sujet des capacités que signale la grammaire du "je peux" » (selon l'approche ricœurienne de l'homme capable).

[157] V. encore A. Renaut qui rapporte particulièrement cela au droit dans *Qu'est-ce que le droit ? Aristote, Wolff et Fichte*, Paris, Vrin, 1992, Coll. « Pré-textes », 127 p., p. 73, et développe plus largement le propos dans *L'ère de l'individu*, *op. cit.*, pp. 258-299.

[158] Pour une vue d'ensemble du rejet du solipsisme, v. Frouville (O. de), « Ouverture. Qu'est-ce que le cosmopolitisme juridique ? », *op. cit.*, pp. 22-23. C'est notamment l'aiguillon de Ricœur (P.), *Parcours de la reconnaissance*, *op. cit.*, pp. 245-256 confrontant Husserl à Lévinas comme « deux versions [de la phénoménologie] clairement opposées de cette dissymétrie originaire [du rapport de moi à autrui], selon qu'elle prend pour pôle de référence le moi ou autrui » (p. 246), qui y revient pp. 396-401, concluant que l'aveu de cette dissymétrie « rappel[le] le caractère irremplaçable de chacun des partenaires de l'échange (…) ; il protège la mutualité contre les pièges de l'union fusionnelle ». V. aussi les questionnements sur l'Autre suivant plusieurs prismes dont la question ontologique est reléguée à la fin dans Ricœur (P.), *Soi-même comme un autre*, *op. cit.*, spéc. pp. 211-226 sur l'éthique de la sollicitude, et 254-264 sur ses suites dans la norme morale ; et enfin Renaut (A.), *L'ère de l'individu*, *op. cit.*, pp. 227-257 sur l'apport de Lévinas à la reconstruction du sujet sortant de l'immanence de la réduction au Même.

Il y a dans tout cela des questions immenses sur le positionnement philosophique qui ne sauraient évidemment être épuisées dans l'introduction d'une thèse de droit, mais il y a surtout pour le présent propos un point de départ et des pistes fécondes pour saisir la valeur d'une pensée juridique concentrée sur l'altérité en écho à la question de la frontière. Ces pistes sont d'autant plus fécondes que l'ouverture du sujet à sa dimension écologique, c'est-à-dire au vivant dans la communauté biotique[159], montre leur possible développement aux enjeux contemporains auxquels fait face le contrôle frontalier, et le développement de la pensée juridique de l'altérité avec elles[160].

32. Mais avant de préciser cette pensée juridique relationnelle comme clef de l'étude, encore faut-il passer par l'altérité du politique, territorial. Cela nous permettra d'enrichir la pensée abstraite du sujet, qui vient d'être vue, de la figure plus concrète qui nous intéresse ici, le politique – aujourd'hui, l'État – contrôlant sa frontière. À l'instar du sujet individuel de la philosophie, le sujet collectif, peuple ou entité politique, est lui aussi constitué par des relations et défini par rapport à l'Autre. La frontière est la marque de cette distinction qui définit le politique dans l'espace, *face* à l'Autre[161], et cela d'abord face au mouvement incarné par le

---

[159] Pierron (J.-Ph.), *Je est un nous. Enquête philosophique sur nos interdépendances avec le vivant*, Arles, Actes Sud, 2021, Coll. « Mondes sauvages », 171 p., l'ouvrage défendant que « l'idée de soi écologique ne pense pas moins l'humain, mais le pense mieux, y intégrant les relations en résonance avec le milieu (écoumène) qui le font être dans son être » (p. 27), ce qui n'est pas une « dilution de soi dans une fusion avec les éléments », « [n]i participation aliénante dans une confusion qui dissout l'humain, ni affirmation d'une présence humaine hautaine et extérieure, il y est question d'approfondir la compréhension de soi, y incluant cette appartenance relationnelle qui fait de l'humain un être qui habite la Terre » (p. 38), car « [l]a donnée la plus immédiate de la pensée humaine se formule ainsi : Je suis vie qui veut vivre, entourée de vie qui veut vivre » dans un « monde environnant primordial » (p. 75). Plus loin peut-être, une ontologie relationnelle arrache encore le sujet à l'idée même d' « environ », sortant l'être humain de l'image d'un centre de gravité pour le placer dans une « image relationnelle de champ de vue total » car « chaque être soutient avec l'autre des relations intrinsèques » (Næss (A.), *L'écologie profonde (1973)*, Paris, PUF, 2021, Coll. « Classiques de l'écologie », trad. fr. Afeissa (H.-St.), prés. Yerly-Brault (Fr.), 93 p., p. 26 (et pp. 58-61 pour un commentaire de cette ontologie relationnelle) ; Morizot (B.), *Les Diplomates. Cohabiter avec les loups sur une autre carte du vivant*, Marseille, Wildproject, 2016-2023, 443 p., pp. 358-359, formule ce « réalisme des relations » par l'idée que « nous sommes des nœuds de relations, et non des camps séparés »).

[160] C'est tout l'objet de l'ouvrage de Tourme Jouannet (E.), *Un nouveau droit international écologique. Habiter autrement la Terre*, Bruxelles, Bruylant, 2024, Coll. « Droit international », 341 p., spéc. p. 251 où l'auteure promeut « un droit international de la diversité », « fondé sur l'altérité et le respect des différences, tout autant celles des êtres humains que celles des non-humains, et donc, ultimement sur la diversité des droits qui leur sont reconnus. Il ne s'agit ni plus ni moins que le droit international serve à régir les relations entre tous les humains et les non-humains, serve toutes les espèces à "vivre ensemble avec nos différences" et notre commune appartenance au vivant », « qui repose sur la notion fondamentale d'*alter parens*, d'*espèce à la fois parente* et *différente* » (souligné par l'auteure). Pour un développement de la pensée de l'ouvrage, v. notre recension parue à la *R.G.D.I.P.*, t. 128 (2024/4), pp. 937-941.

[161] Hauriou (M.), *Principes de droit public (1910)*, *op. cit.*, p. 95. Également dans ce sens, Schmitt écrit dans le *Nomos de la Terre* que la prise du territoire « fonde le droit dans une double direction, vers l'intérieur et vers l'extérieur », c'est-à-dire vers l'identité et vers l'altérité car « le groupe qui prend une terre se trouve confronté à d'autres groupes et puissances qui prennent ou possèdent des terres » (*op. cit.*, pp. 50-51).

cavalier nomade, « altérité absolue »[162] de l'emprise sédentaire. Or comme l'exprime le fratricide biblique d'Abel (éleveur incarnant le mouvement) par Caïn (laboureur incarnant l'emprise)[163], cette distinction du politique par rapport à l'Autre apparaît d'abord comme une séparation, tant « [l']histoire du discours sur l'*autre* est accablante. De tout temps les hommes ont cru qu'ils étaient mieux que leurs voisins »[164]. La frontière est alors une déchirure, un mur opaque posé dans la représentation de l'Autre. Ainsi le Grec s'opposa au Barbare précisément défini en pur négatif comme « non-Grec »[165], ce qui fut repris par les Romains en tant que dépositaires de la culture grecque jusqu'à l'Empire byzantin qui, dans cette lignée, revendiqua un pouvoir œcuménique voué à repousser la violence qui l'entourait par la paix de l'esprit cultivé[166]. Ailleurs, les Chinois défendirent le *huaxia* par leurs murailles, c'est-à-dire le monde civilisé face aux nomades steppiques[167], tout comme les Abbassides défendirent le monde musulman face au Nord sauvage[168]. À l'échelle mondiale, si par les « Découvertes » s'opéra « la rencontre des humanités distantes »[169] qui eut pu relativiser les séparations de voisinage, l'unilatéralisme resta encore de mise dans la pensée européenne oublieuse de ce qu'elle

---

[162] Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 113, qui ajoute : « celui qui peut, sans crier gare, surgir du désert des Tartares. »

[163] Gn, 4,1-12 ; Alland (D.), « Le droit international sans Terminus ? Réflexions sur la délimitation », *op. cit.*, p. 12, filant une idée de Kant lisant la Bible et voyant le laboureur comme premier à défendre ses terres par la force contre le nomadisme, « de sorte, est-on tenté d'ajouter, que le meurtre de l'éleveur Abel par le laboureur Caïn inscrit une figure structurante de la pensée de la guerre liée à deux représentations inconciliables de l'utilisation de l'espace issues de rapports opposés dans le travail de la nature : celle de la liberté et du passage, fût-il dommageable pour autrui, et celle de la limite et du quadrillage dans la défense d'un territoire, emportât-elle l'accaparement ».

[164] Todorov (Tzv.), préface à Saïd (E.), *L'Orientalisme. L'Orient créé par l'Occident*, Paris, Éditions du Seuil, Coll. « Points essais », 2005, 584 p., p. 22 (souligné par l'auteur). Le constat est aussi opéré sur le plan dynamique du *rejet* de l'Autre se présentant à la frontière, d'une « constante du "barbare" et de l'immigré comme boucs émissaires » par Demoule (J.-P.), *Homo Migrans*, *op. cit.*, pp. 361-363.

[165] Hartog (Fr.), *Mémoire d'Ulysse. Récits sur la frontière en Grèce ancienne*, Paris, Gallimard, Coll. « *nrf* essais », 1996, 262 p., pp. 87-111 sur cette « armature intellectuelle de leur hétérologie » (p. 87), « concept antonyme est asymétrique couplant un nom propre *Hellenes* et une désignation générique *Barbaroi* » que l'auteur situe au tournant des VIe et Ve siècles avant J.-C. avec le catalyseur des guerres médiques où le Perse incarne cet Autre (p. 89). Un florilège de textes sur l'être barbare et l'être grec se situe dans Cusset (Chr.) et Salamon (G.) (dir.), *À la rencontre de l'étranger. L'image de l'Autre chez les Anciens*, Paris, Les Belles Lettres, Coll. « Signets », 2021, xxi-342 p., pp. 15-37.

[166] Drocourt (N.), *L'autre Empire du Milieu*, *op. cit.*, pp. 35-44.

[167] Frankopan (P.), *Les routes de la soie*, *op. cit.*, p. 31 ; Poulpiquet (V. de), *Le territoire chinois*, *op. cit.*, p. 43.

[168] Frankopan (P.), *Les routes de la soie*, *op. cit.*, pp. 165-166, à propos d'un voyage supposé de Sallam, homme envoyé par le calife abbasside al-Wathiq pour contrôler l'état d'une muraille (mythique ?) protégeant le monde musulman après un rêve où « des cannibales auraient percé une muraille légendaire instaurée, selon la tradition, par le Tout Puissant pour contenir de féroces sauvages ». Dans le récit, la muraille était sondée au marteau pour en vérifier la solidité, afin de « faire comprendre au sauvages qui auraient pu provoquer l'apocalypse que la muraille était gardée et qu'on ne leur permettrait pas de la franchir. » Le Pr Frankopan conclut sur le fait que nonobstant la véracité de ce voyage et de cette muraille, « la terreur de ce qui se trouvait derrière les frontières était bien réelle. Le monde se divisait en deux : un royaume d'*Iran* où prévalaient l'ordre et la civilisation ; un autre de *Turan*, qui était chaotique, anarchique, dangereux. »

[169] Bertrand (R.), « Introduction », *in* Bertrand (R.) (dir.), *L'exploration du monde*, *op. cit.*, p. 27.

« redécouv[rait] le monde, très souvent avec les yeux, les jambes et l'intelligence d'autrui »[170] : « Les "découverts" peuvent bien avoir un visage, et pourquoi pas une histoire, la "découverte" n'est pas, ne peut pas être de leur fait : ils sont condamnés à la subir et à y réagir. Ils ne participent que par à-coups, et surtout par *contrecoup* à l'histoire du monde »[171]. C'est peu dire que la mondialisation n'a pas éteint cette tendance au rejet de l'Autre en le rendant proche. Aujourd'hui encore, les manifestations d'une animosité envers l'étranger sont nombreuses et particulièrement crispées sur le contrôle, voulu toujours plus ferme, de la frontière[172]. La construction de murs ci-dessus évoquée en est la parfaite illustration.

33. Ainsi prise jusqu'à aujourd'hui, l'histoire parait découpée par les frontières infranchissables des identités qui s'affirment unilatéralement, *contre* et non seulement *envers* l'Autre. Infranchissables, car ces séparations *a priori* compromettent jusqu'à la possibilité de vivre *avec* et non *contre* ou *sans* l'Autre. En effet, elles nient son statut de sujet égal qui conditionne la communicabilité de pensée et d'intérêts entre deux êtres qui, pour entretenir un quelconque lien réciproque, doivent bien se reconnaître, sur ce plan de l'égale subjectivité, comme étant les mêmes[173]. La frontière est ici plus conceptuelle qu'internationale mais les deux

---

[170] Braudel (F.), *Civilisation matérielle, économie et capitalisme – XVe-XVIIIe s. Tome 1. Les structures du quotidien : le possible et l'impossible* (1979), Malakoff, Armand Colin, rééd. 2022, 476 p., p. 42, où l'auteur constate à propos du peuplement de la Terre « qu'avant le triomphe de l'Europe, le monde entier est déjà reconnu, saisi par l'homme depuis des siècles ou des millénaires » (même page). Sur le rôle des « passeurs » ou « intermédiaires culturels » qui est (ré)apparu dans l'historiographie récente des « Grandes Découvertes », v. Bertrand (R.), « Introduction », *op. cit.*, pp. 17-22.

[171] Bertrand (R.), « Introduction », *op. cit.*, p. 14 (souligné par l'auteur).

[172] Parmi une littérature pour le moins abondante, une critique acérée de la fermeture contemporaine en réponse à la « crise migratoire », dénonçant la fabrication de l'estampille « ennemi » et de l'hostilité qui va avec envers le migrant, se trouve chez Bauman (Z.), *Étrangers à nos portes*, Paris, Premier Parallèle, 2020, trad. fr. Joly (Fr.), 133 p.

[173] Il faut renvoyer sur ce point aux importantes pages de Renaut (A.), *Un humanisme de la diversité. Essai sur la décolonisation des identités*, Paris, Flammarion, Coll. « Bibliothèque des savoirs », 2009, 444 p., pp. 263-283, qui pose les conditions de pensabilité d'un universalisme ouvert à la diversité, c'est-à-dire d'une mêmeté ouverte à l'altérité, et défend pour ce faire un humanisme de tradition kantienne qui situe l'humanité non dans une prétendue nature ou essence, à l'instar du droit naturel, qui risquerait de plaquer la nature *définie* par quelques-uns sur d'autres et de tracer une ligne exclusive comme la colonisation a pu s'en nourrir, ni dans la diversité irréductible d'un milieu propre comme a pu le vouloir le romantisme, dressant à ce niveau des lignes infranchissables entre des individus-peuples ainsi faits *fondamentalement* étrangers, mais dans la capacité d'autonomie de l'être humain par la pensée, le jugement et l'action par soi-même, c'est-à-dire sa capacité à s'arracher à une nature donnée qui le définirait *a priori*. Il s'agit alors d'une « universalité vide, toujours déjà arrachée à une quelconque détermination naturalisante » (p. 279), qui n'hypothèque pas la capacité du sujet à *ensuite* s'attacher à telle ou telle milieu perçu et choisi, car l'universalité se situe précisément dans la capacité *a priori* qui permet d'écrire « ensuite » dans cette phrase et fonde la perception et le choix *libres*, et donc finalement la liberté de l'être humain. Partant, écrit le philosophe, « l'autre est ici un semblable, précisément parce que comme moi, il n'est rien de ce qui, en le définissant, annulerait son potentiel d'arrachement, et n'est réductible à rien de ce qui, en le cernant à partir de cette définition, le séparerait de moi par des appartenances ou des attachements incommunicables » (p. 279). Cette question de l' « identité différenciée » est déjà cernée et ainsi nommée dans l'ouvrage écrit par le même auteur avec S. Mesure, *Alter Ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999, 304 p., dont l'avant-propos (pp. 9-58) pose parfaitement les données du problème de cette « appréhension de l'humanité prenant en compte les deux exigences que combine l'appel à traiter l'autre comme un *alter ego* : reconnaître l'altérité de

sont liées dès lors que toutes les relations internationales dépendront ensuite de cette reconnaissance première d'égale subjectivité, et ce jusqu'aux relations à la frontière, internationale cette fois, au moment très concret où l'État percevra l'Autre qui se présente à son contrôle frontalier. En effet les découpages successifs entre le sujet et son Autre dans leurs rapports – jusqu'où y a-t-il mêmeté et à partir de quand y a-t-il différence justifiant des mesures comme le rejet ? – font fond sur ce plan originel et sont ainsi voués à l'ignorance s'il y sont déterminés par la non-reconnaissance *a priori* de l'Autre comme égal. À l'inverse la reconnaissance d'une communauté d'existence à ce niveau, comme être humain voire comme être vivant, permet ensuite une saine distinction du sujet par rapport à l'Autre auquel il pourra s'articuler, fort de ce fond commun.

34. Se pose ainsi une option fondamentale pour le politique qui détermine la frontière et son contrôle : à ce niveau de la première appréhension de l'Autre, susceptible de se présenter à la frontière car en étant par définition extérieur, y a-t-il rejet ou ouverture de principe, séparation irréductible ou communauté par-delà les différences ? Cette option est exprimée par les pensées respectives de Carl Schmitt et de Hannah Arendt. Pour Schmitt, le critère du politique est dans la distinction fondamentale entre l'ami et l'ennemi, à laquelle peuvent se ramener ses actes et mobiles[174]. Partant, sa pensée fait de l'extérieur un autre radical, l'ennemi, ce qui hypothèque la possibilité d'une communauté avec l'Autre qui rendrait le droit possible[175], jusqu'à contenir la suppression de l'altérité dès lors qu'elle est ainsi désignée par une hostilité qui mène à la « négation existentielle d'un autre être »[176]. On voit ici l'expression du rejet *a priori* de l'Autre

---

l'autre tout en accordant sans réserve qu'il partage avec nous, à part entière, cette identité spécifique qui fait de chaque être humain un moi, c'est-à-dire une subjectivité » (p. 26).

[174] Schmitt (C.), *La notion de politique (1932 et 1963)*, repr. *in La notion de politique. Théorie du partisan*, trad. fr. Steinhauser (M.-L.), Paris, Flammarion, 1992, 323 p., pp. 39-202, spéc. pp. 63-66, qui précise : « Le sens de cette distinction de l'ami et de l'ennemi est d'exprimer le degré extrême d'union ou de désunion, d'association ou de dissociation » (p. 64) ; comme (simple) critère d'identification, la configuration ami-ennemi ne crispe pas toutes relations politiques mais en est « la logique ultime » (p. 69), « l'hypothèse dernière » (p. 72, et p. 71 où Schmitt précise qu'il n'y a là aucune apologie ni normalisation de la guerre comme suppression de l'Autre qui n'est que l'expression rigidifiée à l'extrême de l'opposition où l'existence politique se meut sans y être systématiquement acculée. Sur ces clarifications, il faut aussi souligner la préface de J. Freund dans l'ouvrage cité, spéc. pp. 17-27 où il dégage quelques lignes claires ayant vocation à ne pas déformer la pensée de Schmitt).

[175] *Ibid.*, pp. 64-65, l'ennemi figure comme « l'autre, l'étranger, et il suffit, pour définir sa nature, qu'il soit, dans son existence même et en un sens particulièrement fort, cet être autre, étranger et tel qu'à la limite des conflits avec lui soient possibles qui ne sauraient être résolus ni par un ensemble de normes générales établies à l'avance, ni par la sentence d'un tiers, réputé non concerné et impartial », car « seule une communauté existentielle d'intérêts et d'action rend possible cette justesse du discernement et de l'intuition qui autorise une intervention dans le débat et dans le jugement. » Dans ce cas extrême, sorte de gigantomachie où le droit n'a plus lieu, seul le Soi peut apprécier l'altérité et la menace qu'il lui cause, les ponts du commun susceptibles de le lier à l'Autre étant tous abattus par cette scission fondamentale (*ibid.*, p. 65).

[176] *Ibid.*, p. 71 (à propos de la guerre, qui naît de l'hostilité et en est « l'actualisation ultime » qui cherche à supprimer l'Autre).

qui en fait l'ennemi par principe[177], incarné par la frontière comme porteuse du « front » armé dont le mot est issu[178]. Pour Arendt, à l'opposé, la politique « repose sur le fait de la pluralité des hommes » et ignore leur différence[179] ; elle est centrée sur leur liberté et égalité. Appliquée à la vie commune, son sens propre est donc la « liberté de mouvement – qu'il s'agisse de la liberté de partir et de commencer quelque chose de nouveau et d'inouï, ou qu'il s'agisse de la liberté d'entretenir des relations avec les autres en leur parlant et de faire l'expérience de la diversité que constitue toujours le monde pris dans sa totalité »[180]. Loin du rejet *a priori*, la position d'Arendt accueille la possibilité d'une ouverture de principe qui prend la figure de l'hospitalité à la frontière[181], comme « droit qu'a l'étranger, à son arrivée dans le territoire d'autrui, de ne pas y être traité en ennemi »[182]. La frontière se détache alors du front, comme aboutissement pacifique qui marque la différence sans l'exclure[183]. C'est dans cette seconde option qu'il s'agit de penser le sujet de droit et donc l'État contrôlant sa frontière, celle de l'ouverture à l'altérité, car le sujet de droit est, fondamentalement, constitué de relations.

2. L'altérité du sujet de droit

35. Si le droit est dépendant de ces options quant à son contenu, qui dépend de la reconnaissance ou ignorance accordée à la valeur de chaque être et intérêt[184], l'altérité s'impose

---

[177] Laghmani (Sl.), « Islam et droit international », *op. cit.*, pp. 82-84, sur l'étranger-ennemi comme principe dans les *siyar* de l'Islam avec l'équivalent pour le Barbare chez les Grecs ou à Rome et pour le non-chrétien selon la Chrétienté.

[178] « Frontière », *in* Rey (A.) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.*, p. 1440 ; Febvre (L.), « Frontière », *op. cit.*, pp. 31-34 ; Nordman (D.), *Frontières de France*, *op. cit.*, pp. 42-53 ; Blois (Cl. de), *La construction du concept moderne de frontière…*, *op. cit.*, pp. 36-37 et pp. 221-293 pour des développements sur cet aspect de la frontière.

[179] Arendt (H.), *Qu'est-ce que la politique ?*, Paris, Éditions du Seuil, Coll. « Points essais », éd. fr. Widmaier (C.), 2014, 309 p., p. 167, essai intitulé « Politique et pluralité humaine », qui se clôt ainsi page 171 : « La différence absolue de tous les hommes les uns par rapport aux autres, qui est plus grande que la différence relative des peuples, des nations ou des races, contient la création de *l'homme* par Dieu dans la pluralité. Mais la politique n'a précisément rien à voir avec cela. La politique organise dès le départ ceux qui sont absolument différents eu égard à leur égalité *relative* par opposition à leur différence *relative* » (souligné dans le texte).

[180] Arendt (H.), *Qu'est-ce que la politique ?*, *op. cit.*, p. 215, essai intitulé « Le sens du politique », les deux types de liberté de mouvement étant repris de la *polis* grecque respectivement du monde d'Homère et de l'*agora*.

[181] Pour un bon panorama de la pensée de l'hospitalité, v. Agier (M.), *L'étranger qui vient. Repenser l'hospitalité*, Paris, Éditions du Seuil, 2018, Coll. « Points essais », 152 p., spéc. pp. 15-51. Une somme considérable de fragments et entrées sur (et en faveur de) l'hospitalité est concentrée par la pensée de Schérer (R.), *Zeus hospitalier. Éloge de l'hospitalité (1993)*, Paris, Éditions de La Table Ronde, 2005, 286 p., dont il faut surtout relever la première partie quant au présent propos ; des sources premières aux origines de cette pensée sont collectées dans Cusset (Chr.) et Salamon (G.) (dir.), *À la rencontre de l'étranger*, *op. cit.*, pp. 201-209 (lois de l'hospitalité) et 295-306 (monde cosmopolite).

[182] Kant, *Projet de paix perpétuelle (1795)*, AK VIII 358 (Paris, Vrin, Coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 2013, trad. fr. Gibelin (J.), 141 p., p. 55).

[183] Foucher (M.), « Frontières : rejet, attachement, obsession », *op. cit.*, p. 10, « l'histoire longue de l'Europe est celle du passage du front, de la ligne de front, à la frontière, pacifiée et donc ouverte ».

[184] Il est alors question d'une *lutte pour la reconnaissance*, qui prend ses racines dans la philosophie de Hegel à Iéna qui, grandement redevable à Fichte (abordé ci-dessous), inscrit alors l'intersubjectivité au cœur de l'éthique ainsi mue et développée par le conflit pratique entre sujets, selon la lecture due au travail de Honneth (A.), *La lutte*

quant à sa compréhension car comme la justice[185], le droit relève du rapport à l'Autre. En effet le droit n'existe qu'en raison de la pluralité des parties composant la société qu'il doit ordonner, et que par les *liens* qu'il tisse entre ces parties pour ce faire. C'est là l'essence d'une pensée – sinon « école »[186] – relationnelle du droit, dont un arrimage solide se trouve dans la philosophie de Fichte en ce qu'elle porte sur la possibilité même de penser le droit. Reprenant l'altérité du sujet, selon laquelle le sujet ne peut se penser sans l'Autre car étant à la fois libre et limité il doit expliquer cette limite par l'extériorité d'*autres* sujets, également libres, Fichte en tire que le droit est nécessaire à ce et à ces sujets, dès lors qu'ils ont besoin d'un ordonnancement pour exister simultanément sans se détruire. Autrement dit, se penser soi impose de penser d'autres, et donc de penser un ordre de *co*-existence viable avec ces autres, cet ordre étant ce que l'on appelle le droit. En retour, pour exister, le droit doit bien être pensé par ces sujets, sans quoi il ne pourrait servir de référence *commune* à leur limitation réciproque : chacun doit pouvoir communiquer avec chacun pour que soit possible la *relation* juridique dont tous ont besoin. En conséquence, le droit repose sur l'*inter*-subjectivité qui conditionne cette communication *entre* les sujets : il est fait de relations intellectuelles et suppose donc une intelligibilité commune[187]. Une fois compris que droit et sujet(s) sont ainsi intimement liés, le sujet de droit ne peut qu'être conçu *par* la relation car il n'existe que par elle[188]. Lecteur de Fichte, Jellinek ne dira pas autre

---

pour la reconnaissance, *op. cit.*, spéc. pp. 13-110 sur Hegel lui-même et 71-101 sur le plan juridique. Contre le fondement de la survie illustré par la pensée de Hobbes, la lutte pour la reconnaissance inscrit ainsi « l'indignation » qui *interpelle* l'Autre au fondement de la philosophie politique où elle remplace la peur hobbesienne de la mort violente (Ricœur (P.), *Parcours de la reconnaissance*, *op. cit.*, p. 273 ; Honneth (A.), *La lutte pour la reconnaissance*, *op. cit.*, pp. 74-80 sur la lecture de Hegel plaçant l'injonction de reconnaissance mutuelle dans l'état de nature, contre Hobbes). Honneth en reprend les positions fondamentales « dans la perspective d'une théorie sociale à teneur normative » (p. 115), spéc. pp. 182-205 pour la refondation juridique (rejoint par Ricœur (P.), *Parcours de la reconnaissance*, *op. cit.*, spéc. pp. 307-315 sur le plan juridique).

[185] Le constat va d'Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 3, 1130a (« la justice, seule de toute les vertus, est considérée comme étant un *bien étranger*, parce qu'elle a rapport à autrui », trad. fr. Tricot (J.), Paris, Vrin, 2007, Coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 579 p., p. 236 (souligné dans le texte)), à Ricœur (P.), *Soi-même comme un autre*, *op. cit.*, pp. 227-236.

[186] Comme le remarque Jeuland (E.), « L'école relationniste du droit : la nouaison ? », *A.P.D.*, vol. 54 (2011), pp. 373-387, l'approche relationnelle du droit est éparpillée entre penseurs et ne semble pas avoir fait école au même titre que le normativisme ou l'institutionnalisme, ce à quoi l'auteur répond par des pistes d'union de la recherche.

[187] Il faut ici renvoyer à l'ouvrage profond de Renaut (A.), *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris, PUF, 1986, Coll. « Épiméthée », 463 p., qui, après Philonenko, fait de cette communication des consciences et donc de la doctrine du droit « *le* problème essentiel » de la (première) philosophie de Fichte (p. 28), spéc. pp. 162-189 sur la déduction de l'intersubjectivité juridique (la démonstration suit Fichte, (J.G.), *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science (1796-1797)*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 1998, trad. fr. Renaut (A.), 418 p., pp. 33-70 (Partie 1, Section 1 : « Déduction du concept du droit ») ; pour une présentation plus succincte, v. Renaut (A.), *Qu'est-ce que le droit ?*, *op. cit.*, pp. 109-126 (précédé d'un texte choisi et annoté)). Pour une autre explication davantage centrée sur le détricotage métaphysique, v. Ferry (L.), *Philosophie politique 1. Le droit. la nouvelle querelle des Anciens et des Modernes*, *in* Ferry (L.) et Renaut (A.), *Philosophie politique,* Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2007, 603 p., pp. 153-185.

[188] Toujours en reprenant la démonstration de Fichte, (J.G.), *Fondement du droit naturel…*, *op. cit.*, p. 69 (3e corollaire du 3e temps de la démonstration du 3e théorème de la Déduction) : « Le concept de droit est le concept d'une relation entre des êtres raisonnables. Il n'existe par conséquent qu'à la condition que de tels êtres soient

chose en considérant que le droit ne bâtit les êtres, comme sujets, que comme ayant des relations[189] : affirmant leur volonté propre, ils sont inévitablement arrimés à ceux qui la réceptionnent et renvoient la leur en retour, car il n'y a de droits et obligations que *vis-à-vis* d'un Autre[190]. Reprenant la pensée allemande, Roubier exprimera la primauté de la relation juridique par la centralité de l'étude de la « situation juridique, qui exprime un complexe de droits et d'obligations »[191]. Pour le dire encore autrement avec la professeure Nedelsky dont les écrits s'attèlent à développer toute la fécondité pratique de cette approche, le droit ne connaît comme personnes que des « Sois relationnels »[192], et tout juriste doit dès lors adopter « *a relational habit of thought* »[193]. L'étude du droit international et du contrôle de la frontière en son sein y trouve une clef heuristique de premier ordre.

B. L'altérité en droit international

36. L'altérité qui fait tout le problème du contrôle frontalier est particulièrement nette dans l'intersubjectivité du droit international. Cela d'abord au niveau de son fonctionnement, composé de volontés souveraines qui se reconnaissent et communiquent entre elles sans supérieur capable de produire une « objectivité » commune. Mais un intérêt plus vif se situe sur un autre plan, celui de la substance du droit international où l'altérité dépend de la

---

pensés en relation les uns avec les autres. Il est vain de parler d'un droit sur la nature, sur un sol et une terre, sur des animaux, etc., pris simplement en tant que tels, et en ne considérant que la situation entre eux et les hommes. »

[189] Jouanjan (O.), « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *in* Jellinek (G.), *L'État moderne et son droit. Première partie - Théorie générale de l'État (1911)*, réédition. Paris, Éditions Panthéon-Assas, Coll. « Les introuvables », 2005, 85-viii-575 p., pp. 5-85, p. 64 : la personne juridique « n'est pas un "être", elle n'est pas "donnée par nature", mais "concédée par le droit" et doit être pensée comme "une relation d'un sujet avec les autres et avec l'ordre juridique". La personne est l'*idée* (juridique) d'un centre de *relations*. » (citant le *Système des droits publics subjectifs* de Jellinek). L'auteur ajoute, p. 65 : « La question scientifique n'est pas : "Qu'*est*-ce qu'une personne", mais : "comment doit-on la penser ?". À cette question, Jellinek répond, de façon insistante : comme *relation* » (italiques de l'auteur).

[190] Jouanjan (O.), « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, pp. 80 (Jellinek note dans le *Système des droits publics subjectifs* que « L'auto-obligation d'une personne qui serait pensée comme isolée est une impossibilité ») et 81 (« La personne est relation. Le *subjectivisme* de l'auteur de la *Théorie générale de l'État* est, profondément, pensée de l'*intersubjectivité* : on n'est sujet que l'un pour l'autre » ; avec la note 284 qui souligne l'influence de Fichte).

[191] Roubier (P.), *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1951, rééd. Paris, Dalloz, 2005, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 337 p., p. 7 (cette notion est avancée par l'auteur comme équilibre entre les deux tendances extrêmes de définition du droit comme pur droit objectif et à l'inverse comme entièrement tourné vers les droits subjectifs) ; Jouanjan (O.), « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, p. 69, note que le « *Rechtsverhältnis* », concept phare de la pensée juridique allemande depuis Savigny qu'il traduit par « rapport de droit », est parfois traduit par « situation juridique » mais « signifie essentiellement une relation, un "rapport" juridiquement déterminé. »

[192] Nedelsky (J.), *Law's Relations*. *A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, New York, Oxford University Press, 2011, xvi-542 p., pp. 19-38 (« the relational self »). L'auteure s'intéresse à la personne humaine de la tradition libérale, imprimée par l'idéal d'autonomie par les droits subjectifs (pp. 3-5).

[193] *Ibid.*, p. 4. Jeuland (E.), « L'école relationniste du droit : la nouaison ? », *op. cit.*, p. 374, parle quant à lui d' « une sorte de conversion intérieure dans la façon d'envisager les objets de sciences et en particulier les faits juridiques. »

reconnaissance en droit des divers intérêts qui parcourent la société internationale dans toute son hétérogénéité, pensée de la reconnaissance dont il faut créditer la professeure Tourme Jouannet[194] (1). Dans toute cette diversité, l'État lui-même et son territoire doivent être pensés par l'altérité pour donner pleinement son sens au sujet : fait de contact, le contrôle frontalier centre l'attention sur la relation juridique où existe le sujet de droit État qui l'exerce (2).

1. La reconnaissance comme protection de la diversité de la société internationale

37. Reconnaître l'Autre signifie l'admettre dans les relations juridiques où il trouve à la fois la protection et l'ordonnancement que requiert son existence viable. En dépend donc sa considération ou son mépris lorsque son mouvement se heurte à la frontière : est-il reconnu de sorte qu'il doive être considéré, se prévalant par exemple de tel droit subjectif ou intérêt protégé, ou sa prétention ne rencontre-t-elle aucun écho en droit international, auquel cas il peut *a priori* être rejeté à la frontière sans que le droit s'y oppose ? En ce sens, la reconnaissance est le moment inaugural qui conditionne ensuite toute la règlementation du contrôle de la frontière, règlementation qui n'a pas lieu d'être en cas d'ignorance juridique du tiers qui se présente au contrôle.

38. Dans la configuration fondamentalement interétatique de l'ordre international, la première reconnaissance de l'Autre est celle de son égalité à ce niveau, les États se reconnaissant entre eux comme *également* souverains selon un statut juridique identique. Cette première reconnaissance de l'Autre le voit ainsi comme le Même dans la catégorie « État souverain »[195], ce qui fut d'abord entravé par le colonialisme : non sans évoquer l'antique barbare, le critère de la « civilisation » sépara les « Nations civilisées » de l'Autre extérieur à l'Occident. Celui-ci fut rejeté car jugé inapte à accéder au droit international[196] au vu de son

---

[194] C'est là en effet le questionnement de ce que la Pre Tourme Jouannet appelle le « droit international de la reconnaissance ». L'idée fut d'abord formulée dans Jouannet (E.), *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, 306 p., spéc. pp. 167-174, avant d'être ramassée dans un article publiée à la *R.G.D.I.P.* repris dans les actes d'un colloque consacré à son commentaire, Tourme Jouannet (E.), « Le droit international de la reconnaissance », *in* Tourme Jouannet (E.) *et al.* (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2016, 370 p., pp. 7-38.

[195] L'altérité est ainsi absorbée sur ce plan de la mêmeté, comme le relève Frouville (O. de), « Ouverture. Qu'est-ce que le cosmopolitisme juridique ? », *op. cit.*, p. 49, qui y voit une difficulté pour le cosmopolitisme car, selon lui, l'autre n'est pas reconnu comme Autre, et le Soi reste ainsi solipsiste car reconnaît les autres par et en fonction de lui-même.

[196] Sur la « communauté des États civilisés » qui arrache le droit international à son universalité à cette époque, v. Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*, *op. cit.*, pp. 170-172, et un exemple type reprenant les théories raciales se trouve sous la plume de Lorimer (J.), « La doctrine de la reconnaissance, fondement du droit international », *R.D.I.L.C.*, t. 16 (1884), pp. 333-359, spéc. pp. 335-337. Moreau-Reibel (J.), « Le droit de société interhumaine et le "*Jus Gentium*". Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius », *R.C.A.D.I.*, vol. 77 (1950), pp. 481-597, p. 523, note à cet égard que « [l]a reconnaissance de l'Autre extérieur à la Chrétienté et à l'Empire comme relevant du *ius gentium* a été « [l]e problème le plus décisif pour le développement de l'idée de société internationale ».

mode de vie et notamment de son absence d'emprise territoriale marquée par une frontière nette, où l'on voit que l'absence de frontière spatiale créa une frontière conceptuelle[197]. L'altérité en droit international est donc d'abord une question d'égalité des peuples dans l'accès à une même souveraineté[198], à laquelle s'ajoute l'égale dignité de l'être humain qui fait notamment du migrant à la frontière « un *alter ego* du ressortissant national, comme un "autre moi-même", car il est un être humain – égal en souffrance et en dignité »[199]. Sur le fond de ces deux égalités fondamentales, souveraineté et humanité, il y a place pour pleinement entendre les revendications de la diversité où l'Autre n'est plus le Même, car la diversité est précisément « respect de l'autre dans son altérité »[200]. Au gré de l'accueil de ces revendications par ses sources, le droit international se nourrit ainsi de la « reconnaissance de l'irréductible diversification de ce qu'est l'humanité en nous »[201], et ce notamment par les multiples droits, d'abord humains[202] et aujourd'hui aussi de la nature[203]. La diversité de la société internationale devient diversité des intérêts juridiquement protégés, l'« intérêt » étant ici compris comme notion qui lie les faits au droit en ce qu'elle exprime « les liens entre l'homme et la règle, entre le droit et l'action »[204], c'est-à-dire la substance du droit[205] qui fait le pont entre la vie pratique se heurtant à la frontière et son opposition à l'État territorial dans la relation juridique. Cette substance du droit international est aujourd'hui très diverse, et cela en dépit de l'intuition selon

---

[197] Cette distinction participe de l'ensemble du différent rapport à la terre, la frontière linéaire en étant un élément de la relation d'exploitation développée par l'Occident comme l'identifie Tourme Jouannet (E.), *Le droit international, le capitalisme et la terre*, *op. cit.*, spéc. pp. 83-108 sur l'institution de ce rapport au cœur de l'ordre juridique international et l'exclusion de l'Autre ayant un rapport différent en conséquence.

[198] Sur la reconnaissance et sa médiation du passage d'un droit international des nations civilisées à un droit international postcolonial, v. Jouannet (E.), *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, *op. cit.*, pp. 147-158.

[199] Fleury Graff (Th.), « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », *in* S.F.D.I., *Migrations et droit international*, Paris, Pedone, 2022, 587 p., pp. 13-53, p. 21 (développements pp. 22-29). Il y a là une identité commune de l'humanité sur laquelle est ensuite inscrite la différence de « l'autre situé » du réfugié ou travailleur migrant comme sous-catégories juridiques (pp. 29-38).

[200] Renaut (A.), *Un humanisme de la diversité*, *op. cit.*, p. 72.

[201] *Ibid.*, p. 73.

[202] Jouannet (E.), *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, *op. cit.*, pp. 194-258 ; v. également l'étude de Leriche (L.), *L'émergence d'un droit à la vie autochtone*, Paris, Pedone, 2024, 701 p., qui recherche (et trouve) l'existence d'un droit qui protègerait la vie autochtone *per se*, comme « mode de vie » ou « *vitae* » dans son altérité par rapport au mode de vie autre et dominant, et pose sa réflexion en termes de reconnaissance de l'altérité (introduction, pp. 15-62).

[203] C'est l'objet de l'ouvrage de Tourme Jouannet (E.), *Un nouveau droit international écologique*, *op. cit.*, présenté à la note 160 de cette étude.

[204] Stirn (B.), « Intérêt », *in* Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, xxv-1649 p., pp. 837-842, p. 842.

[205] Basdevant (J.) et Union académique internationale, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, xv-755 p., p. 342, définit l'intérêt comme « [t]erme désignant ce qui affecte matériellement ou moralement une personne physique ou juridique, l'avantage matériel ou moral que présente pour elle une action ou une abstention, le maintien ou le changement d'une situation ».

laquelle l'État-Nation qui structure la société internationale serait un obstacle dirimant à la reconnaissance de la diversité.

2. L'altérité de l'État et la dualité de l'espace territorial

39. À première vue, l'État-Nation et la frontière qui lui est attachée peuvent sembler neutraliser le présent questionnement dans la mesure où le premier a marqué « une étape essentielle et décisive dans la dramatisation de l'altérité »[206], notamment par l'accentuation d'un « esprit de frontière » où « le moi prend conscience de lui-même au contact du non-moi »[207] jusqu'à le rejeter. Dès lors que la frontière rappelle que la différenciation préserve de la dissolution [208], n'emporte-t-elle pas nécessairement rejet de l'Autre, qui plus est forte de la puissance souveraine ? Partant, le contrôle frontalier ne doit-il pas être déterminé par une fermeture *a priori* ?[209] L'histoire de l'emprise montre assez que c'est là une possibilité, mais les histoires du mouvement et du contact montrent que cette possibilité est une *dérive*, car la frontière est intrinsèquement une *interface*, « zone de contact » et « lieu de relations »[210]. Au lieu d'un rejet inévitable car inhérent à la séparation qu'elle instaure, la frontière porte plutôt en elle la nécessaire considération de l'Autre sans lequel elle n'a aucun sens : elle distingue,

---

[206] Badie (B.) et Sadoun (M.), « Introduction », *in* Badie (B.) et Sadoun (M.) (dir.), *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, 318 p., pp. 17-20, p. 18, qui nuancent toutefois la place de la nation en ce qu'elle exprime plus qu'elle ne crée « un besoin social de construire l'Autre afin de mieux se protéger, de mieux ordonner ses ressentiments et ses frustrations », ce que la religion, l'ethnie voire la tribu peuvent autant absolutiser.

[207] Selon le géographe français Vidal de la Blache dans *La France de l'Est* (1917), cité par Ancel (J.), *Géographie des frontières*, *op. cit.*, p. 188 ainsi que dans « Les frontières – Etude de géographie politique », *op. cit.*, p. 209. Dans le même sens, Winock (M.), *La France politique. XIXe–XXe siècle*, Paris, Editions du Seuil, 2003, Coll. « Points histoire », 587 p., p. 112, écrit que « [l]'amour de la patrie se réveille quand les frontières brûlent ».

[208] Foucher (M.), « Frontières : rejet, attachement, obsession », *op. cit.*, pp. 8, où l'auteur parle de la « nécessité politique d'une distinction spatiale », et 15 où il conclut : « Les marqueurs symboliques sont nécessaires à toute vie collective, y compris et surtout pour s'ouvrir et tirer parti des interactions offertes par un monde interdépendant. Savoir se situer dans le temps et dans l'espace est une des conditions de la conscience collective. À défaut, on se condamnerait à l'acosmisme, au refus du monde qui caractérise les peuples privés de toute confrontation à l'altérité. Un monde borné est-il un horizon souhaitable ? » ; Alland (D.), « Les représentations de l'espace en droit international public », *op. cit.*, p. 167.

[209] Nous pouvons renvoyer ici aux figures de l'emprise exclusive vues *supra*, et *infra* à l'ouverture du titre 1 de la 1re partie. En théorie du droit, Nedelsky (J.), *Law's Relations*, *op. cit.*, pp. 91-117, fait ce constat intéressant au niveau du droit interne, anglo-américain, où elle souligne que la place centrale de la propriété (notamment foncière) pour la perception de l'individu détenteur de droits conduit à isoler celui-ci, définissant les droits comme ce qui repousse l'Autre au profit du Soi qu'elle qualifie de « *bounded self* ». Ainsi, par la métaphore de la frontière qui imprime ce libéralisme, l'autonomie recherchée pour l'individu « can be achieved by erecting a wall of rights around the individual », la propriété incarnant parfaitement cela « for it could both literally and figuratively provide the necessary walls », et l'idéologie qui préside considère en dernière instance que « the most perfectly autonomous man is the most perfectly isolated » (p. 97).

[210] Lapradelle (P. (de)), *La frontière*, *op. cit.*, p. 15, seulement sur les rapports entre États frontaliers, mais le propos peut et doit être élargi comme chez Dorion (H.), *Éloge de la frontière*, Montréal, Éditions Fides, 2006, 51 p., p. 35, qui parle de « frontières de contact » comme versant opposé à la séparation. Pour une incarnation pratique, v. Drocourt (N.), *L'autre Empire du Milieu*, *op. cit.*, pp. 242-245 sur la rencontre diplomatique aux marges frontalières.

crée simultanément identité et altérité, et pose finalement la question de leur relation. Penser la frontière conduit ainsi à la leçon fondamentale de l'intersubjectivité, à savoir ouvrir conceptuellement l'« État hermétique » dont le modèle a pu influencer l'étude du droit international partant d'*une* souveraineté[211]. Contre la perception fermée de l'État-Nation et la pensée de l'État « comme s'il existait dans le vide »[212], il faut donc ouvrir l'État. L'herméticité ne trouve aucun écho en fait et est stérile en droit.

40. C'est alors que la frontière dévoile tout son intérêt pour penser les fondements du droit international qui ont été abordés : l'État et le territoire, *par rapport aux tiers*. Comprise dans ce déroulement, rattachée au sujet État qui la contrôle, la frontière impose en effet de penser l'ouverture du substrat étatique qu'est le territoire, où « se rattachent presque tous les *rapports* internationaux »[213]. L'on revient ainsi à la terre évoquée à travers l'emprise, mais désormais riche de l'Autre qui lui fait vis-à-vis et entend y circuler. Les géographes distinguent deux aspects de cette terre : le « territoire », qui la marque de l'emprise d'un groupe dont l'identité s'y enracine, et l'« espace », qui la marque de l'action des relations, du mouvement qui interagit avec l'emprise dans ce lieu alors défini par ce qu'il s'y passe quelque chose et donc par ce qu'il est emprunté, traversé[214]. Le droit international connaît les deux termes, mais étant forgé par l'État territorial il ne connaît plus que le premier, « territoire », lorsqu'il est question de la terre *de l'État*, ainsi absorbée dans cette possession[215]. Quelle qu'elle soit, la conceptualisation du

---

[211] L'expression et la remarque sur cette influence se trouvent dans l'étude d'Abi-Saab (G.), « La pérennité des frontières en droit international », *op. cit.*, p. 342.

[212] Brierly (J.-L.), « Le fondement du droit des gens », *R.C.A.D.I.* vol. 23 (1928), pp. 463-552, p. 503, qui, dans l'optique qui était la sienne, ajoutait qu'il ne faut pas réfléchir ainsi car « les conclusions auxquelles on aboutit à partir de telles suppositions sont probablement aussi trompeuses que les conclusions des astronomes avant les découvertes de Copernic. »

[213] C.P.A., 1928 (4 avr.), *Île de Palmas*, trad. fr. Rousseau (Ch.) *in R.G.D.I.P.*, t. 42 (1935), pp. 156-202, p. 165 (à propos du droit de la souveraineté territoriale ; nous soulignons).

[214] La distinction est opérée par Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 299-304, qui parle à cet égard d'un « couple scalaire territoires/espace » et entend l'espace un peu plus largement, comme échelle et non seulement comme dimension, de sorte que « les territoires semblent désigner des ensembles sociaux, de moindre étendue, des sociétés au sens plein du terme, et les espaces leurs environnements plus globaux, les premiers tirant plus leur historicité du côté de la reproduction, ce qui les rend plus durables, alors que les seconds seraient plus mutants. Mais les territoires peuvent jouer un rôle spatial pour leurs sous-ensembles et les espaces peuvent tendre à se territorialiser » (p. 301). Le propos est géohistorique et sert donc d'inspiration et non de clef à la présente étude, juridique, qui y trouve un appui plus qu'une solution. L'auteur évoque ainsi selon son couple scalaire l'éventualité d'un « territoire-Monde » (pp. 311 et 315-317), la communauté internationale viendrait-elle en groupe à s'entendre pour atteindre la densité politique commune nécessaire à ce marquage de la Terre. Pour une interrogation juridique sur le territoire et l'espace, le premier (avec sa frontière) accaparant l'étude juridique des circulations, v. Bergé (J.-S.), *Les situations en mouvement et le droit*, *op. cit.*, pp. 57-58.

[215] La Pradelle (P. de), « Notions de territoire et d'espace dans l'aménagement des rapports internationaux contemporains », *R.C.A.D.I.*, t. 157 (1977), pp. 415-482, pp. 425-427, distingue ainsi très nettement le territoire, « dépendance de l'ordre géophysique du monde, placée sous le pouvoir de disposition et de contrainte d'un État », de l'espace « dépendanc[e] de l'ordre géophysique du monde qui échapp[e], par nature, à l'emprise de la souveraineté pour être ouvert[e] à l'accès et aux libertés d'usage de tous » (p. 427). Scission des termes s'il en est,

territoire se rattache ainsi toujours à l'unité isolée de l'État et au seul lien qu'ils entretiennent[216], ce qui peut bien caractériser le territoire comme emprise mais omet sa dimension spatiale en faisant seulement du territoire un « témoin de [l]a *capture* » de l'espace[217]. Le rapport de l'espace territorial aux tiers est ainsi *a priori* écarté en ce que le territoire n'est conceptualisé qu'isolément, seulement pour l'État qui le marque de son emprise. *A priori* donc, « [l]e statut du territoire est clair et bien défini : c'est celui de la souveraineté même. »[218] Pourtant, certes sous emprise, le territoire – ou plus justement ici l'« espace territorial » – est tout autant fait de l'interaction : l'emprise réagit au mouvement, le sujet est constitué par la relation à l'Autre, et l'existence de l'espace territorial réside dans l'activité qui s'y déroule[219]. La « clarté » du statut du territoire sous souveraineté n'est obtenue qu'au prix de l'ignorance ou de la relégation de l'Autre[220]. Il faut donc repenser le territoire sous emprise pour le compléter de son autre face,

---

alors même que le territoire est une notion « éminemment spatiale, au moins en apparence » (Alland (D.), « Les représentations de l'espace en droit international public », *op. cit.*, p. 165).

[216] La présentation de Schoenborn (W.), « La nature juridique du territoire », *op. cit.*, pp. 105-124, reste une référence, le cours intervenant au bon moment où la construction kelsénienne centrée sur la compétence a achevé l'abstraction progressive du territoire, de la propriété matérielle au champ idéel. Pour une synthèse plus récente, v. not. Barberis (J. A.), « Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *A.F.D.I.* vol. 45 (1999), pp. 132-147, et Distefano (G.), *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial,* Paris, Pedone, 2002, xi-590 p., pp. 24-41, toujours dans une optique isolée État-territoire. La compréhension passe classiquement de domaine approprié à élément existentiel de l'État avant d'aboutir en sphère de compétence dans une dernière étape d'abstraction, ce qui certes peut caractériser le territoire mais ne doit pas le *résumer*, car alors sa qualité d'espace, de rapport à l'Autre, est oblitérée, impensée dans les oubliettes de l'exclusion créées par la souveraineté qui commande le rapport abstrait État-territoire.

[217] Alland (D.), « Les représentations de l'espace en droit international public », *A.P.D.*, t. 32 (1987), pp. 163-178, p. 166 (nous soulignons).

[218] Op. diss. du juge De Castro sous C.I.J., 1978 (19 déc.), *Plateau continental de la mer Égée* (*Grèce c. Turquie*), *C.I.J. Rec.* 1978, p. 65, § 8.

[219] Reuter (P.), « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 103 (1961), pp. 425-656, p. 514, notait que le territoire « n'est plus le champ clos réservé au déploiement exclusif d'une souveraineté, ce n'est plus seulement un objet de domination ou un élément de l'État, mais *un cadre fonctionnel* » (nous soulignons). Une position rejetant tout à fait le territoire comme grille d'étude au profit d'une approche purement « fonctionnaliste », se concentrant sur les actions de l'État, se trouve chez Schou (P.), « Le rôle du territoire dans le droit international », *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 10 (1939), pp. 17-29, ce qui pèche par enthousiasme dans l'arrachement de l'emprise territoriale et méconnaît le sens de la souveraineté, mais a le mérite de montrer qu'il y a autre chose que la stricte identité (exclusive) territoire-État. Une position médiane, entre territorialité et fonctionnalisme, est défendue par Kuijer (M.) et Werner (W.), « The paradoxical place of territory in international law », *N.Y.I.L.*, vol. 47 (2016), pp. 3-17, p. 7 : le territoire perdure, mais il faut voir les transformations de sa pratique par l'ouverture aux flux. *Contra* cette oscillation entre l'emprise et l'espace, v. Brighenti (A.), « Pour une territoriologie du droit », *in* Forest (P.) (dir.), *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives*, Québec, Presses universitaires de Laval, Coll. « Dikè », 2009, xi-286 p., pp. 239-260, p. 244, qui cantonne le territoire à son emprise sur l'espace et refuse son rattachement « avec l'espace où il "a lieu" », car c'est lui qui définit l'espace et non l'inverse, ce qui peut s'entendre mais ne permet pas d'appréhender sans équivoque le « territoire » *en droit international*, qui *est* un espace tout en l'imprimant, la nature spatiale originelle ne disparaissant pas du fait de ce marquage et ne pouvant être omise sans le lourd coût de l'ignorance du tiers.

[220] Il reste bien sûr l'exclusion du tiers au niveau de la *détention* de la puissance territoriale, comme le note Alland (D.), « Les représentations de l'espace en droit international public », *op. cit.*, p. 172, quant aux compétences (et aux pouvoirs) : il y a une « dualité fondamentale du territorial et de l'international, fondés respectivement sur la domination de la compétence territoriale et de la compétence personnelle. » Notre propos se situe dans le territoire

le territoire comme espace international, d'intérêt international ou de réalisation d'intérêts internationaux[221], approche relationnelle ouverte qui ajoute à la relation gouvernement-population-territoire[222] celle du territoire aux tiers. Être-pour-soi, replié sur l'acception classique marquée par l'emprise de l'État, le territoire est aussi être-pour-un-autre, car il est, fondamentalement, un espace, où se réalisent des intérêts internationalement protégés. Il s'agit autrement dit de travailler le territoire « dans le domaine du sens »[223], par le mouvement et en tant qu'espace[224], le compléter des tiers malgré l'unité du terme qui n'appelle que l'État, car se cantonner au sens de la seule emprise imposerait le lourd coût de l'ignorance ou de la relégation conceptuelle de l'Autre. Pour reprendre la notion de Roubier, il s'agit d'étudier et comprendre la « situation juridique » du territoire, c'est-à-dire le territoire *comme* situation juridique ; comprendre l'État en tant que territorialement situé dans le « complexe de droits et d'obligations » de ses relations. Se pose alors le défi du droit international, dans l'espace, de résoudre le tiraillement entre l'affirmation de l'identité et la dilution de l'altérité[225], où le droit partage les questionnements de la frontière qui oscille entre mur et pont, s'efforçant d'agir

tel qu'il existe dans la vie internationale, c'est-à-dire dans l'exercice de la puissance qui marque le régime d'accès au territoire.

[221] Ce n'est bien sûr pas dire que le territoire est finalement un « espace international » comme le serait la haute mer, mais formuler ainsi l'*optique* dans laquelle se place le droit international lorsqu'il saisit le territoire au service d'intérêts tiers. Le territoire comme « espace international » donne ainsi le modèle extrême de ce qui est plus concrètement une saisie de l'espace comme étant d'intérêt international car servant la réalisation d'intérêts internationaux, la formulation retenue dépendant de l'angle – de l'idée pure ou de la réalité plus nuancée – où l'on se place.

[222] Gottmann (J.), *The Significance of Territory*, *op. cit.*, p. 123, « To take on a valid general significance, a definition of territory must be "relational" », car « the concept appears to designate rather a relationship established between a community of politically organized people and their space ». L'idée est reprise par Dembinski (L.), « Le territoire et le développement du droit international », *Annuaire suisse de droit international*, t. XXXI (1975), pp. 121-152, qui cite Gottman et, tout en conservant l'idée de territoire uniquement sous emprise, note que le droit international s'est dédoublé en ce qu'à son système classique territorial s'est ajouté un droit international nouveau, « tendant à une coordination fonctionnelle entre États dans ces domaines de la vie internationale qui de par leur essence ne se prêtent pas à des solutions territoriales » (p. 151), les États dépassant ainsi l'exclusivité de leur relation au territoire.

[223] C'est ici que se situe « la rupture » contemporaine entre le territoire classiquement sous emprise et la fluidité multiple de l'espace qui marque le monde mondialisé selon Badie (B.), *La fin des territoires*, *op. cit.*, p. 253.

[224] Bergé (J.-S.), *Les situations en mouvement et le droit*, *op. cit.*, p. 230 : « Quand une mobilité a pour modalité un espace de flux, cela implique, d'un point de vue juridique, un rehaussement de la notion d'espace et une relégation, à l'arrière-plan, de notions aussi importantes que les territoires (au sens large) et le franchissement des frontières (*idem*) » (formulé à propos des personnes, le constat vaut pour tout mouvement).

[225] Truyol y Serra (A.), « Théorie du droit international public. Cours général », *R.C.A.D.I.*, vol. 173 (1981), pp. 9-443, p. 56 : il y a « dans chaque société, et par conséquent dans la société internationale, un tiraillement constant entre le mouvement qui la pousse à se replier sur elle-même dans un esprit défensif, préoccupée par la sauvegarde de son identité, et celui qui va dans le sens de l'ouverture aux autres, à la recherche d'une dilatation du moi collectif sans pour autant renoncer (tout au moins consciemment) à cette identité. »

comme « droit de trait d'union (…) qui assimile des éléments hétéronomes ; un droit-pont entre la différence »[226], fût-il en pratique « réduit à composer »[227].

*

41. Reprenons les acquis et l'élaboration du questionnement. Le contrôle de la frontière est ici compris comme phénomène d'ensemble, qui englobe potentiellement toutes les actions que l'État déploie pour *maîtriser* (là est le sens premier du contrôle au sens où nous l'entendons, ce qui comprend son sens second : la vérification) les flux entrant et sortant de son territoire. C'est, autrement dit, un contrôle du territoire *vis-à-vis des mouvements liés à l'extérieur*. Cela concerne tous les pouvoirs, exécutifs et normatifs, que l'État pourra mobiliser dans ce but ; l'important est qu'ils entendent contrôler les flux, et nous les traiteront ainsi uniment car une typologie détaillée relèverait du droit administratif ou du droit douanier. L'important, il faut le redire, est dans le fait que l'État entend maîtriser les flux franchissant sa frontière. L'objet central de notre attention étant la volonté d'une telle maîtrise, le contrôle peut ainsi avoir lieu dès l'amont, où l'État adopte des lois pour encadrer les flux, dépêche des navires pour les intercepter ou refuse un visa qui permettra de circuler plus facilement. Il aura aussi lieu autour de la frontière. Strictement définie, la frontière désigne la ligne délimitant l'espace de souveraineté de l'État, mais l'action de contrôle n'a que très partiellement lieu *exactement* sur la ligne et réduire l'étude à cette localisation exacte n'aurait guère de sens. L'intérêt étant dans l'effort de maîtrise déployé par l'État vis-à-vis du mouvement extérieur, la clef réside dans ce que son action répond à un tel mouvement. Nous exclurons ainsi en grande partie le contrôle en aval, une fois que le mouvement est achevé – que l'on pense à une expulsion de personnes en séjour irrégulier, ou à un jugement condamnant l'importation illégale de marchandises –, car l'idée de contrôle de la frontière s'y perd dans la mesure où son temps est achevé : l'idée ne reste qu'en tant que son échec entraîne des conséquences.

Ainsi défini, le contrôle de la frontière est parcouru de deux lignes de force : le mouvement, auquel il répond, et l'emprise, dont il se prévaut. Aucune ne peut être ôtée sans que s'effondre la possibilité d'une société (mouvement) internationale interétatique (emprise). Le contrôle est au cœur de cette tension et ne peut être pleinement compris qu'à travers la rencontre de ces lignes, c'est-à-dire en droit par le contact d'intérêts juridiquement protégés – ceux de l'État territorial et ceux des tiers souhaitant franchir la frontière. L'étude du contrôle centre ainsi

[226] Kolb (R.), *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 3e éd., 2022, 727 p., p. 93.
[227] Visscher (Ch. de), *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, p. 231.

l'attention sur la relation juridique, celle qui lie l'État territorial et le tiers à sa frontière, et l'enjeu du droit international est de garantir leur coexistence, c'est-à-dire de permettre l'existence de ces différents sujets dans la rencontre de leur altérité mutuelle.

42. L'étude qui s'ouvre ici se propose ainsi de penser le territoire et la souveraineté territoriale par la frontière, par son contrôle, et donc par leur rapport à l'Autre. Elle adopte ainsi une approche relationnelle qui questionne le territoire en tant qu'espace pour l'État *et* pour les tiers, la frontière indiquant cette dualité du territoire. Comme l'écrit la géographe Anne-Laure Amilhat-Szary, « "penser à la limite" est un acte fondamentalement critique des catégories existantes et c'est sans doute là que réside la principale vertu heuristique des frontières »[228]. La limite du territoire-souverain, ou de la souveraineté territoriale, est dans l'Autre qui lui fait face à la frontière. Telle est la thèse que l'une et l'autre face de l'espace territorial sont nécessaires pour avoir une compréhension entière de la situation de l'État territorial à travers le contrôle de ses frontières. On aura compris la situation nodale de ce contrôle pour les relations internationales, déjà connue par l'actualité mais désormais comprise au niveau de la *possibilité* de l'existence de telles relations, qui supposent tant l'identité assumée par l'emprise (existence d'États territoriaux) que l'ouverture au mouvement par acceptation du contact (existence de relations entre et à travers eux). Ces éléments sont nécessaires à l'existence d'une société internationale vivante et ont besoin d'ordonnancement pour ne pas dépendre uniquement de la contingence des faits, où l'on retrouve le droit comme condition de possibilité de l'existence simultanée d'intérêts et sujets divers qui ici s'avèrent situés et en mouvement dans l'espace. Comme permettre cette coexistence est sa raison d'être, se jouent ici, dans cette mesure, tant la pratique et donc la viabilité du droit international, que son développement par la protection des rapports entretenus au sein de la société internationale. Comment et jusqu'où le droit international, au niveau du contact à la frontière, assure-t-il effectivement la coexistence du mouvement qui anime la société internationale et des emprises qui la structurent, la préservant ainsi de la seule contingence du moment par l'ordonnancement juridique ?

43. Deux parties structureront l'étude de ce questionnement. La première partie traitera du questionnement fondamental posé ci-dessus, concernant la condition de possibilité d'une société internationale stable et vivante. Sera ainsi questionnée l'aptitude du droit international à garantir la coexistence des altérités, de l'État souverain et du tiers se présentant à sa frontière. Nous verrons que cette aptitude réside dans la *modération* du contrôle des frontières, clef de la

[228] Amilhat Szary (A.-L.), *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, *op. cit.*, p. 148.

coexistence à la frontière en ce qu'elle vise une tempérance réciproque produite au contact de l'Autre par la médiation du droit (partie 1). Cette première nécessité étant établie, sera ensuite envisagé le développement du droit international et de la société internationale avec lui. En effet outre la garantie de la coexistence, le droit international tend à lier le pouvoir de l'État territorial au service de la société internationale par la *détermination* du contrôle des frontières, ce qui aboutira à l'idée d'un ordre international des flux où l'espace territorial est saisi comme espace au service de la société internationale (partie 2).

44. Un mot enfin sur l'approche positiviste généraliste, retenue pour l'étude. L'approche relationnelle du droit que nous avons développé ci-dessus peut indiquer plusieurs sens à l'étude qui s'en sert : en tant que méthode de pensée du droit positif, elle est aussi une force de changement de ce droit[229], car mieux l'apprécier à travers la relation est aussi mieux voir ses failles et déséquilibres. Il faut donc faire un choix. Par soucis d'unité, de limites et d'intérêt de l'étude – qui touche à des régimes juridiques largement commentés sous l'angle positif et critique mais jamais, à notre connaissance, saisis comme ensemble de droit positif sous l'angle territorial et relationnel ; là est l'état de l'art –, celle-ci se concentrera sur le droit positif pour le revoir aux nouveaux frais du territoire-espace. Cela n'exclut pas la pensée car le positivisme « n'est pas cantonné à une description sans âme de règles sans esprit »[230], mais l'étude s'attachera bien à penser le sens interne du droit. L'approche sera aussi généraliste, parcourant les diverses branches du droit international contemporain pour y dénicher les enseignements propres à éclairer le questionnement ici posé, sans enfermement, afin de pouvoir pleinement « envisage[r] le droit comme un tout » et prendre chacune de ses composantes « en fonction de l'ensemble, c'est-à-dire de la manière dont elle s'articule par rapport aux autres composantes (…), pour arriver à démontrer la structure ou le mécanisme total qui émerge de leur assemblage »[231]. Dans cette mesure la présente étude s'inscrit dans la théorie du droit international. Cela nous a mené à écarter les espaces régionaux de libre-circulation, qui donnent assurément à voir l'idée d'internationalisation de l'espace territorial sous la forme d'une

---

[229] Sur ce que l'auteure appelle les dimensions méthodologique et normative de l'approche relationnelle, v. Nedelsky (J.), *Law's Relations*, *op. cit.*, pp. 77-84 ; c'est toute l'ambition normative déjà évoquée de Honneth (A.), *La lutte pour la reconnaissance*, *op. cit.*, qui fait du mépris le nerf d'une théorie sociale vouée à s'inscrire en droit pour ce qui en relève afin de le lever par la reconnaissance des intérêts et valeurs qui s'écrient (pp. 223-236 et 267-285).

[230] Sur (S.), « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 363 (2013), pp. 9-331, p. 24.

[231] Abi-Saab (G.), « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 207 (1987), pp. 9-463, p. 34, qui appelle cela « l'analyse juridique scientifique à proprement parler », plus haute que la seule description.

régionalisation, mais sont trop particuliers et dépendants d'un régime interne[232] de sorte qu'ils obscurciraient l'étude annoncée de l'État territorial dans la société internationale. Nous rappelons ici l'acception large, déjà donnée, du contrôle frontalier comme manifestation de la puissance de l'Etat territorial vis-à-vis de l'Autre qui entend franchir sa frontière[233], car là est, à nos yeux, l'intérêt du sujet pour le droit international en ce que seule cette acception large permet de pleinement questionner la tension et le questionnement exposés ci-dessus. Seule cette acception, aussi, permet de dépasser la quête d'une description technique des modalités du contrôle frontalier pour elles-mêmes, qui intéressera davantage une étude spécialisée sur tel ou tel domaine précis – douanes ou garde-côtes, en matière migratoire ou commerciale par exemple – et concernant vraisemblablement le droit administratif ou de l'Union européenne plutôt que le droit international public.

45. Enfin, l'entreprise généraliste est certes exigeante mais s'avère nécessaire car le sujet ainsi situé constitue d'abord un *fait* international, le contrôle de la frontière, qui en tant que fait ne connaît ni ne respecte les découpages intellectuels de l'étude juridique, dont il est donc impossible de suivre une seule voie défrichée – un principe, une règle, une notion, un rapport donné… – avec la mission de l'éclaircir et de l'aménager. Resterait alors la possibilité de se limiter à un *aspect* de ce fait dans la vie internationale, migrations ou commerce par exemple, mais l'étude du droit international s'en trouverait au moins *a priori* biaisée, cantonnée aux exigences d'un domaine et dépendante de détails obstruant les grandes lignes. Aussi a-t-il été choisi de maintenir l'étude au plus large. Ce faisant nous devons commencer par mentionner la dette de cette étude envers les écrits spécialisés sans lesquels une telle approche est aujourd'hui impossible, et exprimer l'espoir que les quelques centaines de pages qui suivront permettront de dresser des ponts entre les branches qu'ils étudient[234]

---

[232] Comme le remarque Chetail (V.), *International migration law*, Cambridge, CUP, 2019, xlvii-449 p., p. 98, le foisonnement de régimes juridiques régionaux « has resulted in an extremely complex and heteroclite network of international legal norms that are poorly understood and defy easy categorization », créant un « eclectic patchwork of treaty regimes ». Pour une réflexion sur la spécificité du régime des « frontières » en pareil cas, v. Martin (J.-Chr.), « Rapport introductif. Quelle gestion pour quelles frontières ? », *in* Martin (J.-Chr.) (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne. Défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, Paris, Pedone, 2011, 300 p., pp. 9-36.

[233] L'acception a été donnée ci-dessus aux paragraphes 24-25.

[234] Cette tâche de l'internationaliste généraliste de relier les différentes branches spécialisées du droit international est notamment soulignée par Schachter (O.), « International Law in Theory and Practice. General Course in Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 178 (1982), pp. 9-395, pp. 21-22.

Partie 1. La modération du contrôle des frontières par le droit international

46. L'introduction l'a établi : la frontière est un lieu de contact entre l'emprise et le mouvement, c'est-à-dire entre l'État territorial et le tiers. À l'instar du sujet État auquel elle est attachée, la frontière est en partie constituée par la relation à l'Autre et donne ainsi à penser le territoire comme revêtant à la fois son acception classique, espace sous emprise étatique, et une acception relative aux tiers. Dans cette seconde acception, le territoire est compris comme espace de réalisation d'intérêts internationalement protégés – que les tiers porteurs de ces intérêts cherchent à le quitter, à le traverser ou à y accéder. Cette dualité crée une forte tension et à vrai dire une problématique existentielle pour le droit international, car elle confronte deux paramètres élémentaires de la société qu'il régit. L'un est juridique, à savoir la composition élémentaire de la société internationale en États souverains qui affirment leur emprise sur le territoire. L'autre est pratique et réside dans les circulations – commerciales, migratoires, de communication… – que suppose la nature sociale de cette société et donc sa vie concrète, pour laquelle la nécessité des circulations est attestée par l'histoire et l'actualité. Le fondement de l'ordre juridique international est ainsi confronté aux besoins de la vie pratique qu'il doit régir. Dans cette mesure, il en va ici de la viabilité du droit international : pour assumer sa fonction première, à savoir permettre la *coexistence* des intérêts qui composent la société internationale[235], il doit fournir un ordonnancement commun qui préserve les circulations de la seule volonté contingente des emprises souveraines, et ces emprises de la seule force qui peut soutenir les circulations. Il faut, en somme, garantir l'absence de destruction systématique d'un intérêt par l'autre, et donc extirper le contact frontalier de sa dépendance à la seule force de l'État territorial ou du tiers qui tente de franchir la frontière. Ainsi le droit international permet-il d'articuler des intérêts comme celui à l'assistance humanitaire ou au libre-échange avec ceux de l'État territorial telle la sécurité. Ainsi à l'inverse reste-t-il lacunaire sur la protection des migrations et permet que prévale la décision de l'État en l'absence d'une protection spécifique fondant l'accès de l'être humain au territoire. La société internationale est à cet égard toujours en construction, travaillée par les forces du mouvement et de l'emprise, du tiers et de l'État territorial qui font valoir leurs intérêts avec plus ou moins de succès. Son existence même, elle,

[235] V. not. Weil (Pr.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 237 (1992), pp. 11-369, pp. 36-37.

a besoin du droit international en tant qu'ordonnancement commun au moins *apte* à fournir un cadre à de telles oppositions, en vue de leur coexistence durable.

47. En effet l'une comme l'autre des données du conflit ne pouvant être supprimée sans effondrement de l'ordre juridique international dans sa structure (territoriale-étatique) ou dans son objet (social), la seule voie envisageable est celle de leur modération dans le sens d'une *tempérance réciproque produite au contact de l'Autre par la médiation du droit*. Cette modération est celle des intérêts qui se rencontrent dans le contrôle de la frontière, et c'est ainsi ce contrôle avec tout ce qu'il condense comme données et enjeux qui se trouve engagé par le questionnement : la modération des intérêts est une modération du contrôle qui les voit se heurter.

48. On le voit peut-être, le problème ici est celui de l'intrication de la question, exprimée au niveau conceptuel par la dualité du territoire – sous emprise et espace de réalisation d'intérêts tiers – comme au niveau pratique par le heurt d'intérêts – la sécurité de l'État et la libre navigation, les finances de l'État et le regroupement familial, l'écologie et le libre-échange, etc. Composé d'intérêts apparemment irréconciliables, le contrôle frontalier peut figurer comme un nœud inextricable ou au moins difficile à saisir sans partialité de vue, et l'étude doit donc d'abord chercher à dénouer la situation en posant ses termes un à un pour établir la base saine de leur confrontation pratique qui aura lieu en dernier temps. Dans cette perspective, il conviendra de partir de la donnée primaire qu'est l'existence même du contrôle des frontières, phénomène qui trouve son origine dans l'emprise souveraine de l'État territorial, comme « inhérence étatique »[236]. C'est là que se trouve le fondement juridique du contrôle, et donc la mesure de l'action et de sa possible réglementation (Titre 1). Ce n'est qu'ensuite que pourra être correctement saisi ce qui fait face au contrôle émanant de l'État, à savoir les intérêts qui s'y opposent et qui, par leur opposition, complètent le problème et donnent à voir sa solution dans la modération entre deux pôles, l'emprise et le mouvement, qui fait osciller le territoire entre sa nature étatique et sa situation internationale (titre 2).

[236] Sur (S.), « L'inhérence en droit international », *R.G.D.I.P.*, t. 118 (2014), pp. 785-797, spéc. pp. 787-789.

Titre 1. Le fondement étatique du contrôle des frontières

« Le droit étatique externe procède du rapport *entre des États subsistants par soi »*
Hegel, *Principes de la philosophie du droit*[237]

49. Comme phénomène qui se manifeste au droit international, le contrôle des frontières trouve son origine dans la puissance souveraine de l'État qui, maître sur son territoire, exprime sa maîtrise par le contrôle exercé sur ses relations avec l'extérieur. Qu'un membre de sa population veuille quitter son territoire ou un étranger y entrer, qu'un aéronef veuille traverser son espace aérien ou un navire atteindre l'un de ses ports, l'État entend contrôler ces éléments d'extranéité qui pourraient l'affecter. C'est là la première donnée du problème que nous avons qualifiée d'emprise : l'État est une institution de maintien de l'ordre et s'affirme comme telle en défendant sa situation face à l'extérieur, quel qu'il soit, car il entend n'en être affecté que s'il y consent.

50. Encore faut-il comprendre dans quelle mesure il peut exercer et exerce effectivement ce contrôle dans l'ordre international. L'actualité et la science politique regorgent de données à ce propos, allant de la critique des excès du contrôle aux détails les plus fins de sa mise en œuvre et de ses ressources, cela en passant par la déconstruction des discours qui l'alimentent. Face à cette abondance, il faut ici centrer le questionnement sur le droit et la signification juridique de cette situation originelle du contrôle dans la souveraineté. Celle-ci constitue-t-elle un pôle hermétique à toute véritable opposition d'intérêts tiers, comme le laisse entendre la célèbre citation de la Cour suprême étatsunienne selon laquelle « It is an accepted maxim of international law that every sovereign nation has the power, *as inherent in sovereignty* (…), to forbid the entrance of foreigners within its dominions »[238] ? L'argument d'une « inhérence souveraine » résiste mal à l'étude de sorte que l'herméticité de l'État est encore douteuse, mais la question mérite tout de même d'être posée et éclaircie. Et s'il n'y a pas d'herméticité, quelle force le contrôle tire-t-il tout de même de son fondement souverain et dans quelle mesure les intérêts tiers peuvent-ils lui être opposés puis articulés ? Ces interrogations premières déterminent et peuvent même hypothéquer la possibilité d'avancer dans l'étude d'un ordonnancement viable qui ménage les intérêts tiers au contact de la frontière de l'État territorial. Il y a là à la fois le premier terme du conflit qui travaille le contrôle frontalier –

[237] § 330 (trad. fr. Kervégan (J.-Fr.), Paris, PUF, 3e éd., 2013, Coll. « Quadrige », viii-798 p., p. 535 (souligné dans le texte)).
[238] U.S.S.C., 1892 (18 janv.), *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892), p. 659 (nous soulignons).

l'emprise –, la première prise juridique sans laquelle toute volonté de modération par le droit serait reléguée au rang de vœu pieux – la possibilité de limitation du contrôle –, et l'objet de l'opposition des intérêts tiers qui entraîne le besoin de modération – le contrôle effectif. À tous ces égards le fondement étatique du contrôle est premier dans l'analyse, de sorte que sa mécompréhension à ce stade serait extrêmement dommageable car elle saperait ou biaiserait tout l'effort subséquent de modération en en défigurant l'objet premier.

51. Il faut donc plonger dans le fondement territorial de l'ordre juridique international pour ne pas compromettre ni se méprendre d'entrée de jeu sur les possibilités d'assouplir le contrôle frontalier au bénéfice de la vie sociale qui entend le traverser. Pour ce faire, le contrôle de la frontière sera ici vu dans cette seule optique originelle, celle de son affirmation unilatérale par l'État territorial. Il le sera d'abord dans son essence qui l'enracine dans la souveraineté territoriale (chapitre 1), ensuite dans sa pratique qui la déploie comme un fait invasif en dehors du cadre originel de son fondement souverain (chapitre 2). Ce n'est qu'ensuite que la première donnée du problème pourra, ainsi identifiée, être complétée par son envers, le contact à l'Autre qui se présente à la frontière. Ce sera l'objet du second titre.

Chapitre 1. L'enracinement du contrôle dans la souveraineté territoriale

52. Il importe de se confronter d'emblée au fondement du contrôle. En effet, dès lors que la frontière est une interface de la vie humaine qui s'y présente dans toute sa diversité[239] et qu'en conséquence de nombreuses situations peuvent se présenter à son contrôle – un navire, de croisière ou militaire, un migrant, travailleur ou en détresse, une marchandise, fruits ou stupéfiants, etc. –, force est de raisonner au niveau du tout, des grands principes et non de tel ou tel régime juridique matériellement circonscrit, sans quoi l'on se condamnerait au seul constat des règles particulières et à l'ignorance de la mécanique profonde dont elles ne sont qu'une manifestation nécessairement partielle. Un tel cantonnement laisserait sans réponse toute situation non visée par une règle particulière au flux en question, par exemple le cas d'un État fermant son port à tout navire étranger, où l'analyse serait livrée au seul sentiment – fermeture abusive, repli contestable, liberté légitime, etc. En amont et en parallèle des règles protégeant tel aspect des circulations, y a-t-il des règles qui régissent le contrôle de la frontière en son fondement, et qui s'opposeraient donc comme minimum à tout comportement de l'État, de la volonté autarcique au rejet spécifique ? Si non, quelle est la condition de possibilité et donc la mesure du développement des limites que l'on constate dans les régimes spécifiques ?

53. Réfléchir juridiquement au fait qu'est le contrôle des frontières mène ainsi à s'intéresser à la souveraineté, territoriale puisqu'il est question de frontière. En effet, souveraineté et contrôle frontalier se retrouvent à ce niveau fondamental qui est celui de l'existence de l'État. Ils en sont chacun une manifestation essentielle : la souveraineté est l'essence de l'existence juridique de l'État, selon laquelle il détermine seul ce qui le lie ou non vis-à-vis du tiers qui se présente à sa frontière, et le contrôle frontalier est une conséquence nécessaire de l'existence pratique de l'État[240] par laquelle il détermine qui *peut* entretenir des relations avec lui à raison de son territoire, et donc ce qu'il *est*, à cet égard, relativement à autrui. Il convient dans un

---

[239] Jones (St. B.), *Boundary-Making. A handbook for statesmen, treaty editors and boundary commissioners*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1945, xv-268 p., p. 11 : « A list of boundary functions of today would almost duplicate a list of human activities. »

[240] Nonobstant les nuances historiques où l'État n'imposait pas un contrôle de principe de ses frontières (sur les migrations, v. not. Chetail (V.), « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », *in* Chetail (V.) (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, 2007, 728 p., pp. 13-133, pp. 24-25 (spéc. note 26) ; et Fleury Graff (Th.), « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », *op. cit.*, pp. 14-15), il faut entendre ici qu'il le *peut* nécessairement en conséquence de sa souveraineté, qu'il actualise ou non cette possibilité (c'est d'ailleurs ce que prouvent les précisions historiques de Blois (Cl. de), *La construction du concept moderne de frontière…*, *op. cit.*, pp. 295-356, où la prétention de contrôle apparaît dès l'affirmation de la souveraineté et en vertu de celle-ci, le contrôle des entrées « accompagn[ant] la reconnaissance de l'inviolabilité du territoire » (p. 313)).

premier temps d'identifier le contrôle dans la souveraineté territoriale (Section 1), après quoi pourront être dégagées les premières conséquences et limites quant aux conditions d'un ordonnancement viable des circulations qui lui sont confrontées (Section 2).

Section 1. L'identification du contrôle dans la souveraineté territoriale

54. Le contrôle des frontières est un fait juridiquement fondé sur la souveraineté territoriale, dont il est une expression pratique dans l'espace. Saisir le contrôle en ce fondement suppose ainsi de cerner la nature de la souveraineté territoriale car en dépend ensuite tout le régime susceptible d'encadrer le contrôle, notamment la possibilité même d'établir un tel régime malgré la présence de la souveraineté qui *a priori* ne connaît pas la limitation (§ 1). Il faudra donc éclaircir les relations entre le comportement de l'État contrôlant sa frontière et la souveraineté qui marque le territoire avant de tracer l'étendue spatiale de celle-ci, qui apparaît ainsi comme terrain privilégié du contrôle et en offre une première compréhension pratique (§ 2).

§ 1. La nature de la souveraineté territoriale

55. Identifier le contrôle des frontières dans son fondement souverain exige d'abord de développer la consistance de la souveraineté elle-même, car c'est elle qui détermine juridiquement ce qu'elle recouvre et en elle que réside l'action de l'État, le « contrôle » (A). Ce n'est qu'ensuite qu'il sera permis de réfléchir sur la territorialité qui lui est greffée et lui confère le sens spatial où le contrôle est celui « de la frontière » (B).

A. Consistance de la souveraineté

56. La souveraineté (territoriale) est une notion clef du droit international déjà très commentée par la doctrine, mais c'est précisément en raison de l'abondance du commentaire qu'il faut ici y revenir : les acceptions sont nombreuses, parfois confuses car elles mêlent plusieurs concepts dans la souveraineté territoriale[241], et l'étude ne peut sainement avancer sans

[241] À titre d'exemple, il est possible de lire dans un manuel fort usité que « [s]ur son territoire, l'État se comporte normalement en souverain et l'ensemble de ses compétences est traditionnellement désigné par la formule "souveraineté territoriale" » (Forteau (M.), Miron (A.) et Pellet (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 9e éd., 2022, 2047 p.., p. 671, les auteurs rectifiant l'approximation p. 672 en soulignant que l'expression de souveraineté territoriale ainsi comprise « est plus commode qu'exacte », les compétences découlant de la souveraineté mais n'en faisant pas le contenu), où deux notions juridiques sont ainsi mêlées indifféremment ; Delbez (L.), « Du territoire dans ses rapports avec l'État », *R.G.D.I.P.*, t. 39 (1932), pp. 705-738, p. 714, confond tout uniment compétence, pouvoir et souveraineté, la « souveraineté territoriale » désignant selon lui la « plénitude de compétence » et la compétence elle-même désignant le pouvoir d'accomplir des actes, et de même chez Salvioli (G.), « Les règles générales de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 46 (1933), pp. 1-164, p. 61 ; Chaumont (Ch.), « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », *op. cit.*, p. 122, voit bien que le pouvoir est variable selon les obligations le corsetant mais l'assimile à la souveraineté pour considérer qu'à travers lui c'est elle – dans son acception commune, abstraite, qu'il critique – qui est « sujette à des variations » ; Distefano

préciser la compréhension retenue à ce propos, car de l'acception de la souveraineté dépend la compréhension du contrôle qui semble l'exprimer. À cet égard, il sera avancé que, définie comme liberté principielle de l'État et *stricto sensu* limitée à cette abstraction, la souveraineté revêt un sens absolu (1), ce qui pose la question de la possibilité d'encadrer le contrôle frontalier. Pour autant, cette possibilité n'est pas bloquée car le contrôle relève de la liberté pratique, située sur un autre plan que la souveraineté ne fait que couvrir (2).

1. La souveraineté comme liberté principielle

57. L'idée d'une souveraineté absolue qui serait profondément incompatible avec la limite que le droit pose[242] a suscité les plus longs débats doctrinaux, qu'il n'est possible ni souhaitable de restituer. Si de nombreux écrits s'en sont pris à la souveraineté au motif de cette incompatibilité[243], ils apparaissent aujourd'hui bien surannés et dépassés par la doctrine contemporaine qui a identifié les mécompréhensions et illusions qui entouraient cette vue. La clef du dépassement réside en ce que la souveraineté internationale n'est pas puissance, mais liberté[244]. C'est une indépendance qui exclut l'imposition d'une volonté extérieure à son détenteur qui doit rester « seul maître de ses décisions »[245], étant entendu que l'indépendance ainsi comprise n'est pas incompatible avec le droit mais au contraire protégée par lui car « soumise » à lui seul[246]. L'État est « seul maître » du contrôle de sa frontière dans la mesure où aucune volonté extérieure ne peut lui imposer une règle qui le contraindrait sur ce point comme sur tout autre, et cela selon le droit international qui régit ensuite le contrôle dans les conditions qui seront dites. Au moins sur la sémantique, le différend doctrinal est vidé au bénéfice de cette acception dès lors qu'elle accueille les vues des contempteurs du terme qui

(G.), *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, *op. cit.*, p. 41, la définit comme « un agrégat (un faisceau) de droits, facultés, obligations, compétences, etc. ».

[242] On en trouve des portraits chez Machiavel, Hobbes, Spinoza, Hegel ou encore Austin, tous cités par Truyol y Serra comme retenant une acception absolutiste de la souveraineté rétive à la possibilité même d'un droit international (Truyol y Serra (A.), « Souveraineté », *A.P.D.*, t. 35 (1990), pp. 313-326, pp. 319-321).

[243] Rousseau (Ch.), *Droit international public. Tome II. Les sujets de droit*, Paris, Sirey, 1974, xvi-797 p., pp. 59-65 ; Politis (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *R.C.A.D.I.*, t. 6 (1925), pp. 1-121, pp. 12-21 ; Tachi (S.), *La souveraineté et l'indépendance de l'État et les questions intérieures en droit international*, Paris, Les Éditions Internationales, 1930, 121 p., p. 30 ; Le Fur (L.), *Précis de droit international public*, *op. cit.*, p. 181.

[244] Il faut citer ici le très célèbre article de Combacau (J.), « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67 (1993), pp. 47-58. V. aussi et déjà un auteur classique comme Basdevant (J.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 58 (1936), pp. 471-692, pp. 577-579 qui répond aux contempteurs de la souveraineté.

[245] C.P.J.I., 1931 (5 sept.), *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (*avis*), Série A/B, n° 41, p. 45 (sur l'indépendance de l'Autriche selon le Traité de Saint-Germain).

[246] Comme l'écrit Anzilotti dans son opinion individuelle sous l'arrêt de la C.P.J.I., 1931 (5 sept.), *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (*avis*), *op. cit.*, p. 57, l'indépendance de l'État peut être appelée souveraineté « si l'on entend par cela que l'État n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, si ce n'est celle du droit international. »

entendaient le remplacer par l'idée de liberté[247]. D'où la persistance de la célèbre phrase de Max Huber : « La souveraineté, dans les relations entre États, signifie l'indépendance »[248], avec encore la précision que cette indépendance est une liberté *principielle*. Cela, dans le sens où elle est inaliénable sans que l'État se dissolve car il est fondamentalement libre, non de faire mais d'accepter ou non de faire : « Un État ne peut être privé, par un moyen juridique, [de ses] compétences [et pouvoirs] que de son consentement »[249]. Il s'agit ainsi d'une liberté propre à l'être de l'État, la cause première de son comportement qui est absolue car il est dans sa définition même qu'elle ne saurait subir de limite extérieure. Elle ne peut qu'être pure, immaculée, car nécessairement binaire : elle est ou n'est pas, sans gradation possible, dès lors que la seule présence d'une volonté supérieure à son niveau, quelle qu'elle soit, la supprime[250]. La souveraineté a ainsi la pureté de l'Idée car en dernière analyse, elle est une *qualité* de la

---

[247] Ainsi de Charles Rousseau qui s'évertua à forger la notion d'indépendance pour remplacer la souveraineté (« L'indépendance de l'État dans l'ordre international », *R.C.A.D.I.*, vol. 73 (1948), pp. 167-253) ; v. aussi Politis (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté… », *op. cit.*, p. 21, qui privilégie le terme de liberté.

[248] S.A., 1928 (4 avr.), *Île de Palmas*, *op. cit.*, p. 163.

[249] Basdevant (J.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 580 (nous ajoutons les « pouvoirs » car l'auteur les fond dans une acception englobante de « compétence »). Il convient de ne pas entrer dans la polémique visant le positivisme volontariste ici adopté, en ce qu'il ramènerait abusivement l'entièreté du droit international à la volonté étatique alors que les « nécessités » de la coexistence interétatique fonderaient aussi du droit international, s'imposant aux souverainetés nonobstant leur volonté (v. par ex. Pellet (A.), « *Lotus* que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet. L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Pedone, 2008, xiv-331 p., pp. 215-230). Qu'il suffise ici de souligner deux points : d'abord, que le débat gagne à distinguer le donné du construit, de sorte qu'il est vain d'opposer au positivisme volontariste que la volonté pratique est liée par le droit (hypothèse du *ius cogens* par exemple ou autorité s'imposant telle celle du Conseil de sécurité des Nations Unies) car il l'admet volontiers, insistant plutôt sur ce que ce droit liant la volonté pratique est issu d'une volonté *originelle* ; ensuite, qu'une fois la première clarification opérée, il ne reste qu'une simple divergence de vue quant à la fiction de la volonté et ce qu'il est possible d'y inclure, divergence exprimée par exemple par l'explication ou non de la coutume comme « accord tacite ». Alors, les sensibilités doctrinales s'accommodent ou non d'une volonté qui est dite inclure les données primaires de la société internationale à laquelle elle participe en raison même de cette participation : si cette position est acceptée, il est considéré que l'État *veut* bien respecter les autres souverainetés et assumer le tissu coutumier reliant la société internationale à laquelle il participe (avec l'éventuel triomphe de torsions *de fait* de son consentement causées par le moteur de la puissance dans les relations internationales) ; si elle est rejetée, il est considéré que l'État *subit* les règles en question, mais alors l'analyse s'épuise dans de mystérieuses « nécessités » dont l'objectivité prétendue et insaisissable dissimule plus qu'elle n'explique la formation de ces règles, et stérilise un possible argumentaire défendant l'inopposabilité de l'une de ces règles à l'État contre sa volonté.

[250] Cela est déjà exprimé par Charles Loyseau, continuateur de Jean Bodin dans la conceptualisation juridique de la souveraineté, qui, définissant la souveraineté comme puissance absolue au sens où elle est dépourvue de tout supérieur, écrit que « comme la couronne ne peut être si son cercle n'est entier, aussi la souveraineté n'est point, si quelque chose y défaillit » (*Traité des seigneuries*, Paris, A. L'Angelier, 1608, 380 p., Chap. II, 8, p. 26 (nous transposons en français moderne)).

substance étatique[251] et non cette substance elle-même[252], « attachée aux pouvoirs qui y sont inclus mais non confondue avec ces pouvoirs mêmes. »[253]

58. Partant de cette acception stricte de la souveraineté, l'expression « souveraineté territoriale » qui fournit le fondement du contrôle des frontières ne fait qu'appliquer cette qualité d'indépendance de l'État à un élément, spatial, de son existence. Il ne peut donc être dit, *stricto sensu*, que la souveraineté territoriale varie selon le cadre juridique[254], ce qui signifierait que le droit international pourrait y avoir une prise pour limiter le contrôle des frontières en son fondement jusqu'à l'y neutraliser tout à fait. La souveraineté étant la liberté principielle de l'État et celui-ci étant défini dans son étendue par son territoire, la souveraineté territoriale est le respect de cette liberté de l'État *à raison* de son territoire[255]. C'est là le sens strict de la formule de souveraineté territoriale, qui n'exprime rien d'autre que la qualité du territoire comme « reflet » spatial de la souveraineté[256], « élément essentiel » coextensif à la souveraineté[257], ou encore espace de réalisation et de respect de l'indépendance. En conséquence, le territoire est à la disposition de l'État en dernier ressort[258], car c'est à ce niveau, du dernier ressort, que se situe la souveraineté. C'est aussi à ce niveau que les activités qui se déroulent sur le territoire relèvent de la volonté de l'État souverain. En tant qu'il s'applique aux activités qui entendent affecter le territoire, pour en sortir ou y entrer, le contrôle des frontières est ainsi couvert *a priori*, comme outil de l'Etat manifestant sa volonté sur ces activités. En conséquence, tout franchissement de la frontière ou toute altération de son contrôle ne saurait

---

[251] Carré de Malberg (R.), *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920, xxxvi-837 p., rééd. Paris, Dalloz, 2004, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 70, n° 26 : « Pris dans son acception précise, le mot souveraineté désigne, non pas une puissance, mais bien une qualité, une certaine façon d'être, un certain degré de puissance », et, ne souffrant aucune supériorité, dans sa face externe « est donc au fond synonyme d'indépendance » (p. 71). L'auteur plaide pour la restriction de la souveraineté à cette acception après avoir constaté les autres acceptions que le terme revêt et qui brouillent son sens (p. 86, n° 31).

[252] La distinction se trouve dans les deux premières acceptions usitées de la souveraineté identifiées par Carré de Malberg (R.), *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 79, n° 30, respectivement suprématie (qualité de la substance) et ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État (substance), comme cela est exprimé par Combacau (J.), « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *op. cit.*, p. 49.

[253] Combacau (J.), « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *op. cit.*, p. 50.

[254] Comme le fait par exemple Shaw (M.), « A House of Many Rooms: the Rise, Fall and Rise Again of Territorial Sovereignty? », *R.C.A.D.I.*, vol. 432 (2023), pp. 45-78, spéc. pp. 60-61 (et p. 69 où l'auteur revendique une acception au sens strict).

[255] C'est la classique « nature *exclusive* du pouvoir » sur le territoire qui est ainsi visée, sur laquelle v. not. Fleury Graff (Th.), *État et territoire en droit international. L'exemple de la construction du territoire des États-Unis (1789-1914)*, Paris, Pedone, 2013, x-527 p., pp. 219-226.

[256] Beaud (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Coll. « Léviathan », 1994, 512 p., pp. 124-129, spéc. pp. 127-129.

[257] S.A., 1910 (7 sept.), *North Atlantic Coast Fisheries* (*Grande-Bretagne c. États-Unis d'Amérique*), *R.S.A.*, vol. XI, pp. 167-226, p. 180, « one of the essential elements of sovereignty is that it is to be exercised within territorial limits, and (…) the territory is co-terminous with the Sovereignty ».

[258] Kohen (M. G.), *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, PUF, 1997, xxv-579 p., pp. 76-79.

trouver de fondement juridique que dans le consentement du souverain territorial, car l'« indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer *à l'exclusion de tout autre État*, les fonctions étatiques. »[259]

59. On ne peut toutefois rester à ce niveau d'abstraction d'une liberté principielle. En effet, l'exigence d'identifier le contrôle frontalier dans la souveraineté *territoriale* fait alors apparaître un point de tension où cette liberté principielle, l'indépendance, bascule dans la liberté pratique, « l'exercice » des « fonctions étatiques » : nous considérions jusqu'à présent la souveraineté comme *idée* en cherchant à caractériser son essence, et la voici entraînée dans l'espace vers l'*action* du contrôle frontalier. Par ce basculement, la souveraineté se trouve au contact du comportement qui se déploie sous son couvert. Autrement dit, le fondement principiel du contrôle frontalier se trouve au contact de son opération concrète, or ce fondement est défini par une totale indépendance tandis que l'opération de contrôle est sujette à limites. La souveraineté semble ainsi mêlée à une pratique faite de relativité pour laquelle son caractère absolu et idéel n'est pas équipé, ce qui impose certaines distinctions pour cerner sans confusion les différents aspects du contrôle frontalier.

2. La souveraineté dans la liberté pratique

60. Le contrôle des frontières impose ainsi la confrontation de la souveraineté à la pratique que sa liberté principielle, comme essence, ne peut expliquer seule : l'État est fondamentalement libre, d'accord, mais qu'en est-il dans son comportement, pour ce qui a lieu concrètement à sa frontière ? Le droit s'arrête-t-il au premier énoncé ? Chacun voit que les plans ne sont pas les mêmes et que la souveraineté *per se* n'est qu'une étape du raisonnement, nécessaire mais insuffisante sauf à se satisfaire de la seule affirmation de la Cour suprême des États-Unis citée à l'annonce du présent titre : l'exclusion des étrangers est inhérente à la souveraineté territoriale, point. Le droit international est évidemment plus fin, et mène à descendre dans ce qui véhicule concrètement le contrôle frontalier comme tout comportement de l'État, à savoir sa puissance (a), qui, faisant ainsi tampon entre l'absoluité de la souveraineté et les limitations du comportement, peut recevoir ces dernières, posées par le droit international à travers les deux figures de la compétence et du pouvoir (b).

---

[259] S.A., 1928 (4 avr.), *Île de Palmas*, *op. cit.*, p. 163 ; v. aussi Virally (M.), « Une pierre d'angle qui résiste au temps : avatars et pérennité de l'idée de souveraineté », *in* I.U.H.E.I., *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Leiden, Sijthoff, 1977, vi-434 p., pp. 179-195, p. 182.

a) La médiation de la puissance étatique

61. Parallèlement au monde idéel qui le pense, l'État est situé dans un monde concret où il *agit* : idéellement libre, il contrôle sa frontière en fait. Par cette seule considération, la liberté principielle suppose une *puissance* qui la soutienne réellement, d'abord comme fait matériel qui fait de l'État une effectivité[260]. Soutenant ainsi la souveraineté dans le réel, la puissance y trouve en retour une juridicisation qui la distingue de la seule force brute[261] et en fait une puissance *publique*, ce qui caractérise le souverain[262] et qu'il caractérise lui-même comme étant une puissance indivisible, suprême et s'exprimant par actes unilatéraux de souveraineté[263]. Ce n'est que par cet aller-retour entre le fait et le droit que la souveraineté a d'abord pu s'affirmer[264], et que l'État est capable d'accomplir la fonction d'ordonnancement de la vie en

---

[260] C'est là la puissance se rapportant à la force, au « pouvoir de commander de telle sorte que l'on soit obéi » (Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. II, « L'État », Paris, L.G.D.J., 1980, 3e éd., 733 p., p. 104), indépendamment de la légitimité ou de la licéité d'un tel commandement s'imposant. Comme fait brut, elle n'est pas propre à l'entité politique quoique celle-ci concentre « [l]a plus grande des puissances humaines » (Hobbes (Th.), *Léviathan (1651)*, Paris, Gallimard, Coll. « Folio Essais », 2000, trad. fr. Mairet (G.), 1027 p., pp. 170-173).

[261] À la *potentia*, force factuelle, Cicéron opposait la *potestas*, pouvoir légitime *en droit*, selon une distinction classiquement reprise ensuite pour penser la légitimité de l'autorité politique (Goyard-Fabre (S.), *Philosophie politique. XVIe-XXe siècles*, Paris, PUF, 1987, 543 p., p. 217 ; v. par exemple les considérations de Rousseau sur l'expression « le droit du plus fort », *in* le *Contrat social*, I, III, in *Œuvres complètes*, t. III, Paris, Gallimard, 1964, cclv-1978 p., pp. 347-470, p. 355). Sans entrer dans la question immense des conditions juridiques de la légitimité de l'autorité politique – ce qui relève du droit constitutionnel, v. Baranger (D.), *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. « Que Sais-Je ? », 7e éd., 2017, 127 p., p. 70 – et en la postulant acquise par la personne publique, cette distinction recoupe la définition juridique de la puissance *publique* qui, *ratione personae* et nonobstant les évolutions du droit positif qui permettent sa délégation, est négativement « celle dont les particuliers ne doivent pas être capables » (Basdevant-Gaudemet (Br.), *Aux origines de l'État moderne. Charles Loyseau, 1564-1627, théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, 1976, ix-306 p., pp. 111-113 et 119-120 sur cette distinction essentielle à l'aube de la modernité). Sur le « pouvoir politique » revêtant les mêmes caractéristiques, il est possible de consulter Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. I, vol. II « Le pouvoir politique », Paris, L.G.D.J., 1980, 3e éd., 385 p., p. 11, avec la note 5.

[262] La puissance publique est ici à entendre dans le sens de la théorie générale de l'État, telle qu'elle naquit dans la conceptualisation fondatrice de l'État moderne par les juristes Jean Bodin, qui la rattache à la souveraineté définissant l'État, « droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun, *avec puissance souveraine* » (*Les six livres de la République*, Lyon, Jacques Du Puys, 4e éd., 1579, 1058 p., Livre I, Chap. I, p. 1 (nous soulignons et transposons en français moderne)), et Charles Loyseau, qui continue Bodin en définissant la souveraineté comme « forme qui donne l'être à l'État (…), comble et période de puissance, où il faut que l'État s'arrête et s'établisse » (*Traité des seigneuries*, *op. cit.*, Chap. II, 5-6, p. 25 (là aussi nous transposons)) et s'attache à en ciseler la mise en œuvre dans l'État. Dans les deux cas, la puissance publique *per se* est une substance constituée par les pouvoirs du Souverain qui est marquée de suprématie par la qualité souveraine à laquelle elle est intimement liée. Sur ces auteurs, v. les analyses du Pr Beaud pour le premier (*La puissance de l'État*, *op. cit.*, pp. 27-198) et de la Pre Basdevant-Gaudemet pour le second (*Aux origines de l'État moderne*, *op. cit.*, spéc. pp. 118-162).

[263] Beaud (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, pp. 53-130 sur la Loy bodinienne dans l'État de sujets, et pp. 245-262 sur le « commandement constitutionnel » dans l'État de citoyens.

[264] Cela figure d'abord dans l'affirmation interne de la souveraineté, dont l'idée de puissance de l'État est indétachable et en a accompagné l'essor et la consolidation dans les faits, traduisant à la fois l'affirmation d'un pouvoir de fait et sa juridicisation. V. Krynen (J.), « Aux origines historiques de l'idée de puissance publique », *in* A.F.D.A., *La puissance publique*, Paris, LexisNexis, 2012, x-314 p., pp. 37-44, qui parle de l'idée de puissance publique permettant de « soutenir la dynamique du pouvoir royal » (p. 39, à propos de l'utilisation de l'*imperium* romain) jusqu'à en affirmer l'exclusivité comme corollaire de l'indépendance du souverain (pp. 40-42), tout en soulignant qu'il s'agit d'une « puissance réglée » en vue de l'utilité publique (pp. 42-44).

commun qui lui est assignée[265]. Riche de l'histoire de l'emprise posée en introduction, le contrôle de la frontière se nourrit de ces deux aspects, à la fois force effective par laquelle l'État affirme sa souveraineté et force légitime exercée par le souverain sur *sa* frontière. À la jonction du fait et du droit, le contrôle active le territoire vis-à-vis de l'extérieur et l'affirme comme « surface d'emprise de l'État »[266]. Ainsi, il participe à l'*imperium*[267] qui « constitue l'essence même du rapport juridique »[268] qui fait de l'espace un territoire en le marquant de l'emprise étatique[269].

62. La puissance contient ainsi l'action de l'État sans laquelle il ne pourrait réellement exister. Partant, elle figure comme un support qui conditionne l'indépendance de l'État à raison du réel, et en premier lieu de son territoire : l'État contrôle *a priori* librement sa frontière car il est indépendant, et est indépendant en ce qu'il contrôle sa frontière. D'où l'idée selon laquelle la puissance fait pendant à la liberté comme deux faces d'un même concept théorique « souveraineté »[270]. Comment, dès lors, séparer les aspects du contrôle de la frontière pour

---

[265] Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. I, vol. II, *op. cit.*, pp. 3-6 : la puissance (ici appelée « pouvoir », dans leur sens matriciel commun) apporte l'être à la société dans sa réalité historique.

[266] Chevallier (J.), *L'État*, *op. cit.*, p. 24 ; Beaud (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 129, souligne que le territoire est dépendant de la souveraineté comme « projection spatiale de la puissance publique » qu'elle exprime dans sa face interne. Les définitions du territoire comme espace sous *imperium* étatique sont légion. V. parmi d'autres celles classiques de Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, Paris, A. Rousseau, 1896, t. I, x-566 p., p. 288 ; Oppenheim (L.), *International law. A treatise*, *op. cit.*, p. 229 ; Nys (E.), *Le droit international. Les principes, les théories, les faits*, t. I, 2de éd., Bruxelles, M. Weissenbruch, 1912, 602 p., p. 439 ; Hershey (A. S.), *The essentials of international public law and organization*, New York, MacMillan, 2e éd., 1927, xxii-784 p., p. 268 (assimilé à la souveraineté).

[267] La notion remonte à l'époque royale de Rome où elle désignait originairement un pouvoir de commandement militaire avec des retentissements sur les fonctions politiques (Gaudemet (J.) et Chevreau (E.), *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, L.G.D.J., 8e éd., 2014, 532 p., pp. 136-137), avant d'être juridicisée à l'époque républicaine tout en gardant son essence de commandement (*ibid.*, pp. 172-173). Par-delà ses diverses utilisations par la suite qui ont effacé les subtilités de l'institution de droit romain, la notion véhicule l'idée de la volonté suprême s'imposant, le foudroiement de la puissance en acte (par exemple, dans sa reprise par la royauté française au cours du XIIIe s. pour affirmer sa suprématie sur le tissu féodal (Krynen (J.), « Aux origines historiques de l'idée de puissance publique », *op. cit.*, p. 39). Le droit international public retient cette acception générale, pour « qualifier le pouvoir exercé par l'État sur les personnes qui se trouvent sur son territoire » (Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 563).

[268] Louter (J. de), *Le droit international public positif*, *op. cit.*, p. 317.

[269] À propos de la prise de possession effective d'un espace pour en faire du territoire (nonobstant bien sûr l'hypothèse de l'acquisition de territoire par acte juridique), v. classiquement S.A., 1928 (4 avr.), *Île de Palmas*, *op. cit.*, not. p. 164 ; S.A., 1931 (28 janv.), *Île de Clipperton* (*Mexique c. France*), *R.S.A.*, vol. II, pp. 1105-1111, p. 1110 ; C.P.J.I., 1933 (5 avr.), *Statut juridique du Groënland oriental* (*Danemark c. Norvège*), Série A/B, n° 53, pp. 45-46 ; et, plus récemment, C.I.J., 2012 (19 nov.), *Différend territorial et maritime* (*Nicaragua c. Colombie*), *C.I.J. Rec.* 2012, pp. 652-657, §§ 66-84. Plus largement, sur la place de l'effectivité pour la détermination de l'étendue territoriale de la souveraineté, v. les riches développements de Couveinhes-Matsumoto (Fl.), *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Jus Gentium », xxiv-692 p., pp. 285-350.

[270] Beaud (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, pp. 15-17, qui défend l'unité conceptuelle de la souveraineté au sein desquels se situent ses faces interne et externe, et parle de la « profonde unité du système » (p. 17) ; v. aussi déjà Carré de Malberg (R.), *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, pp. 71-72, n° 26, et pp. 79-80, n° 30 (unité de la souveraineté comme suprématie de la puissance, qui trouve seulement des égaux à l'extérieur et des sujets à l'intérieur). Cela se répercute dans les définitions de la souveraineté territoriale comme incluant à la fois l'exclusivité de l'exercice de la puissance (liberté) et cet exercice à raison du territoire (puissance) (v. par ex.

permettre sa limitation en distinguant la liberté absolue où il prend racine de la liberté pratique où il s'exprime ? En rappelant que cette unité conceptuelle de la souveraineté est déchirée par le droit international dont il a été dit qu'il ne retient que sa figure externe, celle de l'indépendance. Cela car régissant une société horizontale composée d'égales souverainetés, le droit international ne peut logiquement accueillir la souveraineté-puissance, faite d'une verticalité suprême qui s'impose aux sujets[271]. Celle-ci, et le contrôle frontalier avec elle en ce qu'il manifeste la puissance étatique, relève de l'ordre interne de l'État, et donc, du point de vue du droit international, relève du fait[272], certes authentifié comme attribué au souverain par distinction du fait brut de particuliers. Si la puissance est bien omniprésente dans le droit international car elle est constitutive des États qui en sont les premiers sujets[273] et qu'elle a d'ailleurs pu désigner par métonymie[274], c'est donc d'abord comme une donnée factuelle de la vie sociale. La souveraineté internationale a certes la puissance pour corollaire et cela peut expliquer les définitions de la souveraineté territoriale comme plénitude de l'action sur le territoire[275], mais elle ne l'a pas, juridiquement, pour élément. Partant, la souveraineté internationale couvre la puissance d'une liberté originelle, tout en s'en détachant quant à sa limitation. Le contrôle de la frontière prend racine dans la souveraineté qui le couvre car il relève du sujet qu'elle caractérise, mais peut être distinctement saisi, c'est-à-dire limité, comme manifestation de la puissance.

Cansacchi (G.), « Sovranità e diritti sovrani », *in Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. I, Milano, A. Giuffrè, 1987, xix-604 p., pp. 187-196, p. 187, qui y voit deux droits liés (*correlati*)).

[271] Il peut toujours être considéré que cette puissance suprême concerne bien la souveraineté internationale dans l'unité de la notion, la suprématie s'entendant alors de l'absence de supérieur, mais il y a alors « qualité purement privative de la puissance d'État » (Combacau (J.), « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *op. cit.*, p. 50) et la liberté s'y substitue.

[272] C.P.J.I., 1926 (25 mai), *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (*Allemagne c. Pologne*), Série A, n° 7, p. 19 : « Au regard du droit international (…), les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. »

[273] La puissance constitue le liant entre les trois composantes traditionnelles de l'État, exercée *par* le gouvernement, *sur* une population et *à raison* d'un territoire. Sur ces composantes, v. Crawford (J.), *The Creation of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2de éd., 2006, lxxii-870 p., pp. 45-61. À ce propos, Geslin (A.), « Puissance publique et droit international », *in* A.F.D.A., *La puissance publique*, *op. cit.*, pp. 269-286, p. 269, écrit que le droit international « baigne dans la puissance publique comme dans un liquide amniotique ».

[274] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xli-1198 p., p. 911, « Puissance » : « Terme utilisé jadis comme synonyme d'État souverain, en particulier s'agissant d'un grand État. »

[275] Une expression topique est fournie par Alvarez : « Par souveraineté, il faut entendre l'ensemble des droits et des attributions que l'État a sur son territoire à l'exclusion de tous autres États, ainsi que dans ses rapports avec ceux-ci » (op. ind. sous C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou* (*Royaume-Uni c. Albanie*), *C.I.J. Rec.* 1949, p. 43). V. aussi Poirat (Fl.), « Territoire », *in* Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, xxv-1649 p., pp. 1474-1478, pp. 1475-1476, et Kohen (M. G.), *Possession contestée et souveraineté territoriale*, *op. cit.*, p. 76 et les références de la note 7.

63. En effet la conséquence essentielle de ce détachement est que le caractère absolu de la souveraineté internationale (indépendance) n'empêche nullement la limitation de la liberté pratique (puissance) de l'État, car ce sont deux aspects du fondement de l'État qui se situent à des niveaux distincts d'analyse[276]. En effet, la souveraineté s'épuise dans l'exigence de *consentement* qui fait barrière à toute limitation en droit, mais n'empêche nullement l'apposition d'une telle limite par le canal du consentement donné. Suivant cette analyse, la limite atteint le fait de la puissance, fait primaire que le droit international sculpte, limite et contrôle par ses obligations naissant du consentement de l'État qui, ainsi consentant, supporte des limites tout en maintenant sa souveraineté intacte. Anzilotti formulait déjà cette distinction en soulignant qu'il ne faut pas confondre indépendance (principielle) et liberté (pratique)[277], distinction qui remonte à l'arrêt fondateur du *Vapeur Wimbledon* où la Cour écrit qu'un traité « apporte une restriction à l'*exercice des droit souverains* », c'est-à-dire à la puissance, ce qui n'est aucunement contraire à la souveraineté qui, elle, « contract[e] », c'est-à-dire consent[278]. En résulte que l'indépendance absolue de la souveraineté n'hypothèque pas la saisie juridique du contrôle de la frontière qui s'en revendique : elle donne simplement la condition de sa limitation. Que l'on veuille défendre l'ouverture ou la fermeture de la frontière, la souveraineté n'est que le vecteur incontournable de son encadrement et ne peut être visée qu'en cette qualité ; fondamentalement, elle n'empêche ou cède au contrôle sous aucun rapport de nécessité.

64. Est ainsi établie la possibilité de la saisie juridique du contrôle « malgré » son fondement souverain, comme élément de la puissance. Il faut alors affiner l'analyse et cette saisie en en précisant les voies, par lesquelles la puissance et le contrôle des frontières qui l'exprime passent du fait juridiquement admis à l'institution juridiquement réglementée.

b) La saisie de la puissance par le droit international

65. Il a été établi que la puissance de l'État est nécessaire pour clarifier le niveau d'analyse, mais elle apparaît encore insatisfaisante pour précisément identifier le contrôle en droit positif : édiction d'une loi prohibant l'importation de fruits étrangers, opération d'interception d'un

---

[276] Comme le note le Pr Sur, quoique ne distinguant pas pouvoir et compétence comme il le sera fait dans le développement suivant : « On évoque souvent, surtout en dehors du monde des juristes, mais parfois aussi en son sein, l'érosion de la souveraineté, son partage, son transfert, ses abandons, voire un monde sans souverainetés. C'est là une confusion entre souveraineté et compétences. Elles peuvent en effet être partagées, transférées, exercées en commun voire abandonnées, sans que cela affecte en quelque façon la souveraineté » (« La créativité du droit international… », *op. cit.*, p. 92).

[277] Anzilotti, opinion individuelle sous l'arrêt de la C.P.J.I., *Régime douanier…*, *op. cit.*, pp. 58 et 66-67 (les parenthèses sont de nous).

[278] C.P.J.I., 1923 (17 août), *Vapeur « Wimbledon »* (*Royaume-Uni, France, Italie et Japon c. Allemagne*), Série A, n° 1, p. 25 (nous soulignons).

navire approchant des côtes, arrangement pour contrôler les migrations au départ d'un État tiers… tout cela relève bien du fait-puissance mais l'analyse juridique gagnerait à s'affiner en technique pour éviter la confusion. Une dernière étape est nécessaire pour discerner ce fait dans le droit ; le contrôle en ses différents aspects juridiques. Bien que factuelle, la puissance n'est pas étrangère à la technique du droit international qui considère l'État *aussi* comme une effectivité, et donc comme une puissance qui est ainsi juridicisée en tant qu'élément du sujet de droit qu'elle participe à constituer. Par cette « superposition de l'État sociologique et de l'État sujet du droit international »[279], c'est-à-dire du fait et de sa saisie juridique, la puissance est juridiquement traduite en « attribut légal »[280] de l'État, par les deux institutions du sujet de droit public que sont la compétence (i) et le pouvoir (ii). Comme et avec la puissance, ces institutions sont distinctes de la souveraineté en tant que relevant de la liberté pratique[281] et forment les prises du droit positif sur l'action étatique[282]. On trouve ainsi là les deux modalités de déploiement et de règlementation du contrôle des frontières.

i) La compétence : possibilité du contrôle de la frontière

66. La notion de compétence doit être précisée d'emblée car elle peut être marquée d'une ambiguïté théorique[283] qui la fait désigner indifféremment l'aptitude à agir et l'action elle-même, or prétendre pouvoir contrôler la frontière sur tel espace ou telle personne n'est pas la même chose qu'exercer le contrôle sur cet espace ou cette personne. Pour éviter cette confusion,

---

[279] Mouton (J.-D.), « La notion d'État et le droit international public », *Droits*, n° 16 (1993), pp. 45-58, p. 46 (dans le propos de l'auteur, cette superposition caractérise la perception de l'État par le positivisme volontariste).
[280] Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2019, 13e éd., 878 p., p. 267.
[281] Outre l'ensemble des présents développements, v. pour la compétence les premiers éléments de réflexion donnés par Verdross (A.), « Règles générales du droit international de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 30 (1929), pp. 271-517, p. 380, qui déjà écrivait que la souveraineté territoriale « diffère (…) nettement de la compétence territoriale exclusive », et plus tard Suy (E.), « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », *in Internationale Festschrift für Aldred Verdross. Zum 80. Geburtstag*, München/Salzburg, Wilhelm Fink Verlag, 1971, 596 p., pp. 493-508, pp. 493-508 ; pour le pouvoir, v. C.P.J.I., 1937 (8 oct.), *Phares en Crète et à Samos* (*France c. Grèce*), Série A/B, n° 71, p. 103, où la distinction entre droits souverains (c'est-à-dire les pouvoirs exercés) et souveraineté est très nette : « Malgré son autonomie, la Crète n'avait pas cessé de faire partie de l'Empire ottoman. S'il est vrai que le Sultan avait dû y admettre d'importantes restrictions à l'exercice de ses droits de souveraineté, cette souveraineté même, quelle qu'en ait été la qualification doctrinale, n'avait pas cessé de lui appartenir ».
[282] Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 404 : « Compétence et pouvoirs de l'État résultent (…) d'une intervention du droit international dans les conduites étatiques ».
[283] Cahin (G.), « Rapport », S.F.D.I., *Les compétences de l'État en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p., pp. 9-52, pp. 11-15, constate le flou terminologique et l'ambiguïté de la notion de compétence en droit, et notamment en droit international où les défenseurs de la « théorie des compétences » n'ont pas tant cherché à unifier la notion qu'à l'appliquer aux différents champs de l'action étatique. En témoigne l'ouvrage de Rousseau qui tout entier est consacré aux compétences, mais ne définit la notion *per se* que dans un petit paragraphe glissé entre la liste des abréviations et une page de titre, comme étant « le pouvoir conféré aux individus de créer des situations juridiques, c'est-à-dire d'émettre des actes de volonté qui se réalisent dans une société déterminée, étatique ou interétatique » (Rousseau (Ch.), *Droit international public. Tome III. Les compétences*, Paris, Sirey, 1977, xvi-635 p., p. 1).

la compétence est à entendre comme une saisie juridique de la puissance qui découpe sa possible utilisation : elle n'encadre pas le contrôle de la frontière lui-même mais la possibilité de le déployer. En effet la « compétence » ne désigne pas une action ou un pouvoir de l'État[284] mais l'aptitude de droit à déployer ce pouvoir[285] lorsque plusieurs sujets sont susceptibles de le faire car détenteurs d'un pouvoir identique[286]. Comme outil permettant d'articuler les différents pouvoirs – normatifs et opérationnels[287] – détenus par différents acteurs et à l'œuvre dans l'ordre juridique, la compétence relève de la répartition de l'action[288], de sa « délimitation »[289] et non de l'action elle-même qui se situe à un autre niveau. Ainsi cantonnée au seul tracé de limites sur la possibilité de son exercice, la compétence ne confère pas le pouvoir d'agir[290] ni ne détermine ce que le sujet peut essentiellement faire – produire une norme, exécuter un acte. Elle précise seulement « sur qui et à raison de quoi »[291] le sujet pourra exercer le pouvoir, soit

---

[284] Théry (Ph.), « Compétence », *in* Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 248 ; Beaud (O.), « Compétence et souveraineté », *in* A.F.D.A., *La compétence*, Paris, LexisNexis, 2008, xiv-272 p., pp. 5-32, p. 15 : « La compétence n'est pas un comportement et ne peut pas être analysée ainsi. » Il est ainsi hasardeux – malgré un usage très répandu, jusque dans la jurisprudence et les traités parfois victimes de la traduction malaisée du « *jurisdiction* » anglophone – de parler de « compétence normative, exécutive ou juridictionnelle », car ces termes renvoient à une action (produire une norme, l'exécuter ou l'appliquer), de sorte que cet usage n'est correct que s'il vise strictement, par raccourci, l'aptitude d'une entité à travers des critères occultés mais implicites (matériel, personnel, spatial, temporel) à déployer le *pouvoir* normatif, exécutif ou juridictionnel.

[285] Cahin (G.), « Rapport », *op. cit.*, p. 26 ; dans le même sens, v. la mise au point de Combacau (J.), « Conclusions générales », *in* S.F.D.I., *Les compétences de l'État en droit international*, *op. cit.*, pp. 301-318, pp. 306-307, et, pour une réflexion décentrée du droit international, Beaud (O.), « Compétence et souveraineté », *op. cit.,* pp. 20-21.

[286] Théry (Ph.), « Compétence », *op. cit.*, p. 247, qui souligne que si la notion de compétence a un trait caractéristique, « c'est l'idée de *concurrence* » (italiques de l'auteur) ; Beaud (O.), « Compétence et souveraineté », *op. cit.*, pp. 18-19.

[287] Admis par ex. à juste titre par Combacau (J.), « Conclusions générales », *op. cit.*, pp. 306-307. *Contra*, Poirat (Fl.), « Rapport », *in* S.F.D.I., *Les compétences de l'État en droit international*, *op. cit.*, pp. 205-206, retient une acception restrictive de la compétence comme concernant le seul pouvoir normatif et écartant les « actes strictement matériels », sur le fondement de ce qui nous semble être une ambiguïté sur la notion même de compétence entre l'*aptitude* à faire et la *détention du pouvoir* de faire au profit de la seconde (ce qui entretient la confusion entre compétence et pouvoir), et d'une vue personnelle assumée comme telle, défendant « ce qui constitue, *je crois*, l'absolue singularité de la compétence : la possible édiction d'un acte par un sujet, cette vertu magique qui transforme le vouloir en pouvoir » (nous soulignons), acception toute normative davantage prémisse que conséquence du raisonnement et qui conditionne l'exclusion des actes matériels qui relèvent pourtant du « pouvoir » – dont la délimitation est la fonction de la compétence – au même titre que les actes normatifs.

[288] Cahin (G.), « Rapport », *op. cit.*, pp. 17-27.

[289] Basdevant (J.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, pp. 568-570 (le terme de compétence reste confondu avec celui de pouvoir, l'auteur parlant ensuite de la règlementation de l'exercice par l'État de ses compétences à propos du discrétionnaire et du lié).

[290] C'est, en droit interne, ce que défendaient Duguit et Jèze comme le relève le Pr Beaud (« Compétence et souveraineté », *op. cit.*, pp. 22-23), repris en droit international par des auteurs comme Rousseau ou Scelle. Leurs thèses sont critiquées aux paragraphes 100-108 de cette étude, et il convient de les écarter ici sur un plan technique en rejoignant le Pr Cahin : « Erronée en ce qu'elle rate le sens spécifique de la notion, la définition de la compétence étatique comme *pouvoir* conféré par le droit international [est] superflue et pour tout dire redondante, dès lors que la soumission de l'État à ce dernier qu'elle est censée assurer, non seulement n'est pas empêchée par l'attribut de la souveraineté, mais est surtout rendue possible par son exercice. » (« Rapport », *op. cit.*, p. 18).

[291] Combacau (J.), « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 303.

la sphère de déploiement que lui trace l'ordre juridique. C'est pourquoi parler d' « exercice de la compétence » est aussi vide de sens[292] que de parler de compétence « discrétionnaire » ou « liée », car ces qualificatifs et l' « exercice » relèvent de l'action elle-même et non de sa délimitation. Par exemple la compétence ne détermine pas si le renvoi d'un migrant est conforme au droit de l'asile, car c'est alors l'action de l'État elle-même qui est en cause et pourra être discrétionnaire ou liée, mais si l'État pouvait en droit prétendre renvoyer le migrant dans la situation donnée, question d'aptitude à agir par exemple contre un étranger et en dehors du territoire étatique. C'est aussi pourquoi la compétence est étrangère à la question de la licéité de l'action[293] même si les deux points sont pratiquement en contact : certes l'action pourra être qualifiée d'illicite car menée en dehors de sa sphère de déploiement (la compétence), mais cette dernière est alors seulement un élément d'identification de l'illicéité qui, elle, est constituée par la violation d'une règle prescriptrice qui enjoint au sujet de droit d'agir dans la limite de sa compétence : l'État ne peut envoyer ses douaniers dans le domaine de compétence territoriale d'un autre État, son action est localisée à raison de ce domaine. En elle-même, la compétence peut toucher la licéité mais ne relève que de l'opposabilité du fait ou de l'acte accompli par le pouvoir déployé, c'est-à-dire de son existence *en droit*[294].

67. Il en résulte que la compétence ne sert à elle seule qu'à *situer* le contrôle des frontières et sa recevabilité *a priori* dans l'ordonnancement juridique, cela à raison des personnes – ainsi par exemple du national dont le passeport est refusé, c'est la compétence *personnelle* – ou à raison de l'espace – ainsi du douanier agissant sur le territoire, c'est la compétence *spatiale*. Sous ces dimensions, personnelle, territoriale ou encore matérielle, la compétence permet en effet de préciser « sur qui », « où » et « à raison de quoi », l'État peut prétendre contrôler sa frontière en produisant des effets de droit qui soient opposables. On retrouve ici à la fois le lien et la distinction d'avec la souveraineté, et avec eux leur intérêt pour justement saisir le contrôle des frontières. Ainsi la compétence territoriale, soit l'aptitude à agir à raison du territoire, la plus pertinente pour le contrôle des frontières, est en principe pleine et exclusive car elle porte sur le territoire couvert par la souveraineté. Pour reprendre le vocabulaire employé ci-dessus, la liberté principielle (souveraineté) fait que la compétence territoriale – soit l'aptitude à agir à

---

[292] Cela est bien souligné par Poirat (Fl.), « Rapport », *op. cit.*, p. 204, et par Combacau (J.), « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 306 (« formule dénuée de sens s'agissant d'un objet qui n'a aucun contenu positif »).
[293] Beaud (O.), « Compétence et souveraineté », *op. cit.*, p. 15 ; Poirat (Fl.), « Rapport », *op. cit.*, pp. 217-219 (quoiqu'avec une acception de la compétence que le propos de la présente étude conteste).
[294] Cette position, inférée de l'acception ici retenue de la compétence, trouve une racine dans une distinction opérée par Basdevant : « Si, dans le domaine de sa compétence, [l']État a manqué au droit international, sa responsabilité se trouve engagée. Néanmoins, son acte, étant celui de l'État compétent, *ne sera pas tenu pour non avenu* : il donnera lieu à réparation » (« Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 634, nous soulignons).

raison du territoire – jouit *a priori* d'une liberté originelle. À raison de son territoire, l'État est seul apte à y contrôler sa frontière et cela partout (dimension spatiale), sur tout (dimension matérielle) et sur tout le monde (dimension personnelle). C'est le cas pour chaque Etat composant la société internationale, de sorte qu'il y a une répartition nette des contrôles de frontières qui ne peuvent être déployés qu'à raison de leur territoire respectif, nonobstant pour l'instant la question des espaces internationaux. Toutefois, ce découpage est bien couvert par la souveraineté mais ressort ensuite de la liberté pratique de l'État, élément de sa puissance, de sorte que cette situation originelle d'exclusivité est évolutive : l'État pourra autoriser d'autres entités à exercer un contrôle des circulations sur tout ou partie de son territoire[295] et se limiter lui-même à cet égard.

68. Ainsi le contrôle des frontières trouve-t-il dans la compétence territoriale ses limites premières mais aussi un terrain privilégié que lui a tracé le droit international. En retour, le droit international y trouve son premier outil de saisie du contrôle frontalier, par lequel il va pouvoir limiter et répartir son action[296]. C'est cette action elle-même qui doit ensuite être saisie, où il est alors question de pouvoir.

ii) Le pouvoir : exercice du contrôle de la frontière

69. Il est en première approche malaisé de distinguer le pouvoir de la puissance dans la mesure où tous deux évoquent une certaine force de l'État. Toutefois, une distinction est possible dans la mesure où si chacun peut être employé au singulier – *le* pouvoir étant alors essentialisé par une majuscule ou le qualificatif de politique –, seul le pouvoir peut être employé au pluriel pour désigner l'action de l'État, le cas échéant doté d'un adjectif : *les* pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire ou, plus simplement, normatif et opérationnel[297]. Dans cette perspective, la puissance relève de la matrice substantielle de l'État, soit de son effectivité comme cela a été dit plus haut, tandis que le pouvoir, au sens fragmentable en *des* pouvoirs, relève de la saisie juridique des manifestations de cette matrice. Ainsi le contrôle de la frontière trouve sa force dans la puissance étatique, qui permet de penser cette force par attachement à

[295] C'est l'hypothèse qui déclenche la réflexion d'Éric Suy sur le sujet, qu'il confronte à la théorie viennoise du territoire comme espace de validité de l'ordre juridique pour réfléchir sur la souveraineté territoriale. Si ses conclusions sont parfaitement inopérantes et passent à côté des définitions théoriques des notions de souveraineté, compétence et pouvoir (les deux derniers étant, du reste, mélangés), cette étude a le grand mérite de questionner les rapports entre ces notions et d'interroger sur leur possible existence et évolution sur différents plans (Suy (E.), « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », *op. cit.*). En pratique, v. les développements de cette étude aux paragraphes 157 à 160.
[296] C'est l'objet de la section 1 du chapitre 2 du présent titre.
[297] Cette dernière terminologie est de Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, not. p. 269.

un trait fondamental de l'État, mais se manifeste et est encadré en droit positif en tant que pouvoirs normatif et opérationnel qui expriment la puissance, par exemple par l'édiction d'une mesure conditionnant l'accès des marchandises au territoire ou par l'envoi de douaniers dans la mer territoriale pour arrêter un navire véhiculant des migrants. C'est ce que les premiers théoriciens de l'État moderne distinguaient déjà en détaillant au sein de la puissance souveraine les « droits » ou « marques » qu'elle comprend[298]. Valable en droit interne, la distinction est tout aussi pertinente en droit international : dès lors que l'État agit, le pouvoir est à l'œuvre, quand bien même la notion serait pudiquement[299] éclipsée par la compétence[300] sous l'appellation d'« exercice de la compétence »[301], dans une confusion déjà décomposée ci-dessus. En somme, le pouvoir se situe en-deçà de la puissance comme une traduction technique de droit positif, « qualité reconnue *en droit* à un État d'*accomplir* certains *actes* »[302]. Le pouvoir est constitué par l'action.

70. En conséquence, le cœur du contrôle frontalier est enfin identifié sous la souveraineté territoriale car le contrôle est avant tout action, donc pouvoir : déploiement de douaniers et construction de murs, octroi de visas et rejet de demandes d'asile, blocage de biens et

---

[298] Loyseau (Ch.), *Traité des seigneuries*, *op. cit.*, Chap. III portant sur les « droits des seigneuries souveraines », not. § 5, p. 50, qui parle explicitement des « droits concernant le pouvoir des Seigneuries souveraines », avant de les lister au § 6 (nous transposons en français moderne ; v. la présentation qui en est donnée par Basdevant-Gaudemet (Br.), *Aux origines de l'État moderne*, *op. cit.*, pp. 136-138, en comparaison avec la démarche de Bodin sur les « marques » de souveraineté).

[299] Le Pr Combacau explique le délaissement de « pouvoir » au profit de « compétence », menant à la confusion terminologique pointée *supra* (paragraphes 66 et 69), en ces termes : « Par rapport au malsonnant "pouvoir", "compétence" apparaît dans une telle ambiance [de droit « objectif » guidé par le Bien commun tel que prôné par la doctrine interniste] comme un providentiel euphémisme, la chose étant alors perçue comme un ensemble de prérogatives dont le titulaire n'est pas le maître, qui lui sont attribuées, ou à tout le moins reconnues, mais toujours comme une sorte de concession d'interprétation stricte » (« Conclusions générales », *op. cit.*, p. 307). Cette pudeur se retrouve en droit constitutionnel (qui connaît bien, lui, les « pouvoirs ») à propos de la « puissance », car « [e]lle heurte le *constitutionnalisme*, dont la première ambition a été de s'opposer à l'arbitraire du pouvoir politique » (Haquet (A.), « La puissance publique entre droit constitutionnel et droit administratif », *in* A.F.D.A., *La puissance publique*, *op. cit.*, pp. 45-56, p. 45)

[300] De nombreux manuels français mettent en avant la « compétence » de l'État dans sa présentation, omettant le « pouvoir » ou ne le mentionnant que de façon adventice. V. pêle-mêle et pour rester dans les manuels contemporains, Alland (D.), *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 10e éd., 2023, 377 p., pp. 48-53 ; Fleury Graff (Th.), *Manuel de droit international public – Tome 2*, Paris, PUF, 2016, Coll. « Droit fondamental », 268 p., pp. 17-29 (présentant l'approche du manuel centrée sur les compétences de l'État) ; Dupuy (P.-M.) et Kerbrat (Y.), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 16e éd., 2022, xxxiv-994 p., pp. 93-124 ; Forteau (M.), Miron (A.) et Pellet (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 9e éd., 2022, 2047 p.. pp. 671-736). C'est l'un des grands mérites du manuel de Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, que de saisir le pouvoir en tant que tel, bien distingué de la compétence (not. pp. 462-465 s'agissant du pouvoir sur le territoire).

[301] Cette façon d'exprimer le pouvoir a été posée par la doctrine classique, not. par Basdevant (J.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, pp. 568-570, qui opère une classification des règles du droit international selon qu'elles répartissent les compétences ou qu'elles en règlementent l'exercice.

[302] Basdevant (J.) et Union académique internationale, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op. cit*., p. 463 (nous soulignons, et tronquons la définition qui ajoute, en raison du mélange entre les deux termes, la compétence).

interception de navires. Ainsi le contrôle des frontières se situe de bout en bout de la souveraineté territoriale, de l'idée essentielle de la souveraineté qui le couvre à sa traduction la plus pratique de pouvoir effectif qui le contient, le tout étant médiatisé par le territoire qui, en tant qu'élément constitutif de l'État et espace de son activité, accueille tant l'idée que la pratique.

71. En découlent deux enseignements fondamentaux pour le contrôle de la frontière, qui permettent d'achever cette architectonique de la souveraineté territoriale où le contrôle a été situé, et préparent les conséquences qu'il faudra en tirer. Le premier enseignement est que le contrôle de la frontière est, en tant que pouvoir de l'État, substantiellement indéterminé car il réside fondamentalement dans le fait primaire de la puissance, lui-même subsumé sous la liberté principielle de la souveraineté : pour juridique qu'il soit comme notion, le pouvoir étatique (de contrôle) « découle » de la souveraineté[303], et donc jouit d'une liberté de principe en tant que qualité originelle d'un être souverain. Le second enseignement tempère immédiatement le premier, car les découpages successifs du fondement souverain ont montré différents plans de raisonnement entre la souveraineté elle-même et ce qu'elle recouvre, de sorte que le pouvoir de contrôle jouit d'une liberté originelle mais aucunement principielle : comme participant de la puissance il peut être modelé par le droit positif, et c'est même l'un des rôles du droit international que de lui « imprime[r] (…) une direction déterminée »[304]. En somme, on voit à la fois la possibilité pour le droit international de modérer le pouvoir de contrôle de la frontière en lui « imprimant » une certaine direction, celle de la considération de l'Autre qui se présente au contrôle, et en même temps l'ampleur de cette tâche dès lors que le pouvoir est *a priori* total, car attaché à la souveraineté de l'État sur son territoire. Encore la mesure de cette tâche n'est-elle pleinement saisie que si l'on considère pour lui-même le sens territorial de la souveraineté, et avec lui la profonde signification du contrôle frontalier pour l'Etat souverain.

B. Territorialité de la souveraineté

72. L'aspect territorial de la souveraineté a déjà été vu comme simple facteur d'application de la notion – c'est l'indépendance *à raison* de l'espace territorial –, mais il faut encore voir le sens propre de cet aspect territorial, c'est-à-dire le sens du territoire lui-même pour l'État.

---

[303] Nous reprenons ici la position de la Cour internationale de Justice lorsqu'à propos de la souveraineté territoriale elle évoque la « souveraineté dont *découle* pour [l'État] un pouvoir de juridiction à l'égard des faits qui se produisent sur son sol et des personnes qui y sont présentes. » (2012 (3 févr.), *Immunités juridictionnelles de l'État* (*Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant*), *C.I.J. Rec.* 2012, p. 124, § 57 (nous soulignons)).
[304] C.P.J.I., 1923 (17 août), *Vapeur « Wimbledon »*, *op. cit.*, p. 25 (la Cour parle de « droits souverains »).

73. D'abord et de façon très classique, le territoire est attaché à la souveraineté comme condition d'existence de l'État[305] : les deux y sont indissolublement liés car souverain en droit, l'État a besoin d'un « support physique »[306] en fait, ce qui est bien connu et ne donne pas lieu à s'appesantir. Plus intéressant pour l'étude du contrôle des frontières est d'interroger la « territorialité »[307] de la souveraineté au prisme de l'indépendance de l'État : le « territorial » accolé à la souveraineté n'est-il qu'un élément de pure nécessité physique qui permet seulement de *situer* l'indépendance dans le monde réel, ou n'entretient-il pas un lien plus vif avec cette indépendance, qu'il ne ferait pas qu'accueillir mais qu'il contribuerait en plus à *réaliser* d'une façon ou d'une autre ? La seconde option est la plus féconde car elle sort de la pure nécessité physique, qui ignore les circonstances extérieures. En effet, l'indépendance *co*existe avec autrui dans un monde dynamique où son maintien suppose la sécurité[308], et aussi le territoire est-il également un support de l'indépendance située dans le monde réel *où sa sécurité est mise à l'épreuve* par autrui. Or la frontière est le lieu de la rencontre avec autrui. Dans cette optique – qui n'est *qu'une* optique[309], celle de l'emprise –, le fait même de contrôler la frontière est donc une réponse profonde à ce que l'extérieur international contient des dangers, qui exprime en dernière analyse que l'État doit y maintenir son activité auto-protectrice pour maintenir son existence. Ce sombre tableau où la frontière est le lieu d'une défense vitale voit l'État maintenu dans un état de guerre international où le territoire apparaît comme un bastion (1), qui s'inscrit dès lors en droit comme élément de la conservation de l'État (2).

1. Le territoire dans l'état de guerre international

74. Suivant l'idée que l'indépendance de l'État doit être maintenue dans son environnement, la valeur que l'État accorde à son territoire et plus encore à sa frontière est à la mesure du danger que cet extérieur recèle selon lui et de l'importance de s'en prémunir. À cet égard, une part

---

[305] Tribunal arbitral mixte germano-polonais, 1929 (1er août), *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. État polonais*, *Rec. T.A.M.* (1929), pp. 336-348, p. 344. S'agissant des débats contemporains provoqués par la montée des eaux sur le dépassement du territoire en cette qualité, v. parmi une littérature grandissante l'étude de Jeanneney (J.), « L'Atlantide. Remarques sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un État », *R.G.D.I.P.* vol. 118 (2014), p. 95-130.

[306] Reuter (P.), *Droit international public*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 6e éd., 595 p., p. 183. Dans la même veine, on peut recenser les formules de « substrat fondamental » de l'État (Alland (D.), « Les représentations de l'espace en droit international public », *op. cit.*, p. 165) ou « condition de son être » (Poirat (Fl.), « Territoire », *in* Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1475).

[307] C.I.J., 2008 (23 mai), *Souveraineté sur Pedra Branca…*, préc., p. 40, § 79.

[308] Virally (M.), « Panorama… », *op. cit.*, p. 37.

[309] Le présent propos est assurément sujet à dérives et il faut préciser qu'il ne relève que d'une idée, régulatrice, qui irrigue le sujet. Il n'est pas question de trouver *une seule* explication – et encore moins une seule justification – de tout type de contrôle à raison de tout flux et dans toute situation, mais plutôt de situer le sujet sur sa toile de fond idéelle.

importante de la pensée politique perçoit les relations internationales comme baignant dans un état de nature persistant[310] marqué par deux aspects : une lutte permanente de ses membres, qui fait de l'état de nature un état de guerre, et le plus souvent une absence de juridicité en corollaire, faute de l'autorité supérieure nécessaire à l'existence d'un droit proprement dit[311]. Le second aspect peut être rapidement écarté en ce qu'il renvoie aux discussions sur la possibilité d'un « droit » international, vidées il y a quelques temps déjà[312]. Toutefois, écarter cette négation de juridicité ne permet pas d'abolir sa toile de fond où les relations internationales « se déroulent à l'ombre de la guerre »[313]. Certes le droit international police ces relations, encadre la lutte et verrouille sa violence, de sorte que parler d'un état de nature vierge de tout mécanisme d'ordonnancement social serait bien ignorant. Plus encore, l'ordre juridique international récuse par définition un tel état de nature car il est, comme ordre juridique, bâti sur le postulat du dépassement de l'état de nature en un état social où l'ordre est communément accepté. Tout cela est acquis, mais n'empêche aucunement que l'ordre juridique international « [puisse] se trouver impuissant » face à une « voie de fait » éclatant l'harmonie qu'il s'efforce de maintenir[314], car il n'est jamais qu'une création de la pensée qui ne peut entièrement déterminer

---

[310] V. le tableau synoptique donné par Alland (D.), *Anzilotti et le droit international public. Un essai*, Paris, Pedone, 2e éd., 2013, 199 p., pp. 45-48, et l'analyse problématique du même auteur dans l'entrée « Droit des gens », *in* Raynaud (Ph.) et Rials (St.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 3e éd., Coll. « Quadrige Dicos poche » xv-892 p., pp. 174-179, spéc. pp. 176-179.

[311] Un tel état de guerre peut être trouvé assez classiquement chez Machiavel (N.), *Le Prince (1532)*, spéc. Chap. XIV (Paris, GF Flammarion, 1992, trad. fr. Lévy (Y.), 220 p., p. 127 : la guerre « est le seul art qui convienne à qui commande », mais v. aussi chapitre XIX, p. 146, « un prince doit avoir deux craintes : l'une au-dedans par rapport à ses sujets, l'autre au-dehors par rapport aux puissances étrangères) ; Hobbes (Th.), *Léviathan (1651)*, spéc. Chap. 13 (*op. cit.*, p. 227 sur la situation internationale) ; Spinoza (B.), *Traité politique (1672)*, chapitre III, §§ 11 et 13 (Paris, GF Flammarion, rééd. 2022, trad. fr. Appuhn (Ch.), 379 p., p. 30, « deux États sont l'un à l'égard de l'autre comme deux hommes à l'état de nature » (§ 11) et donc « deux Cités sont naturellement ennemies » (§ 13), d'où découle un droit de faire la guerre, le § 14 du même chapitre ajoutant que le traité, dans cette configuration relevant de l'ontologie de la puissance spinoziste où chacun persévère dans son être et en a le droit, ne tient qu'avec « la cause qui en a déterminé l'établissement » (p. 31), le relationnel dépendant ainsi du contingent en dehors de toute idée d'enracinement dans un droit pacifiant, ce qui est repris au chapitre VII, § 24, p. 64, « deux cités, même liées entre elles par un traité, sont cependant en état d'hostilité l'une à l'égard de l'autre ») ; Schmitt (C.), *La notion de politique (1932 et 1963)*, *op. cit.*, dont la pensée politique est marquée du sceau de la distinction ami-ennemi (v. l'introduction de la présente étude, III) A) 1)) bien qu'elle ne nie pas la juridicité d'un droit international qui se trouve contenir la guerre en son sein (et *doit* la contenir selon ses critiques de la Société des Nations et du renversement perçu entre belligérants égaux et « criminel » stigmatisé et broyé par l'organisation d'États jusqu'à l'anéantissement, thèse du *Nomos de la Terre* déjà présente ici, spéc. pp. 75, 96-100 et 162-163), écrit que nonobstant les espoirs d'union future « on ne saurait raisonnablement nier que les peuples se regroupent conformément à l'opposition ami-ennemi » (p. 67) et que « le concept d'ennemi inclut, au niveau de la réalité concrète, l'éventualité d'une lutte » (p. 70), c'est-à-dire d'une guerre (p. 71). Une ligne d'agrégation de ces théories jusqu'à aujourd'hui est constituée par la théorie « réaliste » des relations internationales, sur laquelle il convient de renvoyer à Battistella (D.), Cornut (J.) et Baranets (E.), *Théories des relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 6e éd., 2019, 800 p., pp. 121-168.

[312] Sur ces débats, v. not. Weil (Pr.), « Le droit international en quête de son identité…», *op. cit.*, pp. 43-81, qui constate déjà que « [l]e débat sur la réalité du droit international est usé jusqu'à la corde » (p. 43).

[313] Aron (R.), *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 8e éd., 2004, xxxvii-794 p., p. 18.

[314] Réfléchissant à la guerre dans les relations internationales au prétexte de parler de la légitime défense, Basdevant écrit : « [I]l faudrait se demander si l'on ne se trouve pas parfois aux limites de l'ordre juridique

le réel. La lutte peut être enfouie sous l'interconnexion des peuples et la pacification de leurs relations qui se coulent dans le moule du droit, occultée comme débris de l'Histoire dirigée vers un avenir meilleur[315]. Elle n'en persiste pas moins en tant que donnée primaire latente[316], au moins comme *crainte* qui se rappelle à chacun dans les diverses compétitions et tensions qui troublent la vie internationale et obligent les États à se prémunir, jusqu'à déchirer le voile de la concorde par une irruption de violence armée dont l'éclat montre que « le feu jamais éteint de l'état de nature couve sous "l'ordre juridique" »[317]. Il est à craindre que les temps passent avant que l'actualité quelle qu'elle soit ne puisse donner une illustration de ces lignes. La paix, tout

---

international. Une situation peut se présenter où l'ordre juridique international ne fournit pas le moyen de coordonner tous les intérêts en présence, où les intérêts de tel ou tel État ont une telle vigueur que l'ordre juridique existant ne peut ni les satisfaire ni les contenir. L'ordre juridique risque alors d'être méconnu par un acte qui constitue une voie de fait, voie de fait que l'ordre juridique existant peut se trouver impuissant à arrêter ou à redresser. Cette impuissance de l'ordre juridique dans ce cas particulier ne rend pas légitime cette voie de fait. Mais le juriste ne doit pas ignorer cette éventualité, ni chercher à en dissimuler l'existence. L'ordre juridique lui-même ne peut que gagner à la vérité, ici, à ce que les limites de son efficacité soient connues » (Basdevant (J.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, pp. 548-549). Dans le même sens, v. l'inquiétude de Bourquin (M.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 35 (1931), pp. 1-232, p. 173, qui note que « l'armature du droit se déchire » lorsque la guerre éclate. Il ne semble pas que le mécanisme de paix et de sécurité collectives onusien remette fondamentalement ces constats en cause.

[315] Goyard-Fabre (S.), « Qu'est-ce que l'*état de guerre* ? », *Cahiers de philosophie de philosophie politique et juridique*, n° 10 « La guerre » (1986), pp. 149-161, pp. 155-157, qui montre que la pensée du XVIIIe s. se saisit de l'état de guerre formulé par celle du XVIIe afin de « penser les rapports entre les États et médiatiser grâce à lui l'exigence d'un *droit cosmopolitique* qui s'impose de plus en plus impérieusement », de sorte que « l'état de guerre, décrit comme *a-juridique*, est aussi pensé comme *pré-juridique* » (v. spécifiquement sur Kant les analyses de la même auteure dans son ouvrage sur *La construction de la paix – ou le travail de Sisyphe*, Paris, Vrin, 1994, 277 p., pp. 185-217, spéc. pp. 188-191 sur la paix comme « besoin de la raison »). Comme le remarque le Pr Dupuy, cet horizon d'espoir est inscrit dans la Charte des Nations Unies prise comme « Livre fondateur » à teneur éthique (« L'enfer et le paradigme : libres propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l'objectif idéal du maintien de la paix », *in Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, 417 p., pp. 187-200, spéc. pp. 192-193 et 199-200).

[316] Hobbes le précise bien : l'état de guerre « ne consiste pas seulement dans la bataille ou dans l'acte de combattre, mais *dans cet espace de temps pendant lequel la volonté d'en découdre par un combat est suffisamment connue* » ; ainsi la guerre « ne consiste pas en une bataille effective, mais en la *disposition reconnue au combat*, pendant tout le temps qu'il n'y a pas d'assurance du contraire » (*Léviathan (1651)*, Chap. 13 (*op. cit.*, pp. 224-225 (nous soulignons)) ; Schmitt (C.), *La notion de politique (1932 et 1963)*, *op. cit.*, p. 67, précise que l'opposition ami-ennemi « subsiste à l'état de *virtualité réelle* pour tout peuple qui a une existence politique » (nous soulignons), et p. 73 écrit de la guerre que si elle est « loin d'être l'objectif, la fin, voire la substance du politique », elle « est cette hypothèse, cette réalité éventuelle qui gouverne selon son mode propre la pensée et l'action des hommes, déterminant de la sorte un comportement spécifiquement politique » (v. aussi à la p. 110 la critique des contempteurs de cette anthropologie agonistique, avides d'une sécurité scellée que le rappel de son *possible* éclatement gêne affreusement, et p. 161 sur l'*état* de guerre opposé à l'*action* de guerre).

[317] Alland (D.), *Anzilotti et le droit international public. Un essai*, *op. cit.*, p. 56. L'auteur déploie sa pensée en commentant celle d'Anzilotti sur la guerre et le droit international au seuil de la Première guerre mondiale (v. le texte traduit et présenté par D. Alland et R. Kolb dans la revue *Droits*, n° 58 (2013/2), « Le concept moderne de l'État et le droit international », pp. 197-214), dans laquelle il montre que l'état de nature guerrier persiste jusque dans le propos d'Anzilotti s'efforçant pourtant d'asseoir la positivité de l'ordre juridique qui, par définition, se *substitue* à l'état de nature, et qu'il conclut ainsi sur ce point : « [L]es réflexions menées à ce moment – où Anzilotti veut défendre l'existence d'un droit international positif qui n'interdit pas le recours à la guerre – nous invitent à ne pas perdre le sens du tragique (ou de l'histoire) en nous rappelant ce que chaque émeute, chaque révolution, chaque guerre révèle : la permanence de l'état de nature. » Nous parlons plutôt de « persistance » que de « permanence » de l'état de nature afin de souligner qu'il demeure *en dépit* des efforts accomplis pour s'en affranchir.

comme le droit qui la bâtit, reste un fragile construit[318], dont la faillite reste possible au même titre que toute création humaine, toujours sous la tension du « mal radical »[319] de l'état de guerre. Au moins depuis Machiavel le Prince est enjoint à rester sur le qui-vive, ne « jamais détourner sa pensée de l'exercice de la guerre, et dans la paix (…) plus [s'y] exercer que dans la guerre »[320]. Si le droit international est préservé en lui-même comme devoir-être séparé des fluctuations de l'être[321], notamment en ce qu'il perdure dans le discours de ceux qui le violent en fait[322], il demeure sensible à cet état de guerre. Cela, car l'effectivité de ses règles y est fragilement suspendue[323] et leur contenu se nourrit de la configuration de la société internationale, dont la lutte est, si les réalistes ont raison, la première source matérielle. Les siècles passent, mais Hobbes reste un « révélateur »[324] de la condition internationale.

75. Comment, dès lors, ne pas conférer une valeur essentielle à la frontière pour la perception des États et donc pour l'ordre international ? Dans cet environnement profondément hostile ou du moins à craindre, le territoire apparaît comme un bastion pour l'État et continue de revêtir la fonction sécuritaire que l'être humain lui a premièrement attribuée[325]. L'emprise du contrôle devient condition de survie, et la frontière « une ligne de défense et une ligne à défendre »[326]. De grands classiques de la philosophie politique entraînent ainsi le territoire dans ces considérations comme élément de défense de l'État en danger : ainsi le Prince trouve, chez Machiavel, sa résilience dans la fortification de sa ville lorsqu'il ne peut repousser l'ennemi par une puissante armée[327] ; chez Hobbes, les souverains « point[ent] leurs armes l'un vers l'autre et s'épi[ent] l'un l'autre, avec leurs forteresses, leurs armées, leurs canons massés aux frontières de leurs royaumes »[328] ; pour Spinoza, « [à] l'état de nature il n'est rien que chacun puisse

---

[318] V. la conclusion saisissante de Goyard-Fabre (S.), *La construction de la paix*, *op. cit.*, pp. 251-262.
[319] Goyard-Fabre (S.), « Qu'est-ce que l'*état de guerre* ? », *op. cit.*, p. 161.
[320] Machiavel (N.), *Le Prince (1532)*, Chapitre XIV (*op. cit.*, p. 128).
[321] Kelsen (H.), « Théorie du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 84 (1953), pp. 1-203, pp. 16-17, et du même auteur *Théorie pure du droit*, Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J., 1999, trad. Eisenmann (Ch.), 367 p., p. 19.
[322] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Rec.* 1986, p. 98, § 186.
[323] L'état de guerre éclatant par les prétentions à l'anomie et les actions les traduisant peut correspondre au cas d'une ineffectivité sapant la validité de la norme voire de l'ordre juridique tel qu'envisagé par Kelsen, qui, auteur distinguant le *Sein* du *Sollen* s'il en est, récuse l'herméticité entre les deux plans en admettant « une certaine corrélation entre validité et efficacité », la première supposant un minimum de la seconde (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 19, et pp. 209-217 pour des développements).
[324] Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*, *op. cit.*, p. 47, sur la fonction de Hobbes aux XVIIe-XVIIIe s., qui par son état de nature international « a fait prendre conscience d'une situation de mort possible et d'insécurité des États », agitant le droit international lui-même notamment par le droit de conservation.
[325] C'est sur ce point que Jean Gottmann ouvre son livre *The Significance of Territory*, *op. cit.*, p. 1 (et, dans le même sens, p. 7)).
[326] Virally (M.), « Panorama (…) », *op. cit.*, p. 149.
[327] Machiavel (N.), *Le Prince (1532)*, Chapitre X (*op. cit.*, pp. 109-111).
[328] Hobbes (Th.), *Léviathan (1651)*, Chapitre 13 (*op. cit.*, p. 227).

moins défendre et dont il puisse moins s'assurer la possession, que le sol et tout ce qui s'attache au sol (…). Le sol donc, et ce qui est attaché au sol (…) est avant toute chose propriété de la Cité, c'est-à-dire propriété de ceux qui joignant leurs forces peuvent le défendre (…). En conséquence le sol, et ce qui est attaché au sol, doit être aux yeux des citoyens d'un prix qui se mesure à la nécessité où ils sont d'en disposer pour avoir un endroit où se fixer et pouvoir défendre leurs droits communs, c'est-à-dire leur liberté. »[329] Et si les siècles passent et l'ampleur des menaces qui pèsent sur les États semblent dépasser de loin la ligne-frontière, elle concentre toujours leur défense : en témoigne le front ukrainien s'efforçant de repousser l'agression russe depuis février 2022. Comme l'indique encore l'observation de Nys tirant ces considérations sur l'étude du droit international, « [l]e territoire est nécessaire et indispensable à l'État ; il est sa base historique ; c'est pour sa possession, c'est pour sa conservation que l'État lutte et combat », et cette conservation « est une des grandes préoccupations de la communauté politique ; elle apparaît comme un devoir impérieux ; la politique tend à en assurer à jamais la possession et à la munir de défenses telles que nulle autre communauté ne songe à l'envahir ou à la menacer. »[330] L'état de guerre latent travaille ainsi le droit international sur un plan existentiel à travers l'inquiétude de ses sujets primaires, dont le développement juridique immédiat réside dans le « droit de conservation de l'État » où le contrôle des frontières se trouve couvert comme activité essentielle.

2. Le territoire dans la conservation de l'État

76. Les développements ci-dessus donnent à le voir, la conservation de l'État irrigue le droit international de façon beaucoup plus profonde que ne le suggère en première approche l'abandon doctrinal du « droit de conservation »[331], lui-même issu de la non-moins abandonnée théorie des droits et devoirs fondamentaux des États[332]. En effet l'ordre juridique international étant fondé sur l'existence d'une pluralité d'États, la conservation de ces sujets primaires que sont les États est, pour cet ordre, une « inhérence »[333], où l'on trouve la traduction juridique de

---

[329] Spinoza (B.), *Traité politique (1672)*, Chapitre VII, § 19 (*op. cit.*, p. 62).
[330] Nys (E.), *Le droit international*, *op. cit.*, pp. 437-438.
[331] V. à ce sujet la recherche riche et approfondie menée par Dudant (J.-B.), *La conservation de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2025, 599 p.
[332] V. l'étude de Poirat (Fl.), « La doctrine des "droits fondamentaux" de l'État », *Droits*, n° 16 (1993), pp. 83-91.
[333] C'est l'objet de la première partie de l'ouvrage précité de Dudant (J.-B.), *La conservation de l'État en droit international*, spéc. pp. 51-54 pour une présentation du propos, l'idée d' « inhérence » étant empruntée à Sur (S.), « L'inhérence en droit international », *op. cit.*, pp. 785-797. Une affirmation classique peut être trouvée chez Pillet (A.), *Recherches sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, Paris, Pedone, 1899, 107 p., p. 5 : « Le droit international n'existe et ne peut exister qu'entre nations distinctes, séparées, vivant de leur vie propre, il doit donc écrire au fronton de son édifice que les nations ont le droit de se conserver et de prendre librement les mesures qui tendent à cet objet. »

la volonté de survie inscrite dans la philosophie politique. C'est en cette qualité que la conservation intéresse et permet de clore la présente quête du fondement juridique de l'activité protectrice du contrôle des frontières dans la souveraineté territoriale. Nonobstant ses développements de droit positif, l'intérêt de la doctrine classique en elle-même est qu'en présentant la conservation de façon purement isolée[334] comme « le droit essentiel par excellence »[335] de l'État, sans considération d'autrui et donc de la relation juridique, elle fournit une expression conceptuellement pure de ce qui est en jeu *du côté de l'État territorial*. Une fois extrait de la gangue d'une théorie dépassée, le droit de conservation permet ainsi de saisir une sorte d'Idée régulatrice de l'exercice des pouvoirs de l'État vis-à-vis des tiers, et donc du contrôle des frontières en ce qu'il a d'excluant : l'État, existant, a le droit irréductible de protéger son existence face aux autres, et donc d'écarter en dernière instance la menace qu'ils présentent. En ce sens, la conservation est le corollaire de la souveraineté dans l'existence pratique de l'État : elle récuse toute atteinte qui pourrait menacer la pérennité de son indépendance.

77. Plein d'une défiance envers l'Autre qu'il s'agit de contrôler, le contrôle des frontières ne peut que trouver sa place sur ce terrain de pensée. Comme le droit de conservation permet à l'État d'adopter toute mesure protégeant son être[336], cela inclut d'abord qu'il ait « le droit de conserver intact et entier son territoire »[337] comme « élémen[t] même de [son] existence »[338].

---

[334] Le raisonnement est ici nettement solipsiste comme l'indique l'étude de Gidel, soulignant le « caractère essentiellement individualiste » de la théorie des droits fondamentaux, « chaque État, muni de ses droits fondamentaux, [étant] comme dans une forteresse d'où il est prêt à résister aux empiètements des autres États, quand il ne songe pas lui-même à empiéter sur eux » (Gidel (G.), « Droits et devoirs des nations. La théorie classique des droits fondamentaux des États », *R.C.A.D.I.*, vol. 10 (1925), pp. 537-599, p. 545).

[335] Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 255. Dans le même sens, v. parmi d'autres Bonfils (H.), *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 142 ; Hershey (A. S.), *The essentials of international public law and organization*, *op. cit.*, p. 231 ; Louter (J. de), *Le droit international public positif*, *op. cit.*, p. 240 ; Sibert (M.), *Traité de droit international public. Le droit de la paix*, Paris, Dalloz, t. I, 1951, xxiii-992 p., p. 230 ; et la présentation de la doctrine classique par Dudant (J.-B.), *La conservation de l'État en droit international*, *op. cit.*, pp. 77-84.

[336] Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 274 (protection de la sécurité), qui se réfère à l'art. 15 de l'Acte final du Congrès de Berlin de 1878 qui, protégeant la situation de l'Empire ottoman sous la pression du morcellement de son territoire, stipule en son alinéa 1 que « S. M. I. le Sultan aura le droit de pourvoir à la défense des frontières de terre et de mer de la province en élevant des fortifications sur ces frontières et eu y entretenant des troupes » (disponible en ligne sur la *Digithèque MJP*). Dans le même sens, v. Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, *op. cit.*, p. 240 ; Heffter (A.-G.), *Le droit international de l'Europe*, 3e éd., 1873, Berlin – Paris, E.-H. Schrœder – Cotillon et Fils, trad. fr. Bergson (J.), xii-527 p., pp. 58-59 ; Bonfils (H.), *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 143 ; Bonde (A.), *Traité élémentaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 200 ; Louter (J. de), *Le droit international public positif*, *op. cit.*, p. 240 ; Sibert (M.), *Traité de droit international public*, *op. cit.*, p. 231.

[337] Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 264. V. aussi Phillimore (Lord), « Droits et devoirs fondamentaux des États », *R.C.A.D.I.*, vol. 1 (1923), pp. 25-71, pp. 49-50 ; Ortolan (Th.), *Règles internationales et diplomatie de la mer*, t. I, Paris, Plon, 4e éd., 1864, xxvii-470 p., p. 50.

[338] Bonfils (H.), *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 143. V. aussi Louter (J. de), *Le droit international public positif*, *op. cit.*, p. 243 : « Le territoire de l'État est vraiment son corps et il doit être respecté par autrui. »

En conséquence, outre les possibles fortification et armement des frontières, l'idée emporte notamment la maîtrise absolue des migrations pouvant nuire à l'État[339], que la Cour suprême des États-Unis proclama fameusement et sans nuance en énonçant que le droit international reconnaît à tout État le pouvoir, « as inherent in sovereignty and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe »[340]. En faisant le lien entre les deux notions fondamentales de la souveraineté et de la conservation, cette décision fit florès[341] jusqu'à connaître un funeste écho dans la défense du régime meurtrier de la frontière de la République démocratique allemande, où la conservation fut invoquée pour prévenir par armes à feu une émigration massive qui aurait supposément vidé l'État[342]. Dans un autre champ, économique celui-là, la conservation comporte en germe l'idée de souveraineté permanente sur les ressources naturelles[343] qui accompagnera plus tard la (re)découverte de « la signification économique de la souveraineté » par les revendications des pays sous-développés[344] et sous-tendra l'élévation de la frontière contre les flux de capitaux d'investissement[345]. Dans l'un et

---

[339] Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, pp. 268-269 ; Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, *op. cit.*, pp. 253-255 (prohibition de l'émigration permise en cas de dépopulation et possible restriction de l'immigration notamment pour « conserver sa nationalité d'origine contre des mélanges excessifs de race qui risqueraient de la faire disparaître ou de l'altérer ») ; Bonde (A.), *Traité élémentaire de droit international public*, *op. cit.*, pp. 201-202 (qui exclut toutefois la licéité de l'exclusion pour hostilité ethnique ou raciale) ; Sibert (M.), *Traité de droit international public*, *op. cit.*, p. 233.

[340] U.S.S.C., 1892 (18 janv.), *Nishimura Ekiu*, *op. cit.*, p. 659. V. l'idée déjà émise dans l'arrêt de la U.S.S.C., 1889 (13 mai), *Chae Chan Ping v. United States (The Chinese Exclusion Case)*, 130 U.S. 581 (1889), p. 608 pour le droit de conservation (dès la p. 594 la Cour parle de la « préservation de la civilisation » étatsunienne ; p. 606, de la préservation de l'indépendance de l'État face aux « vast hordes of [foreign] people crowding in upon us »), et la réitération dans U.S.S.C., 1893 (15 mai), *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893), p. 705, et p. 707 où il est dit que « [t]he right of a nation to expel or deport foreigners who have not been naturalized, or taken any steps towards becoming citizens of the country, rests upon the same grounds, and is as absolute and unqualified as the right to prohibit and prevent their entrance into the country. » Tout cela avec d'autant moins de nuance que, comme l'a relevé le Pr Fleury Graff, avec l'arrêt *Chae Chan Ping* est inaugurée une acception débridée de la souveraineté qui fait fi des obligations contractées, au nom d'un absolutisme bien mal compris comme écrasant le droit consenti (*État et territoire en droit international*, *op. cit.*, pp. 230-232).

[341] V. l'analyse de l'admission des étrangers (mêlée à leur expulsion) opérée par Dudant (J.-B.), *La conservation de l'État en droit international*, *op. cit.*, pp. 115-122.

[342] C.E.D.H., 2001 (22 mars), *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, §§ 47 et 71 (plaidoirie des requérants ; l'argument est écarté par la Cour au paragraphe 72 qui énonce que « la raison d'État ainsi invoquée » trouve ses limites dans le droit, et notamment les droits de l'homme alors établis en droits interne et international).

[343] Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 264 (protection du territoire « avec les richesses de toute nature que la Providence et l'activité humaine y ont accumulées ») ; Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, *op. cit.*, p. 246 (droit « de conserver pour lui seul les éléments de sa richesse nationale et d'en interdire la sortie hors du territoire »). À noter que ces deux auteurs incluent le droit de se développer dans celui de conservation, ce qui dépasse la seule survie et rejoint les aspirations ayant poussé la souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

[344] Virally (M.), « Une pierre d'angle… », *op. cit.*, p. 187.

[345] Ce point est traité au paragraphe 122.

l'autre cas, la frontière s'oppose unilatéralement au nom de l'existence même de l'entité dont elle exprime l'identité, au nom de sa conservation face à l'extérieur.

78. Le contrôle des frontières se trouve ainsi situé quant à son fondement dans l'ordre juridique international. D'abord dans l'analyse plutôt isolée de la compréhension de l'État en lui-même, où il est couvert par la souveraineté et s'exprime par les compétences et pouvoirs de l'État. Ensuite dans l'analyse circonstanciée, qui situe l'État dans son environnement et fait de la défense du territoire un élément central tel que l'exprime de façon aussi abusive que parlante le « droit de conservation » et, partant, d'exclusion à la frontière, formulé par la doctrine classique. Le tableau conceptuel est dressé, et il faut désormais l'enrichir de l'étendue de son application, qui donne la mesure du phénomène de contrôle en son fondement.

§ 2. Étendue de la souveraineté territoriale

79. Définir l'étendue de la souveraineté territoriale revient à définir le territoire de l'État, coextensif à la souveraineté[346], et donc à définir ses frontières[347] et la compétence territoriale où leur contrôle trouve un terrain privilégié. Il s'agit là de l'un des enseignements les plus connus et classiques sur le droit international public qui, ainsi acquis, gagne à faire l'objet d'une étude spécifique au prisme de l'emprise étatique qu'exprime le contrôle des frontières.

80. Le territoire est une « institution juridique, sans doute construite sur la base d'un substrat terrestre, mais qui le dépasse largement »[348]. Il convient néanmoins de l'appréhender à travers les diverses dimensions de la « base » physique qu'il recouvre car c'est dans cette réalité que le contrôle frontalier a lieu. C'est là aussi qu'il apparaît avoir chronologiquement façonné l'institution du territoire, étendue en réponse aux activités humaines (à contrôler) qui l'ont progressivement entourée. Le territoire est ainsi parti d'un noyau dur (A) d'où il s'est ensuite étendu (B).

---

[346] S.A., 1910 (7 sept.), *North Atlantic Coast Fisheries*, *op. cit.*, p. 180. Ce point bien connu est illustré par les difficultés suscitées par l'interprète qui tend à s'éloigner de la souveraineté pour identifier le « territoire », comme le montre l'analyse éloquente et critique développée par le Pr Nouvel à propos d'une certaine pratique arbitrale y mêlant le contrôle effectif (« Qu'est-ce que le territoire de la Fédération de Russie ? », *Droits*, n° 77 (2023/1), pp. 197-213).

[347] C.I.J., 1994 (3 févr.), *Différend territorial*, *op. cit.*, p. 26.

[348] Poirat (Fl.), « Territoire », *in* Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1476.

A. Noyau dur de l'emprise

1. Le cœur terrestre

81. « Le droit est terrien et se rapporte à la terre », écrit Carl Schmitt[349]. C'est là que tout commence : la « prise de terres » est l'« acte originel fondateur du droit »[350], du moins du droit international. Le droit part de la terre et avec lui la notion de territoire dont la dimension terrestre est la dimension originelle, « l'élément fondamental »[351] auquel les autres figures du territoire se ramènent et au vu duquel elles sont dites procéder d'une « extension »[352]. Cela découle de l'assise de la terre qui fait du terrestre l'espace originel de choix pour toute emprise spatiale[353], et qui en conséquence fait de cette dimension la première figure sous laquelle le droit international saisit le territoire. C'est en effet sur le terrestre que résident essentiellement l'existence effective de l'État lui-même, la prise originelle de territoire qu'est l'occupation[354], la situation qu'est la possession[355] et jadis la conquête armée[356], car il est par sa stabilité un formidable réceptacle de l'effectivité qui constitue chacune d'elles. Le drapeau peut y être planté[357], les institutions et bâtiments y être érigés, la loi y être exécutée et, aux confins des terres qu'il s'agit de contrôler, les postes douaniers y être plantés[358] et les murs s'y élever.

2. La lisière des eaux intérieures

82. Le noyau dur de l'emprise réside donc dans le terrestre, auquel il faut ajouter les eaux que le droit international lui ajoute comme une lisière qui en est partie intégrante : pour l'État possédant un littoral, le droit international découpe un liseré d'eau en-deçà de la ligne de base

---

[349] Schmitt (C.), *Le nomos de la Terre…*, *op. cit.*, p. 48.
[350] Toujours selon la pensée schmitienne, *ibid.*, p. 50, et p. 52 où l'auteur parle du « fondement premier de nature tellurique où tout droit plonge ses racines. »
[351] Bourquin (M.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 116.
[352] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires…*, *op. cit.*, p. 111, § 212.
[353] Verzijl (J.H.W.), *International law in historical perspective. Part. III. State territory*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1970, xii-636 p., p. 14.
[354] Dans l'acception où elle établit le titre territorial sur une *terra nullius*, ainsi chez Kohen (M. G.), *Possession contestée et souveraineté territoriale*, *op. cit.*, p. 152. V. aussi Visscher (Ch. de), *Théories et réalités en droit international public*, *op. cit.*, pp. 228-229, qui note que l'occupation ainsi entendue « est le mode d'acquisition où l'effectivité s'affirme de la façon la plus indépendante sur la seule base d'un exercice suffisant des fonctions sociales de la souveraineté. » V. la jurisprudence citée *supra*, note 269.
[355] Kohen (M. G.), *Possession contestée et souveraineté territoriale*, *op. cit.*, p. 205, écrit que « [c]e qui caractérise la possession est (…) la *maîtrise physique* actuelle ou potentielle d'un territoire, le fait que cet exercice se déploie *à l'intérieur même* du territoire considéré » (v. aussi pp. 207-223 où est développé l'élément matériel de la possession, non nécessairement présence physique mais bien appuyé par elle, et pp. 225-229 pour la forme forte de la possession *effective*).
[356] Certes conditionné au consentement (*de facto* faiblement protégé) du vaincu, v. Distefano (G.), *Droit international des espaces – Morceaux choisis*, Paris, Pedone, 2e éd., 2022, 308 p., pp. 97-104.
[357] S.A., 1928 (4 avr.), *Île de Palmas*, *op. cit.*, pp. 185 et 200-201 ; C.I.J., 1962 (15 juin), *Temple de Préah Vihéar*, *op. cit.*, p. 30.
[358] C.I.J., 1953 (17 nov.), *Minquiers et Écréhous* (*France c. Royaume-Uni*), *C.I.J. Rec.* 1953, pp. 66 et 69.

qui marque le départ des espaces maritimes[359]. Ces eaux sont ainsi appelées « intérieures » et comprennent les ports, qui sont juridiquement encastrés dans la côte[360]. Ainsi définies par leur intime proximité au terrestre, elles lui sont juridiquement assimilées[361] : elles font « face à la terre »[362] mais s'y applique « tout ce qui se dit de la terre même »[363], et aussi se singularisent-elles des autres « eaux » comme étant « celles sur lesquelles sont le plus accentuées les manifestations de la puissance de l'État duquel elles font partie »[364]. Partant, le contrôle frontalier s'y insère naturellement, d'autant plus qu'il est motivé par l'intérêt sécuritaire de l'État car les eaux intérieures permettent d'accoster sur ses terres et les ports sont les « lieux par où l'on pénètre dans un pays »[365]. C'est ici que l'individu venu de la mer posera le premier pied parmi la population de l'État et que la marchandise sera déchargée pour l'approvisionner, ce qui explique le « fort intérêt [de l'État] en termes de sécurité à contrôler ce qui [s'y] déroule »[366].

83. Le territoire trouve ainsi un noyau dur qui est fort à la fois de l'évidence de l'effectivité, affirmée sans difficulté matérielle, et du contact immédiat que la composante humaine de l'État y a avec l'étranger, qui pousse à affermir le contrôle. De là le territoire a ensuite pu s'étendre et, avec lui, la prétention de l'État au contrôle en réponse aux activités de son environnement.

B. Extension de l'emprise

84. Une certaine attraction territoriale étend l'emprise du terrestre à ce qui le touche. En témoigne l'extension spatiale de la définition internationale du « territoire », d'abord sur les éléments dont la mer qui subit la première « les coups du vent de terre »[367] (1), ensuite sur l'immatériel avec le cyberespace (2).

---

[359] Art. 8 § 1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (*R.T.N.U.*, vol. 1834, I-31363).
[360] Art. 11 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (*op. cit.*).
[361] Castberg (Fr.), « Distinction entre les eaux territoriales et les eaux intérieures – Rapport et conclusions », *A.I.D.I.*, vol. 45 (1954), t. I, pp. 113-193, pp. 120-121 : « Les eaux intérieures (…) sont (…) assimilées au point de vue juridique au domaine terrestre de l'État riverain, pour ainsi dire sous tous les rapports » ; v. également Pancracio (J.-P.), *Droit international des espaces*, Paris, Armand Colin, 1997, 281 p., pp. 67-68.
[362] *R.T.N.U.* vol. 516, n° 7477, Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958, art. 5 § 1.
[363] Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, I, XXIII, § 290, p. 272 (Gidel (G.), *Le droit international public de la mer*, t. II « Les eaux intérieures », Châteauroux, Mellottée, 1932, 393 p., p. 36, s'y réfère).
[364] Gidel (G.), *Le droit international public de la mer*, t. II « Les eaux intérieures », *op. cit.*, p. 35.
[365] Wilson (G. G.), « Les eaux adjacentes au territoire des États », *R.C.A.D.I.* vol. 1 (1923), pp. 123-176, p. 150.
[366] Ameri (M.), « Les domaines d'intervention du pouvoir de police », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p., pp. 907-935, p. 908.
[367] Dupuy (R.-J.), *L'océan partagé*, Paris, Pedone, 1979, viii-287 p., p. 2.

1. L'emprise sur les éléments

a) L'emprise sur la mer

85. Les airs étant longtemps restés vierges de toute présence humaine, c'est la mer qui, la première après la terre, fit l'objet du déploiement de l'activité des sociétés et corrélativement de leur emprise. En effet, avec la navigation et à mesure de son développement[368] s'ouvrit un monde de possibilités pour l'être humain en même temps qu'une source de dangers pour les entités politiques désormais exposées sur leurs rivages. Toujours soucieux de sa sécurité[369] et intéressé par des ressources supplémentaires, l'État marqua l'espace marin en y projetant sa puissance et ses prétentions. En droit, cette emprise du terrestre sur le large[370] est d'abord exprimée dans le principe selon lequel « la terre domine la mer »[371], qui fait de la première « la source juridique du pouvoir qu'un État peut exercer sur les prolongements maritimes »[372]. C'est sous cette attraction alimentée par les velléités étatiques que les « lignes imaginaires » – sur lesquelles ironisait Grotius pour souligner la facticité des prétentions du Portugal au contrôle maritime, celui-ci n'ayant pas « entouré cette mer de barrières »[373] – ont trouvé dans le terrain du droit l'assise qui leur manquait dans le monde des faits. De là que « l'appétit maritime des

[368] V. l'ébahissement d'Ortolan, qui situe les origines de la navigation dans « les temps les plus reculés », devant l'apparition alors contemporaine du moteur qui « imprime une vitesse inespérée » aux navires et qui, au vu du progrès qui s'annonce, permet de « dire dès à présent qu'il n'y a plus de distance sur mer » (*Règles internationales et diplomatie de la mer*, *op. cit.*, pp. 108-109).

[369] *Ibid.*, pp. 152-153, et surtout Apollis (G.), *L'emprise maritime de l'État côtier*, Paris, Pedone, 1981, 293 p., pp. 192-221, qui développe les soucis de « protection du domaine terrestre » sur ce point.

[370] V. l'important ouvrage d'Apollis (G.), *L'emprise maritime de l'État côtier*, *op. cit.* (p. 12 sur la notion d' « emprise maritime », sur laquelle « [l']idée centrale reste que l'État s'approprie, pour la poursuite des fins qui sont les siennes, un bien ou un espace qui ne lui appartient pas, de façon licite ou illicite »).

[371] S.A., 1909 (23 oct.), *Grisbådarna* (*Norvège c. Suède*), *R.S.A.*, vol. XI, pp. 147-166, p. 159 : c'est un « principe fondamental du droit des gens » que « le territoire maritime est une dépendance nécessaire d'un territoire terrestre » ; C.I.J., 1951 (18 déc.), *Pêcheries* (*Royaume-Uni c. Norvège*), *C.I.J. Rec.* 1951, p. 133, souligne « l'étroite dépendance de la mer territoriale à l'égard du domaine terrestre » ; C.I.J., 1969 (20 févr.), *Plateau continental de la mer du nord* (*République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas*), *C.I.J. Rec.* 1969, spéc. pp. 22 et 29, §§ 19 et 39 ; S.A., 1977 (18 févr.), *Canal de Beagle*, *op. cit.*, § 107.

[372] C.I.J., 1969 (20 févr.), *Plateau continental de la mer du nord*, *op. cit.*, p. 51, § 96.

[373] Grotius (H.), *La liberté des mers – Mare Liberum (1609)*, réimpr. Paris, Editions Panthéon-Assas, 2013, trad. fr. Guichon de Grandpont (A.), 153 p., p. 87 : « En vérité, si de telles déterminations suffisent pour assurer la possession, autant dire que les géomètres nous ont ravi la terre, que les astronomes nous ont dérobé l'espace des cieux ! »

États » a émietté la liberté des mers[374] et de plus en plus confirmé l'influence de la terre, qui domine la mer jusqu'à l'irradier[375].

86. En effet cette emprise rampante s'est traduite par la consécration d'espaces maritimes proprement territoriaux en raison de leur proximité au terrestre, où la frontière s'étend et avec elle la compétence territoriale qui consacre son contrôle. C'est d'abord le cas des eaux archipélagiques : l'État-archipel étant fragmenté en parcelles terrestres, il tend à les unifier en adéquation avec l'unité de l'État[376] par l'absorption de la mer qui figure ici comme « la substance unificatrice, supplétive, de la terre qui fait défaut par endroits »[377]. Dans cette configuration, « terre et mer [sont] indissociables »[378] et l'intérieur fait bloc face à l'extérieur qui autrement le parcourrait de part en part, invoquant expressément le besoin de maîtrise complète de l'espace[379]. D'immenses étendues d'eau ont ainsi subi l'attraction terrestre et sont désormais comprises dans la souveraineté territoriale[380]. C'est ensuite et surtout le cas de la mer

---

[374] Bodeau-Livinec (P.), « Le rôle incontournable des États », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, *op. cit.*, pp. 223-234, p. 224 ; v. aussi Combacau (J.), « Introduction. L'extension vers le large de l'emprise étatique », même ouvrage, pp. 333-339. C'est particulièrement le cas depuis la Troisième conférence des Nations Unies pour le droit de la mer. Sur cette tendance, v. de façon générale Scovazzi (T.), « La liberté de la mer : vers l'affaiblissement d'un principe vénérable ? », *A.D.M.*, t. III (1998), pp. 13-29.

[375] Weil (Pr.), « Des espaces maritimes aux territoires maritimes : vers une conception territorialiste de la délimitation maritime », *in Écrits de droit international*, Paris, PUF, 2000, Coll. « Doctrine juridique », vi-423 p., pp. 255-265.

[376] V. le récit ramassé des velléités des États-archipels donné par Pancracio (J.-P.), *Droit international des espaces*, *op. cit.*, pp. 96-98, et Nordquist (M. H.), Nandan (S. N.) et Rosenne (Sh.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. II, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, xlvii-1040 p., pp. 399-404.

[377] Pancracio (J.-P.), *Droit international des espaces*, *op. cit.*, p. 97 (également qualifiée de « territoire de liaison »). Les Fidji par exemple, qualifièrent la mer de « lien essentiel unissant les îles » (*in* Bureau des affaires océaniques et du droit de la mer, *Le droit de la mer. États archipels – Genèse de la Partie IV de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, Nations Unies, 1990, 146 p., p. 24).

[378] Selon la position des Fidji, reproduite *in* Bureau des affaires océaniques et du droit de la mer, *Le droit de la mer. États archipels*, *op. cit.*, p. 24, qui ajoutent qu' « être maîtres de la mer était pour eux aussi important qu'être maîtres de leurs terres l'était pour les États continentaux. » Dans le même sens, v. la position des Philippines selon lesquelles les eaux archipélagiques relèvent « du territoire terrestre » (*ibid*., p. 26), et de l'Indonésie qui les qualifie de « prolongement naturel du territoire terrestre » et avance à l'appui la profonde unité de l'espace indonésien reflété par le mot « patrie » qui, dans sa langue, se dit « tanah-air », soit littéralement « terre-eau » (*ibid*., p. 31).

[379] Apollis (G.), *L'emprise maritime de l'État côtier*, *op. cit.*, pp. 208-210. Les Philippines invoquèrent ainsi une « considération unitaire fondamentale » à propos de l'espace archipélagique dont l'emprise souveraine est « d'une importance vitale », économique et sécuritaire, pour l'État (*in* Bureau des affaires océaniques et du droit de la mer, *Le droit de la mer. États archipels*, *op. cit.*, p. 27). V. aussi la position des Bahamas davantage orientée vers des considérations économiques (*ibid*., p. 28), l'Indonésie invoquant quant à elle sa « survie » car faute de l'union des eaux archipélagiques « la plupart des eaux de l'Indonésie seraient devenues des poches de ce qu'on appelle "la haute mer", ouvertes à des activités susceptibles de mettre en danger l'unité, la sécurité et l'intégrité territoriale du pays » (*ibid*., p. 44).

[380] Art. 2 § 1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc. Comme l'observait Dupuy (R.-J.), « La mer sous compétence nationale », *in* Dupuy (R.-J.) et Vignes (D.) (dir.), *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris – Bruxelles, Economica – Bruylant, 1985, xxi-1447 p., pp. 219-273, p. 237 : « Les États archipels constituent le phénomène le plus remarquable de l'explosion des souverainetés qui, à partir d'îles, se répandent sur les océans et sur d'immenses étendues. »

territoriale. L'épithète parle d'elle-même[381] : l'emprise du terrestre marque cette mer, comme le critère de délimitation par la « portée du coup de canon » put l'illustrer un temps[382]. En droit, son statut est pleinement assimilé à la terre en ce qu'elle est incluse dans la souveraineté territoriale qui y maintient la liberté originelle de l'État[383], nonobstant la limite du régime de liberté de passage[384]. La mer territoriale est donc aussi du territoire, fut-il un « territoire submergé »[385]. Plus encore, elle est, comme dernière limite du territoire en matière maritime, un « territoire d'approche où s'effectuent les contacts entre l'étranger et l'intérieur »[386], ce qui fait de son étendue un enjeu important de la conservation[387] et de la sécurité[388] des États. Là comme sur terre et dans le port, emprise, contact avec l'Autre et contrôle de leurs rapports viennent ensemble, avec le souci de préservation de l'État territorial à ce qu'il faut là aussi nommer sa « frontière », maritime[389]. Celle-ci connaît enfin une autre forme par l'emprise sur les éléments, verticale cette fois.

---

[381] Lucchini (L.) et Vœlckel (M.), *Droit de la mer. Tome 1. La mer et son droit – Les espaces maritimes*, Paris, Pedone, 1990, x-640 p., p. 162, l'épithète « est lourde de sens dans la mesure où elle souligne le réseau intime et indissoluble de liens qu'entretiennent ces eaux et le domaine terrestre de l'État ».

[382] A propos de ce critère dont l'origine doctrinale est généralement attribuée à Bynkershoek, v. l'étude de Ræstad (A.), « La portée du canon comme limite de la mer territoriale », *R.G.D.I.P.* t. 19 (1912), pp. 598-623, qui écrit p. 602 : « La possibilité pour l'État de contraindre les navires étrangers au respect par les canons de ses forteresses ou de ses navires de guerre expliquait le droit qui était reconnu en pareil cas à cet État » (avec des nuances sur cette image d'Épinal pp. 619-622). À vrai dire, la généalogie du concept même de mer territoriale est plus diverse que cette fameuse image, mais elle reste parcourue par la prétention au contrôle de l'espace marin bordant les côtes (v., avec la doctrine citée, l'esquisse faite par Barnes (R.), « Article 2 », *in* Proelss (A.) (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, Munich, C.H. Beck, 2017, li-2617 p., pp. 27-34, pp. 28-32).

[383] Art. 2 § 1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc.) ; Gidel (G.), « La mer territoriale et la zone contiguë », *R.C.A.D.I.* vol. 48 (1934), pp. 133-278, p. 139.

[384] V. son étude dans la 2nde partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 § 2.

[385] Gidel (G.), « La mer territoriale et la zone contiguë », *R.C.A.D.I.*, vol. 48 (1934), pp. 133-278, pp. 199-200, et *Le droit international public de la mer*, t. III « La mer territoriale et la zone contiguë », Châteauroux, Mellottée, 1934, 813 p., pp. 168-170. Pour appuyer cela, v. par ex. Quéneudec (J.-P.), « Mer territoriale et territoire maritime », *A.D.M.*, t. 2 (1997), pp. 105-116 ; Combacau (J.), « Introduction. L'extension vers le large… », *op. cit.*, p. 336.

[386] Gidel (G.), *Le droit international public de la mer*, t. III, *op. cit.*, pp. 175-176 ; Apollis (G.), *L'emprise maritime de l'État côtier*, *op. cit.*, p. 53.

[387] Fauchille alla jusqu'à fonder le régime juridique de la mer territoriale sur le droit de conservation de l'État, comme le rapporte – et critique fortement au vu de la réduction fonctionnelle de la mer territoriale que cette vue engendre – Gidel (G.), *Le droit international public de la mer*, t. III, *op. cit.*, pp. 161-167. V. les développements consacrés à la mer territoriale et « la nécessité de protéger les côtes » par Dudant (J.-B.), *La conservation de l'État en droit international*, *op. cit.*, pp. 290-298.

[388] Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 145. Un exemple parmi d'autres : le Pr Quéneudec relève à propos de la loi française du 24 décembre 1971 portant la mer territoriale à 12 milles (au lieu de 3 milles auparavant), que cette extension « a également été dictée par des raisons tenant aux exigences de la défense nationale, et plus particulièrement par les impératifs de la sécurité des évolutions des sous-marins nucléaires lanceurs d'engins aux abords de nos côtes », *in* « Chronique sur le droit de la mer », *A.F.D.I.*, t. 17 (1971), p. 766.

[389] Apollis (G.), *L'emprise maritime de l'État côtier*, *op. cit.*, pp. 51-52 : « A la fois zone de protection et de sécurité et champ de communication et de contact, [la mer territoriale] correspond à la notion classique de la frontière, au plein sens du mot. » V. également Gidel (G.), « La mer territoriale et la zone contiguë », *op. cit.*, p. 201. Pour ces deux auteurs, la mer territoriale est une « frontière » au sens à la fois de frontière-zone et de frontière-limite, le premier sens étant revêtu par l'*espace* de la mer territoriale, le second par sa limite qui la sépare des

b) L'emprise sur l'air

87. L'invention de l'aviation créa un nouveau plan de l'activité humaine et, avec elle, de la volonté de maîtrise des États qui durent soudain se soucier d'un extérieur venu des airs. L'attraction terrestre de la souveraineté n'alla d'abord pas de soi, et l'enthousiasme doctrinal ne manqua pas pour promouvoir la liberté de l'espace aérien. En effet l'air est évanescent et ne saurait être accroché par la puissance de l'État. Plus encore, il apparut comme « un milieu nécessaire au développement de la civilisation et à la prospérité de toutes les nations », étant « d'abord (…) une voie des plus précieuses pour les communications et les transactions internationales. »[390] Quelle place pour l'obstacle frontalier dans cet espace aussi impalpable que fécond pour l'union des peuples ? Tant matériellement que moralement, il fut défendu que l'air ne pouvait être sous emprise étatique, mais tout au plus régulé sur quelques points pour la protection d'intérêts circonscrits[391]. Ces élans doctrinaux ne firent toutefois que peu de poids face à l'attraction terrestre, et les États eurent tôt fait de projeter leur emprise à l'air surjacent leur territoire : déjà pressenti dans l'impératif de conservation comme exception au principe de liberté[392], les craintes concernant l'extérieur dans l'espace aérien connurent une concrétisation brutale avec la Première guerre mondiale et ses bombardements[393]. En conséquence, le droit international consacra une colonne d'air protégée par l'extension vers le haut de la souveraineté territoriale[394]. Là encore le contact à l'extérieur et la crainte pour

---

espaces extérieurs (espace voisin, zone contiguë, zone économique exclusive ou haute mer). L'acception stricte de frontière comme limite est bien admise pour la limite extérieure de la mer territoriale, tant en doctrine (Lucchini (L.) et Vœlckel (M.), *Droit de la mer. Tome 1*, *op. cit.*, p. 163 ; Bardonnet (D.), « Frontières terrestres et frontières maritimes », *A.F.D.I.* t. 35 (1989), pp. 1-64, pp. 39-41) que dans la pratique (parmi d'innombrables exemples, v. Loi de l'U.R.S.S. sur la frontière d'État de l'U.R.S.S., 24 nov. 1982, *B.D.M.*, n° 4 (février 1985), pp. 24-30, art. 3 § 2 ; Loi du 8 juillet 1987 régissant les espaces marins de la République populaire de Bulgarie, *B.D.M.*, n° 13 (mai 1989), pp. 9-31, art. 18 ; Loi de la Roumanie du 7 août 1990 concernant le régime juridique des eaux maritimes intérieures, de la mer territoriale et de la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 19 (octobre 1991), pp. 11-23, art. 3).

[390] Fauchille (P.), « Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats », *R.G.D.I.P.*, t. 8 (1901), pp. 414-485, pp. 416-417. Quelques pages plus loin, l'auteur ajoute l'argument que « [t]ous les États doivent jouir également des bienfaits du commerce international », règle qui serait sapée par la souveraineté des airs (pp. 421-422). En définitive, selon l'auteur, l'air est « une chose qui n'appartient à personne mais dont la destination est de servir à l'usage de tous il constitue une voie de communication nécessaire, utilisable par l'ensemble des peuples » (p. 427), et Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, Paris, L.G.D.J., t. II, 1907, 801 p., pp. 398-401.

[391] Comme l'illustre particulièrement l'art. I § 3 de la résolution de 1911 (Session de Madrid) de l'Institut de droit international sur « Le régime juridique des aérostats » (dont étaient rapporteurs Fauchille et Nys) : le principe affirmé est que « [l]a circulation aérienne internationale est libre », les droits de l'État étant exception et limités.

[392] V. l'évolution décrite par Dudant (J.-B.), *La conservation de l'État en droit international*, *op. cit.*, pp. 298-301. Sur la sécurité de l'État, v. Park (K.-G.), *La protection de la souveraineté aérienne*, Paris, Pedone, 1991, 403 p., *passim.*, spéc. pp. 73-82.

[393] Park (K.-G.), *La protection de la souveraineté aérienne*, *op. cit.*, p. 34, et p. 38 sur les craintes vis-à-vis de la technologie aérienne (sur lesquelles v. aussi Guggenheim (P.) (dir.), *Répertoire suisse de droit international public*, vol. II, Berne, Département politique fédéral, 1975, pp. 1254-1255, n° 5.100).

[394] *R.T.S.N.*, vol. 11, n° 297, Convention portant réglementation de la navigation aérienne, art. 1 § 1 : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent que chaque Puissance a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace atmosphérique au-dessus de son territoire. » ; *R.T.N.U.*, vol. 15, n° 102, Convention relative à l'aviation civile

l'existence étatique sont solidaires, menant à une capture par laquelle l'air devint, lui aussi, « territorial »[395], sans que la souplesse de l'élément visé posa plus de problème que pour les mers. Le récent accès de l'activité humaine à une existence « cyber », immatérielle, a ajouté à cette évanescence celle des objets circulant eux-mêmes.

2. L'emprise sur le cyberespace

88. Par l'interconnexion des technologies de l'information est né un monde nouveau, le cyberespace, « new home of Mind »[396] où l'esprit semble affranchi de la matière, et les données semblent fuser sans qu'aucune capture n'en soit possible. « Semble », deux fois « semble », car si les apparentes ubiquité et évanescence du cyberespace ont pu plaider pour sa qualification comme espace commun et sa soustraction au quadrillage étatique des souverainetés[397], non sans rappeler l'air en son temps, ces tentatives furent brisées par la réalité car elles « disregard the territorial features of cyber space and cyber operations that implicate the principle of sovereignty »[398]. En effet, certes composé d'informations à la substance insaisissable, le cyberespace est aussi composé de matière tangible, infrastructure qui doit bien être sise *quelque part* faute de pouvoir elle aussi jouir de l'immatérialité de l'espace qu'elle supporte[399]. À cet

---

internationale, art. 1 : « Les États contractants reconnaissent que chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire. » Cette inclusion suit celle de la mer territoriale (*ibid.*, art. 2 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 2 § 2), et fait indéniablement partie du droit coutumier (v. par ex. le constat de Dupont (P. M.), *Droit aérien. Souveraineté et libertés dans la troisième dimension*, Paris, Pedone, 2015, 419 p., p. 36.).

[395] Selon l'expression retenue par Mateesco Matte (N.), *Deux frontières invisibles : de la mer territoriale à l'air "territorial"*, Paris, Pedone, 1965, 294 p. (spéc. 2e partie de l'ouvrage), que nous reprenons ici contre l'auteur car il fustige toute assimilation de l'air à la mer sur ce point, défendant la liberté de l'air contre les emprises étatiques (pp. 236-240).

[396] Comme le qualifie la célèbre *Declaration of the Independence of Cyberspace* de John Perry Barlow, disponible en ligne : https://www.eff.org/cyberspace-independence

[397] Dans la morale, la *Declaration of the Independence of Cyberspace* de John Perry Barlow fait figure d'évangile, s'ouvrant sur une adresse aux « Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel » pour les avertir qu'ils ne sont pas les bienvenus et n'ont pas de souveraineté dans le cyberespace, qui « does not lie within [their] borders » (disponible en ligne : https://www.eff.org/cyberspace-independence). En doctrine juridique, v. la position fréquemment citée de Johnson (D. R.) et Post (D.), « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », *Stanford Law Review*, vol. 48 (1996), pp. 1367-1402, qui ne plaident pas pour l'absence de règlementation du cyberespace mais pour le dépassement (nécessaire selon eux en raison de l'inadéquation congénitale) du droit étatique marqué par la souveraineté et le territoire.

[398] Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0 on the international law applicable to cyber operations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, xli-598 p., p. 12, § 5. V. également le rejet de ces thèses par Tsagourias (N.), « The legal status of cyberspace: sovereignty redux? », *in* Tsagourias (N.) et Buchan (R.) (dir.), *Research handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham, Edward Elgar, 2de éd., xxvii-634 p., pp. 9-31, pp. 13-19, et en dehors du droit l'absence de disparition de la frontière soulignée par dans le même sens, v. Amilhat Szary (A.-L.), *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, *op. cit*., p. 31.

[399] Goldsmith (J.) et Wu (T.), *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, Oxford University Press, 2006, xii-226 p., p. 73 : « It can be a great fun to talk about the Internet as a formless cyberspace. But (…) underneath it all is an ugly physical transport infrastructure: copper wires, fiber-optic cables, and the specialized routers and switches that direct information from place to place. (…) Governments can achieve a large degree of control by focusing on the most important [Internet Service Providers] that service the vast majority of Internet users. » ; Doc. N.U., A/70/174, 22 juillet 2015, Rapport du Groupe d'experts gouvernementaux chargé

élément essentiel pour la possibilité d'une emprise, et donc d'un contrôle sur ce nouvel espace par les États, s'ajoute le fait que les objets situés dans cet espace s'adressent encore à des êtres humains[400], qui eux aussi restent dépendants d'une enveloppe corporelle on ne peut plus saisissable. Par ces deux éléments, le cyberespace n'est pas étranger au territoire, est susceptible d'emprise, et peut être saisi comme tel : faute de régime dérogatoire, il suit la fragmentation de l'emprise des souverainetés qui s'y affirment[401] et y déploient l'*imperium* étatique[402] à raison de leur territoire[403]. Le contrôle de la frontière y est sûrement plus complexe et prend des formes jusqu'alors étrangère, mais, sous réserve des ajustements nécessaires à la dimension immatérielle, il ne perd pas ses repères de situation dans l'espace, de limites et d'emprise.

89. En suivant la compétence territoriale qui situe son terrain privilégié, le contrôle de la frontière s'étend à toutes les dimensions spatiales de l'activité humaine qui se rattachent au noyau dur du terrestre. L'extension du territoire eut lieu sous l'effet même de ce contrôle. Doublé de la localisation de son action dans le pouvoir au sein de la puissance couverte par la souveraineté, le contrôle de la frontière a été pleinement situé dans son enracinement souverain, comme action (le contrôle) située dans l'espace (de la frontière). Il en résulte une première compréhension du contrôle des frontières dans l'ordre juridique international, partant de son origine, dont il faut désormais tirer les conséquences pour sa saisie juridique afin d'établir le potentiel et les limites d'une telle saisie pour la suite de l'étude.

---

d'examiner les progrès de l'informatique et des télécommunications dans le contexte de la sécurité internationale, § 28 *litt.* a) ; Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0*, *op. cit.*, Rule 2, p. 14 § 4 ; Tsagourias (N.), « The legal status of cyberspace: sovereignty redux? », *op. cit.*, pp. 11-12 ; Samiec (J.) et Bale (Sk.) (dir.), « Australian Practice in International Law 2015 », *A.Y.I.L.*, vol. 34 (2017), p. 378. Pour une vision nuancée d'Internet comme infrastructure, v. Norodom (A.-Th.), « Propos introductifs. Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », *in* S.F.D.I., *Internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Paris, Pedone, 2014, 497 p., pp. 11-35, pp. 23-24. Enfin, outre l'infrastructure, le Manuel de Tallinn considère que la souveraineté de l'État s'applique aussi à des éléments de ce qu'il appelle les couches logique (connections entre les réseaux) et sociale (individus et groupes impliqués dans des cyberactivités) (Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0*, *op. cit.*, Rule 2, p. 14 §§ 6 et 7), suivi sur ce dernier point par Goldsmith (J.) et Wu (T.), *Who Controls the Internet?*, *op. cit.*, p. 79 (qui évoque l'arrestation d'individus).

[400] V. not. Tsagourias (N.), « The legal status of cyberspace: sovereignty redux? », *op. cit.*, spéc. pp. 11-12 où l'auteur parle de la "social layer" du cyberespace (qui inclut également les identités numériques), et pp. 14-16 où il souligne la capacité (*de facto* et *de jure*) de l'État d'exercer son pouvoir sur le cyberespace en la personne de ses utilisateurs.

[401] Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0*, *op. cit.* Rule 1, spéc. p. 12 § 5 ; Norodom (A.-Th.), « Propos introductifs. Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », *op. cit.*, pp. 19-20 ; Tsagourias (N.), « The legal status of cyberspace: sovereignty redux? », *op. cit.*, pp. 9-31. Dans la pratique, v. not. la Chine qui a un discours particulièrement hostile envers l'idée d'un cyberespace commun, fondé sur la position que « Cyber sovereignty is the natural extension of state sovereignty into cyberspace and should be respected and upheld » (Zhu (L.) et Chengyuan (M.), « Chinese practice in international law : 2012 », *C.J.I.L.*, vol. 12 (2013), p. 365).

[402] Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0*, *op. cit.*, Rule 2.

[403] *Ibid.*, Rule 9, p. 55 : « A State may exercise territorial jurisdiction over: (a) cyber infrastructure and persons engaged in cyber activities on its territory; (b) cyber activities originating in, or completed on, its territory (…) ».

Section 2. Conséquence de la souveraineté pour la réglementation du contrôle des frontières

90. Il a été établi qu'en sa qualité de souverain, l'État dispose originellement d'une pleine liberté pour déployer sa puissance aux frontières de son territoire, et qu'ainsi enraciné son contrôle se situait ensuite dans la compétence et le pouvoir de l'État. Ces deux dernières notions ont ensuite été éclairées et situées comme prises du droit international sur l'action étatique, c'est-à-dire la liberté que le droit international peut limiter. Il reste désormais à voir dans quelle mesure cette limitation peut avoir lieu et donc dans quelle mesure le contrôle des frontières peut être réglementé par le droit international, ce qui impose de déplier les installations théoriques de la première section. On retrouve ici le questionnement annoncé en début de chapitre sur la réponse à donner à toute situation se présentant à la frontière, en-deçà et en dehors des régimes particuliers : y-a-t-il une limite posée *a priori* à la souveraineté territoriale et ce qu'elle contient, qui permettrait de modérer le contrôle de la frontière *par principe* ? Le fondement souverain a été identifié comme premier élément de réponse. Il faut désormais voir ses conséquences.

91. Or la première conséquence de la souveraineté à cet égard est que la liberté principielle de son indépendance se traduit en liberté originelle du pouvoir qu'elle protège, car « [l]e droit international régit les rapports entre États indépendants » de sorte que « [l]es limitations de l'indépendance des États ne se présument (…) pas. »[404] Partant, la liberté de l'État sur son territoire « joue à la manière d'une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle qu'en soit la source, *mais elle ne fléchit que devant elles* »[405]. Autrement dit, l'indépendance se déploie dans sa traduction pratique, le pouvoir de l'État, qui continue son chemin jusqu'à se heurter au droit international, qui est ainsi une limite et non un départ de l'action[406]. Voici en somme la donnée phare de la saisie juridique du contrôle des frontières, que nous avons annoncée lors de l'étude du « pouvoir » en le qualifiant de liberté de principe comme qualité originelle d'un être souverain. Il s'agit désormais de développer cette conséquence première en en donnant les suites qui permettront en même temps de la préciser,

---

[404] C.P.J.I., 1927 (7 sept.), *Lotus* (*France c. Turquie*), Série A, n° 10, p. 18.
[405] S.A., 1957 (16 nov.), *Lac Lanoux* (*Espagne c. France*), *R.S.A.*, vol. XII, pp. 281-317, p. 301 (la sentence parle de la « souveraineté territoriale » ; nous soulignons).
[406] C'est cette logique répressive et non permissive qu'ignorent les juges dissidents sous l'arrêt du *Lotus* lorsqu'ils considèrent à l'inverse que le fait devait partir d'une règle de droit pour être licite, ainsi de Lord Finlay (C.P.J.I., 1927 (7 sept.), *Lotus*, préc., op. diss., p. 52) et de Nyholm (*ibid.*, pp. 59-60, particulièrement parlant sur ce biais car son propos juridicise tout, y compris la liberté absolue originelle reconnue par l'arrêt, qu'il n'explique dans la tête des juges que comme reposant sur l'idée que même en dehors du droit positif, « l'état de faits des rapports entre nations représente en soi-même un principe de droit public » (p. 60), sans visiblement pouvoir même concevoir qu'il puisse y avoir un état de fait *ajuridique*, le droit étant silencieux – s'il l'était vraiment *en l'espèce*, voilà une autre question bien distincte qu'il ne convient pas de traiter ici)).

à savoir que le pouvoir qui anime le contrôle est absolu en l'absence de droit (§ 1) et persiste au sein du droit bien qu'il y soit limité (§ 2).

§ 1. Le caractère absolu du pouvoir de contrôle en l'absence de droit

92. Bien qu'elles découlent des fondements théoriques posés *supra*, l'affirmation du caractère absolu du pouvoir étatique en l'absence de droit, de même que l'affirmation de l'existence d'un « hors droit », demandent à être étayées (A). Cet élément théorique supplémentaire s'avère nécessaire pour bien comprendre et identifier concrètement le champ qu'occupe un tel pouvoir dans le contrôle des frontières (B).

A. L'existence d'un pouvoir absolu de contrôle dans le domaine réservé

93. Identifier un « pouvoir absolu » de l'État au sens où il serait dépourvu de tout lien juridique suppose de plonger au plus profond de la théorie du droit international pour envisager le rapport entre État et droit, car de la position fondamentale retenue sur ce rapport dépend que l'on trouve du vide ou du plein dans les interstices de la règlementation – donc, que l'on trouve une limite ou non posée *a priori* au contrôle de la frontière. C'est pourquoi il faut commencer par étudier cette question pour ensuite être en mesure d'affirmer que l'espace terrestre et aérien sont *a priori* sous le contrôle *absolu* de l'État territorial, de même que l'accès des capitaux ou de communications interétatiques à son territoire relèvent de sa *pleine* liberté. Pour autant il faut admettre que la question est aussi immense que sensible, et aussi convient-il de développer le propos dans la stricte mesure du nécessaire pour la présente étude, quoiqu'il soit amené à toucher et avancer des points très denses. Pour ce faire, il convient de fonder l'assertion en établissant l'existence d'un pouvoir absolu (1) avant de tracer son champ en droit international (2).

1. L'existence d'un pouvoir absolu en l'absence de droit

94. Il faut d'abord préciser ce que l'on entend par « pouvoir absolu », sans quoi sa démonstration serait aussi vaine que confuse (a). La valeur explicative de la notion ainsi connue et circonscrite, il faudra ensuite l'étayer théoriquement en soulignant l'absence de juridicisation totale du comportement étatique, à la fois au sein de l'État dès lors qu'il existe par et pour lui-même (b), et entre les États dans la mesure où la seule altérité de fait ne produit pas automatiquement des liens de droit (c).

a) La notion de pouvoir absolu

95. Le pouvoir ne saurait être intrinsèquement absolu car il détruirait toute idée de limite et donc de droit, ce qui est évidemment contredit par l'existence du droit public au sein duquel le

présent propos se situe. Pour autant, il convient de ne pas tomber dans l'excès inverse qui voit le pouvoir comme étant intrinsèquement limité, et de dépasser cette opposition binaire qui semble enfermée dans l'étude du pouvoir seulement pris isolément. La nuance est permise dès lors que le pouvoir est envisagé en tant qu'il est partie d'une relation juridique et doit être conceptualisé sur ce plan relationnel, car il suppose bien un « ce sur quoi » il est exercé : le pouvoir de contrôle de la frontière… *sur quelqu'un*[407]. Or les relations de droit supposant au moins deux termes constitutifs, il en découle que le pouvoir n'est pas juridiquement contraint en l'absence d'un intérêt juridiquement protégé lui faisant face. Faute d'altérité constitutive du lien, le pouvoir est hors relation juridique, donc hors le droit et donc « absolu », c'est-à-dire, précisément, sans lien[408] : rien ne fait juridiquement face à la frontière étatique, rien ne s'oppose et donc ne limite le pouvoir de contrôle. Mais n'est-ce pas là le pouvoir « discrétionnaire » et non « absolu », concept bien connu de la doctrine pour désigner l'absence de contrainte juridique ici étudiée[409] ? La singularité du droit international nous semble inviter à la distinction, ce qu'il faut préciser d'emblée pour justifier le propos quoique certains éléments seront développés ci-après. En effet, en raison de son enracinement conceptuel dans le droit interne de l'État de droit, le pouvoir discrétionnaire s'inscrit dans une juridicité totale qui comporte des manques internes mais point d'absence ou de dehors, dans le sens où il désigne la liberté par l'indétermination *au sein* du lien juridique, ce qui le maintient sur le terrain du droit avec le seuil minimal de licéité qu'est la prohibition de l'arbitraire[410]. Or, transposer ce

---

[407] Outre les développements du III) de l'introduction, v. les propos de Plessix (B.), *Le droit public*, Paris, PUF, Coll. « Que Sais-Je ? », 1re éd., 2022, 126 p., pp. 17-18 : « Le droit appréhende des liens, des rapports, des relations. Comme les règles de droit dictent des conduites à tenir pour prévenir les conflits, *elles n'ont que faire des situations en soi, à l'état inerte* : ce qu'elles régissent, ce sont des êtres humains en mouvement, qui en agissant se confrontent à leurs semblables. Il n'y a pas de droit sans relation interdépendante à régler, comme il n'y a pas de relation sans règle à fixer : une règle sert à unir deux points sur une même droite » (nous soulignons).

[408] Rey (A.) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, t. I, *op. cit.*, pp. 9-10, enseigne que le mot « absolu » provient du latin *absolutus* (« achevé, terminé ») et est dérivé du verbe *absolvere* qui signifie « détacher », au figuré « détacher du péché », composé de *ab*, qui exprime la séparation (p. 1), et de *solvere*, résoudre. *Solvere*, enseigne la notice sur le mot « Résoudre » (*ibid.*, t. III, p. 3057), signifie « trouver une solution » mais aussi, plus intéressant pour le juriste, « délier, détacher » et « acquitter », ce que l'on retrouve dans la notice du terme « Absoudre » (*ibid.*, t. I, p. 10), issu comme « Absolu » du latin *absolvere* et qui signifie « libérer d'une obligation », « dégager d'une accusation » selon un usage juridique de l'ancien français, avec le participe passé « absous » signifiant « acquitté, déclaré innocent », avant que le sens religieux d'acquittement des péchés n'épuise la notion par la suite. Enfin, et dans la lignée de l'idée d'absence de lien irriguant la notion, le terme « Absolu » apparaît au XIIIe s. avec notamment le sens de « parfait », « complet, intégral » ou « catégorique », et est employé à partir du XVe s. au politique, où le « pouvoir absolu » fait son entrée lexicale. Il ressort de cette rapide étude étymologique que le terme d'« absolu » est plein de complétude et d'affranchissement, soit de ce qui existe de lui-même sans lien quel qu'il soit pour le (re)lier.

[409] Par ex., Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit*., p. 292, où il est question de « pouvoir discrétionnaire » de l'État dans sa liberté originaire.

[410] Le pouvoir discrétionnaire sera étudié au § 2 A) de la présente section. Pour l'heure, il suffit de souligner que le concept est d'abord né en droit administratif, comme l'opposé de la « compétence liée ». L'influence de l'État de droit sur le concept est particulièrement visible chez Van Lang (A.), Gondouin (G.) et Inserguet-Brisset (V.),

concept tel quel en droit international crée une équivoque car celui-ci ne jouit pas d'une telle juridicité totale, et le pouvoir discrétionnaire est alors amené à y désigner indifféremment l'indétermination au sein du droit et l'absence de tout lien juridique[411].

96. Mais jouir d'une liberté dans la décision à prendre face à un intérêt protégé faisant face à la frontière – par exemple, l'appréciation de la « sécurité intérieure » pouvant rejeter une marchandise dans une zone de libre-échange – n'est pas la même chose que d'y contrôler un tiers ne pouvant se prévaloir d'aucun intérêt de la sorte – par exemple, exclure l'entrée de capitaux sans justification. C'est cette équivoque que permet de lever la notion de « pouvoir absolu » qui se saisit du second sens et maintient le pouvoir discrétionnaire au premier, en désignant un pouvoir qui se mue *hors* du droit dès lors qu'aucun intérêt tiers, constitutif du lien juridique, ne protège, même incidemment, le flux, ni n'encadre la situation. Il n'y a plus d'arbitraire possible, car il n'y a plus d'intérêt protégé faisant face au pouvoir et envers lequel il pourrait être arbitraire[412]. L'État adopte une mesure sans devoir la fonder par ses motifs[413] ou par sa nécessité, fût-elle reçue comme caprice ou œuvre de déraison. Il y a là une solution précise quant à la réponse à donner à toute situation se présentant *a priori* à la frontière, en l'absence de toute règle protectrice : critiqué quant au rejet opposé, l'État pourra répondre un

---

Dictionnaire de droit administratif, Paris, Dalloz, 8e éd., 2021, xii-619 p., p. 417, où le lecteur est prévenu : « Discrétionnaire ne signifie pas arbitraire. Dans un État de droit, l'Administration, même lorsqu'elle dispose d'un tel pouvoir, doit respecter un minimum de règles (…) ». De façon très générale, il est possible de songer au principe de bonne foi du droit international ou de la prohibition du détournement de pouvoir en droit interne.

[411] La limite de la transposition du terme au droit international public vu de son enracinement conceptuel dans l'État de droit est également relevée par Dosen-Lepoutre (M.), *Le pouvoir discrétionnaire en droit international public*, Thèse Lille, 2024, dir. Ubéda-Saillard (M.), 524 p., pp. 5-14, quoiqu'elle soit mal établie théoriquement et (en conséquence) peu tenue dans les développements de la thèse où l'auteure parle de pouvoir discrétionnaire dans un raisonnement touchant davantage au pouvoir absolu (v. not. pp. 172-175, même si l'approche très descriptive, reprenant des expressions jurisprudentielles et doctrinales, empêche de saisir la pensée de l'auteure sur cette question)), et va jusqu'à parler de « pouvoir discrétionnaire "absolu" » dans des développements qui manquent de finesse dans la saisie de la *figure* du pouvoir en cause, traité en bloc, et où là encore le soubassement théorique quant à la contrainte posée à l'action étatique par le droit international est peu clair car non établi de sorte qu'il serait difficile de cerner précisément la situation en cause et sa place dans l'ordre juridique international si ces développements devaient être confrontés à ceux ici présentés (pp. 204-219).

[412] Il paraît ainsi trompeur de qualifier le pouvoir non-discrétionnaire hors le droit d' « arbitraire » (comme le fait Dosen-Lepoutre (M.), *Le pouvoir discrétionnaire*, *op. cit.*, not. pp. 20-21), car cela impliquerait une sorte d'arbitraire permis or cela est une contradiction dans les termes, l'arbitraire étant qualifié comme contraire au droit et non en dehors du droit (sauf à l'utiliser dans le registre de la morale, mais alors faut-il le préciser), ce qui suppose un jugement juridique que ne permet pas l'absence de lien de droit.

[413] Cela est explicitement dit par le droit des relations diplomatiques à propos de l'accès au territoire de l'agent étranger, où il nous semble qu'il n'y a pas *permission* à l'État de ne pas justifier mais *reconnaissance* de ce qu'il n'a pas à justifier, précisément car en l'absence d'intérêt protégé à l'accès une telle justification n'aurait aucun sens en droit : l'État d'accueil n'a pas à motiver le refus d'accréditation ou la qualification de l'agent diplomatique comme *persona non grata* (*R.T.N.U.*, vol. 500, I-7310, Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 4 §§ 1 et 2, et 9 § 1), et *idem* pour l'agent consulaire (*R.T.N.U.*, vol. 596, I-8638, Convention de Vienne sur les relations consulaires, arts. 12 § 2 et 23 § 5) et pour les membres d'une mission spéciale (*R.T.N.U.*, vol. 1400, I-23431, Convention sur les missions spéciales, arts. 8 et 12 § 1).

lapidaire « parce que. » sans que le droit n'y puisse trouver quelque chose à redire, précisément car il est *muet* en la matière. L'État est « seul maître de ses décisions »[414], et la valeur de la notion est dans l'établissement théorique de cette réponse.

97. Encore faut-il préciser dans quelle phase du processus décisionnel du contrôle frontalier le pouvoir est-il absolu. En raison de son critère de l'absence d'un intérêt protégé lui faisant face, autrement dit de l'absence de relation juridique, le pouvoir absolu se réduit en pratique à la décision elle-même. En amont, des intérêts protégés sont en jeu – fût-ce comme simple potentialité – dans la qualification des faits menant à écarter leur présence[415]. En aval, de tels intérêts seront vraisemblablement atteints dans les modalités de la mesure qui touchent à la substance des flux et non plus à leur circulation. Par exemple pour l'entrée d'un navire dans le port, l'État aura un pouvoir absolu sur la décision de la refuser en l'absence d'intérêt à l'accès, mais seulement après avoir été limité dans son appréciation que le mouvement du navire ne portait aucun intérêt protégé comme la détresse humaine qui impose sa considération *a priori*, et il ne pourra en résulter le rejet par tous moyens comme un bombardement annihilant le navire car des intérêts au moins humains et de propriétés seraient évidemment atteints.

98. En fin de compte, admettre l'existence d'un pouvoir absolu en droit international ne consiste en rien de plus que de dire que ce droit ne pose pas de lien *total* qui juridiciserait le comportement étatique dans son ensemble, comme le pourrait l'intérêt général en droit public interne. Autrement dit, le présent propos est simplement de dire qu'il peut exister et, de fait, existe, des situations de contrôle frontalier auxquelles le droit international ne pose aucune limite, faute d'intérêt protégé au franchissement de la frontière. Il n'est donc aucunement question de défendre un pouvoir négateur du droit, mais seulement de souligner l'existence d'angles morts dans la limite posée par le droit international, et d'en tirer pleinement les conséquences pour un questionnement fondamental comme celui de l'existence d'une limite *a priori* opposée à la puissance étatique contrôlant sa frontière. Il nous semble que cela résulte de la structure intersubjective du droit international qui appelle la différenciation d'avec le droit interne, comme évoqué à propos du pouvoir discrétionnaire, mais cela demande encore un

---

[414] C.P.J.I., 1923 (7 févr.), *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Série B, n° 4, p. 24. A noter – et ce n'est pas un hasard – que la formule a déjà été citée, telle que reprise par la Cour en son avis sur le *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, préc., à propos de l'indépendance souveraine (note 245), que le pouvoir absolu exprimait ainsi déjà en 1923.

[415] Basdevant (J.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 588, voit une application de la bonne foi à l'appréciation des circonstances fondant la décision de l'État, qui récuse l'arbitraire.

étayage théorique. Son premier argument figure dans en l'absence de lien juridique intrinsèque à l'État en droit international : il n'est pas, en lui-même, limité par le droit.

b) Existence de l'État par et pour lui-même en droit international

99. Affirmer l'existence de l'État par et pour lui-même revient à dire que l'État (*les* États) fabrique le droit international, et non l'inverse. En conséquence, l'État n'est pas *intrinsèquement* limité par le droit, mais ne l'est que dans la mesure où il l'a établi. La limite est *a posteriori*, au vu des développements du droit par l'État qui existe par lui-même, contrôlant sa frontière dans sa liberté originelle, et non *a priori*, posée par le droit sur un État qu'il créerait et dont il verrouillerait *ab initio* les possibilités de contrôler sa frontière. C'est ce qui apparaît lorsque l'on se confronte à la « souveraineté par le droit » qui prétend limiter l'Etat *a priori* (i) et que l'on recherche sans succès l'existence d'un lien juridique intrinsèque à l'Etat qui serait apte à fonder une telle limitation (ii).

i) La « souveraineté par le droit » contre l'idée de pouvoir absolu

100. La position contraire à l'idée d'un pouvoir absolu a pu connaître un développement profond avec les théories de la « souveraineté par le droit » qui, s'opposant à la « souveraineté de l'État »[416], avancent que le sujet n'existe et n'agit que par le droit, de sorte qu'une quelconque liberté d'action ne pourrait avoir lieu *qu'au sein* et *qu'à partir* de la norme, rien n'existant en dehors. Cela, en conséquence d'une division opérée au niveau de l'existence du sujet entre le phénomène politique effectif (ignoré par le droit) et l'abstraction juridique (*i.e.* le droit), l'État étant fait primaire dans ledit phénomène, ensemble de normes pensées dans ladite abstraction, et jamais unité politico-juridique. Partant, seule l'abstraction façonnée par le droit peut exister pour le droit. Dans cette optique, le droit international est total comme corps normatif et ignore le fait, sauf à le transmuer dans l'ordre juridique : le droit n'est pas *au contact*

---

[416] Truyol y Serra (A.), « Souveraineté », *op. cit.*, pp. 321-323. Sur cette trajectoire dans l'évolution de la pensée, « L'idée moderne de l'État » de Krabbe est particulièrement expressive (*R.C.A.D.I.*, vol. 13 (1926), pp. 509-583, spéc. p. 569 où il souligne la « puissance impersonnelle du droit » à laquelle aboutit l'évolution de l'État, dans une fusion difficile à saisir entre ordres interne et international). Dans la théorie juridique, les deux phares, par ailleurs si différents quoique non sans convergence, demeurent les pensées de Scelle (« Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 46 (1933), pp. 327-703, spéc. pp. 367-373 sur la constitution du sujet de droit par la « compétence » (comprenant toute action permise) déterminée par le droit, ce qui conduit l'auteur à rejeter la notion même de souveraineté) et de Kelsen (dont le normativisme considère que l'« État » n'est strictement que l'ordre juridique qu'il personnifie, et est donc dans un rapport d'identité (non réciproque) avec le droit (« Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 84 (1953), pp. 1-203, pp. 10-12 en droit interne et 70-72 pour l'application au droit international ; *Théorie pure du droit (2e éd.)*, Paris – Bruxelles, L.G.D.J. – Bruylant, 1999, trad. fr. Eisenmann (Ch.), 367 p., pp. 281-310 sur le droit interne, et pp. 318-319 où est présenté le monisme bien connu qui conduit à transposer la conception interne normativiste de l'État en droit international ; pour éclairante qu'elle soit, la « théorie pure du droit » atteint ici ses limites en ce qu'elle peine à expliquer la présence de comportements non normativisés reconnus par le droit, contradiction dans les termes pour cette théorie).

du fait étatique, mais *constitue* l'État et absorbe ainsi toute sa base factuelle. Point de pouvoir absolu, car tout comportement étant absorbé par cet ordre juridique total, tout se rattache nécessairement au moins à la prescription primaire du droit qu'est la bonne foi prohibant l'arbitraire. Comme toute action étatique, le contrôle de la frontière est enfermé dans un ensemble de normes et intrinsèquement limité. Sur un plan plus précis qui découle au fond de cette conception de la « souveraineté par le droit », celle-ci est servie, au moins dans ses conséquences, par l'assimilation du « pouvoir » à la « compétence » qui a été vue *supra*[417]. En effet cette assimilation dissout le pouvoir dans la compétence, alors définie comme une technique juridique qui juridicise le fait-pouvoir-brut et qui constitue *elle-même* un « pouvoir (…) de faire tel ou tel acte »[418]. Seul ce pouvoir-compétence serait concevable en droit car déterminé par le droit, ce qui permet d'« impose[r] une restriction des pouvoirs absolus et leur soumission au droit »[419]. Par la compétence ainsi comprise, le droit supprime tout pouvoir originel de l'État pour le lui redistribuer dans des cases bien rangées aux limites nettes car juridiquement définies ; là encore, point de pouvoir absolu[420]. Sur quel fondement l'État contrôle-t-il sa frontière ? Le droit international lui a assigné la compétence d'agir sur son territoire selon les limites inhérentes à la fonction étatique juridiquement déterminée. En arriver là suppose toutefois, au fond, d'hypostasier le droit international, c'est-à-dire de faire de l'abstraction juridique quelque chose de réel existant et agissant de lui-même, jouissant ainsi d'une unilatéralité surplombante recouvrant tout comportement de l'État en lui assignant une fonction déterminée[421]. Car autrement, qui poserait cette *objectivité* limitante, sinon une *volonté*

---

[417] Au paragraphe 69 de cette étude.

[418] Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3e éd., 1927-1930, t. III, 856 p., p. 151, commenté par Beaud (O.), « Compétence et souveraineté », *op. cit.*, p. 22. ; Scelle (G.), « Critique du soi-disant domaine de "compétence exclusive" », *R.D.I.L.C.*, 1933, pp. 365-394, p. 372, et « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 368 ; Bourquin (M.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 35 (1931), pp. 1-232, p. 101.

[419] Jovanović (St.), *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pedone, 1988, 240 p., pp. 10-11 (et *passim* dans l'ouvrage irrigué par cette vue, not. p. 51 où il est écrit que le « sens propre » de la compétence serait de désigner « le pouvoir juridique que les États tiennent du droit international », et p. 85, « les pouvoirs des États peuvent être considérés comme des compétences au sens propre de ce terme »).

[420] Scelle (G.), « Critique du soi-disant domaine de "compétence exclusive" », *R.D.I.L.C.*, 1933, pp. 365-394, p. 381 : « Il n'y a pas de compétence *absolument discrétionnaire*. Ces deux mots constituent une contradiction logique. Une compétence est une création du droit positif. Elle comporte un pouvoir, une permission ou une obligation. Il y a toujours norme dans l'institution d'une compétence. Parler de compétence absolument discrétionnaire, c'est dire que le pouvoir juridique sort du domaine du droit, entre dans le domaine du non-droit, ce qui est à la fois impossible et contradictoire. » Avec une position moins marquée, v. Bourquin (M.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 101 : même le pouvoir discrétionnaire « dérive de l'ordre juridique, car, ce qu'on ne peut concevoir, c'est une compétence qui ne serait pas attribuée par le droit ».

[421] Cela est particulièrement visible dans l'objectivisme sociologique de Scelle : « Il y a toujours, en effet, un point sur lequel toute compétence est implicitement réglementée : c'est en ce qui concerne son but. La compétence n'est pas conférée dans le vide. Tout pouvoir social a un but social ; la règle coutumière ou écrite a une direction. La compétence conférée dans un but déterminé ne peut donc être exercée légalement qu'en vue d'atteindre ce but, et dans la direction ou le sens de la règle de droit qui l'institue » (« Critique du soi-disant domaine de "compétence

de limiter complètement le comportement étatique[422] ? C'est là que la construction tombe selon nous, et qu'apparaît la confusion entre la formalisation, qui peut être opérée par un champ intellectuel que l'on appelle « droit », et l'imposition de limite, qui ne peut être opérée que par les sujets se saisissant de ce champ intellectuel. Plus explicitement, si la *forme* de l'État comme sujet de droit avec des attributs, étant par définition juridique, ne peut certes qu'être constituée par le droit[423], il y a un pas que rien n'autorise à franchir pour voir dans cette constitution celle de l'entièreté de l'État et en tirer une limitation principielle de son comportement qui supposerait de lui placer « le droit » lui-même en vis-à-vis permanent, qui lui ferait toujours face car étant son fondement. C'est une chose de dire que l'État existe à travers le droit international comme sujet doté d'une souveraineté, de pouvoirs et de compétences, catégories creuses dont la substance dépend ensuite du développement du droit par les États eux-mêmes ; c'en est une autre de faire de cette enveloppe formelle un corset inhérent à l'État et limitant matériellement, *a priori*, son comportement.

ii) L'absence de lien juridique limitant l'État *a priori*

101. C'est que sur le plan de leur fondement, celui qui nous intéresse ici à la recherche d'une limitation générale, *a priori* du contrôle des frontières en tant qu'action étatique, l'État du droit international n'est pas l'État du droit interne[424]. L'approche privilégiant la relation juridique comme clef de compréhension du pouvoir le montre bien. Concernant l'Etat du droit interne, si

---

exclusive" », *op. cit.*, p. 381 (et p. 382 où il poursuit dans sa lancée : « Comment la compétence d'un gouvernement, si elle est toujours canalisée dans une certaine direction par l'ordre juridique interne, cesserait elle de l'être lorsqu'elle se produit dans l'ordre juridique international ? »). L'hypostase du droit comme sujet agissant est visible à propos de la compétence « attribuée » chez Brierly qui parle de « délégation de pouvoir » à l'État par le droit international (« Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 58 (1936), pp. 1-242, not. p. 148).

[422] Une fois de plus c'est l'acception de la « compétence » qui montre cela. Comme l'écrit le Pr Beaud, « [l]e *leitmotiv* de cette théorie objectiviste [à propos de la compétence] n'est pas difficile à isoler et à décrire : derrière l'acte juridique, il y a toujours un "pouvoir" juridique, et ce pouvoir juridique renvoie à un ordre juridique objectif » (Beaud (O.), « Compétence et souveraineté », *op. cit.*, p. 22). En droit international, v. la critique émise par Combacau (J.), « Conclusions générales », *op. cit.*, pp. 307-308, selon qui la compétence apparaît comme « un providentiel euphémisme » de par sa teneur toute juridique venant camoufler la puissance de l'État en prétendant s'y substituer ; « Et dans l'ordre international même, là où il n'y a sans doute plus personne pour croire que l'État tirerait d'une délégation extérieure son pouvoir d'agir, et pour nier qu'il le fasse librement dans les limites des interdictions collectivement convenues, le mot de compétence garde encore cette vertu lénifiante que n'a pas le mot de pouvoir (…) ».

[423] C'était déjà notre propos à propos des pouvoirs et compétences comme attribut juridique de l'État, tirés de sa puissance (*supra*, au paragraphe 65).

[424] La tendance à l'assimilation est particulièrement nette chez Krabbe (H.), « L'idée moderne de l'État », *op. cit.*, dont l'essentiel du cours est consacré à l'évolution de l'État en interne jusqu'à la « souveraineté du droit » et la figure de l'État de droit, pour basculer dans le dernier chapitre sur l'État dans la « communauté internationale » sans aucun égard pour la différence structurelle entre les deux ordres ou pour l'intersubjectivité des souverainetés, le tout étant porté dans l'élan de la « conscience juridique de l'homme » avec à l'horizon l' « implant[ation de l']idée de la puissance morale, impersonnelle du droit » par la communauté internationale (p. 581), qui semble converger vers une unité dominant les États et ainsi revenir à la verticalité interniste.

l'État de sujets, défini par l'unilatéralité du rapport pouvoir-soumission, ne connaît de vis-à-vis le contraignant à son fondement que dans la loi divine et naturelle[425], il en va autrement de l'État, moderne, de citoyens[426] ou – plus communément – « de droit ». Ce dernier n'existe que par le droit, qui le « fait exister »[427], et uniquement pour le peuple souverain qui le constitue[428]. Cet État existe seulement par le droit, dans la mesure où il est institutionnalisé, ce qui « assure (…) l'effacement du pouvoir, en le transformant en fonction et en l'assujettissant à des règles »[429], l'État de droit posant ainsi « un principe de juridification intégrale » de l'État[430]. Il existe seulement pour le peuple souverain, dans la mesure où celui-ci est la raison d'être de l'État tout en lui faisant face en pratique, au sein du droit, c'est-à-dire en faisant face aux gouvernants qui « actionnent » l'État[431]. Ainsi le pouvoir est institutionnalisé en même temps

---

[425] Il n'était pas, dans la pensée aux origines de l'État moderne, question de fonder la tyrannie, car restait une contrainte par l'altérité transcendante de Dieu et celle, immanente, de la raison naturelle. Ces deux sources offrirent une prise à la pensée politique pour contraindre le Souverain comme le montrent la perspective téléologique du Bien commun et les doctrines de l'origine populaire de la souveraineté, mais il reste qu'en droit positif, aucun intérêt « concret » juridiquement protégé ne s'opposera *totalement* à la puissance étatique jusqu'à la consécration juridique de la souveraineté du peuple. Il ne saurait être question de retracer cette évolution ici, pour laquelle il est possible de consulter Goyard-Fabre (S.), *Philosophie politique*, *op. cit.*, pp. 45-54 (embryon de contrainte extérieure au Prince dans le fondement des lois fondamentales du royaume) 88 et 92 (lois divine et naturelle chez Bodin et Loyseau), 96-102 (scolastique espagnole reprenant la téléologie thomiste du Bien commun), 122-130 (formation du concept de contrat liant la puissance étatique), 173-215 (fondement rationnel de l'absolutisme) et 223-245 (fortune du contractualisme et substitution du peuple à Dieu au fondement du pouvoir). Pour un prisme plus juridique, v. l'évolution tracée par Zoller (E.) *et al.*, *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 3e éd., 2022, Coll. « Précis », viii-257 p. À cet égard, il est possible de noter que la limitation du pouvoir souverain (monarchique) par le droit positif trouve son origine dans le déchirement de son unité par des forces qui lui *font face*, et lui extirpent une reconnaissance de leur altérité par leur considération en droit, moment inaugural (et certainement quelque peu mythique) de l'État accueillant unilatéralement l'Autre luttant pour sa reconnaissance que montre le cas anglais, où le consentement des assujettis à l'impôt fut tiré d'un roi absolu : « Toutes les libertés se rattachaient à lui comme à un anneau. Filmer (…) a raison de rappeler que la Grande Charte, concédée par le roi Jean en 1215, *a reposé sur une concession unilatérale du Prince* » (Lauvaux (Ph.) et Le Divellec (A.), *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, Puf, 4e éd., 2015, 1070 p., p. 455). Sur le plan doctrinal, v. l'écho que cela a pu trouver dans la pensée juridique allemande rapportée par Jouanjan (O.), « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, pp. 67-69, où la doctrine de Puchta et Gerber concevant l'État comme puissance s'exerçant sur des *objets*, et non sur des sujets, hypothéquait toute possibilité du *rapport* de droit public en niant l'Autre (sujet juridique individuel) de la relation.

[426] La distinction entre l'État de sujets et l'État de citoyens est empruntée à Beaud (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, dont elle forme la division structurante.

[427] Chevallier (J.), *L'État*, *op. cit.*, p. 27. Si le Pr Beaud souligne la distinction entre l'État de droit (constitutionnel) et l'État tout court en avançant que le premier présuppose l'existence du second, il reste qu'avec l'État constitutionnel s'opère une « fusion entre le corps politique qu'est l'État et la règle juridique qu'est la constitution » (*La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 205).

[428] Sur le pouvoir constituant, v. sa présentation par Chevallier (J.), *L'État*, *op. cit.*, pp. 42-43 ; Beaud (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, spéc. pp. 203-243.

[429] Chevallier (J.), *L'État*, *op. cit.*, p. 6 ; Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. II, « L'État », *op. cit.*, pp. 237-239 (sur les gouvernants n'exerçant qu'une *fonction*).

[430] Chevallier (J.), *L'État*, *op. cit.*, p. 27, et pp. 36-40, et plus précisément, du même auteur, *L'État de droit*, Paris, L.G.D.J., 6e éd., 2017, Coll. « Clefs / Politique », 156 p., pp. 14-48.

[431] Comme le souligne le Pr Chevallier, l'institutionnalisation de l'État passe par l'étape fondamentale de sa séparation d'avec les gouvernants, dont le pouvoir est, en conséquence, intrinsèquement limité car médiat, seulement délégué dans la pratique par le corps collectif souverain des citoyens, « césure capitale entre le principe du pouvoir et son exercice concret, entre le lieu mythique et mystique où se situe le fondement du pouvoir et ceux qui l'occupent temporairement » (*L'État*, *op. cit.*, 13-15, p. 14 pour la citation). Dans le même sens, v. les analyses

que l'est l'État[432] et n'est manié que par une médiation qui résulte de la dissociation entre la détention du pouvoir (par le souverain) et son exercice (par ses représentants)[433]. Cette dissociation forge au fondement même de l'État un lien permanent et total juridicisant le comportement étatique dans toutes ses facettes, dès lors qu'il n'agit que *pour* et *vis-à-vis du* peuple souverain. Partant, l'État de droit interne « naît limité »[434] et ne saurait agir qu'en droit et dans l'intérêt général ; son pouvoir ne peut être, dans sa plus grande liberté, que discrétionnaire et jamais absolu[435]. Ainsi l'interdiction de quitter le territoire ou le refus d'exportation d'une marchandise opposés par l'administration ne sauraient dans un État de droit qu'être tout au plus discrétionnaire, car l'administration n'agit, ce faisant, qu'au nom et vis-à-vis du souverain lui ayant délégué ses pouvoirs. En droit international, c'est la situation de l'organisation internationale, n'existant que par le droit l'ayant instituée et pour l'ensemble de ses États membres – bien qu'elle puisse poursuivre une fin propre[436].

102. Au contraire, l'État du droit international n'existe, fondamentalement, que par et pour lui-même ; son existence n'est que *reconnue* par le droit international et il n'y trouve aucune altérité fondatrice qui l'empêcherait de constituer sa propre fin. Que l'État soit seulement

---

de Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. II, « L'État », *op. cit.*, pp. 225-245, et de Beaud (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, pp. 258-260 : « La grande innovation de l'idée constitutionnelle réside dans le fait d'étendre aux gouvernants l'obligation d'obéissance à la norme suprême » (pp. 258-259).

[432] Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. I, vol. II « Le pouvoir politique », *op. cit.*, pp. 118-138, spéc. pp. 119-121, et t. II, « L'État », *op. cit.*, pp. 230-234.

[433] Hamon (Fr.) et Troper (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 39e éd., 2018, 896 p., p. 183, soulignent que la « distinction entre l'*essence* ou *principe* de la souveraineté et son *exercice* » est au fondement de toute doctrine de la représentation.

[434] Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. II, « L'État », *op. cit.*, p. 333, car le pouvoir est institutionnalisé, entièrement juridicisé dans un « statut », *i.e.* la Constitution (Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. IV, « Le statut du pouvoir dans l'État », Paris, L.G.D.J., 1983, 3e éd., 648 p., *passim*, spéc. pp. 7-8 sur cette position fondamentale).

[435] Certains auteurs ont même pu considérer que cet horizon de l'intérêt général comme but imposé écarterait l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'Administration qui ne pourrait qu'être lié, l'étant à l'intérêt général (Bonnard (R.), « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, t. XL (1923), pp. 363-392, p. 391 (qui parle d'un « but de service public » toujours présent)), ce qui confond pouvoir lié et pouvoir limité et est à écarter dans l'analyse juridique (Di Qual (L.), *La compétence liée*, Paris, L.G.D.J., 1964, vii-626 p., pp. 74-75), mais a le mérite de souligner l'herméticité de la matière à un pouvoir absolu.

[436] V. le contraste opéré par la Cour internationale de Justice, entre l'organisation internationale et l'État au prisme de l'assignation ou non de fonctions, 1949 (11 avr.), *Réparation des dommages subis aux services des Nations Unies* (*avis*), *C.I.J. Rec.* 1949, pp. 179-180. En conséquence, par exemple, le pouvoir de ses agents ne pourra donc qu'être au plus discrétionnaire et jamais absolu, nécessairement soumis à la prohibition de l'arbitraire car intrinsèquement conditionné par la fonction assignée à l'organisation (T.A.N.U., 1955 (3 déc.), *Julhiard c. Secrétaire général des Nations Unies*, *I.L.R.*, vol. 22 (1955), pp. 809-819, p. 814 ; T.A.O.I.T., 1970 (26 mai), *Frank c. Organisation internationale du travail (nos 1 et 2)*, *I.L.R.*, vol. 48 (1975), pp. 254-261, p. 257). C'est pourquoi malgré des limites pratiques évidentes, même le pouvoir du Conseil de sécurité des Nations Unies ne semble pas susceptible d'être qualifié de pouvoir « arbitraire » à ce niveau de l'analyse.

reconnu et non constitué par le droit international est bien connu : *ex factis jus oritur*[437]. Autrement dit, l'ordre juridique international touche à la formalisation et non à la substance de l'existence de l'État[438], dont il ne fait que prendre acte[439]. Partant, l'État n'existant, *en droit*, que par lui-même, il ne se voit opposer aucun Autre qui le limiterait au sein même de cette existence en constituant sa fin, car aucun Autre n'a participé et n'est scellé dans sa fondation. Il n'y a pas de lien juridique au fondement de l'État du droit international, et c'est d'ailleurs peut-être là qu'est ou devrait être l'enjeu des théories actuelles qui présentent l'humanité ou la communauté internationale comme entité surplombant et enserrant totalement les États : réussir, par la même révolution copernicienne qui a substitué le peuple au Prince dans l'État, à placer le fondement de celui-ci dans le service d'une humanité lui faisant face au sein de l'ordre international[440]. Alors le pouvoir étatique serait limité *a priori* et le territoire *d'abord* défini comme espace au service de la réalisation d'intérêts internationaux dépassant l'État. Partant, le contrôle de la frontière devrait *toujours* être justifié vis-à-vis de l'international, car n'existant en définitive que pour lui. Ce renversement au fondement même de l'État n'ayant, nous semble-t-il, pas eu lieu en dépit de la densité des règles qui enserrent désormais le comportement de l'État, ce dernier demeure, dans l'ordre juridique international, « une société autocentrée, qui trouve sa finalité en elle-même »[441]. En conséquence, et fort de la souveraineté[442] qui la consacre et la protège, l'État jouit d'une liberté originelle[443] qui n'est ainsi liée *a priori* par aucune relation : il puise son existence en son sein de même que son action – pouvoir[444] et

---

[437] C'est ainsi que Crawford formule les critères de l'État comme effectivité (*The Creation of States in International Law*, *op. cit.*, p. 45).

[438] V. généralement Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit*., pp. 319-321 ; sur l'accession à l'indépendance comme fait juridique enregistré par le droit international, v. Virally (M.), « Panorama du droit international contemporain…», *op. cit*, pp. 50-52.

[439] Cela indépendamment des cas où le droit international intervient dans la création de l'État, qui nuancent la généralité de ce point sans le renverser. Quant à la nécessité d'une reconnaissance de l'État pour que naissent des liens juridiques avec les intéressés, il est admis que les États le reconnaissant ne font « que la constatation » de son existence (Tribunal arbitral mixte germano-polonais, 1929 (1er août), *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. État polonais*, *op. cit.*, p. 344).

[440] V. par ex. la position de dépassement de l'État par l'humanité pour un « nouveau *ius gentium* » défendue par Cançado Trindade (A. A.), « International Law for Humankind : Towards a New *Jus Gentium* (I) General course on Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 316 (2005) pp. 9-439, not. pp. 54-58 pour une présentation de la pensée développée aux accents fortement jusnaturalistes (le second tome de ce cours général est publié dans le vol. 317 (2005), pp. 9-312 du *R.C.A.D.I.*). Pour une autre construction de ce type, v. Peters (A.), « Humanity as the A and Ω of Sovereignty », *E.J.I.L.*, vol. 20 (2009), pp. 513-544.

[441] Virally (M.), « Panorama du droit international contemporain… », *op. cit.*, p. 47.

[442] Nous nous appuyons ici sur les acquis de la section 1 du présent chapitre.

[443] À titre d'exemple en pratique, v. S.A., 1932 (18 juil.), *Kronprins Gustav Adolf* (*Suède c. États-Unis d'Amérique*), *R.S.A.*, vol. II, pp. 1239-1305, p. 1254, qui évoque le « natural state of liberty and independence which is inherent in sovereign States ».

[444] C.P.J.I., 1932 (11 août), *Interprétation du statut du territoire de Memel* (*Royaume-Uni, France, Italie et Japon c. Lituanie*), Série A/B, n° 49, p. 313 : « Tandis que la Lithuanie devait avoir la jouissance de toute sa souveraineté sur le territoire cédé, sauf les limitations apportées à l'exercice de cette souveraineté, l'autonomie de Memel ne

compétence[445] –, et le droit international ne fait que formaliser cela en nommant ces « attributs statutaires »[446] sans les grever *a priori* d'une détermination matérielle limitante[447]. Il appartiendra *ensuite* à l'État de lier cette liberté envers ses semblables. D'abord il y a liberté originelle du contrôle des frontières, fait consubstantiel à l'État agissant par et pour lui-même, que le droit international ne fait qu'enregistrer. Ensuite il y a création de liens juridiques et donc de limites, le contrôle des frontières rencontrant des *vis-à-vis* dont l'intérêt est reconnu par l'État qui, en droit, se les rend opposables. L'État qui contrôlait sa frontière seul rencontre les autres et peut, en vertu de sa souveraineté, se lier à eux.

103. C'est ainsi et à cette altitude du raisonnement que la théorie de l'autolimitation prend tout son sens : non comme fondement ultime du droit international[448], ni comme explication simpliste et finalement négatrice de la juridicité où l'État n'est lié que dans la mesure où il le veut bien, mais comme fondement de la *pensabilité* du droit international. En l'absence d'Autre « hétéro-limitant » l'État en son sein ou au-dessus de lui, et considérant que l'État est bien dans

---

devait se mouvoir que dans les limites ainsi fixées et spécifiées. *Il s'ensuit que les pouvoirs souverains de la Lithuanie et les pouvoirs autonomes de Memel sont d'un ordre fort différent, en ce sens que l'exercice de ces derniers exige l'existence d'une règle juridique* qui ne peut pas être tirée du silence de l'acte dont l'autonomie tire sa source, ni d'une interprétation ayant en vue d'élargir l'autonomie en empiétant sur le fonctionnement du pouvoir souverain » (nous soulignons). En doctrine, v. Virally (M.), « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 183 (1983), pp. 9-382, p. 89 : « Ce n'est pas l'ordre juridique international qui confère ses pouvoirs à l'État. Celui-ci trouve en lui-même la source de sa puissance ». Déjà Anzilotti (D.), *Cours de droit international (1929)*, trad. fr. Gidel (G.), Paris, L.G.D.J. – Université Panthéon-Assas, 1999, Coll. « Les Introuvables », 534 p., p. 51, soulignait dans un développement sur les rapports entre droits international et interne que la thèse selon laquelle la puissance de l'État est une délégation du droit international, « qui, d'ailleurs, n'est pas logiquement nécessaire, a contre elle, non seulement l'expérience historique, mais encore et principalement la conviction des États, auxquels rien ne répugne davantage que l'idée d'exercer un pouvoir à eux concédé par l'ordre international. »

[445] Sur le problème de la prétendue « attribution » de ses compétences à l'État par le droit international, v. les développements fins de Cahin (G.), « Rapport », *op. cit.*, pp. 33-38, qui avance en substance que les compétences étatiques sont *reconnues* par le droit international à travers la souveraineté de l'État, mais aussi, lorsqu'il arrive qu'elles s'émancipent de la souveraineté, sont *constituées* par le droit international par son canal.

[446] Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 268, qui définit l'attribut statutaire de l'État comme faisant partie « de cette sorte de patrimoine *originaire* dont est doté tout nouvel État en vertu de règles internationales qui préexistent à son apparition » (les italiques sont de l'auteur), et p. 269, où sont identifiés parmi ces attributs de l'État des « pouvoirs statutaires » sur son territoire (v. aussi pp. 462-463 sur les pouvoirs de l'État territorial).

[447] Combacau (J.), « Pas une puissance, une liberté…», *op. cit*, p. 53 : l'État « n'est pas, comme les organisations internationales par exemple, une créature dérivée tenant son existence en droit, sa personnalité légale, sa capacité et ses pouvoirs d'une communauté internationale qui les lui attribuerait, mais un sujet initial à qui elle peut tout au plus les reconnaître comme résultant de son existence de fait ; et du coup sa liberté aussi est originaire, inhérente à son statut, déjà là lorsque l'État apparaît en droit et là toujours dans son intégralité aussi longtemps qu'il n'en a pas entamé le capital. »

[448] Brierly (J.-L.), « Le fondement du caractère obligatoire du droit international », *op. cit.*, qui, après avoir pilonné la doctrine de l'auto-limitation et du consentement pris comme tel fondement (pp. 478-488, puis au cours des développements critiquant la conception la « théorie de la souveraineté » dans laquelle il place diverses conceptions (quoiqu'avec certaines nuances) dans un seul et même lit de Procuste, pp. 489-523), aboutit à trouver le fondement ultime du droit, comme de toute obligation, dans l'éthique (pp. 546-549), rejoignant ainsi Jellinek (qui pourtant incarne le tenant de la doctrine de l'auto-limitation) et sa doctrine de l'intériorité du droit (*L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 504, et not. p. 62 de la préface du Pr Jouanjan).

une situation relationnelle comme sujet qui suppose l'interaction avec un Autre[449], force est de partir d'une autolimitation mutuelle pour penser l'existence d'un champ juridique communément accepté qui crée le lien en l'arrimant chacun et réciproquement à l'Autre auquel il se lie : l'État accepte *de soi* de limiter son comportement vis-à-vis d'un autre, l'autre fait de même, de sorte que l'ouverture *de soi* à la limite trouve une attache extérieure, autrement dit une contrainte dans la relation que l'ouverture a rendu possible. Contrairement à l'impression qu'elle peut donner, l'auto-limitation n'exclut pas l'Autre mais se déclenche et n'existe qu'au vu de son contact. Elle est l'initiative inaugurale de l'*ouverture* du sujet à l'Autre. La souveraineté et le pouvoir absolus ainsi compris n'empêchent donc nullement l'existence d'un « cadre structurel objectif dans lequel la souveraineté doit nécessairement exister »[450], mais garantissent que ce cadre ne se situe que dans la volonté originelle de l'État et dans la mesure de son ouverture première.

104. En conséquence, l'action de l'État est d'abord un donné et non un construit du droit international, de sorte que sa détermination juridique ne saurait qu'être partielle quelle que soit sa densité. Perdure la situation de liberté originelle, devenue résiduelle dès lors que le droit l'a contrainte par à-coups[451]. Elle jaillit dès que le comportement est hors du droit, et fait qu'il puisse logiquement l'être dès lors qu'elle exclut l'idée d'une juridicité totale. La situation se présentant à la frontière, navire, aéronef, migrant ou autre, doit donc se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé qui lui permette de *faire face* à l'État contrôlant sa frontière. L'Autre ne peut se prévaloir d'une limite inhérente au pouvoir de l'État territorial en vertu d'une quelconque fonction qui lui serait assignée *a priori* et voudrait qu'il s'ouvre, par principe, au

---

[449] Nous nous appuyons ici sur les acquis du III) de notre introduction. C'est l'un des grands intérêts de la pensée de Jellinek pour le droit international que de percevoir cela, bien au-delà d'une autolimitation solipsiste et bornée à laquelle il est souvent assigné quoiqu'il la récusait absolument, ne concevant le droit que comme *inter*subjectivité ; v. Cahin (G.), « Le concept de souveraineté chez Georg Jellinek », *in* I.H.E.I., *Les grandes pages du droit international. Volume 1 – Les sujets*, Paris, Pedone, 2015, 330 p., pp. 83-110, spéc. pp. 108-109 sur l'approche transcendantale de Jellinek, c'est-à-dire sa réflexion sur la pensabilité du droit (la filiation kantienne ne fait aucun doute comme le note Jouanjan (O.), « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, spéc. pp. 14-21), et sa conception intersubjective du sujet de droit, n'existant que par les relations qu'il entretient (sur laquelle il faut encore et aussi voir Jouanjan (O.), *ibid.*, pp. 64-66, et pp. 76-81 sur l'autolimitation éclairée de l'angle transcendantal et de la conception relationnelle que noue la thématique de la reconnaissance).

[450] Selon la formule du juge Shahabuddeen, op. diss. sous C.I.J., 1996 (8 juil.), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (avis), *C.I.J. Rec.* 1996, p. 393, qui rejette toute interprétation absolutiste du *Lotus* mais penche pour une approche plus objectiviste, de droits et limites « par essence » selon une vision isolée, qu'intersubjective prenant bien en compte le lien sans le fondre dans le tout.

[451] Au moins depuis l'arrêt du *Lotus*, la liberté résiduelle a provoqué les écrits les plus nombreux qu'il ne convient pas de reprendre ici ; v. les importantes clarifications de Cahin (G.), « Rapport », *op. cit.*, pp. 38-44, qui s'appuie sur un large champ doctrinal offrant une vue synoptique de la question et dont l'apport, soulignant la différence entre libertés résiduelle et présumée tout en affirmant le caractère principielle de la première dans l'ordre juridique international, est essentiel et dépasse la question de la compétence en apparence seule traitée.

mouvement. Retour au *Lotus*, donc, cité dès l'introduction de cette section mais désormais éclairé par l'approche relationnelle ici adoptée. Ainsi comprise, l'altérité crée bien des liens juridiques, en premier lieu la « limitation primordiale »[452] de la non-atteinte aux autres États qui exige un fondement juridique spécial pour que l'État puisse agir[453]. Mais cette altérité reste extérieure, non logée *a priori* au sein de l'État pour en limiter intrinsèquement le comportement. Elle est dépendante d'un lien juridique créé *a posteriori*, en l'absence duquel le pouvoir de contrôle reste absolu. Mais l'État contrôlant sa frontière touche par définition un Autre qui arrive à la frontière, que la situation le confronte à une marchandise, un véhicule ou un migrant. Peut-il, dès lors, y avoir un pouvoir absolu en l'absence de lien juridique alors que le contrôle frontalier est entouré d'autres qui appellent ce lien ? L'existence d'un pouvoir absolu appelle des précisions sur ce point, afin de souligner l'insuffisance de la seule altérité de fait.

c) Insuffisance de la seule altérité de fait

105. Certes indépendant dans l'ordre juridique international, l'État est toutefois immanquablement confronté à d'*autres* en fait, d'autres États mais aussi plus généralement d'autres détenteurs d'intérêts auxquels l'État est nécessairement en contact en raison de l'interconnexion de la vie internationale. Son existence « par et pour lui-même » ne change rien à cela. N'y a-t-il pas là une certaine limitation originelle dans cette présence immanente de l'Autre, l'absence de limitation *a priori* étant en quelque sorte palliée par cette altérité *de fait* qui baignerait l'État dans une situation de limitation générale, car son comportement ne peut se déployer sans toucher autrui ? Partant, la frontière, dont la seule existence est un obstacle à l'épanouissement d'intérêts de portée internationale, voit-elle son contrôle totalement cerné par la nécessaire protection de ceux-ci ?

106. Il faut toute la confiance de l'objectivisme sociologique et des « nécessités sociales » qu'il pose comme contraintes immanentes à l'action des États, pour répondre par la positive et s'accommoder de l'antinomie selon laquelle « la liberté des États n'est soumise à aucune réglementation » dans le domaine réservé, mais qu'il « ne s'ensuit pas qu'elle soit inconditionnée, qu'elle ne rencontre pas de limites générales »[454]. Comment penser un contrôle des frontières soumis à « aucune réglementation » et pourtant réglementé ? C'est que selon cette

---

[452] C.P.J.I., 1927 (7 sept.), *Lotus*, *op. cit.*, p. 18.
[453] C.P.J.I., 1931 (11 déc.), *Accès et stationnement des navires de guerre polonais dans le port de Dantzig*, Série A/B, n° 43, p. 142, « Le fait que la Pologne demande des droits et privilèges spéciaux pour ses bâtiments de guerre dans le port de Dantzig, oblige à rechercher si cette revendication a quelque base juridique. Le port de Dantzig n'est pas territoire polonais et, par suite, les droits que revendique la Pologne s'exerceraient par dérogation aux droits de la Ville libre. Des droits de cette nature doivent donc reposer sur une base bien claire. »
[454] Politis (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté… », *op. cit.*, p. 88.

position, formulée ici par Politis, « aucune réglementation… » s'accompagne mécaniquement et implicitement de : « …autre que celle résidant dans les exigences du droit international », ces dernières étant celles de la société dont le droit international enregistre les « besoins »[455]. Toute sorte de pouvoir absolu est dès lors neutralisée dans cette interconnexion nécessairement limitante[456]. Toujours suivant cette position, en l'absence de règlementation la frontière peut donc être librement contrôlée par l'État… dans les limites où elle n'interfère pas indument avec les besoins de la société internationale qui, entendus au vu de l'histoire posée en introduction, comportent assurément un mouvement important. D'un pouvoir possiblement absolu, le contrôle de la frontière glisse dans un pouvoir nécessairement contraint. La seule présence de l'Autre suffisant à limiter l'État et celui-ci étant situé partout autour de l'État connecté à la société internationale, la prohibition de l'arbitraire enserrant les pouvoirs de l'État est affirmée de façon générale[457] sans que soit recherché le « *vis-à-vis de* » qui s'oppose à un tel arbitraire. Aucun intérêt juridiquement protégé atteint n'est identifié car il est dilué dans l'immanence postulée de la solidarité internationale : à postuler l'Autre partout dans le droit, l'identification positive de sa protection devient accessoire. L'immigration est-elle encore très peu réglementée par le droit international, en l'absence de droit positif consacrant des intérêts à la circulation qui s'opposeraient à la frontière ? L'analyse dépasse cela, avançant que le contrôle de la frontière est soumis à la « règle générale » prohibant l'arbitraire, de sorte qu'il « doit rester dans les limites des nécessités d'ordre social et politique »[458], d'autant plus si l'on considère que « *whatever positive law says* there is empirical evidence for a fundamental right to freedom of movement in western culture », libre circulation forte de ce qu'elle « has been the historical norm in human society »[459]. Un État n'a-t-il pas de fondement conventionnel précis pour fonder un droit de transit afin de franchir la frontière de son voisin ? Il peut le fonder dès lors qu'il « justify it by reference to considerations of necessity or convenience »[460].

---

[455] V. de façon topique Scelle (G.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit*., pp. 348-362 où le « droit international » est tout entier défini par les « nécessités sociales ».
[456] Politis (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté… », *op. cit.*, p. 88 : le pouvoir « n'est pas illimité au point d'échapper absolument à toute espèce de contrôle » (l'inconséquence est aggravée par la qualification du domaine réservé comme « pouvoir absolu » par Politis (p. 43), qui, si les mots ont un sens, récuse *tout* contrôle).
[457] Jovanović (St.), *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pedone, 1988, 240 p., p. 109 (nous soulignons).
[458] Verdross (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *R.C.A.D.I.* vol. 37 (1931), pp. 323-412, p. 345.
[459] Juss (S.), « Free Movement and the World Order », *op. cit.*, pp. 291-292 (nous soulignons).
[460] Lauterpacht (E.), « Freedom of Transit in International Law », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 44 (1958), pp. 313-356, p. 332 (le passage est flou quant au fondement juridique : outre un équilibre entre nécessité et absence de dommage pour l'État de transit, l'auteur évoque aussi l'abus de droit (p. 337) et va jusqu'à considerer qu'il existe une obligation générale d'accorder le transit en concluant des accords en ce sens (p. 346). Il admet à

107. Un tel objectivisme participe de la « souveraineté par le droit » déconstruite plus haut et doit subir les mêmes critiques, auxquelles les développements suivants ajouteront quelques éléments. Il convient de s'y arrêter car s'il n'est plus guère défendu à l'état pur – le plus classiquement « scellien » – dans la doctrine contemporaine, il perdure au fond lorsqu'il s'agit de compléter sinon dépasser le seul droit positif intersubjectif, fait de relations juridiques nettement identifiées par un intérêt juridiquement consacré. En effet, une telle approche insistant sur l'« objectif » et la nécessité de l'interdépendance semble trouver un terrain favorable dans les notions à vocation générale comme la bonne foi, le raisonnable ou la prohibition de l'abus de droit, qui exprimeraient le tissu conjonctif des « nécessités » de la société internationale en encadrant fondamentalement tout comportement étatique, protégeant une altérité immanente par une exigence inhérente au droit. Autant de notions qui apparaissent vite lorsque l'on songe à une limitation *a priori* du contrôle de la frontière : la fermeture totale d'un port serait déraisonnable, le rejet de tel individu sans fondement apparent serait un abus de droit, le refus de laisser passer un convoi étatique à travers son territoire par esprit de rivalité en alléguant un prétendu danger serait un manque à la bonne foi. Mais là encore, ces notions ne peuvent être effectivement déployées qu'en présence d'un intérêt juridiquement protégé faisant face au comportement étatique. Elles ne peuvent contraindre le contrôle dans le vide en

la fin de l'article que sa position est partiale et chancelante au vu droit positif, mais souligne que « Nevertheless, the fact is that freedom of transit is one of the most fundamental needs of the community » (p. 351)).

l'absence de *vis-à-vis* de l'abus[461], du raisonnable[462] ou de la bonne foi[463]. Toutes ces notions ont besoin de *quelque chose* de juridiquement protégé et atteint qu'elles peuvent ainsi couvrir, quelque chose qui fasse face à la frontière et en l'absence duquel elles tournent à vide et glissent faute de lien juridique auquel s'accrocher. Ainsi le Pr Kolb paraît s'opposer au présent propos lorsqu'il écrit qu' « [u]n droit absolu est inconcevable parce que l'ordre juridique a pour objet de *répartir et de délimiter* les compétences, facultés, libertés ou droits subjectifs »[464], mais s'il estime que « les États ne peuvent (…) utiliser leurs droits, facultés et libertés au gré d'une incontrôlable volonté », c'est bien « *car cette utilisation affecte les autres* »[465]. Il reste donc, pour garder quelque juridicité au propos, à ajouter que les autres doivent être *juridiquement* affectés pour qu'il y ait contrainte, ce qui suppose de préciser, lorsque l'auteur écrit que l'exercice des droits ou facultés « ne doit pas être antisocial, c'est-à-dire nuire aux intérêts fondamentaux de la communauté dont ils dépendent (ou simplement à ceux d'un autre sujet) »[466], qu'il s'agit d'intérêts *juridiquement protégés*[467], spécialement consacrés par le droit

---

[461] Taylor (G. D. S.), « The Content of the Rule Against Abuse of Rights in International Law », *B.Y.I.L.*, vol. 46 (1972-1973), pp. 323-352, p. 331, conclut de l'observation de la pratique juridictionnelle sur certaines questions qu'elles sont « free from review for abuse of right. They have in common the characteristic of leaving the State free to decide *why* it will act or not act. There is nothing in the context or conditions of the power which makes any reason or factor necessarily relevant or irrelevant, and therefore there *can* be no review » (c'est l'auteur qui souligne). Le point est particulièrement net dans la thèse de Kiss sur la notion, qui fait état de sa présence dans les différentes branches du droit international positif et l'écarte chaque fois qu'aucun intérêt opposé n'est identifié (Kiss (A.-Ch.), *L'abus de droit en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1952, 200 p., *passim*, par exemple s'agissant de la fermeture des ports (p. 39), l'adoption de mesures sanitaires (p. 52, seules quelques protestations sont mentionnées sans qu'un intérêt protégé soit identifié), ou encore l'admission des étrangers (pp. 85-88, l'abus de droit est jugé purement doctrinal faute d'appui positif le soutenant)).

[462] Ainsi lorsque le Pr Corten écrit que « la limite au pouvoir discrétionnaire touche également des droits conférant aux États un pouvoir qui semblait à première vue absolue » (*L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, « Collection de droit international », xxii-696 p., p. 125), ce n'est pas selon nous que le raisonnable écarte toute absoluité en limitant *toute* action de l'État quelle qu'elle soit, mais plutôt qu'il nourrit l'appréciation du pouvoir *discrétionnaire*, c'est-à-dire déjà encastré dans le droit car limité par un intérêt juridiquement protégé lui étant opposable. Dans ce sens, il est possible de relever que dans la sentence du *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent* (S.A., 1986 (17 juil.), *Canada c. France*, *R.S.A.*, vol. XIX, pp. 225-296), souvent citée comme expression de l'obligation de comportement raisonnable, celle-ci est établie dans le cadre d'un accord bilatéral et impose de tenir « dûment compte des droits et libertés concédés à un autre État » : elle est donc cantonnée à la *relation* juridique établie, et le tribunal précise que le Canada en l'absence d'accord peut « apprécier souverainement » l'octroi des licences de pêche (p. 259, § 55).

[463] C.I.J., 1988 (20 déc.), *Actions armées frontalières et transfrontalières* (*Nicaragua c. Honduras*), *C.I.J. Rec.* 1988, p. 105, § 94 : la bonne foi est un principe présidant à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, mais « n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement » (repris *in* C.I.J., 2024 (2 févr.), *Allégations de génocide au titre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Ukraine c. Fédération de Russie ; 32 États intervenants*) (*exceptions préliminaires*), p. 55, § 142).

[464] Kolb (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, xli-756 p., p. 437 (c'est l'auteur qui souligne).

[465] *Ibid.*, p. 436 (c'est l'auteur qui souligne).

[466] *Loc. cit*.

[467] Indépendamment de ce que le raisonnement de la Cour avait de contestable en l'espèce sur ce point (v. à ce propos Sands (Ph.), « Colonialism: a short history of international law in five acts », *R.C.A.D.I.*, vol. 431 (2023), pp. 285-410, pp. 316-322), il demeure en droit que « ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un

positif. Cela, pour la raison essentielle que le droit positif ne prévoit aucune immédiateté entre les besoins sociaux et leur protection juridique[468].

108. Il n'y a donc aucun fondement de droit positif à la position d'une limitation *a priori* de l'action étatique motif pris de l'altérité qui l'entoure. Plus encore, cette position corrode la stabilité du droit international. En effet, considérer que *tout* intérêt peut s'opposer au pouvoir de l'État dès lors qu'il est qualifié de « nécessaire » sur le plan social – ce qui, l'on en conviendra, pourrait aisément être défendu pour de nombreuses circulations se heurtant à la frontière – conduit à priver le droit international de sa sécurité juridique, les seules sources posant précisément un intérêt comme protégé ne suffisant plus à identifier ce qui l'est. Partant, la détermination de sa substance même finit par être livrée aux aléas des forces internationales qui, débarrassées de la contrainte du respect du consentement que protègent les sources, peuvent imposer tel intérêt comme nécessité « objective »[469] : perforation de la frontière pour accéder à un marché, expulser sa population, faire fructifier ses capitaux… ou durcissement de la frontière qui serait également socialement nécessaire pour lutter contre telle ou telle circulation « antisociale ». En ressort l'importance, alors axiologique en plus d'être logique, de maintenir la contrainte du comportement étatique au réseau identifié de liens intersubjectifs[470]. D'où ressort également le maintien d'angles morts dans les interstices de cette intersubjectivité où se loge le pouvoir absolu de contrôle frontalier, maintenant établi. Il faut désormais voir son champ en droit international positif.

2. Champ du pouvoir absolu : le « domaine réservé »

109. L'identification théorique d'un pouvoir absolu trouve une expression dans le droit international positif qui reconnaît un « terrain juridiquement inexploré, où le droit n'a pas encore pénétré »[471], à savoir le « domaine réservé ». C'est lui qui permet de tracer le champ

---

caractère spécifiquement juridique » (C.I.J., 1966 (18 juil.), *Sud-Ouest africain* (*Ethiopie c. Afrique du Sud et Libéria c. Afrique du Sud*), *C.I.J. Rec.* 1966, p. 34, § 50).

[468] Avec les mêmes réserves quant à l'espèce, même arrêt, p. 34, § 49 : « La Cour juge le droit et ne peut tenir compte de principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante. Le droit, dit-on, répond à une nécessité sociale, mais c'est précisément pour cette raison qu'il ne peut y répondre que dans le cadre et à l'intérieur des limites de la discipline qu'il constitue. Autrement, ce n'est pas une contribution juridique qui serait apportée. »

[469] V. la démonstration des dérives de cette approche chez Scelle par Santulli (C.), « L'inégalité des peuples chez Georges Scelle. Observations critiques sur la théorie colonialiste du droit international objectif », *in* I.H.E.I., *Les grandes pages du droit international. Volume 4 – Les espaces*, Paris, Pedone, 2018, 289 p., pp. 269-289.

[470] V. aussi Schmitt (C.), *La notion de politique (1932 et 1963)*, *op. cit.*, pp. 111-112, à propos de la prétention d'opposer au droit positif un droit « supérieur », d'où qu'il vienne, « le règne ou la souveraineté de ce type de droit signifie le règne et la souveraineté de ceux qui savent en appeler à ce droit supérieur et qui décident de son contenu, de la manière dont il sera appliqué et par qui », car « ce sont, en effet, toujours des groupes humains concrets qui, au nom du Droit ou de l'Humanité ou de l'Ordre ou de la Paix, luttent contre d'autres groupes humains concrets ».

[471] Politis (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté… », *op. cit.*, p. 47.

matériel du pouvoir absolu de contrôle frontalier. Ici, la notion n'est pas à comprendre au sens du droit des organisations internationales, où elle est parfois employée pour désigner une question de compétences[472] afin d'identifier les matières sur lesquelles l'action de l'organisation peut ou non porter, et où le vocable se confond avec la « compétence exclusive »[473] formulée par l'article 15 § 8 du Pacte de la Société des Nations. Elle l'est plutôt au sens du droit du contentieux international, bien que celui-ci ait pu lui-même mélanger les deux figures que revêt la notion[474], où il est surtout question du pouvoir de l'État et de l'absence de contrainte qui lui est apposée : la juridiction n'est pas compétente faute de règle

---

[472] Kolb (R.), « Du domaine réservé. Réflexions sur la théorie de la compétence nationale », *R.G.D.I.P.*, t. 110 (2006), pp. 597-630, p. 599 : la notion désigne « la relation entre les organismes internationaux et les États en matière de compétence » (l'auteur considère que c'est la seule acception de la notion).

[473] Confusion soulignée par Aloupi (N.), « Vie privée, discrétion et complaisance : bases et limites d'une réflexion sur les limites du droit international », *in* D'Argent (P.), Bonafé (B.) et Combacau (J.) (dir.), *Les limites du droit international : essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 557 p., pp. 97-115, pp. 99-100. Elle est particulièrement visible dans les premiers travaux de l'Institut de droit international sur la question, qui a souhaité « que la question du domaine réservé fût traitée dans toute son ampleur, c'est-à-dire en se plaçant non pas uniquement sur le terrain du Pacte de la Société des Nations (article 15 § 8), mais bien au point de vue du droit international général » (*A.I.D.I.*, vol. 37 (1932 – Session d'Oslo), t. I, « Reconnaissance, détermination et signification en Droit international du Domaine laissé par ce dernier à la compétence exclusive de l'État – Rapport complémentaire de M. Le Fur », p. 159), soit en mélangeant droit des organisations internationales (question de compétence…) et substance du droit international (…mêlée à une question de pouvoir). La discussion est encore vive sur la distinction à opérer lorsque l'Institut se saisit de la question après l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies (*A.I.D.I.*, vol. 45 (1954 – Session d'Aix-en-Provence), « La détermination du domaine réservé et ses effets – Délibérations », t. II, pp. 113-128).

[474] C.P.J.I., 1923 (7 févr.), *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, préc., repris par la suite dans des affaires de contentieux international bien qu'il y était question de la compétence de la Société des Nations sur laquelle la Cour était sollicitée pour avis. L'avis mêle les deux questions (règlementation d'une question par le droit international et compétence exclusive de l'organisation) en raison de l'application de l'article 15 § 8 qui les mêle lui-même (v. la note immédiatement ci-dessous), ce qui appert du libellé de la question – omettant le terme même de compétence car celle-ci était déterminée par l'absence de règlementation – visant à savoir si le différend est ou non « d'après le droit international, une affaire exclusivement d'ordre intérieur (article 15, paragraphe 8, du Pacte) » (p. 8), ce que la Cour estime équivalent à la compétence exclusive en l'espèce (p. 22), confondant ainsi l'exclusivité de la compétence et l'absoluité du pouvoir. Cela semble dû au libellé de l'art. 15 § 8 du Pacte de la Société des Nations, qui incarnait la question et, comme le souligne Huber, est ainsi rédigé qu'en raison de son renvoi au « droit international » en général, « l'incompétence de la S.D.N. (…) se comprend à cause de l'absence d'un droit de l'une des Parties au litige à l'égard de l'autre », de sorte que c'est un problème de droit international commun qui détermine ensuite la question spécifique de la compétence de la Société des Nations (*A.I.D.I.*, vol. 36 (1931 – Session de Cambridge), t. I, « Reconnaissance, détermination et signification en Droit international du Domaine laissé par ce dernier à la compétence exclusive de l'État – Note complémentaire de M. Huber », pp. 82-83). La disposition intrique les deux questions en ce que celle de la compétence de l'organisation est déterminée par celle d'une limite posée au pouvoir de l'État, et entraîne par leur confusion comme éléments d'un même concept, alors même que le lien entre les deux ne répond à aucun lien logique, conceptuel, mais est seulement établi par la disposition (v. par ex. *A.I.D.I.*, vol. 36 (1931 – Session de Cambridge), t. I, « Reconnaissance, détermination et signification en Droit international du Domaine laissé par ce dernier à la compétence exclusive de l'État – Rapport de Louis Le Fur », pp. 25-56). Ainsi Le Fur finit-il par définir « compétence exclusive » comme n'étant pas « une compétence appartenant à tel État à l'exclusion de tout autre, mais bien une compétence dont l'exercice n'est pas réglé par le droit international » (« Reconnaissance, détermination et signification en Droit international du Domaine laissé par ce dernier à la compétence exclusive de l'État – Rapport complémentaire de M. Le Fur », *op. cit.*, p. 178), soit un pouvoir (« exercice d'une compétence ») absolu (qui « n'est pas réglé par le droit international »).

internationale à appliquer[475], une partie n'a rien à alléguer contre l'autre. La différence est importante pour l'analyse théorique, car là où la compétence peut être « exclusive » tout en étant étroitement déterminée par le droit (l'État est seul apte à contrôler sa frontière mais doit le faire selon des modalités étroitement déterminées)[476], le domaine réservé tel qu'entendu ici désigne l'absence de contrainte posée à l'action et donc au contrôle en lui-même. Sous cette acception, le domaine réservé exprime l'absence du droit international, « la somme des matières pour lesquelles aucune règle internationale n'est en vigueur »[477]. Le domaine est ainsi « réservé » dans la pratique en ce que le silence du droit international traduit la volonté des États de l'en écarter, mais cela de façon purement descriptive et nullement prescriptive : aucune réserve ne *s'impose* au droit international car il n'est exclu *a priori* d'aucune matière[478]. Le domaine réservé est ainsi une notion éminemment variable en ce que la formulation d'une règle le réduit d'autant. Pour preuve le domaine des migrations, longtemps resté vierge de réglementation et aujourd'hui riche de nombreuses limites posées au contrôle des frontières sous l'effet notamment du développement des droits de l'homme. C'est seulement tant que dure le silence du droit que « l'État reste libre d'exercer [s]es pouvoirs comme il l'entend sans être lié *de quelque manière que ce soit* par le droit international »[479]. Le contenu du droit international contemporain suivant le « développement des rapports internationaux »[480] fait certes de ce cas une peau de chagrin, d'autant plus réduite par la mondialisation qui marque les

---

[475] Santulli (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 2e éd., 2015, 626 p., pp. 133-134 à propos des « réserves » excluant de la compétence de la juridiction les questions touchant au domaine réservé, et pp. 175-176 où l'auteur relève que cela relève plus généralement de la condition matérielle de compétence, « inévitable au regard du concept de compétence », qui suppose qu'il y ait bien *quelque chose* la fondant.

[476] Cela est déjà noté par Rousseau critiquant la confusion dans la rédaction de l'article 15 § 8 du Pacte de la S.D.N. et de l'article 2 § 7 de la Charte des Nations Unies, parlant de possible « compétence exclusive liée », faute de distinguer compétence et pouvoir (*A.I.D.I.*, vol. 44 (1952 – Session de Sienne), t. I, « La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États – Rapport définitif présenté par M. Charles Rousseau », pp. 141-142).

[477] Santulli (C.), *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 175 ; C.P.J.I., 1923 (7 févr.), *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, préc., pp. 23-24, « certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un État, ne sont pas, en principe, réglées par le droit international. »

[478] L'acception du domaine réservé comme désignant une part irréductible de questions ne pouvant faire l'objet d'une réglementation internationale a été véhiculée par plusieurs positions doctrinales, non sans contradictions chez Verzijl (J. H. W.), « Le domaine réservé de la compétence nationale exclusive », *in Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milan, Dott. A. Giuffrè, 464 p., pp. 389-403, qui considère en même temps que ces matières sont évolutives (car ce sont celles que le droit international ne « veut » pas régir (p. 392) et que la volonté est évolutive, ce qui suppose d'hypostasier le droit international et laisse entière la question de la distinction entre matières incidemment et matières volontairement non réglées), de sorte que sa position semble finalement être que ce n'est pas tant certaines matières que l'existence même du domaine réservé qui est irréductible du moment où il existe un droit international (p. 398), ce qui rejoint l'irréductibilité de la liberté étatique et *in fine* celle de la souveraineté des États, qui est incompatible avec une détermination *totale* du droit (dans ce sens, v. *A.I.D.I.*, vol. 44 (1952 – Session de Sienne), t. I, « La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États – Observations de M. Alfred Verdross », p. 177).

[479] Aloupi (N.), « Vie privée, discrétion et complaisance… », *op. cit.*, p. 100 (nous soulignons).

[480] C.P.J.I., 1923 (7 févr.), *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, préc., p. 24.

circonstances entourant le contrôle des frontières[481], mais ne doit pas dissimuler le domaine réservé sous l'illusion d'une juridicité totale de ces rapports.

110. Pour tracer son champ, le domaine réservé est généralement confronté à la question de la compétence juridictionnelle et donc observé au vu de l'ensemble d'une matière – *i.e.* des multiples questions que convoque une affaire – *a priori* soumise ou non au droit international[482]. Il est toutefois possible de le restreindre conceptuellement à une *question donnée*, aussi précise soit-elle, et non à des pans thématiques entiers où il serait hybridé par des limites juridiques en négatif desquelles, pourtant, il se définit[483]. C'est d'ailleurs le cas dans le contentieux international lorsque l'allégation est circonscrite par rapport à la matière où elle s'inscrit[484]. Ainsi compris, le domaine réservé colle la précision analytique du pouvoir absolu qu'il peut donc exprimer matériellement, en cernant seulement l'angle mort de l'ensemble décisionnel où

---

[481] Bodeau-Livinec (P.), « Le domaine réservé : persistance ou déliquescence des fonctions étatiques face à la mondialisation », *in* S.F.D.I., *L'État dans la mondialisation*, Paris, Pedone, 2013, 591 p., pp. 153-175, spéc. pp. 156-165 (qui conclut à l'écroulement du domaine réservé matériel, en conséquence d'une acception par bloc de matières et non par questions spécifiques).

[482] C.P.J.I., 1923 (7 févr.), *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, préc., p. 26, la compétence cesse d'être exclusive « dès que les titres invoqués sont de nature à permettre la conclusion provisoire qu'ils peuvent avoir une importance juridique pour le différend (…) » (v. aussi p. 28, détermination de la « compétence exclusive » au vu « d'un examen de l'ensemble de la situation telle qu'elle se présente du point de vue du droit international ». Dans le même sens, v. C.I.J., 1959 (21 mars), *Interhandel* (*Suisse c. États-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Rec.* 1959, p. 24.

[483] Cette précision fut notamment évoquée par Verdross, qui défendait une acception restrictive du « domaine réservé » non défini par « matières », car « [d]ans toutes les matières réglées par le Droit international, il est en effet des questions de détail dont la solution est réservée à la libre activité des États » (*A.I.D.I.*, vol. 36 (1931 – Session de Cambridge), t. II, p. 219), ainsi que par Hambro (*A.I.D.I.*, vol. 44 (1952 – Session de Sienne), t. I, « La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États – Observations de M. Edvard Hambro », pp. 166-167) ; elle appert aussi de C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *C.I.J. Rec.* 1986, p. 131, §§ 258-259, où la Cour considère que la question précise de la tenue d'élections pourrait sortir du domaine réservé (appelé « compétence exclusive ») de l'autodétermination du système politique, économique et social si le Nicaragua s'était lié à ce propos. Cette précision a pour vertu d'éviter une confusion comme celle présente chez Lemey (M.), *L'abus de droit en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2021, xvi-477 p., p. 36, selon laquelle le domaine réservé comprend des fractions de questions « que le droit international a la prétention de régler, qu'il règle dans une certaine mesure, mais où ses règles mêmes laissent aussi à chaque État le soin de décider souverainement dans une certaine mesure » (avec la doctrine citée), ce qui sape la vertu explicative de la notion en la mélangeant avec ce en négatif de quoi elle se définit, et mène l'auteure à tirer des conclusions omettant la possible existence d'un pouvoir absolu et limitant ainsi le pouvoir au cadre juridique, le soumettant en conséquence et nécessairement à la prohibition de l'abus de droit. *Contra* cette précision, v. Bourquin (M.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, pp. 154-155.

[484] Dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, la France n'alléguait qu'une interprétation de contrats de droit norvégien, sans autre allégation portant sur la matière plus large des créances détenues par des étrangers voire sur celle du traitement des étrangers, ce qui mena la Cour à écarter le moyen selon lequel l'existence de conventions en matière de dettes contractuelles extirperait à elle seule l'affaire du domaine réservé (C.I.J., 1957 (6 juil.), *Certains emprunts norvégiens* (*France c. Norvège*), *C.I.J. Rec.* 1957, pp. 24-25 ; dans le même sens, le juge Badawi dans son opinion individuelle note que la position française invoquant ces conventions était ambigüe, mais qu'en tout état de cause « la prétention que la matière de recouvrement des dettes serait par sa nature un différend international est une affirmation gratuite », car encore faut-il savoir si les conventions alléguées portaient du droit international applicable à l'espèce, ce qui n'était pas le cas (*ibid.*, pp. 30-31)).

rien ne fait face à la frontière. Pour reprendre l'exemple de la fermeture du port, il est parfois écrit qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir absolu – donc pas du domaine réservé, une règlementation existant – car l'État doit notifier la fermeture aux tiers concernés[485], mais cela ne juridicise en rien le pouvoir de la fermeture *en son principe*, question de la décision *per se* que rien ne contraint *a priori* en l'absence d'intérêt spécifiquement protégé de l'accès au port.

111. Tant comme partie de sa structure intersubjective que par cette formulation de son champ, le droit international contient ainsi le pouvoir absolu parmi ses éléments tout en s'en séparant, ne l'incluant qu'en le nommant et en le définissant comme hors-lui, hors-droit, selon la même brèche que contient le langage par le mot « ineffable ». Si le pouvoir absolu est étroitement circonscrit et appelé à l'être davantage en réaction aux problèmes qu'il peut engendrer[486], le fait est qu'il demeure encore quant à l'accès au territoire de certains flux de la vie internationale.

B. Le contenu du domaine réservé dans le contrôle des frontières

112. Au vu de la densité et de la diversité qui caractérisent les relations juridiques contemporaines, aucun flux ne semble absolument ignoré du droit international, de sorte que quelque règle bilatérale ou régionale pourra toujours être trouvée pour opposer un intérêt faisant sauter le pouvoir absolu dans tel ou tel cas particulier. En anticipant un peu sur les matières étudiées dans ces développements, c'est par exemple le cas de la protection du mouvement des

[485] Parmi d'autres, v. Lemey (M.), *L'abus de droit en droit international public*, *op. cit.*, p. 214.

[486] Ainsi les frictions persistantes entre les pouvoirs absolus peuvent provoquer chez les acteurs du droit international le sentiment de « la nécessité d'une harmonisation des pratiques contradictoires selon des critères de raison et de justice (…). Les heurts incessants entre les États en cause mettent en danger l'exercice futur des activités en question et en rehaussent le prix. C'est l'instant du droit international : il est appelé à la rescousse pour limiter la souveraineté "politique" au regard des exigences incompressibles de la vie en commun » (Kolb (R.), *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 292).

capitaux[487], de la navigation fluviale[488] et aérienne[489], ou encore des migrations en ce qu'elles sont particulièrement protégées au sein d'espaces régionaux de libre circulation[490]. Tout en gardant conscience de ces limites particulières, il convient de les écarter précisément pour leur particularité et d'élever l'étude à l'échelle d'un droit international plus général afin d'y situer les grands pans où le contrôle des frontières peut encore arrêter les flux sans contrainte juridique. Mise à part son ouverture au gré des ententes particulières, là se révèle le territoire sous emprise dans toute son unilatéralité en l'absence d'intérêts tiers juridiquement protégé. Il est possible de cerner cela en croisant les espaces dont le régime juridique ne prévoit pas de libre passage (1), et les flux dont l'accès n'est pas protégé (2).

---

[487] Cela passe par des traités bilatéraux comme le firent les États-Unis d'Amérique dans un « sauve-qui-peut bilatéral » à la suite de l'échec de l'Accord multilatéral sur l'investissement (Forteau (M.), Miron (A.) et Pellet (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 9e éd., 2022, 2047 p., p. 1490), par des traités régionaux comme au sein de l'Union européenne (art. 63 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, liberté de principe qui pose en vis-à-vis la question du contrôle des mouvements par l'Union dans le cadre d'une « puissance publique commune », étudiée par Alem (L.), *Contrôle et mobilité des capitaux en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2025, 592 p.), par un effort commun comme y engage l'O.C.D.E., dont le traité constitutif dispose l'engagement de ses membres à « maintenir et étendre la libération des mouvements de capitaux » (art. 2 *litt*. d) de la Convention relative à l'Organisation de coopération et de développement économiques (*R.T.N.U.*, vol. 888, I-12736)) et qui reprit le code de libération des mouvements de capitaux élaboré par son prédécesseur, l'O.E.C.E. (v. Latty (Fr.), « L'O.C.D.E. et l'encadrement juridique de l'investissement », *in* Daillier (P.), La Pradelle (G. de), Ghérari (H.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, xvi-1119 p., pp. 727-731), à travers un mécanisme de multilatéralisation des droits d'admission bilatéralement convenus tel celui constitué par la clause de traitement de la nation la plus favorisée figurant dans l'Accord général sur le commerce des services de l'O.M.C. (art. II ; v. Koulen (M.), « Dispositions de l'OMC concernant l'investissement », *in* S.F.D.I., *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Journée d'études organisée par l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris, Pedone, 1998, 140 p., pp. 101-110, p. 106), ou encore lorsque des institutions financières imposent la libéralisation des investissements étrangers parmi les changements structurels conditionnant l'aide, auquel cas « les impératifs pratiques de la coopération internationale l'emportent sur la fiction de la souveraineté étatique » (Carreau (D.), « Le droit international économique face aux crises », *in Mélanges Colliard*, *op. cit.*, 105-122, p. 117).

[488] C'est l'Acte final du Congrès de Vienne du 9 juin 1815 qui inaugure la pratique conventionnelle sur ce point (art. 109, disponible en ligne sur la Digithèque de matériaux juridiques et politiques : https://mjp.univ-perp.fr/traites/1815vienne.htm). Dans la période contemporaine, v. not. *R.T.S.N.*, vol. 7, n° 172, Statut de Barcelone sur le régime des voies navigables d'intérêt international, art. 3 ; *R.T.N.U.*, vol. 33, I-518, Convention relative au régime de la navigation sur le Danube, art. 1 ; Convention relative au statut du fleuve Sénégal. Nouakchott, le 11 mars 1972, disponible en ligne : https://faolex.fao.org/docs/pdf/mul16004.pdf, FAOLEX n° LEX-FAOC016004, art. 6 ; *R.T.N.U.*, vol. 1202, I-19194, Traité en vue de la coopération amazonienne. Brasilia, le 3 juillet 1978, art. III ; Convention relative au statut du fleuve Gambie, disponible en ligne : https://www.omvg.org/sites/default/files/document/2023-01/convention-relative-au-statut-du-fleuve-gambie.pdf, art. 6).

[489] Lee (E. G.), « Canadian practice in international law during 1989-90 », *A.Can.D.I.*, vol. 28 (1990), pp. 503-504 : le *Legal Bureau* considère que le régime de Chicago n'étant pas marqué par l'ouverture des frontières, une telle ouverture « would be the key element of a convention establishing open skies. It would essentially provide a streamline procedure, without possibility of refusal, for diplomatic notification of overflights for foreign State aircraft. », ce qui se traduit par exemple en droit positif par l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux, ouvert à la signature le même jour que la Convention de Chicago et partant non de la souveraineté aérienne mais des « libertés de l'air » que les États conviennent de s'accorder mutuellement (*R.T.N.U.*, vol. 84, I-252, Accord relatif au transit des services aériens internationaux, art. 1 section 1).

[490] Chetail (V.), *International migration law*, Cambridge, CUP, 2019, xlvii-449 p., pp. 97-119.

1. Domaine réservé à raison des espaces

113. Il est question ici de la pleine maîtrise du contrôle sur certains espaces en tant qu'espaces, dans le sens où ils ne sont pas des espaces de liberté *dans l'indétermination des flux*[491]. Autrement dit, ils ne sont pas marqués d'une règle de droit international renversant le principe de contrôle pour lui substituer celui de libre-passage. Non plus sous l'angle de leur statut mais sous celui de leur régime juridique où l'emprise donne lieu au contrôle, il s'agit des figures du territoire vues *supra*, mer territoriale et eaux archipélagiques exceptées : la surface terrestre (a) ainsi que les eaux intérieures et l'espace aérien qui lui sont adjointes dans le territoire (b).

a) Le plein contrôle à raison de la surface terrestre

114. Outre l'esprit de complétion dans la construction de la présente étude, l'existence d'écrits prônant la liberté de circulation *à raison* de la surface terrestre justifie des développements sur la banalité qu'est le contrôle de principe de cette circulation. C'est le droit des communications internationales déjà évoqué en introduction qui a pu tendre à extraire la surface terrestre du plein contrôle étatique, en cherchant de façon générale « à soustraire [le régime des communications] dans les relations entre les peuples à la volonté unilatérale et arbitraire de [l'État] »[492]. Pour ce faire et transformer le territoire en espace de liberté, le principe avancé est celui du transit général[493] selon lequel « lorsque, pour atteindre leur destination, des transports internationaux doivent *normalement* emprunter le domaine d'un État, celui-ci ne peut leur refuser l'usage de ses voies de transit. »[494] Ainsi, le passage à raison du territoire terrestre serait revêtu de la protection juridique, et ce dans son indétermination – place étant faite le cas échéant pour l'interdiction de certaines personnes ou biens, qui devient

---

[491] Par exemple, l'entrée dans le port ou l'aéroport pourra faire l'objet d'une protection par le droit international mais *en tant que* le flux sert à la lutte contre la pollution : ce n'est pas le port ou l'aéroport en tant qu'espace qui fait alors l'objet d'un régime de liberté, mais le flux de lutte contre la pollution qui touche l'un ou l'autre seulement de façon adventice (*R.T.N.U.*, vol. 1891, I-32194, Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures, art. 7 § 3 *litt.* a)) ; de même le terrestre pourra être contraint de s'ouvrir devant un individu protégé par le non-refoulement, mais il sera bien contraint *à raison de l'individu* et non *en tant qu'espace terrestre*. À l'inverse, la mer territoriale est ouverte en tant qu'espace dès lors que les flux la parcourent indépendamment de ce qu'ils sont intrinsèquement, sous la seule condition modale de leur innocuité (des développements y sont consacrés dans la 2nde partie de l'étude, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 § 2.

[492] Leener (G. de), « Règles générales du droit des communications internationales », *op. cit.*, p. 15.

[493] *Ibid.*, p. 21, qui le qualifie de « plus étendu des objectifs du droit international des communications ».

[494] Bourquin (M.), « L'organisation internationale des voies de communication », *op. cit.*, p. 206 (souligné dans l'original). L'auteur ajoute, page 207 : « Le principe dont on s'inspire est en somme le suivant : lorsque l'utilisation internationale d'une voie de communication est exigée par les besoins généraux du commerce, la souveraineté territoriale ne peut pas s'opposer à cette utilisation. » Dans le même sens, v. Visscher (Ch. de), *Le droit international des communications*, *op. cit.*, pp. 11-14.

l'exception –, la surface terrestre étant *a priori* marquée comme route internationale. Mais si la cause de cette liberté générale a pu être défendue pour offrir une réponse juridique à l'interconnexion croissante du monde à la fin du XIXe et au début du XXe siècle jusqu'à « rayonner » dans la rédaction de certaines conventions[495], elle n'a point abouti dans la consécration d'une règle générale du droit international[496]. Elle fut certes mentionnée dans l'art. 23 *litt*. e) du Pacte de la Société des Nations[497], mais celui-ci relevait davantage du souhait que de l'établissement d'un droit précis[498] et n'a pas survécu à l'abrogation du Pacte. À rebours de cette liberté, le droit positif contient « incontestablement » le principe selon lequel le droit de passage d'un État sur le territoire d'un autre doit obligatoirement faire l'objet d'un accord spécifique[499], sans quoi le contrôle de la frontière reste complet à raison de l'espace. Faute de « droit de passage » général en droit positif, la discussion doctrinale à son propos semble vaine et risque d'occulter les cas plus spécifiques où le transit est bien porté par un intérêt protégé[500]. La conclusion d'accords particuliers reste nécessaire, et souligne l'absence d'un droit général de transit en y réagissant[501].

115. Ces éléments sont également valables pour les cours d'eau qui parcourent l'espace terrestre. Comme pour ce dernier, il put y avoir des prétentions à l'internationalisation complète

---

[495] Selon l'expression de Bourquin (M.), « L'organisation internationale des voies de communication », *op. cit.*, p. 191. L'exemple topique se trouve dans *R.T.S.N.*, vol. 7, n° 171, Convention et Statut sur la liberté du transit, qui toutefois ne consacre pas tant une liberté de transit qu'il prévoit les modalités de sa fluidité et de son égalité s'il est accepté en son principe par les États. Aujourd'hui, v. par ex. l'art. V du G.A.T.T. de 1947.

[496] *Contra*, la construction de Lauterpacht (E.), « Freedom of Transit in International Law », *op. cit.*, qui reste toutefois selon nous illusoire en ce qu'elle convoque des idées de communauté des États puisées dans les classiques et des bribes du droit positif, sans établir solidement le socle d'une protection générale de la circulation en transit par le droit international qui s'opposerait à la souveraineté territoriale, de sorte qu'aucun fondement *général* et *positif* ne ressort de l'étude – faiblesse qui est admise par l'auteur lui-même (p. 351).

[497] L'article stipule que les États membres « prendront les dispositions nécessaires pour assurer la garantie et le maintien de la liberté des communications et du transit, ainsi qu'un équitable traitement du commerce de tous les Membres de la Société (…) ».

[498] C.P.J.I., 1931 (15 oct.), *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne* (avis), Série A/B, n° 42, pp. 118-119 : l'article 23 e) « n'implique pas d'obligations spécifiques pour [les États membres de la Société des Nations] d'ouvrir certaines voies de communications déterminées » ; Caflisch (L. C.), « Land-locked states and their access to and from the sea », *B.Y.I.L.*, vol. 49 (1978), pp. 71-100, p. 78.

[499] S.A., 2005 (24 mai), *Ligne du Rhin de Fer (« Ijzeren Rijn »)* (*Belgique c. Pays-Bas*), *R.S.A.*, vol. XXVII, pp. 35-125, p. 64, § 50 (« undoubtedly »).

[500] Dans ce sens, il a pu être souligné que les discussions portaient trop sur le transit *en général* et peinaient à isoler le droit de transit *de l'État sans littoral* qui lui était fondé sur un droit précis (Monnier (J.), « Le droit d'accès à la mer et la liberté de transit terrestre », *in* Dupuy (R.-J.) et Vignes (D.) (dir.), *Traité du nouveau droit de la mer*, *op. cit.*, pp. 441-462, pp. 451-452).

[501] Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral à la mer et depuis la mer et liberté de transit. Historique de la Partie X, articles 124 à 132 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, Nations Unies, 1988, iv-122 p., p. 4, § 16, *litt.* b), à propos du Statut de Barcelone de 1921.

des cours d'eau internationaux dont jouirait tout État, riverain ou non[502], portées par un enthousiasme doctrinal au vu de l'intérêt que présentent ces fleuves pour la société internationale[503]. Certains régimes ayant abouti font perdurer ces prétentions en droit positif[504]. Mais là encore, le droit international ne consacre pas de droit général de passage pour tous qui « internationaliserait » les cours d'eau par leurs seules existence et commodité. Cela ressort de l'absence de pratique qui irait en ce sens, et de l'insuffisance des conventions pertinentes pour cristalliser une coutume générale dans la mesure où les États règlementent chaque cours d'eau individuellement[505], la seule convention générale – Convention et Statut de Barcelone – ayant

---

[502] Traité de paix de Paris, 30 mars 1856, disponible en ligne sur la Digithèque de matériaux juridiques et politiques : https://mjp.univ-perp.fr/traites/1856paris.htm, art. 15, selon lequel la libre navigation fluviale « fait, désormais, partie du droit public de l'Europe » ; par l'Acte général de la Conférence de Berlin de 1885, 26 février 1885, (disponible en ligne sur la Digithèque de matériaux juridiques et politiques : https://mjp.univ-perp.fr/traites/1885berlin.htm), les Puissances coloniales ont internationalisé à leur avantage la navigation des fleuves Congo (art. 13) et Niger (art. 26) dans la volonté de « régler (…) les conditions les plus favorables au développement du commerce et de la civilisation dans certaines régions de l'Afrique, et assurer à tous les peuples les avantages de la libre navigation sur les deux principaux fleuves africains qui se déversent dans l'océan Atlantique » (préambule, al. 1). Après la Première guerre mondiale, le traité de Versailles établit des « dispositions communes aux réseaux fluviaux déclarés internationaux » selon la formule des traités s'inscrivant dans son sillage et reprenant le régime établi (Traité de paix de Versailles, 28 juin 1919, disponible en ligne sur la Digithèque de matériaux juridiques et politiques : https://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles.htm, arts. 331-332 ; Traité de paix de Saint-Germain-en-Laye, 10 septembre 1919, disponible en ligne sur la Digithèque de matériaux juridiques et politiques : https://mjp.univ-perp.fr/traites/1919saintgermain.htm, arts. 291-292 ; Traité de paix de Neuilly-sur-Seine, 27 novembre 1919, disponible en ligne sur la Digithèque de matériaux juridiques et politiques : https://mjp.univ-perp.fr/traites/1919neuilly.htm, arts. 219-220 ; Traité de Paix du Trianon, 4 juin 1920, https://mjp.univ-perp.fr/traites/1920trianon.htm, arts. 275-276). V. également les résolutions de l'Institut de droit international, « Projet de règlement international de navigation fluviale », Session de Heidelberg – 1887, arts. 3 et 8, et « Règlement pour la navigation des fleuves internationaux », Session de Paris – 1934, art. 2.

[503] Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 221, qui voit dans les traités de Paris (1814), de Vienne (1815) et de Berlin (1885) la naissance bienvenue d'un nouveau « principe » ; Liszt (Fr. von), *Le droit international*, *op. cit.*, p. 224 ; Pillet (A.), « Quel doit être le régime juridique des fleuves africains ? », *R.G.D.I.P.*, t. 5 (1898), pp. 829-844, pp. 832-835.

[504] Ainsi pour le Rhin, la Convention révisée pour la navigation du Rhin prévoit en son article 1 que la navigation y « sera libre aux navires de toutes les nations pour le transport des marchandises et des personnes » (acte de Mannheim du 17 octobre 1868, disponible en ligne : https://ccr-zkr.org/files/conventions/convrev_f.pdf), ou pour le fleuve Niger (*R.T.N.U.*, vol. 587, I-8506, Acte relatif à la navigation et à la coopération économique entre les États du bassin du Niger, l'art. 1 souligne l'abrogation de l'Acte de Berlin de 1885 avec l'indépendance des territoires visés, mais l'art. 3 reprend le régime de liberté de navigation pour « toutes nations »).

[505] Sans ouvrir le pesant dossier des rapports entre coutume et traité, il convient de reproduire la position d'Anzilotti à l'Institut de droit international sur cette question, où il s'opposait au « constat » d'un droit de passage général : « [I]l est toujours dangereux de déduire de l'existence d'un grand nombre de stipulations semblables l'existence d'un droit coutumier ayant le même contenu, car il est possible que ces stipulations soient simplement le résultat d'une appréciation libre, mais au fond identique, de certains besoins ou de certaines situations de fait. Je suis plutôt disposé à penser que si l'on continue à conclure des accords, malgré l'identité substantielle des clauses qu'ils contiennent, c'est parce que les États sont convaincus que c'est seulement en vertu d'un traité que les règles envisagées acquièrent le caractère et la force de règles juridiques. Je ne vois pas d'ailleurs pourquoi il en serait autrement. Une voie naturellement navigable est une richesse naturelle des territoires qu'elle borde ou traverse : pourquoi cette richesse devrait-elle être mise à la disposition de tout le monde, alors que les États se réservent d'exploiter dans leur intérêt exclusif les richesses naturelles de leur territoire ? Sans doute, une voie navigable est, comme telle, une richesse inépuisable ; il est également vrai que l'usage de cette voie de communication par des personnes autres que les nationaux des États riverains peut répondre à l'intérêt bien entendu des riverains eux-mêmes. Tout cela explique les cas, relativement nombreux, dans lesquels les États riverains ont consenti à ouvrir leurs fleuves, soit il tous les usagers en général, soit aux usagers de certains États déterminés ; mais on dépasserait,

eu relativement peu de succès[506] et restreignant le droit de passage aux États parties[507]. Le droit positif ne contient donc aucune coutume de libre passage pour tout État[508] et la présomption de la souveraineté territoriale n'est ainsi pas renversée en droit international général[509]. La circulation reste ici « subordonné[e] au pouvoir souverain [de l'État] d'autoriser et de réglementer comme bon lui semble toute activité qui prend place sur son territoire, dont le fleuve fait partie. »[510]

b) Le plein contrôle à raison des eaux intérieures et de l'espace aérien

116. Il a été établi plus haut que les eaux intérieures et ports y étant compris sont juridiquement assimilés à la surface terrestre du territoire, de sorte que ce qui a été dit pour cette dernière est applicable ici[511]. Sans qu'aucune liberté de principe ne grève l'espace, l'État définit les conditions d'accès à ses ports par des navires étrangers, et ce en dépit d'élans doctrinaux qui, le port évoquant la circulation et celle-ci la liberté d'accès, ont pu plaider en faveur d'une protection de cette liberté[512]. En effet, l'accès au port n'est protégé ni par la Convention de

---

à mon avis, les limites du raisonnable, si l'on voulait en déduire la justice et l'opportunité d'une règle qui obligerait en tout cas les États riverains à reconnaître et respecter la liberté de circulation en faveur de tout le monde. » (*A.I.D.I.*, t. 37 (1932), pp. 106-107).

[506] Seule une trentaine d'États parties au moment où sont écrites ces lignes.

[507] À ce propos, Vitányi note que « The concept of freedom of navigation on the basis of reciprocity laid down in the Statutes of Barcelona marks a backward step by comparison with a number of navigation acts of the nineteenth century and the Peace Treaties of 1919/20, which grant freedom of navigation to all members of the international community », et qu' « In the final analysis, the Conference of Barcelona did not succeed in achieving its real purpose: the creation of a world-wide charter for river navigation » (*The international regime of river navigation*, Alphen aan den Rijn, Sjithoff & Noordhoff, 1979, xiii-440 p., pp. 104-106).

[508] I.L.A., « Helsinki Rules on the Uses of Waters of International Rivers », *International Law Association Reports of Conferences*, vol. 52 (1966), pp. 484-533, p. 507, « the present state of the applicable law has not gone that far » ; I.L.A., « Berlin Rules on Water Resources Law », *International Law Association Reports of Conferences*, vol. 71 (2004), pp. 334-411, art. 44 § 1, et le commentaire selon lequel la limitation de la liberté de passage aux États riverains sauf convention contraire « reflects the now predominant approach to freedom of navigation in bilateral or multilateral treaties » ; Winiarski (B.), « Principes généraux du droit fluvial international », *R.C.A.D.I.*, vol. 45 (1933), pp. 75-217, p. 172, double le constat positif d'un motif jusnaturaliste : « Une règle générale admettant *de plano* les non-riverains à la navigation des fleuves dits internationaux (…) n'existe pas et ne peut pas exister, car elle serait profondément injuste. »

[509] Ainsi à l'Institut de droit international, contre un constat de droit de passage général, Dupuis et Neumeyer avançaient que l'État est souverain sur son territoire, fluvial comme terrestre, et ne pouvait donc être contraint à accorder le libre passage que par la conclusion d'accords limitant son pouvoir souverain (*A.I.D.I.*, t. 37 (1932), respectivement pp. 113-114 et pp. 123-124). Il est aussi possible de noter ici que les conventions principalement citées à l'appui d'un droit de passage des États non riverains ont été conclues dans une position d'inégalité entre les Parties, que ce soit dans le cadre colonial pour l'Acte de Berlin ou d'une défaite militaire pour les traités de paix post-Première guerre mondiale, ce qui empêche d'y voir l'impulsion d'une volonté libre et commune des États d'ériger coutumièrement un droit de passage de tous sur les cours d'eau.

[510] C.I.J., 2009 (13 juil.), *Droits de navigation et droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *C.I.J. Rec.* 2009, p. 235, § 42 (la Cour envisage ici le cas de la navigation costa-ricienne non couverte par le droit conventionnel entre les deux États, ayant préalablement écarté la question d'une possible coutume en matière de fleuves internationaux (contestée par le Nicaragua) motif pris de l'application du droit conventionnel à l'espèce).

[511] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 111, § 231.

[512] V. les développements de Gidel (G.), *Le droit international public de la mer*, t. II « Les eaux intérieures », *op. cit.*, pp. 39-50. Une compilation de positions doctrinales dans ce sens est donnée par Lowe (A.V.), « The Rights

Montego Bay[513] ni par la coutume internationale[514], de sorte que la question « tombe de manière résiduelle dans le domaine du pouvoir souverain de l'État côtier »[515]. Ainsi, les États prévoient l'ouverture du port seulement dans leur droit interne et le cas échéant en la limitant à ceux désignés par eux pour le trafic international[516], admettant largement la fermeture du port ou la soumission de son accès à autorisation[517] même si une telle exigence est concentrée en pratique

---

of Entry into Maritime Ports in International Law », *San Diego Law Review*, vol. 14 (1977), pp. 597-622, p. 597, note 1, ensuite commentée par l'auteur.

[513] Outre le silence qui résulte de la lecture de la Convention, v. le constat opéré par Trümpler (K.), « Article 8 », *in* Proelss (A.) (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, *op. cit.*, pp. 84-96, p. 90.

[514] Rien ou presque dans la pratique ne permet de constituer une telle coutume. La pratique de l'ouverture des ports résulte de la volonté des États d'entretenir des relations avec l'extérieur bien plus que d'un sentiment introuvable d'obligatoriété de s'y ouvrir. V. le constat opéré par Lowe (A.V.), « The Rights of Entry into Maritime Ports in International Law », *op. cit.*, pp. 610-621 ; La Fayette (L. de), « Access to Ports in International Law », *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 11 (1996), pp. 1-22 ; Kohen (M. G.) et Gómez Pulisich (F. M.), « Les eaux intérieures », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, *op. cit.*, pp. 341-355, p. 353.

[515] Kohen (M. G.) et Gómez Pulisich (F. M.), « Les eaux intérieures », *op. cit.*, p. 353.

[516] Loi de l'U.R.S.S. sur la frontière d'État de l'U.R.S.S., 24 nov. 1982, *B.D.M.*, n° 4 (février 1985), pp. 24-30, art. 14 § 1 ; Loi du 8 juillet 1987 régissant les espaces marins de la République populaire de Bulgarie, *B.D.M.*, n° 13 (mai 1989), pp. 9-31, art. 6 ; Loi de la Yougoslavie du 23 juillet 1987 relative à la mer côtière et au plateau continental, *B.D.M.*, n° 18 (juin 1991), pp. 9-22, art. 4 ; Statut de l'Ukraine du 4 novembre 1991 concernant la frontière internationale, *B.D.M.*, n° 25 (juin 1994), pp. 96-105, art. 14 ; Code maritime de la Croatie, *B.D.M.*, n° 42 (2000), pp. 32-178, arts. 8 et 12 ; Loi de la Russie du 16 juillet 1998 sur les eaux maritimes intérieures, la mer territoriale et la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 46 (2001), pp. 15-35, arts. 5 § 2 et 6 § 1 ; Loi de la Bulgarie du 11 février 2000 relative à l'espace maritime, aux voies d'eau intérieures et aux ports, *B.D.M.*, n° 49 (2002), pp. 24-50, arts. 4 § 2 et 7 ; Code maritime de la Slovénie de 2001, *B.D.M.*, n° 60 (2006), pp. 58-124, art. 6 ; Díez-Hochleitner (J.), « Spain and the Law of the Sea: 20 Years under LOSC – Maritime zones under sovereignty and navigation », *S.Y.I.L.*, vol. 21 (2017), pp. 239-251, p. 245.

[517] *R.T.N.U.*, vol. 1445, I-24592, Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, art. 5 § 2 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, dit « de Pelindaba », *I.L.M.*, vol. XXXV-3 (1996), pp. 702-723, art. 4 § 2 ; *R.T.N.U.*, vol. 1981, I-33873, Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est (avec annexe), art. 7 ; *R.T.N.U.*, vol. 2970, I-51633, Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale, art. 4 ; Note du ministère chinois des Affaires étrangères à l'ambassade américaine à Canton datée du 30 juin 1949, reproduite *in R.G.D.I.P.*, t. 54 (1950), p. 763 ; Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 77 (1973), pp. 854-855 (refus britannique d'autoriser l'entrée dans leur port de baleiniers soviétiques par craintes d'espionnage), même chronique, *R.G.D.I.P.*, t. 84 (1980), p. 596 (exclusion des navires libanais ou ayant transité par le Liban des ports saoudiens en rétorsion du détournement par le Liban d'un navire marchand à destination de l'Arabie saoudite), et *idem*, *R.G.D.I.P.*, t. 90 (1986), p. 968 (exclusion des chalutiers portugais des ports canadiens motif pris qu'ils contribuent à épuiser les ressources halieutiques) ; Leir (M.), « Canadian practice in international law in 1999-2000 », *A.Can.D.I.*, vol. 38 (2000), pp. 355-357 (note du *Legal Bureau* canadien qui constate le flou entourant l'accès aux ports dans la doctrine internationale et tranche en faveur d'un large droit de l'État d'exclure des navires de ses ports) ; Loi des Maldives n° 6/96 relative aux zones maritimes, *B.D.M.*, n° 41 (1999), pp. 14-16, art. 11 (autorisation préalable requise pour tout navire étranger) ; Code maritime de la Croatie, *B.D.M.*, n° 42 (2000), pp. 32-178, art. 10 (accès des navires de guerre, étatiques de service public, de pêche ou de recherche, soumis à une autorisation préalable) ; Code maritime de la Slovénie de 2001, *B.D.M.*, n° 60 (2006), pp. 58-124, art. 8 (*idem*) ; Kanehara (A.), « Japanese digest of international law – Covid-19 and the law of the sea: Japan's port State jurisdiction in relation to the *Diamond Princess* », *J.Y.I.L.*, vol. 64 (2021), pp. 233-245, spéc. pp. 234-235.

sur les navires de guerre[518], notamment porteurs d'armes ou à propulsion nucléaires[519], ainsi que sur les navires transportant des substances dangereuses[520]. La chose semble donc entendue sur le plein contrôle de la frontière face aux navires qui l'abordent aux ports, sauf autre intérêt protégé qui le défendrait comme l'acheminement de marchandises dans le cadre du libre-échange. Elle pourrait encore être discutée : n'y a-t-il pas là une omission du principe de liberté de navigation[521], et dans cette pratique un repli exclusif qui le lèse ? Car dès lors que les navires voguent de ports en ports en exerçant leur liberté de navigation, il semblerait possible en première approche d'y songer comme intérêt juridiquement protégé limitant incidemment la fermeture des ports. Cela s'entend, mais l'intérêt protégé ne concerne que la route et non l'arrivée : les navires doivent pouvoir sillonner librement les mers quelle que soit leur destination et nonobstant celle-ci, non pas dans le sens où le droit leur garantit l'accès à

---

[518] Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.,* t. 62 (1958), pp. 676-677, même chronique, *R.G.D.I.P.*, t. 64 (1960), pp. 809-811 (absence de protestation du gouvernement néerlandais dont le navire est visé ; Rousseau note une méconnaissance de la « courtoisie internationale »), *R.G.D.I.P.*, t. 88 (1984), p. 680 (refus australien de l'entrée d'un porte-avion britannique dans le port de Sydney en raison du refus du Royaume-Uni de révéler si le bâtiment transportait des engins nucléaires) ; Collectif, « Australian Practice in International Law 1981 to 1983 », *A.Y.I.L.*, vol. 10 (1987), pp. 406-413, spéc. p. 406, le gouvernement australien déclare que « policies on conditions for port visit by foreign warships are, of course, ultimately a matter for the sovereign island states of the South Pacific themselves to determine » ; Loi de l'U.R.S.S. sur la frontière d'État de l'U.R.S.S., 24 nov. 1982, *B.D.M.*, n° 4 (février 1985), pp. 24-30, art. 14 § 2 ; Loi du 8 juillet 1987 régissant les espaces marins de la République populaire de Bulgarie, *B.D.M.*, n° 13 (mai 1989), pp. 9-31, art. 7 ; Loi de la Yougoslavie du 23 juillet 1987 relative à la mer côtière et au plateau continental, *B.D.M.*, n° 18 (juin 1991), pp. 9-22, art. 6 ; Ordonnance du Danemark du 16 avril 1999 régissant l'admission de navires de guerre et d'aéronefs militaires étrangers en territoire danois en temps de paix, *B.D.M.*, n° 40 (1999), pp. 26-27, art. 4 ; Loi de la Russie du 16 juillet 1998 sur les eaux maritimes intérieures, la mer territoriale et la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 46 (2001), pp. 15-35, art. 8 § 1 (concerne également les autres navires d'État utilisés à des fins non commerciales) ; Loi de la Bulgarie du 11 février 2000 relative à l'espace maritime, aux voies d'eau intérieures et aux ports, *B.D.M.*, n° 49 (2002), pp. 24-50, arts 8 et 9 pour les navires d'État à des fins non commerciales ; Loi du Venezuela du 18 novembre 2014 relative aux espaces aquatiques, *B.D.M.*, n° 97 (2019), pp. 17-52, arts. 27 et 28.

[519] Affaire des navires de guerre nucléaires étatsuniens exclus des ports néo-zélandais, la seule protestation des États-Unis fut émise sur le fondement du pacte de défense régional de l'ANZUS (Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 89 (1985), pp. 169-170 et 774-775 ; *R.G.D.I.P.*, t. 90 (1986), pp. 207-208) et l'interdiction fut levée uniquement après que le président Bush eut annoncé que les États-Unis retiraient les 2 400 engins nucléaires tactiques installés sur les navires de guerre étatsuniens à l'étranger (même chronique, *R.G.D.I.P.*, t. 97 (1993), pp. 133-134), avant de reprendre de plus belle en réponse au refus étatsunien de garantir la dénucléarisation des navires (Torrelli (M.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 102 (1998), p. 1037) ; v. par ailleurs Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 89 (1985), p. 166 (Japon) ; Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 92 (1988), pp. 977-978 (Danemark) ; Brown (J.) (dir.), « Australian Practice in International Law 1984-1987 », *A.Y.I.L.*, vol. 11 (1991), pp. 243-247 ; Loi de la Roumanie du 7 août 1990 concernant le régime juridique des eaux maritimes intérieures, de la mer territoriale et de la zone contiguë, *Bulletin du droit de la mer*, n° 19 (octobre 1991), pp. 11-23, arts. 10 et 11 ; Loi de la Bulgarie du 11 février 2000 relative à l'espace maritime, aux voies d'eau intérieures et aux ports, *B.D.M.*, n° 49 (2002), pp. 24-50, art. 10 § 1 ; Loi du Venezuela du 18 novembre 2014 relative aux espaces aquatiques, *B.D.M.*, n° 97 (2019), pp. 17-52, art. 19 ; Díez-Hochleitner (J.), « Spain and the Law of the Sea: 20 Years under LOSC – Maritime zones under sovereignty and navigation », *op. cit.*, p. 246.

[520] Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 89 (1985), p. 159 ; Note verbale d'Haïti du 18 février 1988, *B.D.M.*, n° 11 (juillet 1988), p. 14 ; Loi de la Bulgarie du 11 février 2000 relative à l'espace maritime, aux voies d'eau intérieures et aux ports, *B.D.M.*, n° 49 (2002), pp. 24-50, art. 8 §§ 5 et 6.

[521] Sur cette liberté, v. *infra* les paragraphes 311-313 (accès à la mer de l'État sans littoral) et 498-507 (passage inoffensif dans la mer territoriale).

n'importe quelle destination, mais dans le sens où il *ignore la question de la destination* pour le navire[522] et protège d'ailleurs la décision de l'État quant à l'accès de ce navire à son territoire[523]. À l'inverse, ce qui confirme par distinction le présent propos, la liberté de navigation suppose que l'État n'empêche pas le navire étranger de quitter ses eaux intérieures sans raison valable[524], car c'est alors une condition matérielle à l'exercice du droit qui est en jeu, et non son éventuel aboutissement.

117. Enfin, l'espace aérien complète l' « armure juridique »[525] du plein contrôle à raison de l'espace territorial et autorise ainsi un comportement très protecteur à son égard à l'instar de la pratique russe[526]. Là encore, aucune liberté générale de passage ne renverse l'emprise souveraine sur l'air. L'ouverture de l'aéroport relève de la seule liberté de l'État[527], et le passage d'aéronefs sur son territoire est soumis à une autorisation préalable dont la délivrance n'est

---

[522] L'absence de lien automatique entre les deux appert bien du raisonnement de la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* : en évaluant le minage des ports nicaraguayens par les États-Unis d'Amérique au regard de la liberté de navigation, la Cour écrit que « tout État dont les navires bénéficient d'un droit d'accès au port » jouit aussi de la liberté de navigation à cette fin, et que le minage affecte « le droit d'accès dont *peuvent bénéficier* les navires étrangers » (affaire préc., pp. 111-112, § 214 (nous soulignons)). Par deux fois, la Cour montre que le droit d'accès n'accompagne pas nécessairement la qualité d'État ou de navire – au contraire de la liberté de navigation – mais que sa détention est un critère supplémentaire pour subir la lésion en cause.

[523] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., arts. 25 § 2 et 38 § 2.

[524] T.I.D.M., 2012 (15 déc.), *Ara Libertad* (*Argentine c. Ghana*), *T.I.D.M. Rec.* 2012, p. 341, §§ 40-43 (argument de l'Argentine contre l'immobilisation de son navire dans un port ghanéen, mobilisant le droit de passage inoffensif et la liberté de navigation en haute mer, rejeté par le Tribunal au paragraphe 61 (pp. 343-344) pour motif procédural et non de fond) ; Kohen (M. G.) et Gómez Pulisich (F. M.), « Les eaux intérieures », *op. cit.*, p. 352. Pour une pratique étatique soumettant le départ à consentement préalable, v. la loi de la Russie du 16 juillet 1998 sur les eaux maritimes intérieures, la mer territoriale et la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 46 (2001), pp. 15-35, art. 6 § 5.

[525] Park (K.-G.), *La protection de la souveraineté aérienne*, *op. cit.*, p. 60 (à propos de la souveraineté sur l'espace aérien surplombant le territoire).

[526] Dans la limite bien sûr où il est question seulement de l'accès ; v. sa présentation par Correia (V.), « Comme un air de déjà-vu : la Russie, l'espace aérien et le droit international », *R.G.D.I.P.*, t. 123 (2019), pp. 153-172.

[527] Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., art. 68 : les aéroports « internationaux », seuls susceptibles d'être empruntés par les aéronefs étrangers, sont librement établis par l'État, ce qui vide largement d'effet, sur le plan principiel, l'obligation d'ouverture des aéroports de l'art. 15 qui ne trouve ainsi à s'appliquer qu'une fois que l'État a admis l'ouverture *de principe* de certains aéroports à la circulation internationale. Cela est confirmé par la définition de l'aéroport international retenue dans les annexes de la Convention de Chicago, aux termes de laquelle l'aéroport international est celui « que l'État contractant dans le territoire duquel il est situé *a désigné* comme aéroport d'entrée et de sortie destiné au trafic aérien international et où s'accomplissent les formalités de douane, de contrôle des personnes, de santé publique, de contrôle vétérinaire et phytosanitaire et autres formalités analogues » (O.A.C.I., Annexe 9 à la Convention relative à l'aviation civile internationale – Facilitation, 16e éd., juillet 2022, Chapitre 1 ; O.A.C.I., Annexe 15 à la Convention relative à l'aviation civile internationale – Services d'information aéronautique, 16e éd., juillet 2018, § 1.1 (nous soulignons)).

contrainte par aucune exigence[528], cela pour les aéronefs d'État[529], les aéronefs civils assurant un service régulier[530], et pour les aéronefs sans pilote – drones compris[531]– pour lesquels l'autorisation doit être spéciale[532]. Plus encore, cette emprise de l'État sur l'air s'étend au-dessus de la mer territoriale où il exclut à son niveau le principe du passage inoffensif[533]. L'aéronef n'y jouit donc pas d'une liberté de passage, régime restreint qui s'explique en partie par « [l]a vitesse et [l]a capacité potentielle destructive » de l'aéronef, qui font que la largeur de la mer territoriale « ne peut plus garantir la protection de l'État côtier »[534] dès lors qu'elle se résorbe sous la rapidité des aéronefs qui, de tampon, la réduisent à une ligne guère épaisse franchissable en quelques instants.

118. Maintenu dans la liberté originelle de l'État couverte par la souveraineté dont nous avons vu les liens avec le territoire, le plus gros de l'espace territorial est donc, en tant qu'espace, sous un plein contrôle étatique. Celui-ci pourra être renversé par l'opposition des intérêts internationalement protégés qui seront vus plus loin. Pour l'heure, le contrôle est conforté par le maintien du domaine réservé à raison de certains flux lorsqu'ils sont dépourvus de tels intérêts.

2. Domaine réservé à raison des flux

119. Si le droit international contemporain couvre pour ainsi dire tous les aspects de la vie sociale de sorte que tous les flux peuvent y trouver quelque protection de leur intégrité, tous ne sont pas protégés s'agissant de leur *accès* au territoire qui reste livré quant à lui à la pleine maîtrise de l'État territorial. Par commodité et sans prétention d'exhaustivité, il est possible de

---

[528] Dans la pratique hors droit spécifiquement aérien, v. par ex. Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, préc., art. 5 § 2 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, préc., art. 4 § 2 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est, préc., art. 7 ; Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale, préc., art. 4.

[529] Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., art. 3 *litt.* c) ; C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 128, § 251.

[530] Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., art. 7. Pour les recommandations sur l'efficacité et la promptitude du mécanisme d'autorisation, v. O.A.C.I., Annexe 9 préc., §§ 2.43 et 2.49.

[531] L'aéronef désignant « tout appareil qui peut se soutenir dans l'atmosphère grâce à des réactions de l'air autres que les réactions de l'air sur la surface de la terre » (définition commune dans les annexes à la Convention relative à l'aviation civile internationale, par ex. O.A.C.I., Annexe 2 à la Convention relative à l'aviation civile internationale – Règles de l'air, 10e éd., juillet 2005, Chapitre 1), l'aéronef sans pilote, notamment en ce qu'il englobe l'aéronef « télépiloté » (*ibid.*, chapitre 1 : « Aéronef non habité piloté depuis un poste de télépilotage »), peut notamment être un drone.

[532] Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., art. 8 ; O.A.C.I., Annexe 2 préc., Appendice 4, § 1.2.

[533] Ce qui résulte de la combinaison de la Convention de Chicago (doublée de l'inclusion coutumière de l'air dans le territoire) et du silence de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ; v. Kyriakopoulos (G.), « Statut des espaces maritimes et régime juridique de la navigation aérienne », *R.G.D.I.P.*, t. 105 (2001), pp. 307-329, pp. 309-310.

[534] Park (K.-G.), *La protection de la souveraineté aérienne*, *op. cit.*, p. 120.

les apprécier selon qu'ils relèvent des communications interétatiques (a) ou de flux transnationaux (b).

a) Le plein contrôle sur les communications interétatiques

120. L'État n'est *a priori* obligé à rien s'agissant de l'accès d'une présence diplomatique de ses pairs à son territoire : l'établissement de relations diplomatiques ou consulaires « se [fait] par consentement mutuel »[535], de même que l'envoi d'une mission spéciale étatique[536]. En outre, l'État pourra exclure tout agent prétendant accéder au territoire sans qu'aucune justification puisse lui être demandée[537]. Ce régime de liberté s'applique aussi à l'État tiers, qui n'est pas tenu d'accorder le passage en transit des agents impliqués dans la conduite des affaires internationales, car il n'est limité à leur égard qu'une fois qu'il « [leur] a accordé un visa de passeport au cas où ce visa est requis »[538], soit après avoir décidé de l'accès[539].

121. Quant aux communications interétatiques par le message, une éventuelle obligation d'ouvrir le territoire – sous réserve des communications diplomatiques[540] – est introuvable en droit positif[541], de même qu'il est « difficile de considérer que les États eux-mêmes auraient un droit internationalement protégé de communiquer médiatement avec la population d'un autre

---

[535] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 2 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 2 § 1. À ce propos, le Pr Pancracio souligne « l'essence bilatérale » de la relation diplomatique (*Droit et institutions diplomatiques*, Paris, Pedone, 2007, 268 p., p. 98).

[536] Convention sur les missions spéciales, préc., art. 2.

[537] L'État d'accueil n'a pas à motiver le refus d'agrément ou la qualification de l'agent diplomatique comme *persona non grata* (Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 4 §§ 1 et 2, et 9 § 1), de même que pour l'agent consulaire (Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., arts. 12 § 2 et 23 § 5) et pour les membres d'une mission spéciale (Convention sur les missions spéciales, préc., arts. 8 et 12 § 1). S'agissant du refus d'agrément, v. Pancracio (J.-P.), *Droit et institutions diplomatiques*, *op. cit.*, pp. 126-127.

[538] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 40 §§ 1 (agent diplomatique) et 3 (courrier diplomatique) ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 54 §§ 1 (agent consulaire) et 3 (courrier consulaire) ; Doc. N.U., A/CONF.67/16, Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, 1975 (non entrée en vigueur), art. 81 § 1.

[539] De manière plus explicite, la Convention sur les missions spéciales confirme cette lecture en précisant que l'État tiers n'est tenu de respecter les obligations tendant à la protection des représentants visés « que s'il a été informé d'avance, soit par la demande de visa, soit par une notification, du transit de ces personnes en tant que membres de la mission spéciale, membres de leur famille ou courriers, *et ne s'y est pas opposé* » (Convention sur les missions spéciales, préc., art. 42 § 4 (nous soulignons)).

[540] Elles sont traitées *infra*, paragraphe 490.

[541] Une intéressante proposition doctrinale nuance cela en liant la communication interétatique et la sécurité internationale, qui elle oblige assurément les États. Selon Fenwick (C. G.), « Freedom of communication across national boundaries », *A.J.I.L.*, vol. 44 (1950), pp. 562-565, p. 564, pendant la Guerre froide, la possibilité d'une attaque surprise « may create a situation of tension between nation and nation so serious as to give rise to a new obligation of maintaining open channels of communication as the necessary means of relieving the tension. Thus freedom of communication, which a century ago may have called for nothing more than trade between the ports of one country and those of another, has now come to mean direct contact between the peoples of the two countries as a means of creating mutual assurance that no sudden and unexpected attack is being planned. »

État »[542]. Tiraillé entre liberté des communications et liberté des États[543], le régime des communications internationales a finalement maintenu la seconde en échouant à consacrer la première. Certes le droit positif contient une obligation d'établir et maintenir des infrastructures de télécommunications servant la connexion informationnelle entre les territoires[544], mais celle-ci repose sur un *postulat* de participation de l'État au régime international des communications de l'Union internationale des télécommunications[545]. Cette participation suppose l'ouverture au territoire dans le sens où si l'État adhère au régime, c'est qu'il n'est pas entièrement opposé auxdites communications. Mais ce n'est qu'un postulat, car il n'y a nulle obligation sur le principe même d'ouverture du territoire aux communications internationales et le régime est surtout développé sur les modalités techniques des télécommunications[546]. Partant, il réserve la

---

[542] Forteau (M.), « Le droit de l'État de communiquer », *in* Forteau (M.) et Latty (Fr.) (dir.), *Communication médiatique de l'État et droit international*, Paris, Pedone, 2022, Coll. « Cahiers internationaux », 252 p., pp. 23-44, p. 27, qui envisage les droits de l'homme comme un « relais » (p. 28) par lequel le droit de l'État de communiquer est renforcé par le droit d'une population étrangère de l'entendre à travers la liberté d'accès à l'information (pp. 28-29).

[543] La double donnée de la souveraineté territoriale et de l'absence de contrainte d'ouverture de principe parcourt les diverses tentatives de réglementer les communications, du moins pour ce qui est des intérêts purement étatiques (v. par exemple la Déclaration des principes directeurs de l'utilisation de la radiodiffusion par satellites pour la libre circulation de l'information, l'extension de l'éducation et le développement des échanges culturels émise par l'Unesco le 15 novembre 1972, arts. II § 1 (souveraineté des États) et IX (soumission des émissions par satellites à accord préalable), la résolution 2916 (XXVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies qui prévoyait l'établissement d'un projet de convention sur l'utilisation de satellites artificiels aux fins de la télévision directe « sur la base du strict respect des droits souverains des États » (doc. N.U., A/RES/2916(XXVII), préambule, al. 10), ou encore la résolution 37/92 qui, en 1982, entérine l'échec d'établissement d'une convention et consacre la contradiction sans la surmonter, établissant que « [l]es activités menées dans le domaine de la télévision directe internationale par satellite devraient l'être d'une manière compatible avec les droits souverains des États, y compris le principe de la non-ingérence, et avec le droit de toute personne de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées proclamées dans les instruments pertinents des Nations Unies » (doc. N.U., A/RES/37/92, A) 1)). Les nombreux atermoiements et crispations sur le sujet entre les prétentions favorables à la liberté ou au contrôle souverain de principe, – d'abord multipliés avec l'évolution technologique (radiodiffusion, télévision…) puis éteints par une lassitude du débat et son dépassement par la même évolution technologique (les flux informationnels s'étant multipliés de sorte qu'aucun État ne puisse s'y soustraire *de facto*, même si des débats *de jure* sur l'ouverture de principe du cyberespace ont pu prendre le relais avec peu de succès) – sont notamment relatés par Colliard (Cl.-A.), « La télévision directe par satellites », *in* S.F.D.I., *La circulation des informations et le droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1978, xii-365 p., pp. 143-170, et Sur (S.), « Vers un nouvel ordre mondial de l'information et de la communication », *A.F.D.I.*, vol. 27 (1981), pp. 45-64.

[544] *R.T.N.U.*, vol. 1826, I-31251, Constitution de l'Union internationale des télécommunications, art. 38 ; U.I.T., Règlement des télécommunications internationales (2012), reproduit *in Actes finals de la Conférence mondiale sur les télécommunications internationales* (Dubai, 2012), CMTI-12, art. 4 ; Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0*…, *op. cit.*, Rule 61, p. 288.

[545] Constitution de l'Union internationale des télécommunications, préc., art. 1 § 1, l'objet de l'Union est de maintenir et étendre la coopération internationale en la matière (*litt.* a)), d'étendre les avantages des nouvelles technologies de télécommunication à tous les habitants de la planète (*litt.* d)), de promouvoir l'utilisation des services de télécommunication en vue de faciliter les relations pacifiques (*litt.* e), ou encore de promouvoir au niveau int'l une approche plus générale de ces questions au vu de la mondialisation (*litt.* g).

[546] La limite est consubstantielle à l'U.I.T. au regard de sa fonction majoritairement – voire, en dehors de la faveur pour la coopération et le développement des communications, exclusivement – technique (Constitution de l'Union internationale des télécommunications, préc., art. 1). Par exemple, Roger Pinto notait que « La réglementation adoptée dans le cadre de l'U.I.T. ne concerne pas *et ne pouvait concerner* la liberté des émissions de télévision directe par satellite et ses limites. Elle concerne l'égalité des droits des États dans l'accès à la diffusion par

question de l'ouverture au domaine réservé des États, qui peuvent non seulement suspendre les services de communications connectant leurs territoires sur simple notification et sans condition[547], mais aussi et surtout soumettre la présence de ces services sur leur territoire à leur décision souveraine[548].

b) Le plein contrôle sur les flux transnationaux

122. Un plein contrôle sur les flux transnationaux est visible dans les matières économique et migratoire. S'agissant de l'économique, l'admission des investissements demeure soumise au contrôle souverain de l'État quant à l'investissement lui-même[549] et à l'investisseur qui le véhicule[550], aucun régime conventionnel général ni aucune coutume n'imposant le libre passage du flux économique dans l'une ou l'autre de ces dimensions[551]. Ce n'est pourtant pas faute pour certains États d'avoir tenté l'alignement de l'investissement sur le commerce, par la négociation d'un accord multilatéral sur l'investissement[552] où auraient été « insér[és], dans le droit conventionnel, les principes de règles qui permettraient de parfaire la libre circulation et le libre accès aux marchés nationaux, aussi bien par la liberté d'investissement que par la liberté

satellites. » (*La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Paris, Economica, 1984, 420 p., p. 285 (nous soulignons)).

[547] Constitution de l'Union internationale des télécommunications, préc., art. 35 ; U.I.T., Règlement des télécommunications internationales (2012), préc., art. 9 § 1 ; Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, Rule 62, p. 291, et p. 293, § 4, qui cite l'exemple de l'Égypte ayant bloqué l'Internet et les services de téléphonie mobile sur son territoire pendant plusieurs jours en 2011 en réaction à des troubles internes, ce que le groupe considère licite *du seul point de vue du régime des télécommunications* (nonobstant donc la question des droits de l'homme).

[548] Constitution de l'Union internationale des télécommunications, préc., préambule, al. 1 ; U.I.T., Règlement des télécommunications internationales (2012), préc., préambule, al. 1, et art. 1 §§ 5 (« la fourniture et l'exploitation des services internationaux de télécommunication dans chaque relation dépendent d'accords mutuels entre exploitations autorisées ») et 7 *litt.* a) (droit de l'État de soumettre une exploitation sur son territoire à une autorisation préalable) ; Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, p. 291, § 1.

[549] Doc. N.U., A/RES/3281(XXIX), 14 déc. 1974, Charte des droits et devoirs économiques des États, Chapitre 2, art. 2 § 2 *litt*. a), chaque État a le droit de « réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale », ce qui implique le droit de réglementer leur admission au sein de cette juridiction. Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles vient également en renfort : « [L]'importation des capitaux étrangers (…) devrai[t] être conform[e] aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire » l'exploitation de leurs ressources naturelles (doc. N.U., A/RES/1803(XVII), 14 déc. 1962, § 2 ; confirmé par doc. N.U., A/RES/2158 (XXI), 25 nov. 1966, § 4).

[550] Ben Hamida (W.), « L'admission des investissements et des investisseurs », *in* Leben (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xvii-1141 p., pp. 243-264, p. 243

[551] Lee (E. G.), « Canadian practice in international law during 1986 », *A.Can.D.I.*, vol. 25 (1987), p. 400 (note du *Legal Bureau*) ; Ben Hamida (W.), « L'admission des investissements et des investisseurs », *op. cit.*, p. 243 ; Juillard (P.), « Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 15/2 (2000), pp. 322-339, qui constate lui aussi l'absence de coutume pour la liberté d'établissement de l'investisseur (p. 323) de même que pour la liberté de mouvement des capitaux (p. 324).

[552] Sur l'A.M.I., v. not. S.F.D.I., *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Journée d'études organisée par l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris, Pedone, 1998, 140 p.

d'établissement »[553]. Le mécanisme prévu pour contraindre l'admission était celui d'une extension du traitement national à la phase de préétablissement de l'investissement : « L'investisseur national et l'investisseur étranger se trouveraient ainsi placés en situation identique pour ce qui concerne la décision d'investissement : il ne pourrait y avoir, dès lors, contrôle de l'admission des investissements étrangers, puisque, par définition, il n'y a pas de contrôle de l'admission des investissements nationaux »[554]. Cette position, défendue principalement par les États-Unis et ce jusqu'à aujourd'hui dans leurs traités bilatéraux d'investissement[555], a été rejetée par la majorité des États qui ont craint l'exposition de leur économie aux forces étrangères que provoquerait une telle neutralisation multilatéralisée du contrôle sur l'admission[556]. Certains maintiennent d'ailleurs ledit contrôle y compris dans leurs relations bilatérales[557]. Avec cet échec des négociations et hors traités particuliers d'investissements, la question de l'admission des capitaux reste dans le domaine réservé des États où la réponse fluctue dans leur droit interne au gré de leurs intérêts[558].

---

[553] Juillard (P.), « A propos du décès de l'A.M.I. », *A.F.D.I.*, t. 44 (1998), pp. 595-612, p. 596.
[554] *Ibid.*, p. 609.
[555] 2012 United States Model Bilateral Investment Treaty, art. 3 § 1 (disponible sur la base de données en ligne « Investment policy hub » de l'UNCTAD : https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements). Dans cette lignée aujourd'hui, v. entre autres dans la même base de données les modèles canadien (2021, art. 5), norvégien (ébauche de 2015, art. 3), russe (2016, §§ 12-14), finlandais (2001, art. 3 §§ 1 et 2).
[556] Point soulevé notamment par la Pre Stern, « Compte-rendu de la table ronde », *in* S.F.D.I., *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Journée d'études organisée par l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris, Pedone, 1998, p. 88, à l'avis de laquelle se rallie le Pr Kahn (p. 92). Le Pr Eisemann souligne à cet égard la réticence de nombre d'États à accepter une limitation de leur souveraineté en la matière (p. 124).
[557] V. sans exhaustivité, dans la base de données en ligne « Investment policy hub » de l'UNCTAD, les modèles français (2006, arts. 3 et 5), allemand (2008, arts. 2 § 1 et 3 § 1), colombien (2017, articles « Admission of Investments » et « National treatment »), marocain (2019, arts. 4 et 7), italien (2022, art. 3), ghanéen (2008, arts. 2 et 4), danois (2000, arts. 2 et 3), suédois (2002, arts. 2 §§ 1-2 et 3 § 1), béninois (2002, arts. 2 § 1 et 3 § 1), burundais (2002, art. 2 § 1), mauricien (2002, arts. 3 § 1 et 4 §§ 2-3), israélien (2003, arts. 2 § 1 et 3), ou encore indien (art. 2 § 2).
[558] Une certaine tendance à la libéralisation des pratiques étatiques unilatérales a pu être notée (Shihata (I. F.I.), « Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 9/1 (1994), pp. 47-70, spéc. pp. 49-53 ; Michalet (Ch.-A.), « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec-CREDIMI, 2000, xxii-728 p., pp. 433-451, spéc. p. 445). Néanmoins, cela reste une tendance de fait car l'absence de libéralisation internationalement garantie laisse libre cours aux reflux protectionnistes. Ainsi, les auteurs de la « Chronique de droit international économique » de l'*A.F.D.I.* notaient déjà en 1974 à propos de ce qu'ils appelaient les règlementations nationales « de contrôle » qu'« [en] certaines circonstances, [elles] peuvent traduire des impératifs d'ordre *économique* : il faut que le Gouvernement de l'État d'accueil puisse, devant des conjonctures données, agir, quantitativement et qualitativement, sur la constitution des investissements étrangers » (*A.F.D.I.*, t. 20 (1974), pp. 663-729, pp. 686-687). À la même époque, le ministre français de l'économie et des finances souligne que si la France a adopté une attitude libérale s'agissant de l'accueil des investissements étrangers, « [t]outefois, ces opérations peuvent être orientées en fonction des nécessités de l'aménagement du territoire » (réponse à l'Assemblée nationale reproduite *in A.F.D.I.*, t. 21 (1975), p. 1091). Plus récemment, le Canada a modulé son contrôle de l'entrée des investissements étrangers afin de protéger les entreprises canadiennes devenues

123. Quant à la question migratoire, le droit international général ne reconnaît aucun droit à la migration qui protégerait l'accès d'un individu au territoire sans détention d'un intérêt spécifique. C'est là une donnée basique de l'étude juridique des migrations[559], qui semble toutefois gênée par l'incomplétude qui se dégage du régime juridique ainsi privé d'une protection englobante. Pour cause, il faut relever que le droit international consacre le droit de l'individu de quitter tout territoire[560] et que cela semblerait impliquer, pour être conséquent et sauf à faire de l'errance en haute mer une destination de voyage, que ledit individu ait une garantie d'accès au territoire étranger comme arrivée[561]. Toutefois, un droit subjectif n'emporte pas automatiquement l'entièreté de ses conditions matérielles de réalisation, et le droit international a nettement séparé les deux aspects en isolant le départ de l'arrivée[562]. En effet comme l'indique la Cour européenne des droits de l'homme, le droit de l'individu de quitter tout pays implique « le droit de se rendre dans le pays de son choix, *pour autant qu'[il] soit autoris[é] à y entrer* »[563]. Autrement dit, l'individu a le droit de quitter le territoire d'un État pour un autre « sous réserve de l'accord de ce dernier »[564], car son droit ne comporte ici aucun

---

vulnérables en raison de la pandémie de Covid-19 vis-à-vis de la prédation des capitaux étrangers (Côté (Ch.-E.), « Chronique de droit international économique – investissement », *A.Can.D.I.*, vol. 58 (2020), p. 473).

[559] V. par ex. Fleury Graff (Th.), « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », *op. cit.*, p. 16 ; Jean (P.), « Le contenu de la liberté de circulation », *in* Flory (M.) et Higgins (R.) (dir.), *Liberté de circulation des personnes en droit international*, Paris, Economica, 1988, vii-263 p., pp. 21-41, p. 33. *Contra*, Nafziger (J.), « The General Admission of Aliens Under International Law », *A.J.I.L.*, vol. 77 (1983), pp. 804-847, qui empile les éléments moraux, doctrinaux et pratiques tendant à contraindre l'État dans la décision d'admission de l'étranger en général, sans toutefois parvenir à établir *en droit positif* un intérêt juridiquement protégé à l'accès en général.

[560] Ce droit est traité *infra*, au paragraphe 260.

[561] Par ex. Sibert (M.), *Traité de droit international public. Le droit de la paix*, *op. cit.*, p. 575, considère que l'accès au territoire est une conséquence logique du droit de départ (bien qu'il admette que cela n'est pas de droit positif (p. 577)) ; Juss (S.), « Free Movement and the World Order », *op. cit.*, p. 307 ; Nafziger (J.), « The General Admission of Aliens Under International Law », *op. cit.*, pp. 804-847, p. 842 ; Chemillier-Gendreau (M.), *L'injustifiable. Les politiques françaises de l'immigration*, Paris, Bayard, 1998, 284 p., p. 93, écrit sans grande mesure que la liberté de quitter son pays « n'a de sens que si se trouve garanti aussi son complément, la liberté d'entrer dans un autre pays » (dans le même sens, v. de la même auteure « Un régime juridique pour l'immigration clandestine », *in* Chetail (V.) (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme…*, *op. cit.*, pp. 319-341, pp. 326-327). Ce dernier propos pèche par excès car il est bien des cas où le droit d'émigrer a un « sens », celui non-négligeable d'empêcher l'emprisonnement d'individus voire d'une population au sein d'un territoire où ils seraient maltraités, lorsqu'une destination leur est possible en fait : l'absence de contrainte sur l'État d'arrivée ne supprime pas la valeur de la contrainte sur l'État de départ.

[562] Chetail (V.), *International migration law*, *op. cit.*, p. 91, qui souligne le nombre de confusions par association du départ et de l'arrivée à ce sujet.

[563] C.E.D.H., 2021 (11 mai), *Stetsov c. Ukraine*, req. n° 5170/15, § 25 (nous soulignons). La Cour utilise également la formulation suivante : « (…) un pays de son choix *dans lequel [il] pourrait être autorisé à entrer* » (2017 (23 févr.), *De Tommaso c. Italie*, req. n° 43395/09, § 104 et la jurisprudence citée que la Cour reprend (nous soulignons)).

[564] C.D.H., 1999, *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation (article 12)*, doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, § 8. Un exemple parlant : dans sa Déclaration du 9 mars 1977, le Président étatsunien Carter annonce le retrait des restrictions de voyage à destination de certains États, mais indique qu'il reste de la responsabilité des voyageurs d'obtenir un visa de leur part, ce en quoi les États-Unis n'interfèreront pas (Boyd (J. A.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 71 (1977), p. 512).

droit corrélatif d'entrée[565]. Non seulement l'État tiers n'est obligé à rien par ce seul droit, mais il peut en outre – du moins sous cet angle[566] – prévenir le mouvement de l'individu qui tend à accéder à son territoire, car ce faisant il émet seulement une limite à la portée d'un droit qui ne lui est pas opposable. Ôtant son territoire des destinations possibles, il précise concrètement une limitation virtuelle que le droit à l'émigration porte en son sein[567]. En somme, le principe en la matière reste le contrôle absolu de l'État sur l'accès à son territoire faute de protection générale des migrations sur ce point.

124. Il reste ainsi des champs importants de flux de la vie internationale qui sont entièrement soumis au plein contrôle de la frontière quant à la possibilité de la franchir. Le pouvoir absolu a ainsi non seulement été théoriquement établi mais aussi pratiquement identifié, de sorte que l'interrogation sur la limite *a priori* du contrôle de la frontière, face à toute situation, s'éclaircit : il n'y en a pas et il faut l'opposition d'un intérêt protégé pour qu'existe une relation juridique qui limite le contrôle. Il faut enfin et plus rapidement mentionner la persistance du pouvoir étatique dans le droit, afin d'achever de tirer les conséquences de la première section et prendre pleinement la mesure d'une possible réglementation du contrôle frontalier.

§ 2. La persistance du pouvoir étatique dans le droit

125. C'est un truisme que « le pouvoir regimbe devant le droit »[568], et cela y compris lorsqu'il y est lié. Théoriquement d'abord car la liberté de l'État ayant un caractère originaire en raison de la souveraineté, elle peut être limitée mais n'est jamais renversée de sorte qu'elle est vouée à persister partout où la limite est absente ou imprécise. La liberté du contrôle frontalier est là,

---

[565] V. par ex. C.D.H., 1983 (31 mars), *Lichtensztejn v. Uruguay*, CCPR/C/18/D/77/1980, § 8.3 : « Article 12 does not guarantee an unrestricted right to travel from one country to another. In particular, it confers no right for a person to enter a country other than his own. » Dans le même sens, la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants rappelle, « en même temps » qu'elle réaffirme que « chacun a le droit de quitter tout pays », que « chaque État a le droit souverain de déterminer qui admettre sur son territoire » (Doc. N.U., A/71/L.1, 13 septembre 2016, § 42).

[566] Le présent propos est notamment sans préjudice du « droit de chercher asile », parfois associé au droit à l'émigration (Goodwin-Gill (G. S.), McAdam (J.) et Dunlop (E.), *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 3e éd., 2021, lxv-786 p., p. 431) mais qu'il convient de distinguer (v. *infra*, paragraphe 203).

[567] Ainsi, le maintien de l'individu sur le territoire d'origine d'un État A par un État B fait que pour cet individu, le « droit de quitter tout pays » est pratiquement formulé comme suit : « droit de quitter tout pays sauf à destination du territoire de l'État B faute d'accord de celui-ci ». Le juge européen entérine cela par l'établissement net de la distinction : l'interception par l'Italie de migrants albanais en mer « ne visai[t] pas à les priver du droit de quitter l'Albanie, mais à les empêcher d'entrer sur le territoire italien » (C.E.D.H., 2001 (11 janv.), *Xhavara et a. c. Italie et Albanie*, req. n° 39473/98, § 3 sous les motifs « en droit »). Cela, sans préjudice de la possible invocation pratique du droit d'émigration à l'appui d'un meilleur accès aux voies légales de protection internationale (Fleury Graff (Th.), « Tenir à distance. La politique européenne d'externalisation de l'asile », *Esprit*, 2022/12, pp. 51-60, pp. 58-59).

[568] Weil (Pr.), « Droit international public et droit administratif », *Mélanges offerts à Monsieur le doyen Louis Trotabas*, Paris, L.G.D.J., 1970, 572 p. pp. 511-528, p. 515.

pour ainsi dire, *par défaut*, et pousse ainsi le droit à la précision s'il veut étroitement la saisir ; autrement, la liberté demeure dans le pouvoir discrétionnaire (A). En pratique ensuite, car la persistance de l'État à vouloir s'affranchir *en fait* des contraintes supportées par ses engagements est l'éternel défi du droit international en action[569] ; le pouvoir effectif résiste à la réglementation du contrôle (B).

A. Le pouvoir discrétionnaire : liberté du contrôle dans le droit international

126. Le pouvoir discrétionnaire donne à voir la liberté que le contrôle de la frontière peut garder même une fois limité (1), d'autant plus que la structure du droit international rend banale cette modalité du pouvoir (2).

1. La liberté du pouvoir discrétionnaire

127. Le pouvoir discrétionnaire désigne l'absence de détermination du pouvoir par la règle de droit[570]. Ainsi défini par « ce qui n'est pas déterminé »[571], il découle de la paucité de la substance juridique et est inversement proportionnel à son détail[572]. Autrement dit, son domaine « est constitué par la somme des défaillances du droit des gens »[573], et l'État peut, au vu du silence causé par ces défaillances, « apprécier librement les faits pour choisir la mesure la plus adaptée aux circonstances »[574]. Dans la mesure de cette liberté dont il jouit dans les différentes étapes du processus décisionnel[575], l'État peut décider de la représentation qu'il se fait du flux qui se présente à sa frontière et de la réponse à lui apporter.

128. On retrouve ici la liberté du pouvoir de contrôle, à ceci près qu'elle a désormais lieu *au sein* du droit[576]. En effet l'indétermination de la règle dont il est question suppose que cette

---

[569] On peut renvoyer sur ce point aux développements inauguraux de Virally (M.), « Panorama du droit international contemporain… », *op. cit.*, pp. 29-35.
[570] V. la définition classique de Michoud (L.), « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, t. XXV, n° 3 (1913), pp. 429-500, p. 434 : il y a pouvoir discrétionnaire « toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit. »
[571] Pacteau (B.), « Discrétionnarité », *in* Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 374-377, p. 374.
[572] Reuter (P.), « Principes de droit international public », *op. cit.*, p. 444.
[573] Bourquin (M.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 151.
[574] Plessix (B.), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 4e éd., 2022, xxviii-1787 p., p. 684.
[575] Des précisions quant aux étapes du processus décisionnel auxquelles le concept est applicable figurent *infra*, en introduction de la seconde partie où il est mobilisé aux côtés du concept de pouvoir lié.
[576] Ce qui est unanimement souligné par la doctrine administrativiste. V. parmi d'autres Michoud (L.), « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *op. cit.*, pp. 441-442 ; Di Qual (L.), *La compétence liée*, *op. cit.*, pp. 8-9 qui montre bien son absorption par le principe de légalité ; Seiller (B.), *Droit administratif 2. L'action administrative*, Paris, Flammarion, Coll. « Champs Université », 9e éd., 2024, 384 p., p. 265 ; Plessix (B.), *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 684-685 et 1562. L'acception est reprise en droit international quoiqu'elle doive être soumise aux nuances identifiées *supra* quant à la distinction d'avec le pouvoir absolu (paragraphes 95-98, v. Dosen-Lepoutre (M.), *Le pouvoir discrétionnaire en droit international public*, *op. cit.*, *passim*.

règle existe et protège, fût-ce imprécisément, un intérêt qui s'oppose au comportement étatique. En conséquence, le pouvoir discrétionnaire peut être qualifié d'arbitraire en ce qu'il heurte un tel intérêt, ce qui le rend du même coup illicite car arbitraire et droit sont incompatibles[577]. Là est la grande différence avec le pouvoir absolu vu ci-dessus[578]. Par exemple, l'appréciation des faits qui se présentent à la frontière et amorcent ainsi toute l'application du régime sera au moins limitée par l'exigence de rationalité du droit, qui demande quelque fondement à la position émise par le pouvoir discrétionnaire[579]. La Russie veut-elle élever sa frontière contre des marchandises en provenance d'Ukraine malgré la protection de leur circulation par le droit de l'O.M.C., motif pris de l'exception figurant à l'article XXI du G.A.T.T. qui lui permet de fermer sa frontière en situation de « grave tension internationale » pour protéger les « intérêts essentiels de sa sécurité » ? Il lui appartient de définir cette situation et donc de percevoir les faits qui déclenchent le contrôle selon son pouvoir discrétionnaire, où l'on voit la persistance de la liberté du pouvoir de contrôle au sein du régime juridique. Pour autant, précisément car ce pouvoir est au sein d'un tel régime, ou en d'autres termes face à un intérêt protégé, cette appréciation discrétionnaire est limitée par l'obligation de bonne foi de sorte que tout ne peut passer sous la qualification en cause[580].

---

[577] C.I.J., 2014 (31 mars), *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (*Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)*, *C.I.J. Rec.* 2014, p. 254, § 65 (admis par le Japon dont le comportement est évalué). Ainsi, le pouvoir discrétionnaire sera *a minima* soumis à l'obligation de bonne foi (C.I.J., 2008 (4 juin), *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (*Djibouti c. France*), *C.I.J. Rec.* 2008, p. 229, § 145) le cas échéant combinée avec l'obligation de comportement raisonnable (C.I.J., 2020 (11 déc.), *Immunités et procédures pénales* (*Guinée équatoriale c. France*), *C.I.J. Rec.* 2020, p. 323, § 73 ; v. également Corten (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, *op. cit.*, pp. 124-125 (avec la pratique citée)), dont il faut rappeler qu'elles ne sont en revanche pas applicables lorsqu'aucun lien juridique n'existe, ce qui confirme ici la différence à opérer entre pouvoirs absolu et discrétionnaire (v. *supra*, paragraphes 95-98).

[578] À cet égard, la « discrétion absolue » est un contre-sens ; seule la « discrétion contrôlable » répond à l'acception juridique du terme et est ainsi pléonastique (ces formules sont du juge Spender dans son opinion dissidente sous l'affaire *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, *C.I.J. Rec.* 1960, p. 107). Ainsi, la licéité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire « ne saurait dépendre simplement de la perception qu'en a [l']État » (C.I.J., 2014 (31 mars), *Chasse à la baleine…*, préc., p. 253, § 61).

[579] En matière de tarif douanier, v. not. C.I.J., 1952 (27 août), *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (*France c. États-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Rec.* 1952, p. 212, « le pouvoir d'évaluer appartient aux autorités douanières, mais elles doivent en user raisonnablement et de bonne foi »). Le droit de la neutralité pu fournir en son heure un bon point d'illustration du droit international général à l'œuvre car peu développé sur l'appréciation étatique, il en permit toutefois le contrôle. Ainsi, l'État peut fermer sa frontière au navire en raison de son activité nocive ou de « *motifs suffisants pour y croire* », pour l'établissement desquels « il faut s'en tenir aux motifs d'ordre juridique », c'est-à-dire admissibles dans un raisonnement admis par le droit car rigoureux, ce qui exclut les éléments « d'une nature *trop générale* et [ayant] *trop peu de connexité* [avec l'objet de l'appréciation] pour constituer des motifs juridiques suffisants de croire à une destination hostile quelconque (…) » (S.A., 1913 (6 mai), *Carthage (France c. Italie)*, *R.S.A.*, vol. XI, pp. 449-461, pp. 459-460 (nous soulignons). Il était certes question en l'espèce du droit de la neutralité et des possibilités pour un État belligérant d'arraisonner un navire neutre, mais le raisonnement est tout à fait transposable au régime du passage innocent qui pose la même question, *i.e.* l'appréciation par l'État de l'hostilité d'un navire ou de sa cargaison).

[580] Groupe spécial de l'O.R.D., 2019 (5 avr.), *Russie – Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512/R, § 7.132.

129. Ainsi, dès lors qu'il y a indétermination du droit international, le pouvoir de contrôle frontalier trouvera la liberté, mais dès lors que cette indétermination a lieu au sein du droit international, dans la relation juridique où le tiers à la frontière est lui aussi juridiquement protégé face à la souveraineté territoriale, cette liberté ne pourra être que discrétionnaire. Cela encore, indépendamment de l'existence d'un juge international pour contraindre le contrôle frontalier car le pouvoir discrétionnaire se situe au niveau de la substance du droit et non de sa mécanique d'application[581]. Dans le cadre de ce chapitre, le présent propos insiste plutôt sur la liberté qui demeure celle de l'État contrôlant sa frontière fort de sa souveraineté, mais il faut bien marquer la limitation juridique qui est la sienne dès lors qu'un intérêt protégé lui fait face. C'est pourquoi nous soulignons que le juge n'est pas une condition d'existence de la discrétionnarité sans laquelle il n'y aurait qu'arbitraire, car il n'est pas une condition d'existence de la limite juridique qu'elle contient[582]. Outre son absence de fondement, la position contraire mènerait à diluer le pouvoir discrétionnaire dans ce que nous avons nommé et circonscrit ci-dessus comme « pouvoir absolu », non sans danger car tous les contrôles

---

[581] Il est entendu que cette distinction théorique reprend celle entre normes primaires (substance) et secondaires (mécanique) développée par Hart (H. L. A.), *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 2e éd., trad. fr. Kerchove (M. van de), 334 p., spéc. pp. 110-118.

[582] Le propos touche ici à une position fondamentale sur la place du juge dans les conditions d'existence d'un ordre juridique, sur laquelle il faut renvoyer à la discussion entre les professeurs Alland et Leben qui en a concentré toute la densité, le premier allant dans le sens de la présente affirmation et le second la rejetant (dans son dernier temps, v. Alland (D.), « Sur quelques façons de considérer que le droit international public est ou n'est pas un droit "véritable" », *in Représentations du droit international public*, Paris, Pedone, 2023, Coll. « Doctrines », 420 p., pp. 387-418). La précision est ici importante car le pouvoir discrétionnaire est encore étouffé par la gangue du prisme contentieux qui domine la doctrine administrativiste où la notion est née, et qui fait du contrôle du juge son unique pierre de touche depuis Michoud (L.), « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *op. cit.*, p. 453). Elle est adoptée en droit international par Dosen-Lepoutre (M.), *Le pouvoir discrétionnaire en droit international public*, *op. cit.*, spéc. pp. 9-11 : bien que l'auteure relativise le rôle du juge dans l'ordre juridique international, elle ne s'en affranchit pas car elle le fait selon un prisme historique et non théorique (pp. 17-20), ce qui la conduit à adopter une approche purement contentieuse (pp. 20-21). En effet elle comprend le pouvoir discrétionnaire comme impliquant « *nécessairement*, même en droit international, l'exigence des garanties tirées de l'État de droit : la soumission de l'autorité décisionnaire à une réglementation préexistante *et un juge chargé d'en assurer la bonne exécution* ». Or outre ce qu'elle a de postulat inexprimé – il *faut qu*'il y ait tiers pour qu'il y ait vrai encadrement juridique (aussi pp. 27-28) – la position semble inconstante, car l'auteure dit dans le même temps adopter une approche contentieuse pour que « l'étude présente *la garantie* de s'intéresser à une liberté encadrée par le droit », ce qui fait du contrôle tiers non plus une condition d'existence mais un garant, un simple adjuvant de l'encadrement juridique dont il est implicitement admis qu'il pourrait (bien que ce ne soit pas « garanti ») exister sans (pp. 20-21, aussi p. 27 où l'auteure écrit que « [l]a notion de pouvoir discrétionnaire exprime d'abord, *en elle-même*, une limitation du pouvoir en droit international, et elle participe ensuite, *par son usage contentieux*, à la limitation du pouvoir en droit international », et encore p. 28 où est mentionnée « une problématique de *juridictionnalisation* et de *contrôle* du pouvoir discrétionnaire qui n'observe plus la notion en elle-même mais son fonctionnement contentieux » (nous soulignons)). Pour une critique de l'approche nécessairement contentieuse, v. Vautrot-Schwartz (Ch.), « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », *in L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, xxx-694 p., pp. 639-650, qui en arrive toutefois à jeter la notion avec son « tropisme contentieux » (p. 647) à juste titre dénoncé.

frontaliers ne relèvent pas de la compétence de juridictions internationales, loin de là, et parce que le pouvoir discrétionnaire est la modalité banale du contrôle en droit international.

2. La banalité du pouvoir discrétionnaire de contrôle en droit international

130. Comme la souveraineté est le fondement du pouvoir discrétionnaire[583], il est la modalité *par défaut* du contrôle de la frontière dans le droit international. En effet, dans la configuration du droit international reposant sur la liberté originelle de la souveraineté qui fut développée plus haut, le pouvoir discrétionnaire de contrôle n'est pas le résidu d'un droit *déterminant* l'action de l'État et qui, faute d'être en mesure de tout prévoir, laisserait malgré lui quelque liberté à son sujet. À l'inverse, il exprime « cette part de l'initiative et de l'indépendance juridiques de [l'État] qui n'a pas été limitée par (…) les règles de droit »[584]. Ainsi logé dans la liberté originelle de l'État, le pouvoir discrétionnaire de contrôle est partout où le développement du droit est incomplet ou imprécis : il se coule dans toutes ses lacunes et en comble toutes les indéterminations par l'appréciation de l'État. À titre d'exemple, si la Commission du droit international identifie une obligation de l'État territorial d'ouvrir sa frontière à l'aide humanitaire lorsqu'il n'est pas en mesure de répondre à une catastrophe frappant sa population, c'est ce même État qui est « le mieux placé, en principe, pour juger de la gravité d'une catastrophe et des limites de sa propre capacité de réponse »[585].

131. Le pouvoir de contrôle frontalier jouit ainsi d'une position privilégiée car il est actionné par la subjectivité qui forme premièrement le droit international. En effet si, par l'application du droit, le tiers (impartial) peut le nourrir de sens et, ce faisant, réduire le pouvoir discrétionnaire qui pouvait exister dans l'indétermination des règles non encore appliquées par interprète authentique[586], c'est à cet état primaire d'indétermination que l'État intervient en premier car dans l'intersubjectivité du droit international général le principe est que « chaque État apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres États »[587]. Partant,

---

[583] Pacteau (B.), « Discrétionnarité », *in* Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 374-377, p. 374 : le pouvoir discrétionnaire « est choix, indépendance et même souveraineté ».
[584] Hauriou (A.), « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *in Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, viii-536 p., pp. 231-240, p. 237, à propos de l'Administration et qui voit là « le pendant » en droit public interne de la souveraineté des États en droit international public, conformément à son propos qui est de contrer la vue, qu'il attribue au normativisme, partant de la détermination du comportement par le droit et non de l'action du sujet.
[585] C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », *A.C.D.I.* 2016, vol. II (2), pp. 24-62, p. 50.
[586] « Authentique » dans les deux sens de l'interprétation donnée par l'auteur des signes en cause et de celle donnée par l'autorité habilitée par l'ordre juridique à fixer le sens des signes, en dépit des limites et difficultés qui frappent « l'authenticité » de l'interprétation (Alland (D.), « L'interprétation du droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 362 (2013), pp. 41-394, pp. 237-262).
[587] S.A., 1978 (9 déc.), *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* (*France c. États-Unis d'Amérique*), *R.S.A.* vol. XVIII, pp. 417-493, p. 483, § 81. V.

« [l']auto-appréciation est la forme donnée par le droit international général à l'interprétation »[588]. L'État peut *d'abord* contrôler sa frontière comme il l'entend dans la « texture ouverte »[589] de la règle, avant de se voir opposées certaines limites qui corrigeront son appréciation après coup. Le pouvoir de contrôle frontalier est donc un pouvoir par défaut discrétionnaire car il prend racine dans la souveraineté de l'État dont l'appréciation est la voie également par défaut de l'interprétation de la règle censée l'encadrer. Il y a là une faveur structurelle pour la liberté du contrôle, que les développements de cette étude contribueront ensuite grandement à atténuer en s'intéressant à la richesse du droit international qui l'encadre. Le pouvoir discrétionnaire y persistera en raison de sa position originelle, mais tout en étant considérablement éteint par la précision des règles. Celles-ci trouvent enfin une dernière limite dans le pouvoir comme fait qui impose certaines réalités au droit qui ne peut l'ignorer pour l'assouplir voire le contourner.

B. Le pouvoir effectif : contrainte posée à la réglementation du contrôle

132. L'effectivité du pouvoir, soit le fait que l'État détienne matériellement les capacités de contrôler la frontière et de bloquer les flux, est une donnée on ne peut plus factuelle de la question du contrôle, constitutive de l'emprise territoriale, qui se répercute dans le contenu du droit en tant que circonstance matérielle. C'est d'abord le cas en ce que la liberté de circulation est généralement limitée par des exceptions, seul moyen de la faire accepter par l'État qui autrement lui opposerait sa force. Ces exceptions maintiennent la frontière comme le montre bien le droit international du commerce, où elle est souvent dite avoir disparue alors qu'elle n'y est, au mieux, qu'enfouie[590]. Le pouvoir s'impose ainsi comme force qui, refusant de plier, trouve sa place dans le régime par compromis.

---

aussi Basdevant (J.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 588, et S.A., 1957 (16 nov.), *Lac Lanoux*, préc., p. 310, « il appartient à chaque État d'apprécier, raisonnablement et de bonne foi, les situations et les règles qui le mettent en cause » (contre la position espagnole défendant l'exigence d'un accord préalable à l'action en cas de différend).

[588] Alland (D.), *Justice privée et ordre juridique international*, Paris, Pedone, 1994, 503 p., pp. 116-117.

[589] Selon la formule de Hart (H. L. A.), *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 147.

[590] Cela implique que la frontière puisse ressurgir en cas de danger, lorsqu'une exception, limite ou dérogation déclenche sa sortie de terre. Le juge de l'O.M.C. le note lui-même : la règlementation des échanges est « un pouvoir *inhérent* dont jouit le gouvernement d'un Membre, et non un droit conféré par des traités internationaux tels que l'Accord sur l'OMC. S'agissant des échanges, l'Accord sur l'OMC et ses Annexes ont au contraire pour fonction (…) de *soumettre à des disciplines l'exercice du pouvoir inhérent de réglementer* appartenant à chaque Membre en exigeant des Membres de l'OMC qu'ils se conforment aux obligations qu'ils ont contractées dans le cadre de ces dispositions » (Organe d'appel de l'O.R.D., 2009 (21 déc.), *Chine – Produits audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, § 222 (nous soulignons)). Alors, en (ré)activant sa frontière, l'État quitte son habit de commerçant agissant *de jure gestionis* dans un monde libéral, pour revêtir sa qualité de souverain, élevant la barrière frontalière au nom de sa souveraineté territoriale (United States, District Court, Eastern District, New York, 1977 (28 fév. et 26 mai), *Van Bokkelen and Rohr S.A. v. Grumman Aerospace Corporation*, *I.L.R.* vol. 66, pp. 311-316, p. 312 : le juge étatsunien

133. Cela est encore mieux illustré par l'exigence de consentement préalable de l'État territorial qui assortit la protection d'un intérêt tiers supposant une libre circulation, tant le compromis y est aussi visible que les deux éléments paraissent à première vue opposés. Ainsi s'agissant de l'assistance humanitaire, le fait que le droit international commande son passage[591] n'empêche nullement que le principe de la souveraineté territoriale soit constamment réaffirmé en la matière[592]. Il en résulte que la fourniture de l'assistance extérieure requiert le consentement de l'État concerné[593], exigence qui semble incontournable pour l'admission de ce régime protecteur par les États[594], pour lesquels le consentement constitue une « exigence naturelle »[595]. De même en droit de la mer, le passage en transit de l'État sans littoral est certes protégé comme conséquence de la liberté de la mer, qui suppose le libre accès à celle-ci[596], mais il n'en est pas moins subordonné à la conclusion d'un accord avec l'État de transit, auparavant dans son principe[597] et aujourd'hui dans ses « conditions et modalités »[598], l'exigence étant maintenue par la volonté de protection des États de transit[599]. Les exemples pourraient être multipliés avec à chaque fois des États défendant leur souveraineté territoriale lors de négociations où chacun sait combien il serait vain de prétendre la contourner. Les différents

---

considère que l'immunité *de jure imperii* de l'État brésilien joue s'agissant du refus d'octroyer des licences d'importation « because the denial of import licences was the type of activity normally considered to lie within the power of a government and was not a purely commercial activity. »).

[591] V. *infra*, paragraphes 254-255 et 306-310.

[592] Doc. N.U., A/RES/43/131, 1989 (20 mars), *Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre*, préambule ; Doc. N.U., A/RES/45/100, 1990 (14 déc.), *Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre*, § 2 ; Doc. N.U., A/RES/46/182, 19 déc. 1991, *Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence de l'O.N.U.*, Annexe, I) § 3 ; Doc. N.U., S/RES/2165 (2014), préambule, al. 2 ; Doc. N.U., S/RES/2573 (2021), préambule, al. 3 ; C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., préambule (al. 5), et son commentaire qui souligne que le principe de la souveraineté et le rôle principal de l'État touché sont « au cœur du projet d'articles », « le cadre dans lequel l'ensemble du projet d'articles doit être envisagé » (p. 27).

[593] L'exigence est implicite dans l'article 3 § 2 commun aux conventions de Genève, selon lequel un organisme humanitaire impartial peut simplement « offrir » ses services (*R.T.N.U.*, vol. 75, I-973, Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV)) ; explicite dans les textes suivants : *R.T.N.U.*, vol. 1125, I-17512, Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 70 § 1 ; *R.T.N.U.*, vol. 1125, I-17513, Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), art. 18 § 2 ; C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., art. 13 § 1 ; Institut de droit international, Session de Bruges – 2003, Résolution sur l'assistance humanitaire (Rapporteur : Vukas (B.)), art. IV § 2.

[594] Doc. N.U., A/CN.4/697, 17 mars 2016, *Huitième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe*, pp. 68-69, § 252, onze États se félicitent explicitement de la consécration du principe de consentement.

[595] Kolb (R.), « Commentaire article par article de la Résolution de Bruges 2003 sur l'assistance humanitaire », *in* I.D.I., *L'assistance humanitaire – Résolution de Bruges 2003*, Paris, Pedone, Coll. « Résolutions » n° 2, 2006, 47 p., pp. 16-47, p. 33.

[596] V. *infra*, au paragraphe 239.

[597] *R.T.N.U.*, vol. 450, I-6465, Convention sur la haute mer, art. 3, § 1, *litt.* a).

[598] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 125 § 2.

[599] Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral…*, *op. cit.*, pp. 35 (Yougoslavie), 55 (Thaïlande) et 56 (Uruguay) ; Déclaration interprétative de l'Allemagne faite lors de la ratification de la C.N.U.D.M., *B.D.M.*, n° 27 (juin 1995), pp. 6-9.

régimes d'inspection internationale montrent enfin les différents degrés de contrainte sur le pouvoir que peut donner une même question : tandis que certains régimes rendent l'inspection obligatoire et écartent ainsi en droit le contrôle frontalier[600], d'autres régimes soumettent l'inspection au consentement préalable *in casu* de l'État concerné, que les États aient souhaité un tel régime prévu par convention[601] ou que l'inspection soit mise en place par un organe ne détenant aucun pouvoir de contrainte envers les États à l'instar du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies[602]. La résistance de l'État face à l'engagement envers une inspection qui serait obligatoire suspend ainsi l'accès des inspecteurs à son pouvoir de contrôle, discrétionnaire voire absolu si cette résistance est allée jusqu'à écarter toute reconnaissance d'un intérêt protégé motivant l'inspection.

---

[600] Cela est établi *infra*, au paragraphe 496.

[601] *R.T.N.U.*, vol. 2161, I-37770, Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (« Convention d'Aarhus »), art. 15 et Doc. N.U., ECE/MP.PP/2/Add.8, Décision I/7 de la première Réunion des Parties à la Convention d'Aarhus, Annexe, Structure et fonctions du Comité d'examen du respect des dispositions et procédures d'examen du respect des dispositions, § 25 *litt.* b) ; *R.T.N.U.*, vol. 1989, I-34028, Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (« Convention d'Espoo »), art. 11 § 2 *litt.* f), et Doc. N.U., ECE/MP.EIA/6, Annexe II, Décision III/2 de la troisième Réunion des Parties de la Convention d'Espoo, Appendice, Structure et fonctions du Comité de l'application et procédures d'examen du respect des obligations, § 7 *litt.* b) ; *R.T.N.U.*, vol. 993, I-14537, Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, art. XIII § 2 et Doc. C.I.T.E.S., Conf. 14.3 (Rev.CoP18), Annexe, Guide sur les procédures CITES pour le respect de la Convention, §§ 29 *litt.* e) et 33 *litt.* b) ; *R.T.N.U.*, vol. 1522, I-26369, Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, art. 8 et 10e Réunion des Parties au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, annexe II, Procédure applicable en cas de non-respect (1998), § 7 *litt.* e) ; Doc. N.U., ECE/EB.AIR/2006/2, Décision 2006/2, prise au titre de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (*R.T.N.U.*, vol. 1302, I-21623), § 6 *litt.* b) ; Doc. N.U., FCCC/CP/2014/10/Add.3, Décision 13/CP.20 adoptée par la Conférence des Parties à la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (*R.T.N.U.*, vol. 1771, I-30822), Annexe, Directives pour l'examen technique des informations communiquées au titre de la Convention, relatives aux inventaires de gaz à effet de serre, aux rapports biennaux et aux communications nationales des Parties visées à l'annexe I de la Convention, § 63 ; *R.T.N.U.*, vol. 2131, A-20378, Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 8 § 2 ; *R.T.N.U.*, vol. 3156, I-54113, Accord de Paris de 2015, art. 13 § 11, et Doc. N.U., FCCC/PA/CMA/2018/3/Add.2, Décision 18/CMA.1 de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris, Annexe, *Modalités, procédures et lignes directrices aux fins du cadre de transparence des mesures et de l'appui visé à l'article 13 de l'Accord de Paris*, § 153 ; *R.T.N.U.*, vol. 1465, I-24841, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 20 § 3.

[602] Institué par l'Assemblée générale des Nations Unies (doc. N.U. A/60/251). Dans le cadre de ce qu'il appelle des « procédures spéciales », le Conseil diligente des visites des États *sur leur invitation* ; ce qui n'empêche pas la conduite effective de ces visites, 129 États membres de l'O.N.U. les ayant à ce jour accepté par avance à travers une « invitation permanente » adressée au Conseil. V. aussi la « procédure 1503 », instaurée par la résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social (doc. N.U., E/4832/Add.1), qui prévoit que la jadis « Commission » des droits de l'homme des Nations Unies ne mène une enquête pour violation des droits de l'homme sur le territoire d'un État qu'avec son consentement exprès (§ 6 *litt.* b)).

Conclusion du chapitre

134. Par ce chapitre, le fait du contrôle frontalier a été précisément situé quant à son fondement dans l'ordre juridique international, où il prend racine dans la souveraineté territoriale. Il a ainsi été établi une première mesure nécessaire de son existence et de la possibilité qu'a le droit international de le limiter.

135. Au niveau fondamental, le contrôle de la frontière émane de la puissance couverte par la souveraineté de l'État, où il apparaît au droit comme une action déclinée par les compétences et les pouvoirs de l'État ; toutes notions qui furent précisées pour fonder le propos. Situé à la jonction de la puissance souveraine (le contrôle) et de l'espace qui la supporte (de la frontière), il s'enracine ainsi dans la souveraineté territoriale. C'est en ce sens qu'a été développé le contrôle des frontières comme l'« inhérence étatique » évoquée dans l'annonce de cette première partie : qualité originelle d'un être souverain à raison de son substrat territorial, être lui-même doté d'une liberté principielle (la souveraineté) qui se traduit en pratique par une liberté originelle (pouvoirs et compétences) que seule la consécration en droit positif d'intérêts protégés permet de limiter. L'État est *a priori* entièrement libre, et le contrôle de sa frontière ne peut être limité qu'en présence d'un tel intérêt qui lui fait face. En raison de cette liberté *a priori*, de cette inhérence du contrôle à la souveraineté de l'État, celui-ci ne pourra être dissout dans la relation juridique ouvrant la frontière, quand bien-même il y serait étroitement lié[603] : il tient là l'assurance de son intégrité.

136. De là certaines conséquences essentielles pour la suite de l'étude, qui a établi la possibilité de la limitation du contrôle des frontières « malgré » son fondement souverain mais doit aussi donner la *mesure* de ces possibilités. Le fondement souverain du contrôle n'exclut aucunement le rapport à l'Autre, mais détermine les conditions d'établissement des limites qui l'y lierait. En effet, si le pouvoir et la compétence donnent une prise au droit international comme institutions juridiques qu'il peut modeler, contrairement à la souveraineté qui elle est ou n'est pas, il fut établi que le pouvoir n'est pas nécessairement juridicisé, dans la mesure où il réside dans un pouvoir *absolu* en l'absence de tiers protégé lui faisant face. Le champ d'un tel pouvoir est tracé par le domaine réservé de l'État, où il fut vu que le contrôle à raison de

---

[603] Cette position libérale préservant le sujet dans la relation est défendue dans un autre cadre par Nedelsky (J.), *Law's Relations*, *op. cit.*, spéc. p. 33 où elle précise que « To say that relationships are fundamental to who and how human beings are is not to say that the collective powers (of government or community) that shape those relationships should take primacy over individual values ». Il faut (re)situer l'individu dans les relations qui le constituent pour mieux le et les comprendre, mais cela en vue de l'épanouissement dudit individu et non de sa suppression dans un tout où la relation finirait par exister et devenir un absolu par et en elle-même.

certains espaces et flux demeure. D'où l'importance, par la suite, d'établir les intérêts dont peuvent se prévaloir les tiers afin de contraindre le contrôle. En outre, le pouvoir de l'État étant originel, il persiste y compris au sein du droit international où il figure avec sa liberté comme une donnée première, par défaut. Ainsi le pouvoir discrétionnaire de l'État réside dans toute indétermination au sein du droit international, et l'effectivité du pouvoir se pose comme contrainte à la formulation de régimes ouvrant la frontière. En ressort une attention particulière à prêter à la précision des régimes juridiques, et une conscience somme toute commune mais essentielle des limites que leur encadrement peut rencontrer face à la puissance étatique. Il faut encore voir le déploiement de celle-ci pour compléter ce titre, afin de donner la portée du phénomène du contrôle frontalier et de préciser les voies de sa saisie juridique lorsqu'il déborde son cadre originel.

Chapitre 2. Le déploiement du contrôle hors son cadre originel

137. Le premier chapitre a permis de situer le contrôle des frontières dans la souveraineté territoriale de l'État, mais ses manifestations débordent ce premier cadre et appellent des développements pour compléter la mesure du phénomène et de sa possible réglementation par le droit international.

138. Sur le plan spatial d'abord, une pratique abondante montre l'autonomie de la frontière vis-à-vis du territoire par la « déterritorialisation »[604] du contrôle, c'est-à-dire son déploiement dans le champ extraterritorial. Des garde-côtes sont envoyés en haute mer pour y refouler un navire en approche qui paraît chargé de migrants, des informations sont exigées d'un aéronef sur son vol bien qu'il soit en dehors de l'air territorial, ou encore les consuls se prononcent à l'étranger sur l'octroi de visas. Dans tous ces cas et dans d'autres, l'État déploie son contrôle en dehors de son territoire par les voies que le droit international lui laisse ou qu'il essaye d'y creuser. Hors de sa pleine compétence territoriale, l'État cherche à déployer, ou projeter, son contrôle. Sur le plan personnel ensuite, à l'autonomie du contrôle frontalier vis-à-vis du seul territoire s'ajoute son autonomie vis-à-vis de la seule puissance publique. L'État recourt à des sociétés privées pour développer des techniques de contrôle frontalier, passe un contrat pour déléguer la détention de migrants, ou encore délègue à un autre État le soin de contrôler les flux en amont de la frontière. Alors l'État déploie son contrôle en dehors de ses seuls agents, à travers des acteurs tiers publics ou privés. Par la conjonction de ces deux déploiements, le contrôle frontalier sort de son cadre originel et devient un fait invasif dans la société internationale. Ainsi, cerner l'ampleur des manifestations du contrôle s'avère tout aussi nécessaire pour prendre la mesure de sa possible règlementation que l'a été l'identification de son fondement souverain. Il faut voir ici les moyens qu'a le droit international pour s'appliquer au contrôle frontalier lorsque ses manifestations débordent son cadre originel, moyens sans lesquels la réglementation du contrôle risquerait le contournement facile de la pratique.

139. Se posent alors deux questions. La première cherche à savoir si le droit international encadre *a priori* ces déploiements afin d'endiguer le contrôle en amont, par le cantonnement de sa tendance invasive : l'État ne peut contrôler la frontière dans tel espace, ou à travers telle personne. La seconde se situe après, en l'absence d'un tel encadrement, et porte sur l'aptitude du droit international à rattraper le fait étatique de contrôle, quand bien même il serait déployé

[604] Trevisanut (S.), « The principle of non-refoulement at sea and the de-territorialization of border control at sea », *L.J.I.L.*, vol. 27(3) (2014), pp. 661-675, spéc. pp. 662-663.

de sorte que l'État pourrait prétendre se défausser de ses obligations internationales en excipant de l'extériorité de l'action : il n'est pas responsable car le fait a eu lieu hors son territoire, ou car il n'en est pas l'auteur. S'agissant de la première question, le droit international n'interdit nullement la délégation et donc n'encadre *a priori* – en même temps qu'il permet – ce phénomène de déploiement que dans sa dimension extraterritoriale (section 1). La réponse à la seconde question tempère toutefois cette relative liberté car il sera vu que le droit international a des moyens pour s'appliquer au contrôle dans les deux cas, faisant de son respect le corollaire de l'action de la puissance souveraine (section 2).

Section 1. Le déploiement extraterritorial du contrôle de la frontière

140. La souveraineté territoriale fonde le contrôle autant qu'elle le limite. D'abord parce qu'elle est finie, elle emporte la liberté des espaces qui sont soustraits à son emprise et, à cet égard, qui sont communs aux États, dont la haute mer est un élément central en matière de contrôle des frontières[605]. Ensuite car étant plurielle dans la coexistence *des* souverainetés, la souveraineté territoriale suppose l'interdiction posée à tout État d'intervenir sur le territoire d'un autre sans son consentement[606]. Sous ces deux aspects, l'« irradiation externe de la souveraineté territoriale » est donc circonscrite par le droit international[607] en ce qu'il pose les deux interdits de l'accaparement de l'espace commun et de l'empiètement sur le territoire de l'État tiers. Dans le même temps, cette « irradiation » est permise par le droit international qui atténue la portée de ces deux interdits. La mesure de la saisie juridique du contrôle des frontières réside, à cet égard, dans ce que le droit international permet autant qu'il encadre le déploiement extraterritorial du contrôle sous la puissance des États. En effet, d'un côté le droit international permet voire enregistre certaines volontés unilatérales de déploiement du contrôle (§ 1). De l'autre, il fournit l'outil de leur coopération par l'accord (§ 2).

§ 1. Le déploiement unilatéral du contrôle des frontières

141. Par la pression qu'il a exercé en fait, le déploiement unilatéral du contrôle des frontières a abouti à l'étirement de l'emprise étatique par la formation d'un espace défini par l'opération

---

[605] La disposition centrale en la matière est l'article 89 de la Convention de Montego Bay, préc., prévoyant l'« illégitimité des revendications de souveraineté sur la haute mer ».

[606] La chose est bien connue : « [L]a limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État » (C.P.J.I., 1927 (7 sept.), *Lotus*, préc., p. 18). À ce propos, v. not. les précisions de Miron (A.) et Taxil (B.), « Les extraterritorialités, entre unilatéralisme et multilatéralisme. L'*imperium* sans le *dominium* ? », *in* S.F.D.I., *Extraterritorialités et droit international*, Paris, Pedone, 2020, 360 p., pp. 15-56, pp. 23-27.

[607] Cansacchi (G.), « Sovranità e diritti sovrani », *in Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. I, Milan, A. Giuffrè, 1987, xix-604 p., pp. 187-196, spéc. p. 190 (le terme d' « *irradiazione* » y est repris de Giuliano (M.), *Diritto internazionale*, vol. 2, Milan, A. Giuffrè, p. 155).

du contrôle frontalier (A), espace au-delà duquel ce contrôle peut encore être soutenu comme action par le droit international (B).

A. La formation d'un espace extraterritorial de contrôle des frontières

142. La formation d'un espace dédié au contrôle de la frontière a été consacrée en droit de la mer dans l'institution de la zone contiguë (1) et tend à se prolonger dans l'air même si l'état du droit y est plus incertain (2), ce qui montre la pesanteur de l'emprise étatique au-delà du territoire.

1. L'espace institué de la zone contiguë

a) Le contrôle de la frontière dans la consécration de la zone contiguë

143. Née en réponse aux activités menées au large des côtes et susceptibles d'affecter le territoire[608], la zone contiguë porte en elle la volonté de projection du contrôle frontalier sur ces activités qui est la première source matérielle de son établissement. Ainsi de la pratique d'abord britannique des *Hovering Acts*, qui consistait à contrôler le respect de la législation douanière et fiscale par des navires louvoyant au large de la mer territoriale, attendant le moment opportun pour introduire en fraude des marchandises sur le territoire[609]. La menace étant là, à quelques lieues des côtes et de la frontière maritime, l'État devait-il se contenter d'une surveillance lointaine qui ne s'achèverait qu'avec sa défaillance momentanée et la violation de sa frontière ? Certes non répondit le Chief Justice Marshall, « its power to secure itself from injury, may certainly be exercised beyond the limits of its territory. »[610] Non sans heurts et protestations[611], certains États ont repris cette assertion qui est devenue une sorte de mot d'ordre

---

[608] V. Apollis (G.), *L'emprise maritime de l'État côtier*, *op. cit.*, pp. 199 s. L'auteur cite notamment comme exemple historique le « *St-Helena Hovering Act* » britannique de 1816, établissant une zone d'interdiction de naviguer sans autorisation autour de l'île où Napoléon Bonaparte était détenu (p. 199). Pour un exposé historique de l'émergence et de l'évolution de la zone contiguë, v. Gidel (G.), « La mer territoriale et la zone contiguë », *op. cit.*, pp. 248-260 ; Lowe (A. V.), « The development of the concept of the contiguous zone », *B.Y.I.L.*, vol. 52 (1981), pp. 109-169 (centré sur la pratique britannique) ; Gutiérrez Castillo (V. L.), « La zone contiguë dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 », *A.D.M.*, t. 7 (2002), pp. 149-164, pp. 150-151 ; Aznar (M. J.), « La zone contiguë », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, *op. cit.*, pp. 367-384, pp. 367-377 ; Khan (D.-E.), « Article 33 », *in* Proelss (A.) (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, *op. cit.*, pp. 254-271, pp. 256-263 ; Scovazzi (T.), « The evolution of international law of the sea : new issues, new challenges », *R.C.A.D.I.*, vol. 286 (2000), pp. 39-243, pp. 76-78.

[609] V. les développements accordés à cette pratique par Gidel (G.), *Le droit international public de la mer*, t. III « La mer territoriale et la zone contiguë », *op. cit.*, pp. 379-402.

[610] U.S.S.C., 1804, *Church v. Hubbart*, 6 U.S. 187 (1804), pp. 234-235 (à propos de la saisie d'un navire étatsunien par le Portugal au large des côtes brésiliennes, pour protéger la colonie contre le commerce interlope). Sur l'histoire de la pratique étatsunienne qui suivit cet arrêt, v. Dickinson (E. D.), « Jurisdiction at the Maritime Frontier », *Harvard Law Review*, vol. 40 (1926), pp. 1-29.

[611] Khan (D.-E.), « Article 33 », *op. cit.*, pp. 257-258, qui observe le moment de basculement dans les années 1910 à 1930 où « in the real world », le principe fondamental de l'absence de droit d'intervention sur un navire en haute

pour le déploiement de leur « *protective jurisdiction* »[612] et qui, par cette reprise, a pénétré l'ordre juridique international. En effet la pratique du louvoiement a montré que la mer territoriale était trop étroite pour « assurer toutes les opérations de contrôle nécessaires pour la protection des intérêts d'un État moderne sur le pourtour de sa frontière maritime. »[613] Partant, les garde-côtes ont cherché à devancer l'entrée sur le territoire maritime et les États se sont entendus pour le permettre. Le moteur de cette évolution en droit a été la conclusion des *Liquor Treaties* étatsuniens[614], dirigés contre les « *rum runners* » qui reprenaient la technique du louvoiement lors de la Prohibition[615]. Ainsi la pression du contrôle frontalier a pu mener à son déploiement dans le droit international lui-même qui lui consacre un espace, la zone contiguë, par la double voie conventionnelle[616] et coutumière[617]. Le droit international ne semble alors pas tant une limite de la puissance de contrôle qu'un moyen de son extension.

---

mer sauf temps de guerre ou accord spécifique devint « increasingly strained » (le principe est identifié par la sentence arbitrale du *Wanderer (Grande-Bretagne c. États-Unis d'Amérique)*, 1921 (9 déc.), *R.S.A.*, vol. VI, pp. 68-77, p. 71).

[612] Brown (Ph. M.), « Protective Jurisdiction over Marginal Waters », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Meeting (1921-1969)*, vol. 17 (1923), pp. 15-31.

[613] Apollis (G.), *L'emprise maritime de l'État côtier*, *op. cit.*, p. 57. V. aussi p. 211, « l'étroitesse traditionnelle » de la mer territoriale « l'a progressivement disqualifiée en tant qu'"espace protecteur" puisque les revendications des États côtiers, en matière de contrôles frontaliers dans les confins maritimes, ont évolué au rythme des changements techniques intervenus dans la navigation et les autres moyens d'utilisation de l'espace marin. »

[614] États-Unis d'Amérique – Royaume-Uni (alors « Empire britannique »), Liquor Treaty, 1923, texte *in B.Y.I.L.*, vol. 5 (1924), pp. 188-190. De nombreux traités similaires ont été conclus par les États-Unis d'Amérique, v. avec le Danemark *in A.J.I.L.*, vol. 18 (1924), Supplement, pp. 186-189 ; la Norvège, *in A.J.I.L.*, vol. 18 (1924), Supplement, pp. 197-199 ; l'Italie, *in A.J.I.L.*, vol. 19 (1925), Supplement, pp. 6-8 ; la Suède, *in A.J.I.L.*, vol. 19 (1925), Supplement, p. 8 ; l'Allemagne *in A.J.I.L.*, vol. 19 (1925), Supplement, p. 9 ; le Panama *in A.J.I.L.*, vol. 19 (1925), Supplement, pp. 113-115 ; les Pays-Bas *in A.J.I.L.*, vol. 19 (1925), Supplement, pp. 115-116 ; Cuba *in A.J.I.L.*, vol. 20 (1926), Supplement, pp. 136-139 ; la France, *in A.J.I.L.*, vol. 21 (1927), Supplement, pp. 72-75 ; l'Espagne, *in A.J.I.L.*, vol. 21 (1927), Supplement, pp. 116-119 ; la Belgique, *in A.J.I.L.*, vol. 22 (1928), Supplement, pp. 167-169 ; et la Grèce *in A.J.I.L.*, vol. 23 (1929), Supplement, pp. 61-63. En doctrine, v. Gidel (G.), *Le droit international public de la mer*, t. III « La mer territoriale et la zone contiguë », *op. cit.*, pp. 420-439.

[615] Jessup (Ph. C.), *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction*, New York, G.A. Jennings Co., Inc., 1927, xxxviii-548 p., pp. 279-348 ; Brown Scott (J.), « The Liquor Treaty between the United States and Great Britain », *A.J.I.L.* vol. 18, n° 2 (1924), pp. 301-306. Une série d'affaires sur l'application de ces traités figure dans l'*Annual Digest of Public International Law Cases* 1925-1926, Cases No. 106-119, pp. 151-169. Le contenu de ces traités est résumé comme suit par Gidel, « les cocontractants des États-Unis renoncent à élever aucune objection à ce que les États-Unis exercent des droits de police sur les navires des cocontractants en pleine mer jusqu'à une distance de la côte égale à 12 milles ou, éventuellement, jusqu'à la distance que le navire peut parcourir en une heure. En retour, les États-Unis renoncent à s'opposer à ce que les navires battant pavillon de l'État cocontractant transportent dans les eaux américaines les boissons alcooliques destinées à l'ordinaire de l'équipage, à condition que ce transport ait lieu sous scellés » (« La mer territoriale et la zone contiguë », *op. cit.*, p. 254). Sur la lutte contre la contrebande aux États-Unis d'Amérique, v. aussi Hackworth (G. H.), *Digest of International Law*, Washington, United States Government Printing Office, 1940, vol. I, v-803 p., pp. 663-690.

[616] Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958, préc., art. 24 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 33.

[617] C.I.J., 2022 (21 avr.), *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (*Nicaragua c. Colombie*), *C.I.J. Rec.* 2022, p. 57, § 149.

144. Pour autant, l'emprise n'est pas allée jusqu'à l'absorption de l'espace dans le territoire comme elle a pu le faire pour la mer territoriale[618]. Au contraire, la zone contiguë diffère car elle est fondamentalement « une partie de la haute mer »[619] et donc soustraite à l'accaparement des États. Ceux-ci n'ont « ni souveraineté ni droits souverains sur la zone elle-même ou sur ses ressources »[620]. Seulement, ils peuvent y projeter un certain contrôle qui, conjugué à sa « contiguïté » au territoire, définit la zone contiguë, comme l'exprimaient bien ses anciennes appellations de « zone d'approche » et de « zone côtière de contact »[621]. Elle reste de la mer libre, où la puissance ne peut s'enraciner mais seulement se projeter, en réaction à une atteinte au territoire. Si le contrôle frontalier a mené à la consécration de la zone contiguë, son déploiement y reste donc dépendant du régime de la zone.

b) Le contrôle de la frontière dans le régime de la zone contiguë

145. L'action étatique trouve sa première limite dans le but qui a présidé à la création de la zone contiguë : permettre la protection effective du territoire. En conséquence, le territoire est l'espace référent de la zone contiguë dans le sens où, qu'il s'agisse de prévention ou de répression, l'État ne peut agir dans la zone contiguë que si les infractions concernent « *son territoire* »[622], portent atteinte aux lois et règlements pertinents « dans ses frontières »[623]. L'action de l'État ne peut donc qu'y être un contrôle *de la frontière* car elle n'est permise que par « l'élément destination des objets transportés sur le navire dont il s'agit »[624], c'est-à-dire seulement si le navire vise le territoire. En l'absence de destination territoriale de sa cargaison ou de sa trajectoire, le navire n'a aucune pertinence pour les pouvoirs conférés à l'État dans le cadre de sa zone contiguë[625]. En ressort cette limite importante que la zone contiguë est un espace d'extension non pas de la règlementation étatique des flux, mais seulement de son

---

[618] V. *supra*, aux paragraphes 85-86.
[619] Gidel (G.), « La mer territoriale et la zone contiguë », *op. cit.*, p. 139.
[620] C.I.J., 2022 (21 avr.), *Violations alléguées de droits souverains…*, préc., p. 57, § 151.
[621] Gidel (G.), « La mer territoriale et la zone contiguë », *R.C.A.D.I.* vol. 48 (1934), pp. 133-278, p. 241, note 1 (l'auteur y liste les expressions équivalentes à celle de zone contiguë).
[622] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 33 § 1 (nous soulignons). La disposition ajoute « ou dans sa mer territoriale », suivant la maladresse de la rédaction de la Convention – sûrement liée à son objet qui porte à la singularisation de l'élément marin – qui par « territoire » entend « territoire *terrestre* ». Dans le même sens, v. par ex. Règlement (UE) n° 2019/1896 du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, art. 8 § 1, l'autorisation d'interception « ne peut être accordée qu'en faveur de mesures nécessaires pour empêcher la violation de lois et règlements pertinents sur le territoire ou dans la mer territoriale de cet État membre. »
[623] Loi du 8 juillet 1987 régissant les espaces marins de la République populaire de Bulgarie, *B.D.M.*, n° 13 (mai 1989), pp. 9-31, art. 38.
[624] Gidel (G.), « La mer territoriale et la zone contiguë », *op. cit.*, p. 261.
[625] Selon le *Legal Bureau* canadien, « [t]he infringement itself must have occurred or threaten to occur on the state's land territory or in its territorial sea, not in its contiguous zone » (Kirsch (Ph.), « Canadian practice in international law in 1995-96 », *A.Can.D.I.*, vol. 34 (1996), p. 409).

exécution[626]. L'État ne peut y contrôler que la réglementation applicable au territoire et donc que le respect de la frontière étatique, soit les flux *à raison* du territoire et non *à raison* de la zone contiguë elle-même.

146. Si le contrôle de la frontière est ainsi l'action constitutive de la zone contiguë, il n'y est pas moins limité et ainsi apparaît la dualité du droit international quant à la projection du contrôle : il la renforce tout en la limitant. En effet le régime de la zone contiguë assigne au contrôle frontalier une compétence matérielle déterminée par les matières douanière, fiscale, sanitaire et migratoire, selon la formulation conventionnelle[627]. La grande majorité des États reprennent et se limitent à ces quatre éléments dans leur droit interne[628]. Toutefois, certains donnent à voir la tendance à l'expansion du contrôle en ouvrant ce champ de compétence à d'autres domaines, parfois aussi larges que les règlements « relatifs au passage de la frontière

---

[626] Comme l'expliqua le Gouvernement néerlandais au Parlement à propos du projet de loi pour l'établissement d'une zone contiguë, celle-ci ne permet pas d'étendre ce qu'il appelle la « substantive jurisdiction », c'est-à-dire l'application des normes, mais consacre une « formal jurisdiction », soit des « investigative powers » pour punir ou prévenir une infraction au droit s'appliquant sur le territoire (Tange (P.C.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 2003-2004 », *N.Y.I.L.*, vol. 36 (2005), pp. 325-327 : « This means that the substantive norm underlying such laws and regulations does not apply in the contiguous zone and, therefore, that an infringement of these laws and regulations that takes place in the contiguous zone itself cannot be prosecuted as an offence » (p. 325)). Il y a là une reprise de la logique des *Hovering Acts* qui imposaient de ne pas « confondre deux degrés dans l'opération douanière : la police et la taxe, la visite et l'imposition », seule la « police » et la « visite » étant étendues à la zone contiguë, la « taxe » et « l'imposition » n'étant quant à elles appliquées qu'au territoire (v. commentaire sous l'affaire S.A., 1842, *William Turner*, Commission mixte de Washington (États-Unis/Mexique), *in* Lapradelle (A. G. de) et Politis (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, t. I, Paris, Pedone, 1905, liv-863 p., pp. 494 s., p. 498).

[627] Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958, préc., art. 24 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 33.

[628] Loi du Canada du 18 décembre 1996 concernant ses océans, *B.D.M.*, n° 35 (1997), pp. 36-77, art. 11 ; Loi de l'Angola n° 21/92 du 28 août 1992, *B.D.M.*, n° 40 (1999), pp. 11-14, art. 6 ; Loi des Maldives n° 6/96 relative aux zones maritimes, *B.D.M.*, n° 41 (1999), pp. 14-16, art. 10 ; Proclamation des États-Unis d'Amérique du 2 septembre 1999 s'agissant de la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 41 (1999), p. 46 ; Loi de l'Uruguay n° 17/033 du 20 novembre 1998, *B.D.M.*, n° 41 (1999), pp. 47-49, art. 3 ; Loi de la Russie du 16 juillet 1998 sur les eaux maritimes intérieures, la mer territoriale et la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 46 (2001), pp. 15-35, art. 23 ; Loi des Seychelles de 1999 sur les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 48 (2002), pp. 16-23, art. 3 § 3 ; Loi du Honduras du 30 octobre 1999 sur les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 49 (2002), pp. 18-23, art. 5 § 1 ; Loi de la Bulgarie du 11 février 2000 relative à l'espace maritime, aux voies d'eau intérieures et aux ports, *B.D.M.*, n° 49 (2002), pp. 24-50, art. 38 ; Loi de la Norvège du 27 juin 2003 relative aux eaux territoriales et à la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 54 (2004), pp. 92-93, § 4 ; Loi de Chypre du 2 avril 2004 proclamant la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 55 (2004), pp. 21, art. 4 *litt.* a) ; Code maritime de Madagascar du 2 avril 2004, *B.D.M.*, n° 56 (2004), pp. 65-133, art. 1.4.03 ; Décret de l'Algérie du 6 novembre 2004 instituant une zone contiguë à la mer territoriale, *B.D.M.*, n° 57 (2005), p. 116, art. 2. ; Loi du Danemark du 24 juin 2005 sur la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 58 (2005), p. 17, art. 3 ; Loi de Maurice du 28 février 2005 sur la zone maritime, *B.D.M.*, n° 62 (2006), pp. 61-71, art. 13 ; Loi du 22 Mai 2007 de la République dominicaine, *B.D.M.*, n° 65 (2007), pp. 19-30, art. 13 ; Loi de Vanuatu de 2010 sur le territoire maritime, *B.D.M.*, n° 73 (2010), pp. 17-25, art. 8 ; Loi des Tuvalu du 4 mai 2012 relative aux zones maritimes, *B.D.M.*, n° 83 (2013), pp. 22-27, art. 14 ; Loi des Îles Marshall de 2016 établissant les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 91 (2017), pp. 17-23, art. 115 ; Loi de la République de Corée du 21 mars 2017 relative à la mer territoriale et aux zones contiguës, *B.D.M.*, n° 95 (2018), pp. 43-45, art. 6 *bis* ; Loi du Togo du 30 mars 2016 relative aux espaces maritimes sous juridiction nationale, *B.D.M.*, n° 104 (2021), p. 16, art. 4 ; Loi des Îles Cook du 23 février 2018 relative aux zones maritimes, *B.D.M.*, n° 105 (2022), pp. 15-19, art. 17.

d'État »[629] ou à « l'entrée ou la sortie [du] territoire terrestre, [des] eaux intérieures ou de [la] mer territoriale »[630]. En particulier, une certaine pratique étatique ajoute la « sécurité »[631] ou encore l'environnement[632] aux motifs de contrôle figurant dans le droit interne. Cette expansion ne résiste cependant pas au droit positif qui limite bien la projection du contrôle sur ce point. Quant à la « sécurité tout court »[633], elle fut écartée à l'occasion de la première formulation conventionnelle en raison des possibles abus que le caractère vague du terme couvrirait et de la protection dont l'intérêt véhiculé par cette notion jouit déjà en droit positif[634]. Plus largement, et en dépit du peu de protestations qu'elles suscitent[635], ces extensions ne sont soutenues par aucune approbation convergente et restent minoritaires par rapport à la reprise stricte de la liste conventionnelle, de sorte que celle-ci reflète toujours « l'état actuel du droit international coutumier relatif à la zone contiguë »[636]. L'encadrement du contrôle par la zone contiguë demeure donc en dépit des débordements car l'institution est nette, forte de sa formulation conventionnelle, à l'inverse de pratiques de contrôle, plus incertaines, qui ont lieu dans les airs.

2. L'espace allégué de la zone d'identification de défense aérienne

147. En première approche, les airs sont préservés du contrôle par le *caelum liberum* ou liberté de l'air, qui s'applique à partir de la limite extérieure de la mer territoriale vers la haute mer et son principe de liberté de survol[637]. Cela, d'autant plus que le droit international ne dit

---

[629] Loi de la Roumanie du 7 août 1990 concernant le régime juridique des eaux maritimes intérieures, de la mer territoriale et de la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 19 (octobre 1991), pp. 11-23, art. 7.
[630] Loi de la Chine du 25 février 1992 relative à la mer territoriale et à la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 21 (août 1992), pp. 26-29, art. 13.
[631] *Ibid.* ; Loi de la Syrie du 8 novembre 2003, *B.D.M.*, n° 55 (2004), pp. 14-20, art. 20 *litt.* a) ; Loi du Myanmar du 17 juillet 2017 sur la mer territoriale et les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 99 (2019), pp. 29-35, art. 18.
[632] Chiu (H.) *et al.*, « Contemporary practice and judicial decisions of the Republic of China relating to international law, 1997-1998 », *C.T.Y.B.I.L.A.*, vol. 16 (1997-1998), p. 128 ; Décret de Cuba du 12 avril 1995 relatif à sa zone contiguë, *B.D.M.*, n° 54 (2004), pp. 29-30, art. 3 ; Loi de la Syrie du 8 novembre 2003, *B.D.M.*, n° 55 (2004), pp. 14-20, art. 20 *litt.* a).
[633] Selon le mot de Gidel (G.), « La mer territoriale et la zone contiguë », *op. cit.*, p. 263.
[634] Aznar (M. J.), « La zone contiguë », *op. cit.*, p. 371 ; Apollis (G.), *L'emprise maritime de l'État côtier*, *op. cit.*, p. 200.
[635] Paucité constatée par Gutiérrez Castillo (V. L.), « La zone contiguë dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 », *op. cit.*, p. 154. La Cour internationale de Justice constate simplement une pratique « contestée » (2022 (21 avr.), *Violations alléguées de droits souverains…*, préc., p. 58, § 154), et un auteur va jusqu'à parler d'une pratique « widely and consistently protested against », avec une référence toutefois majoritairement étatsunienne (Khan (D.-E.), « Article 33 », *op. cit.*, p. 271). En pratique, v. la protestation du 11 janvier 1994 des États-Unis d'Amérique contre l'Iran, *B.D.M.*, n° 25 (juin 1994), pp. 113-116, p. 115, celle de l'Italie contre l'Inde dans le cadre de l'affaire de l'*Enrica Lexie* (S.A., 2020 (21 mai), *The "Enrica Lexie" Incident* (*Italie c. Inde*), aff. P.C.A. n° 2015-28, p. 83, § 307), ou encore celle du Nicaragua contre la Colombie (C.I.J., 2022 (21 avr.), *Violations alléguées de droits souverains…*, préc., p. 56, § 147).
[636] C.I.J., 2022 (21 avr.), *Violations alléguées de droits souverains…*, préc., p. 58, §§ 154-155, et 177 qui revient sur le motif de la « sécurité » et l'exclut explicitement du régime de la zone contiguë.
[637] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 87 § 1 *litt.* b).

mot de l'air au-dessus de la zone contiguë[638] et que la transposition d'un régime à l'autre ne saurait être ni implicite, en l'absence de fondement, ni automatique, au vu de la différence de paramètres des deux milieux[639]. Pour autant, une pratique inaugurée par les États-Unis d'Amérique en 1950[640] voit certains États prétendre soumettre les vols internationaux proches de leurs territoires à un contrôle, à raison d'une « zone d'identification de défense aérienne », ou Z.I.D.A. La pratique est ancienne et relativement partagée mais sa licéité apparaît au mieux incertaine : la doctrine oscille[641] de même que la pratique[642], et une grande partie de la réponse semble tenir à ce qu'il est question d'« *un* contrôle », non précisé faute d'institution de l'espace avec un régime précis[643]. La règle de la liberté de circulation n'étant pas renversée, la licéité de la prétention d'une Z.I.D.A. dépend d'abord de l'atteinte portée à cette liberté, entre la simple exigence de renseignements et l'intervention physique susceptible de la suivre[644].

---

[638] La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est silencieuse, et la Convention de Chicago ne prévoit l'instauration de « zones interdites » qu'au-dessus du territoire étatique (préc., art. 9), ce qui d'ailleurs peut fournir la base d'un argument *a contrario* rejetant l'opposabilité de zones établies en dehors.

[639] Debbasch (Ch.), « La zone contiguë en droit aérien », *Revue générale de l'air*, XXIVe année (1961), pp. 249-266, pp. 255-256 : « Déjà, au point actuel, on peut affirmer que la différence d'extension de l'air contigu et de la zone contiguë est plus qu'une différence de degré, elle engendre irréfutablement une divergence de nature. L'empiétement sur la haute mer était supportable pour la zone contiguë d'extension modeste, il devient difficilement admissible pour un air contigu tentaculaire ».

[640] V. le recensement opéré par Cuadra (E.), « Air Defense Identification Zones: Creeping Jurisdiction in the Airspace », *V.J.I.L.*, vol. 18 (1978), pp. 485-512, p. 509.

[641] *Contra* la licéité, v. par ex. Cuadra (E.), « Air Defense Identification Zones: Creeping Jurisdiction in the Airspace », *op. cit.*, spéc. pp. 499-505. *Pro*, v. par ex. Vanhullebusch (M.), « China's Air Defence Identification Zone: Towards the Crystallization of a New International Custom », *As.Y.I.L.*, vol. 22 (2016), pp. 275-282.

[642] Tantôt la pratique botte en touche en se cantonnant à un rappel de la liberté de l'air (Hertel (M.) (dir.), « Australian Practice in International Law 2013 », *A.Y.I.L.*, vol. 32 (2014), pp. 508-511 ; Hartmann (J.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2014 », *B.Y.I.L.*, vol. 85 (2014), p. 572 (et p. 573 qui reproduit la déclaration de l'Union européenne sur laquelle s'appuie le Royaume-Uni)), tantôt elle pousse l'inscription de la Z.I.D.A. en droit coutumier (pour un développement de l'argumentaire juridique chinois, v. Su (J.), « The East China Sea air defense identification zone and international law », *C.J.I.L.*, vol. 14 (2015), pp. 271-303, qui défend la licéité de la Z.I.D.A chinoise sous tous ses aspects). S'agissant de la Z.I.D.A. établie en 2013 par la Chine en mer de Chine orientale, bien documentée, elle tend à soutenir l'établissement de l'institution *per se* car elle suscita des protestations non dans son principe mais en ce qu'elle recouvrait une partie du territoire national d'autres États, méconnaissant ainsi leur souveraineté et déstabilisant le *statu quo* d'un espace contesté sous tension et saturé par les prétentions étatiques (Balmond (L.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 118 (2014), pp. 140-141 ; Daugirdas (Kr.) et Mortenson (J. D.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 108 (2014), pp. 106-109 ; Chen (Ch.) *et al.*, « Contemporary practice and judicial decisions of the Republic of China relating to international law, 2013 », *C.T.Y.B.I.L.A.*, vol. 31 (2013), pp. 302-303 ; Hertel (M.) (dir.), « Australian Practice in International Law 2013 », *A.Y.I.L.*, vol. 32 (2014), pp. 508-511. V. aussi pour un autre exemple la redéfinition de la Z.I.D.A. entre le Japon et Taïwan, Chen (Ch.) *et al.*, « Contemporary practice and judicial decisions of the Republic of China relating to international law, 2010 », *C.T.Y.B.I.L.A.*, vol. 28 (2010), p. 305). Enfin, l'O.A.C.I. a intégré la notion dans son vocabulaire officiel mais dans une optique purement descriptive et fonctionnelle, sans prétention aucune à une quelconque reconnaissance juridique (O.A.C.I., Annexe 15 à la Convention relative à l'aviation civile internationale – Services d'information aéronautique, 16e éd., juillet 2018, §§ 1.1 (définition ajoutée depuis l'édition de 2000) et 6.2.1 *litt.* a) 6)).

[643] Park (K.-G.), *La protection de la souveraineté aérienne*, *op. cit.*, p. 270.

[644] À cet égard, sont opposées une position libérale, incarnée par les États-Unis dont la Z.I.D.A. est conditionnée au respect de la liberté de l'air, et une position plus autoritaire, incarnée par la Chine qui inclut dans sa Z.I.D.A. la

148. En dépit des incertitudes, le contrôle frontalier trouve donc une limite certaine dans la liberté internationalement protégée, mais aussi une pratique qui témoigne de sa pression sur les espaces internationaux. C'est à ce dernier titre que la Z.I.D.A. intéresse particulièrement nos développements, en ce qu'elle incarne aujourd'hui le poids de la projection du contrôle – fût-il simple identification – sur la liberté qui caractérise les espaces internationaux. Que la zone soit perçue comme un mécanisme préventif commandant l'identification d'aéronefs *qui se dirigent vers le territoire*, dans une logique rattachée à une forme diffuse de légitime défense, ou comme une extension du territoire lui-même, ce qui permet le contrôle du passage aérien indépendamment de sa destination[645], l'établissement de la zone est toujours poussé par une volonté de protection du territoire. Dans les deux cas, il est question de prétentions au contrôle afin de bâtir la formation d'un espace qui lui est dédié.

149. Si l'emprise attire ainsi les espaces adjacents jusqu'à les imprimer du contrôle des frontières comme marque de leur régime juridique, le fait est qu'elle bute rapidement sur la liberté commune des espaces car la zone contiguë ne permet le contrôle qu'à 24 milles marins des côtes. Une autre voie pour le déploiement unilatéral du contrôle réside alors dans l'action au sein de l'espace international : l'État ne cherche plus à marquer l'espace de son emprise, mais à déployer celle-ci dans la liberté commune.

B. La possibilité d'opérations extraterritoriales de contrôle des frontières

150. Le contrôle frontalier peut être projeté en dehors du territoire même en l'absence de consécration d'un espace qui lui est dédié, ce qui amplifie considérablement le phénomène de déploiement. Un fondement suffit au contrôle frontalier pour intervenir dans l'espace

---

possibilité d'interception physique, comme le rapporte notamment Dutton (P. A.), « *Caelum Liberum*: Air Defense Identification Zones Outside Sovereign Airspace », *A.J.I.L.*, vol. 103 (2009), 691-709, pp. 699-700 et 703-706, repris par Lamont (Chr. K.), « Conflict in the Skies: The Law of Air Defence Identification Zones », *Air & Space Law*, vol. 39 (2014), pp. 187-202, qui affine l'opposition en distinguant ceux qui n'y voient qu'une modalité de détection permettant la légitime défense, de ceux qui y voient une extension de leur juridiction couvrant un plus large champ de compétences et de pouvoirs possibles.

[645] Cette distinction est classique sur cette question. V. sa formulation par Lamont (Chr. K.), « Conflict in the Skies: The Law of Air Defence Identification Zones », *Air & Space Law*, vol. 39 (2014), pp. 187-202, p. 191. La seconde approche est notamment celle de la Chine, qui vise tout aéronef pénétrant l'A.D.I.Z. et les oblige à obéir à ses instructions, sous peine de subir des « defensive emergency measures » de la part des forces armées chinoises (Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2013 », *C.J.I.L.*, vol. 13 (2014), pp. 417-419 (déclaration du ministre chinois de la Défense nationale ; v. aussi Su (J.), « The practice of States on air defense identification zones: geographical scope, object of identification, and identification measures », *C.J.I.L.*, vol. 18 (2019), pp. 811-835, pp. 821-822)). La distinction est toutefois remise en cause par un auteur qui relève que la grande majorité des États possédant une Z.I.D.A. s'inscrivent *de facto* dans la seconde catégorie (*ibid.*, p. 825) ; *contra*, v. la position défendant globalement la pratique étatsunienne par opposition à la pratique chinoise tenue par Dutton (P. A.), « *Caelum Liberum*: Air Defense Identification Zones Outside Sovereign Airspace », *A.J.I.L.*, vol. 103 (2009), pp. 691-709.

international où, pourtant, l'emprise de l'État est exclue en principe. Dans ce cadre, il peut viser à protéger le territoire par la prévention, interceptant le flux avant qu'il n'arrive à la frontière (1), ou par la répression, poursuivant le flux après qu'il a franchi la frontière (2).

1. L'interception, protection préventive du territoire

151. Unilatéralement, le contrôle frontalier rencontre une sérieuse limite dans la haute mer où l'interception est exclue pour les navires étatiques. En vertu de la juridiction exclusive de l'État du pavillon[646], corollaire de la liberté de la haute mer, les navires de guerre d'un État – notamment les navires des garde-côtes[647] – ne peuvent agir dans cet espace qu'à l'encontre des navires battant le même pavillon qu'eux[648]. Pour les navires étrangers, les États résistent fortement à ce qu'un État tiers puisse agir sur les navires battant leurs pavillons[649] et condamnent les tentatives de contrôle contournant cette protection[650].

152. Mais la faille dans la limite est aisément visible : l'État ne peut agir sur les navires battant pavillon d'un autre État, mais rien n'est dit quant à la protection des navires dépourvus de pavillon. Mieux, il est dit que ces navires peuvent être visités[651]. C'est là rappeler que « [l]a liberté des mers n'est (…) pas celle de l'Homme en mer car chose commune aux États n'est pas hors du droit. »[652] Or autant cette possibilité de contrôle n'occupe que quelques lignes du droit de la mer, autant son importance pratique est considérable car est ici soumis à la projection

---

[646] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 92 § 1 ; S.A., 2020 (21 mai), *The "Enrica Lexie" Incident*, préc., p. 149, § 524.

[647] Sauf à entendre de manière trop rigide le « militaire » (art. 29 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc.) en le distinguant artificiellement du « policier » selon l'appartenance à tel ou tel corps de la douane dans les différents ordres internes, le navire des garde-côtes répond bien à cette définition, tant dans la lettre (l'appartenance des garde-côtes aux « forces armées » des États est commune au vu de l'arsenal dont certains sont dotés, de même que leur port de marques extérieures distinctives et leur soumission à la hiérarchie des forces de l'État) que dans l'esprit (autant que le militaire, le garde-côte incarne l'activité *de jure imperii* de l'État ; il relève de ce qu'il y a de plus régalien ; il « protèg[e] la souveraineté (…) et les droits souverains » de l'État (Loi de la Norvège n° 42 du 13 juin 1997 relative aux garde-côtes norvégiens, *B.D.M.*, n° 45 (2001), pp. 31-37, § 8)). V. au surplus United States, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1979 (23 fév.), *United States v. Conroy and Others*, *I.L.R.* vol. 91, pp. 439-508, p. 500 : « The law of nations classifies Coast Guard vessels as warships. »

[648] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 110 § 1 (pose le principe).

[649] Treves (T.), « Intervention en haute mer et navires étrangers », *A.F.D.I.* vol. 41 (1995), pp. 651-675, p. 652.

[650] Ainsi, des tentatives de contourner la coopération interétatique exigée pour une intervention licite par la voie d'une coopération avec le capitaine du navire est condamnée par les États. S'agissant du droit étatsunien qui prévoit le possible arraisonnement en haute mer de tout navire suspecté de trafic de drogue et considère la permission du capitaine du navire comme équivalente à celle de l'État du pavillon, les Pays-Bas considèrent qu'il s'agit d'une pratique « quite uncommon at international level » (Tange (P.C.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 2006-2007 », *N.Y.I.L.*, vol. 39 (2008), p. 271), et à vrai dire d'une « uncommon view which in the opinion of most States goes beyond what is reasonable and appropriate on the basis of the permissive rule. The Kingdom of the Netherlands also believes that this goes too far » (Tange (P.C.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 2007-2008 », *N.Y.I.L.*, vol. 40 (2009), pp. 303-304).

[651] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 110 § 1 *litt.* d).

[652] Raspail (H.), « Rapport introductif. L'homme comme sujet du droit de la mer », *in* Raspail (H.) (dir.), *Les droits de l'homme et la mer*, Paris, Pedone, 2020, 346 p., pp. 9-50, p. 23.

du contrôle frontalier l'ensemble des circulations irrégulières, en marge du monde étatique. Ainsi, des navires sans pavillon peuvent être arraisonnés en haute mer car ils se livrent au trafic de stupéfiants[653], ou car ils transportent des migrants irréguliers, notamment en cas de trafic illicite d'êtres humains[654] pour lequel la protection du pavillon peut par ailleurs tomber sous l'effet de la qualification de transport d'esclaves[655]. Le droit de la mer limite ainsi autant qu'il permet la projection du contrôle en haute mer selon le type de navire en cause. Il est enfin un cas où le contrôle frontalier peut être opéré unilatéralement jusqu'en haute mer quand bien même le navire serait pourvu d'un pavillon, à savoir lorsqu'il fait l'objet d'une poursuite.

2. La poursuite, protection répressive du territoire

153. Le contrôle des frontières peut être projeté à travers le droit de poursuite, institution bien connue du droit de la mer[656]. Ce droit permet aux garde-côtes qui opèrent le contrôle des frontières de ne pas se limiter aux eaux territoriales de l'État, ni même à la zone contiguë où devrait en principe s'arrêter leur compétence sur les navires étrangers : ils peuvent poursuivre le navire en fuite. Même si l'action a lieu *a posteriori*, la frontière est contrôlée par la répression de la violation du droit de l'État, et la poursuite participe également de la prévention de cette violation par son existence dissuasive[657]. Le droit de poursuite requiert ainsi l'attention pour le

---

[653] V. United States, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1979 (16 jan.), *United States v. Cortes and Others*, *I.L.R.* vol. 91, pp. 486-492 ; United States, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1980 (19 mars), *United States v. Monroy and Others*, *I.L.R.* vol. 91, pp. 539-542.

[654] Condamné par le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (*R.T.N.U.*, vol. 2241, A-39574) ; v. not. Ríos Rodríguez (J.), « Le trafic illicite de migrants par voie maritime », *in* S.F.D.I., *L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, 591 p., pp. 371-387 ; Goy (R.), « Le régime international des migrants illicites par voie de mer », *A.D.M.*, t. VII (2002), pp. 249-301 ; Momtaz (D.), « La lutte contre « l'introduction clandestine » de migrants par mer », *A.D.M.*, t. IV (1999), pp. 49-57.

[655] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 110 § 1 *litt.* b). Cela suppose une interprétation du terme renvoyant aux formes contemporaines de l'esclavage. Si cette qualification doit être réservée à ce qui relève précisément de l'esclavage au sens de l'état de l'individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété (*R.T.S.N.*, vol. 60, n° 1414, Convention relative à l'esclavage, art. 1 al. 1, étoffé par la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, dont l'art. 1 liste des cas analogues à l'esclavage (*R.T.N.U.*, vol. 266, I-3822) afin de conserver son acuité juridique (Decaux (E.), « Les formes contemporaines de l'esclavage », *R.C.A.D.I.*, vol. 336 (2009), pp. 9-197, pp. 64-65), le phénomène qu'elle désigne frappe de nombreux migrants en raison de la vulnérabilité de leur situation qui se répercute à leur déplacement (v. le Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines d'esclavage, *Lien entre déplacements et formes contemporaines d'esclavage*, 26 juillet 2021, doc. N.U. A/HRC/48/52, spéc. §§ 18-51).

[656] Un débat existe quant à son existence en droit aérien, qu'il convient de laisser de côté en renvoyant aux défenseurs de l'extension (Poulantzas (N. M.), *The Right of Hot Pursuit in International Law*, The Hague-London-New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2e éd., 2002, lix-451 p., spéc. p. 298 ; suivi par Park (K.-G.), *La protection de la souveraineté aérienne*, *op. cit.*, p. 287, qui considère que le droit de poursuite « se justifie par la nécessité d'assurer à l'État survolé l'exercice effectif de sa juridiction »).

[657] Poulantzas (N. M.), *The Right of Hot Pursuit in International Law*, *op. cit.*, p. 3, parle de la « preventive function which is derived from the powerful psychological effect of the increased punitive force of territorial authorities by the use of this prerogative. » Cette force punitive appert notamment de la condition que la poursuite soit exercée par un navire ou aéronef *militaires*, ou du moins doté de signes distinctifs montrant son affectation à l'exercice de la puissance publique (Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 111 § 5).

contrôle des frontières, d'autant plus que son institution est affectée à la protection du territoire et ainsi profondément liée au contrôle frontalier. Le droit de poursuite s'inscrit en effet dans le contrôle frontalier car la poursuite est définie en réaction à la violation du droit de l'État côtier par un navire situé sur son territoire[658], et peut ainsi « être tenu[e] comme la conséquence et la garantie des droits que l'État riverain possède sur les espaces maritimes adjacents »[659]. Partant, l'étirement de la compétence pour déployer le pouvoir répressif au-delà des eaux territoriales n'est permis qu'*à raison* de la compétence dans les eaux territoriales[660], et n'est maintenu qu'en l'absence de discontinuité dans la poursuite qui romprait le lien avec le territoire[661]. Comme pour la zone contiguë, il n'est pas question d'étendre la réglementation mais seulement sa sanction.

154. Cette empreinte territoriale de la poursuite est d'autant plus visible avec la doctrine de la « présence constructive », qui étend encore la projection du contrôle frontalier à raison de l'atteinte au territoire. Au loin, un État aperçoit un navire qui, bien que formellement dans les eaux internationales, ne semble pas tout à fait étranger à son territoire. Il reste dans ses alentours, comme s'il attendait une opportunité de le toucher d'une manière ou d'une autre. Comme les navires ayant provoqué la réaction de la zone contiguë, il louvoie. Mais non content de louvoyer, il semble en outre entretenir des liens avec le territoire à travers des navires faisant la navette entre l'un et l'autre. Le territoire est atteint, mais le navire-mère hors d'atteinte, reculé de quelques milles marins pour s'extirper de la zone contiguë afin de mouiller en haute mer où son pavillon le protège. De cette position privilégiée, il envoie produits illicites[662] ou migrants

---

[658] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 111 § 1, qui ajoute la zone contiguë à laquelle le présent propos peut s'appliquer dans la mesure où cette zone est elle-même définie par la protection du territoire et le contrôle frontalier (v. *infra*, paragraphes 143-144).

[659] Gidel (G.), « La mer territoriale et la zone contiguë », *op. cit.*, pp. 235-236. Ainsi, par exemple, en 1974, de la poursuite du cargo panaméen *Dani* en haute mer pour contrebande d'alcools et de cigarettes, commencée dans les eaux territoriales françaises et ayant duré une quinzaine d'heures Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 79 (1975), pp. 496-497, ou de l'arrestation dans la Manche en 1981 du remorqueur panaméen *Sea Rover* pour transport de drogue (même chronique, *R.G.D.I.P.*, t. 85 (1981), pp. 888-889).

[660] Cela, nonobstant l'existence du droit de poursuite à raison de la zone économique exclusive et du plateau continental, dont la séparation dispositive dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer permet d'y voir une « nature *sui generis* » (Guilfoyle (D.), « Article 111 », *in* Proelss (A.) (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, *op. cit.*, pp. 772-779, p. 774) et qui en tout état de cause est apparu avec ces espaces, bien après la consécration du droit de poursuite dans sa forme « territorialisée » originelle.

[661] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 111 § 1.

[662] United States, United States District Court, D. Massachusetts, 1922 (18 sept.), *The Grace and Ruby*, *Annual Digest of Public International Law Cases* 1919-1922, Case No. 74, pp. 111-112. Le juge sanctionne un navire britannique pour violation du droit étatsunien relatif à la prohibition, motif pris que « The act of unlading, although beginning beyond the three-mile limit, continued until the liquor was landed, and the schooner was actively assisting in it by means of her small boat and three of her crew, who were on the motor-boat for that purpose » (p. 112).

irréguliers[663] sur les côtes. Le contrôle de la frontière est-il condamné à respecter le découpage des espaces internationaux et se cantonner aux flux qu'il peut intercepter sur le territoire ou la zone contiguë ? La fiction juridique forge un lien territorial pour éviter cela. Certes, le navire est formellement dans les eaux internationales, mais son activité tisse un lien avec – « construit sa présence » sur – le territoire au large duquel il est amarré, ce qui justifie une intervention de l'État affecté qui peut dès lors le poursuivre. Cette logique a en particulier prévalu sur les navires émettant des émissions non autorisées depuis la haute mer[664], mais trouve un ancrage plus général dans le droit de poursuite qui permet de poursuivre le « navire gigogne », même si seule se trouve dans les eaux territoriales l'« embarcation » qui s'y rattache[665].

155. Unilatéralement projeté, le contrôle de la frontière s'infiltre donc *de jure* dans l'ordre juridique en s'y ménageant des voies, et se déploie *de facto* dans les possibilités d'action qui lui sont ouvertes. Restent enfin certaines limites qui l'empêchent d'empiéter sur les États tiers, c'est-à-dire de se projeter unilatéralement sur leur territoire ou sur leurs véhicules. Le déploiement extraterritorial du contrôle suppose alors de lever le verrou du consentement de l'État tiers, et passe par la voie de la coopération.

---

[663] Ronzitti (N.), « Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea », *in* Ando (N.), McWhinney (E.) et Wolfrum (R.) (dir.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, vol. II, pp. 1271-1286, p. 1278.

[664] Le droit positif a évolué à la suite d'une pratique étatique luttant contre les émissions illégales d'ondes depuis la haute mer (v. par ex. Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 67 (1963), pp. 161-163 (législation et action danoise prohibant les émissions depuis la haute mer)) en dépit de la faiblesse de l'outillage juridique permettant alors d'agir dans cet espace international, qui causait de réelles difficultés aux États, seulement dotés des moyens que prévoyait l'Accord européen de 1965 sur le sujet (*S.T.E.* n° 53 ; v. par exemple la déclaration du ministre français de l'Information, reproduite *in A.F.D.I.*, t. 14 (1968), p. 909 : l'application de l'accord européen pour la répression de ces émissions « n'a pu permettre une répression efficace de la part des pays troublés parce que les stations pirates sont établies en dehors des eaux territoriales de l'État concerné et qu'elles échappent par là à sa juridiction. Par ailleurs, les navires hissent un pavillon de complaisance, ou tout au moins le pavillon de tel ou tel pays situé à l'autre bout du monde, peu soucieux de ces agissements ou tout simplement hors d'état pour des raisons diverses, de retirer son pavillon. Il s'ensuit que la loi internationale est souvent impunément violée » ; Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 69 (1965), pp. 517-527 (illicéité de l'intervention néerlandaise contre la station émettrice de télévision Noordzee édifiée sur une île artificielle en haute mer) ; The Netherlands, Supreme Court, 1984 (24 jan.), Court of Appeal of the Hague, 1986 (29 mai), *Compania Naviera Panlieve SA v. Public Prosecutor*, *I.L.R.* vol. 101, pp. 409-418 (illégalité de l'interception en haute mer faute de compétence de l'État néerlandais sur un pavillon étranger diffusant des ondes)). Répondant à Rousseau qui avançait que « le seul remède à l'actuelle anarchie des ondes ne peut venir que de la réglementation internationale » (« Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 68 (1964), p. 955), la Convention de Montego Bay consacre le pouvoir répressif de l'État sur les navires situés en haute mer émettant de telles ondes si « les émissions peuvent être captées » sur son territoire (art. 109 § 3 *litt.* d), étend la compétence du pouvoir juridictionnel contre les personnes commettant de tels actes. Le paragraphe 4 du même article précise qu'en haute mer, « un État ayant juridiction conformément au paragraphe 3 peut, en conformité avec l'article 110, arrêter toute personne ou immobiliser tout navire qui diffuse des émissions non autorisées et saisir le matériel d'émission », ce à quoi l'art. 110 § 1 *litt.* c) fait écho. La compétence fut reprise par certains États dans leur droit interne, v. par ex. Code maritime de Madagascar du 2 avril 2004, *B.D.M.*, n° 56 (2004), pp. 65-133, art. 1.6.05.).

[665] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 111 § 4 ; v. aussi l'application de la doctrine par le Tribunal de Naples, 1976 (17 déc.), *Re Pulos and others*, *I.L.R.* vol. 77, pp. 587-592, et les développements de Poulantzas (N. M.), *The Right of Hot Pursuit in International Law*, *op. cit.*, pp. 243-251.

§ 2. Le déploiement par coopération du contrôle des frontières

156. L'État n'est pas cantonné à son seul contrôle unilatéral et peut trouver quelque terrain d'entente avec ses pairs pour amplifier davantage son action, par une coopération sur le contrôle des frontières d'ailleurs appelée au niveau mondial par l'Assemblée générale des Nations Unies[666]. En effet le droit international permet à l'État de projeter son activité de contrôle au-delà de la limite constituée par le respect des autres États, et joue en cela un rôle largement organisationnel qui, loin de la limiter, permet plutôt « d'étendre la puissance juridique des États en leur conférant de nouveaux droits subjectifs internationaux »[667]. En l'occurrence, le droit de contrôler la frontière où cela était interdit par le respect des tiers. Le contrôle des frontières gagne donc encore en ampleur par la coopération des États qui, sinon, s'entre-limiteraient, que ce soit à travers la jonction des forces étatiques dans une bilatéralisation du contrôle (A), ou par l'extension du contrôle unilatéral au-delà de ce que le strict unilatéralisme permet (B). Si une certaine coopération peut également être vue dans la délégation du contrôle, elle relève plutôt de la question de l'imputation et sera étudiée à ce titre dans la section suivante.

A. La bilatéralisation du contrôle des frontières

157. La bilatéralisation (ou multilatéralisation) du contrôle des frontières émane d'abord de la situation de voisinage, pour éviter ses frictions[668] et accroître sa fluidité[669] dans l'espace restreint de la zone frontalière où deux puissances publiques peuvent entraver les flux. Car elle associe des compétences *a priori* exclusives qui touchent l'activité sensible du contrôle des

---

[666] Doc. N.U., A/71/L.1, Assemblée générale, 13 septembre 2016, Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants, § 24, appelle à la coopération « en matière de contrôle et de gestion des frontières, en ce qu'elle constitue un élément important pour la sécurité des États, y compris les questions relatives à la lutte contre la criminalité transnationale organisée, le terrorisme et le commerce illicite. »

[667] Santulli (C.), « L'expansion de la souveraineté de l'État », *R.G.D.I.P.*, t. 123 (2019), pp. 355-361, p. 357 (dont nous reprenons ici l'idée malgré le sens divergent de « souveraineté » par rapport à celui établi dans le chapitre 1 du présent titre ; il est plutôt question de *puissance*). Pour une pratique construite d'une telle expansion, v. par ex. Clayton (G.), « The UK and Extraterritorial Immigration Control: Entry Clearance and Juxtaposed Control », *in* Mitsilegas (V.) et Ryan (B.) (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal challenges.*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, x-449 p., pp. 391-423, pp. 398-411 (projection unilatérale par accord) et 411-417 (contrôle bilatéralisé), et dans le même ouvrage Frenzen (N.), « US Migrant Interdiction Practices in International and Territorial Waters », pp. 369-390, pp. 375-386, dont ressort la place importante de la négociation et conclusion d'accords permettant le contrôle migratoire dans la politique juridique extérieure étatsunienne.

[668] Frictions inévitables qui appellent une coopération, selon la définition bien connue du « voisinage » fournie par la sentence du *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*, qui désigne en droit des « situations de proximité qui, à peine d'engendrer des frictions continuelles, appellent une collaboration continue au bénéfice des nationaux ou des services publics de deux ou de plusieurs États dont les activités s'interpénètrent dans un même espace géographique » (préc., p. 241, § 27).

[669] Pop (I.), *Voisinage et bon voisinage en droit international*, Paris, Pedone, 1980, vii-383 p., pp. 86-97 (à propos de la pratique de police dans la zone de voisinage).

frontières, cette bilatéralisation suppose une « collaboration intime »[670] dont la traduction varie selon le cas d'espèce et les modalités que les États lui ont donné. Sans tomber dans une recherche d'exhaustivité synthétique de tous ces cas particuliers[671], il conviendra simplement de relever que cette bilatéralisation étend le contrôle en permettant la constitution d'un espace qui lui est dédié (1), où s'articulent les compétences (2).

1. L'extension du contrôle frontalier à raison de la « frontière-zone »

158. Par le jeu de la coopération entre les États frontaliers, la frontière devient une zone : sa linéarité se distend en un espace dans lequel s'applique un régime de frontière qui lie les États[672]. Un tel régime oblige bien à ajouter le qualificatif « zone » au terme de frontière qui, autrement, « expression de l'exclusivisme territorial, est inapte à rendre compte des devoirs qu'entraîne entre États voisins une communauté d'intérêts qui appelle non l'arrêt des compétences, mais leur collaboration »[673]. Le contrôle se déploie à la mesure de cette zone, où son espace de prédilection, autour de la ligne-frontière, est mutualisé avec le voisin et étendu d'autant. Il peut d'abord s'agir de l'établissement d'une véritable « zone frontalière », définie comme « la zone qui s'étend sur une profondeur de [*x*] kilomètres sur le territoire de chacune des deux Parties Contractantes à partir de la ligne frontière commune »[674]. Plus généralement toutefois, la zone de contrôle est assignée à un point de passage[675], comme les postes de passage

---

[670] Smets (P.-F.), « La pratique belge en matière de contrôles frontaliers et de gares communes et d'échange », *R.B.D.I.*, 1967-1, pp. 270-294, p. 284.

[671] Outre les mots-clefs du contrôle frontalier, de nombreux accords créant tel ou tel bilatéralisation du contrôle ressortent des mots-clefs « contrôles nationaux juxtaposés » dans le moteur de recherche du *Recueil de Traités des Nations Unies*, avec des accords très localisés comme celui entre la Suisse et l'Italie relatif à la création d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés au poste frontière Stabio / Gaggiolo (*R.T.N.U.*, vol. 3138, I-53798).

[672] Sur la notion de frontière-zone, v. Lapradelle (P. (de)), *La frontière*, *op. cit.*, p. 14 (où la « frontière-zone » est présentée, le développement du concept étant l'un des apports de cet ouvrage à la doctrine internationaliste, notamment dans sa 2nde partie, spéc. pp. 277-282 sur la collaboration des polices douanière et sanitaire des États), et du même auteur « Théorie de la frontière », *Répertoire de droit international*, t. VIII, Paris, Sirey, 1930, pp. 487-514 (spéc. pp. 502-504 sur la coopération de la police douanière, pp. 509-510 sur le système de la gare commune), où il considère que la « frontière » est exclusivement une zone et réserve le terme de « limite » à la ligne qu'elle désigne habituellement ; Blumann (Cl.), « Frontières et limites », », *op. cit.*, pp. 25-29 ; Kohen (M.), « Murs, souveraineté et frontières », in Sorel (J.-M.) (Dir.), *Les Murs et le droit international*, *op. cit.*, p. 129, où l'auteur précise que « frontière-zone » désigne le *régime* s'appliquant à la frontière.

[673] Visscher (Ch. (de)), *Problèmes de confins en droit international public*, Paris, Pedone, 1969, 200 p., pp. 12-13.

[674] *R.T.N.U.*, vol. 1644, I-28250, Annexe I à l'Accord relatif à la frontière internationale entre le Royaume d'Arabie saoudite et le Sultanat d'Oman, concernant l'organisation des autorités frontalières, art. 2 § 1 (la zone s'étend à cinq kilomètres dans ce cas). V. aussi le cas du contrôle d'une « Zone neutre » entre deux États limitrophes en l'absence de ligne-frontière encore déterminée, jadis entre l'Arabie saoudite et le Koweït (*R.T.N.U.*, vol. 1750, I-30548, Échange de notes constituant un accord relatif au procès-verbal approuvé entre la Commission saoudienne et la Commission koweïtienne relatif au levé à la délimitation de la zone neutre, concernant l'établissement de postes de contrôle aux frontières de la zone neutre).

[675] V. par ex. *R.T.N.U.*, vol. indéterminé, I-58070, Accord-cadre concernant des centres de contrôle binationaux à la frontière terrestre entre l'Équateur et le Pérou, arts. 1 *litt.* a) et 2 ; *R.T.N.U.*, vol. 2756, I-48625, Accord entre la Pologne et l'Ukraine relatif à la coopération en vue du contrôle de personnes, de marchandises et de moyens de transport traversant la frontière d'État Pologne-Ukraine, art. 1 § 2.

communs aux gares frontières[676], les points de passage routiers[677], les ports[678] voire un aéroport comme celui de Bâle-Mulhouse, commun à la France et à la Suisse[679]. Ce lieu peut d'ailleurs être mouvant, lorsque le contrôle a lieu à bord d'un train circulant d'un territoire à un autre[680], d'un bus[681] ou d'un navire en cours de route[682]. Les Parties pourront ainsi prévoir que « [d]ans la Liaison Fixe, chaque Gouvernement autorise les agents de l'autre État à exercer sur son propre territoire leurs fonctions pour l'application des pouvoirs relatifs aux contrôles frontaliers. »[683] Le véhicule devient la zone de contrôle[684].

159. Le droit rend ici un grand service au déploiement car « [l]e contrôle exécuté sur le territoire de l'État de séjour par les agents de l'État limitrophe est entièrement basé sur une fiction : les infractions aux prescriptions légales et réglementaires commises sur le territoire de l'État de séjour sont réputées commises sur le territoire de l'État limitrophe dans le ressort désigné par lui à cette fin »[685], « avec les mêmes conséquences juridiques que si ces activités avaient été réalisées sur le territoire du pays d'origine »[686]. Autrement dit, la fiction juridique situe l'opération de contrôle sur le territoire de l'État B alors qu'elle a lieu sur celui de l'État

---

[676] Il y aura alors une « gare commune », entendue comme « une gare où sont combinées en tout ou en parties les opérations de services ferroviaires que nécessitent le passage des personnes et l'acheminement des marchandises franchissant la frontière » (art. 2 § 3 de l'Accord concernant la juxtaposition des contrôles et la création de gares communes ou de gares d'échange à la frontière néerlando-allemande, *R.T.N.U.*, vol. 570, I-8291).

[677] V. par ex. *R.T.N.U.*, vol. 1951, I-33423, Lituanie – Lettonie, Accord de coopération concernant les contrôles aux postes de passage commun de la frontière d'État, art. 1 § 1 ; *R.T.N.U.*, vol. 188, I-2525, Belgique – France, Convention relative à la création de bureaux à contrôles nationaux juxtaposés à la frontière, art. 2.

[678] *R.T.N.U.*, vol. 2290, I-40803, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord – France, Traité relatif à la mise en œuvre de contrôles frontaliers dans les ports maritimes de la Manche et de la mer du Nord des deux pays. Le Touquet, 4 février 2003, arts. 1 § 2, 2 *litt.* d) et 3.

[679] V. Guinchard (M.), « La collaboration franco-helvétique en matière d'aéroports (Bâle-Mulhouse et Genève) », *A.F.D.I.*, vol. 3 (1957), pp. 668-677, et surtout Ladet (G.), *Le statut de l'aéroport de Bâle-Mulhouse, établissement public international*, Paris, Pedone, 1984, 327 p.

[680] *R.T.N.U.*, vol. 1747, I-30456, France – Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Protocole relatif aux contrôles frontaliers et à la police, à la coopération judiciaire en matière pénale, à la sécurité civile et à l'assistance mutuelle concernant la liaison fixe trans-Manche, art. 7 ; Lituanie – Lettonie, Accord de coopération concernant les contrôles aux postes de passage commun de la frontière d'État, préc., art. 1 § 2 ; *R.T.N.U.*, vol. 2414, I-43542, Accord entre la Lituanie et la Pologne concernant la coopération dans les contrôles de personnes, de marchandises et de moyens de transport à la frontière nationale lituano-polonaise par routes et par chemins de fer, art. 16 § 1.

[681] Accord entre la Lituanie et la Pologne concernant la coopération dans les contrôles de personnes…, préc., art. 14 § 2.

[682] *R.T.N.U.*, vol. 570, I-8291, Accord concernant la juxtaposition des contrôles et la création de gares communes ou de gares d'échange à la frontière néerlando-allemande, art. 1 § 2 *litt.* b).

[683] Protocole relatif aux contrôles frontaliers et à la police, à la coopération judiciaire en matière pénale, à la sécurité civile et à l'assistance mutuelle concernant la liaison fixe trans-Manche, préc., art. 8.

[684] Accord concernant la juxtaposition des contrôles et la création de gares communes ou de gares d'échange à la frontière néerlando-allemande, préc., art. 3 § 2 : « La zone peut comprendre : (…) *c)* Pour la navigation : (…) 5) Lorsque les contrôles se font à bord d'un bateau en cours de route, *le bateau lui-même* et la vedette de contrôle sur le parcours désigné » (nous soulignons).

[685] Smets (P.-F.), « La pratique belge en matière de contrôles frontaliers… », *op. cit.*, p. 283.

[686] Accord entre la Lituanie et la Pologne concernant la coopération dans les contrôles de personnes…, préc., art. 3 ; Accord entre la Pologne et l'Ukraine relatif à la coopération en vue du contrôle de personnes…, préc., art. 4.

A, étendant ainsi l'application spatiale de la règlementation étatique et, avec elle, celle du contrôle frontalier qui vise son respect[687]. En effet la fiction se poursuit sur l'opération de contrôle elle-même en ce que la zone constitue l'espace de validité du mandat des autorités frontalières de chaque État[688], qui pourront par exemple y exécuter la lutte contre la contrebande[689] ou contre la propagation d'épidémies ou épizooties[690]. Il y a donc extension de l'espace de pouvoir, ou plutôt *des* pouvoirs, ce qui suppose l'articulation des compétences qui tracent leur sphère de déploiement.

2. L'organisation des contrôles frontaliers par l'articulation des compétences

160. Conformément au régime juridique établi par les États parties, les agents de chacun peuvent donc effectuer des actes de souveraineté dans la zone nonobstant leur localisation effective, comme portant en eux le territoire de l'État dont ils ressortent. Il y a, dès lors, « juxtaposition de compétences dans la zone »[691]. Mais ainsi juxtaposées, les compétences doivent encore être *articulées* pour éviter les heurts que causerait le chevauchement non-encadré d'actions d'agents douaniers relevant d'États distincts[692]. Il en va de la viabilité et de l'efficacité de la coopération, de sorte que l'articulation des compétences est autant une limite posée à la projection du contrôle qu'une condition de sa possibilité et donc, *in fine*, un moyen

---

[687] Il en découle que les infractions au droit interne de l'État limitrophe relatif aux contrôles frontaliers constatées dans la zone située dans l'État de séjour sont soumises au droit de l'État limitrophe, « comme si ces infractions avaient été commises sur le territoire de ce dernier » (France – Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Protocole relatif aux contrôles frontaliers et à la police…, préc., art. 11 ; *R.T.N.U.*, vol. 2290, I-40803, Traité relatif à la mise en œuvre de contrôles frontaliers dans les ports maritimes de la Manche et de la mer du Nord des deux pays, art. 3 § 3 ; Lituanie – Lettonie, Accord de coopération concernant les contrôles…, préc., art. 4). Pour une illustration jurisprudentielle, v. Poland, Supreme Court, Fifth Division, 1924 (17 déc.), *Poland (Republic of) v. Stanek*, *Annual Digest of Public International Law Cases* 1923-1924, Case No. 52, p. 103 : s'agissant du contrôle opéré par les douanes polonaises au poste de Brynnek en territoire allemand, autorisé par la Convention germano-polonaise de 1922 sur la Haute-Silésie, « the station at Brynnek must be considered as situated within Poland, and a customs offence committed there must be considered as having been committed in Poland » ; Belgium, Court of Cassation (Second Chamber), 1980 (16 avr.), *Lo Yin Ling and Man Kin Ping*, *I.L.R.* vol. 82, pp. 104-106 (en français *in Pasicrisie*, 1980, I, p. 1025), à propos d'un contrôle douanier par les autorités belges à bord d'un train en route situé sur le territoire français, conformément à la Convention franco-belge de 1962 sur le contrôle frontalier les infractions contre lesquelles agissent les douaniers belges « are to be regarded as having been committed on Belgian territory » ; Section criminelle de la Cour suprême de l'Espagne, 1992 (22 janv.), reproduit *in S.Y.I.L.*, vol. 2 (1992), pp. 341-342.

[688] Annexe I à l'Accord relatif à la frontière internationale entre le Royaume d'Arabie saoudite et le Sultanat d'Oman, préc., art. 7 ; France – Royaume-Uni, Protocole relatif aux contrôles frontaliers et à la police…, préc., art. 1 § 2 *litt*. g) ; Accord-cadre concernant des centres de contrôle binationaux à la frontière terrestre entre l'Équateur et le Pérou, préc., art. 9.

[689] Annexe I à l'Accord relatif à la frontière internationale entre le Royaume d'Arabie saoudite et le Sultanat d'Oman, préc., art. 7 § 3.

[690] *Ibid.*, art. 7 § 5.

[691] Smets (P.-F.), « La pratique belge en matière de contrôles frontaliers… », *op. cit.*, p. 293.

[692] Accord entre la Lituanie et la Pologne concernant la coopération dans les contrôles de personnes…, préc., art. 17 § 1 : « En vue de réaliser correctement les activités officielles, les autorités de contrôle compétentes des Parties contractantes coordonneront la procédure de contrôle conjoint aux postes de passage de la frontière ».

de l'étendre. L'exigence minimale est que *ratione tempori*, les compétences ne soient pas simultanées mais *successives*[693] sauf procédure commune établie qui résume le contrôle en un acte[694], le contrôle étant sinon logiquement effectué d'abord par l'État de sortie puis par l'État d'entrée[695]. Au surplus, il est possible de les découper *ratione loci* selon différents secteurs au sein de la frontière-zone[696], et *ratione personae* en limitant le pouvoir d'arrestation aux ressortissants de l'État territorial[697]. Quoiqu'il en soit, dès lors que l'exercice des pouvoirs dans le champ de compétence entraîne l'application par l'agent étatique de son droit interne qui détermine les modalités d'entrée et de sortie sur le territoire, l'articulation des compétences commande celle de l'applicabilité des droits[698]. Ainsi « [l]e droit applicable suit fidèlement la compétence des agents : chacun de ceux-ci applique le droit de son État »[699] qui porte sur le contrôle opéré[700]. Dans cette configuration, les agents de l'État portent en eux le « domaine de validité territorial [de leur] ordre juridique étatique »[701], qui les suit dans l'imbrication remarquable, déjà notée, qui les autorisent « à appliquer tous les règlements de leur État relatif au contrôle frontalier sur le territoire de l'État territorial de la même manière, dans la même

---

[693] Smets (P.-F.), « La pratique belge en matière de contrôles frontaliers… », *op. cit.*, p. 293 ; Accord-cadre concernant des centres de contrôle binationaux à la frontière terrestre entre l'Équateur et le Pérou, préc., art. 1 *litt.* b), le contrôle intégré est celui opéré « conjointement et successivement, au moyen de procédures administratives et opérationnelles harmonisées, par des fonctionnaires nationaux désignés du pays de sortie et du pays d'entrée ».

[694] Accord-cadre concernant des centres de contrôle binationaux à la frontière terrestre entre l'Équateur et le Pérou, préc., art. 6 : « Jusqu'à la mise en place de procédures uniques, le contrôle est effectué de manière séquentielle, en commençant par le contrôle effectué par les fonctionnaires du pays de sortie et en continuant par le contrôle effectué par les fonctionnaires du pays d'entrée. Une fois les procédures uniques mises en place, le contrôle est effectué simultanément, c'est-à-dire en un seul acte par les agents du pays de sortie et du pays d'entrée. »

[695] Lituanie – Lettonie, Accord de coopération concernant les contrôles aux postes de passage commun de la frontière d'État, préc., art. 5 § 1, qui précise l'ordre symétrique suivant : « 1.1 Contrôle douanier et autre par l'État de sortie ; 1.2. Contrôle frontalier par l'État de sortie ; 1.3. Contrôle frontalier par l'État d'entrée ; 1.4. Contrôle douanier et autre par l'État d'entrée » ; France – Royaume-Uni, Protocole relatif aux contrôles frontaliers et à la police…, préc., art. 12 ; Accord entre la Pologne et l'Ukraine relatif à la coopération en vue du contrôle de personnes…, préc., art. 5 § 1.

[696] Ladet (G.), *Le statut de l'aéroport de Bâle-Mulhouse, établissement public international*, Paris, Pedone, 1984, 327 p., p. 56 (répartition des compétences par secteurs de l'aéroport restreignant la compétence territoriale française).

[697] *R.T.N.U.*, vol. 1952, I-33467, Allemagne – République tchèque, Traité visant à faciliter les opérations de contrôle frontalier du trafic ferroviaire, routier et maritime, art. 7 § 1 ; Federal Republic of Germany, Superior Provincial Court (Oberlandesgericht) of Düsseldorf, 1983 (31 mai), *Joint Customs Post Case*, *I.L.R.* vol. 86, pp. 526-532 (l'arrestation d'un ressortissant néerlandais par les autorités allemandes dans un poste douanier commun établi par un traité germano-néerlandais constitue une violation de ce traité).

[698] Lituanie – Lettonie, Accord de coopération concernant les contrôles…, préc., art. 5 § 2 et 3.

[699] Smets (P.-F.), « La pratique belge en matière de contrôles frontaliers… », *op. cit.*, p. 293.

[700] Royaume-Uni – France, Traité relatif à la mise en œuvre de contrôles frontaliers dans les ports maritimes de la Manche et de la mer du Nord des deux pays, préc., art. 3 §§ 2 et 4 : seul le droit interne « relati[f] aux contrôles frontaliers » est applicable et sanctionnable.

[701] Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 283. Bien sûr, il est possible de considérer que le droit interne de l'autre État ne s'applique qu'en vertu du traité intégré au droit interne de l'État territorial, et donc que l'application du droit interne de l'État limitrophe n'a lieu qu'en application du droit interne de l'État territorial l'y autorisant, ce en quoi ce dernier est toujours valide. Il reste que c'est bien le droit d'un autre État par les agents d'un autre État qui va être appliqué sur le territoire.

mesure et avec les mêmes conséquences que sur le territoire de leur propre État. »[702] Le contrôle frontalier est donc aussi réparti qu'étendu au bénéfice de l'accord, qui peut encore l'étendre en admettant son déploiement.

B. Le déploiement unilatéral par accord du contrôle des frontières

161. Le déploiement unilatéral du contrôle des frontières trouve sa limite dans le respect de l'État tiers, et donc sa dernière voie en droit positif dans l'accord de cet État pour que le contrôle soit projeté sur lui. Alors, l'État territorial déploie son contrôle de façon unilatérale dans la mesure où il est seul à l'organiser, mais fort de l'accord de l'État tiers qui lui donne une nouvelle ampleur. Là est l'idée essentielle, au-delà de laquelle le déploiement en cause est dépendant d'accords contingents et ne saurait donc trop retenir l'attention de l'étude généraliste. Il suffira de développer l'idée en établissant que par l'accord, l'État peut dépasser les limites spatiale (1) et personnelle (2) que ses pairs posent à son contrôle.

1. Le dépassement de la limite spatiale

162. La projection du contrôle frontalier jusque sur le territoire tiers est très pratiquée à travers l'activité consulaire, qui dépend de la coopération dans la mesure où l'État n'est aucunement obligé de recevoir des consuls étrangers sur son territoire[703]. Par cette activité, un premier contrôle peut être opéré car l'une des fonctions consulaires est de décider de l'octroi ou non d'un visa[704], ce qui revient à contrôler la frontière dès avant le départ de l'individu dès lors que le visa, « entendu comme une autorisation préalable à l'entrée sur un territoire, est un outil de contrôle des entrées, et donc des flux migratoires, tout comme il peut également se révéler être un instrument de politique étrangère et de sécurité »[705].

163. Outre cette activité purement formelle, l'accord permet également l'accueil d'activités matérielles à l'instar de la bilatéralisation du contrôle et voit ainsi certains États dépasser « la plus vive répugnance [qu'ils montraient] à laisser des agents étrangers procéder à des opérations

---

[702] Allemagne – République tchèque, Traité visant à faciliter les opérations de contrôle frontalier du trafic ferroviaire, routier et maritime, préc., art. 6 ; France – Royaume-Uni, Protocole relatif aux contrôles frontaliers et à la police…, préc., art. 9 ; Royaume-Uni – France, Traité relatif à la mise en œuvre de contrôles frontaliers dans les ports maritimes de la Manche et de la mer du Nord des deux pays, préc., art. 3 § 2.
[703] Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 2 § 1.
[704] *S.T.E.*, n° 61, Convention européenne sur les fonctions consulaires, art. 7 *litt.* c).
[705] Conclusions de l'Avocat général M. Paolo Mengozzi, présentées le 11 avril 2013 dans l'affaire *Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland* (C.J.U.E., 2013 (19 déc.), aff. C-84/12), point 51 ; v. également C.I.J., 2009 (13 juil.), *Droits de navigation et droits connexes*, préc., p. 257, § 113 : « La faculté qu'a chaque État de délivrer ou de refuser des visas est une expression concrète des prérogatives dont il jouit afin de contrôler l'entrée des non-nationaux sur son territoire. »

de contrôle sur leur propre territoire »[706]. En effet, la pratique conventionnelle contient par exemple l'autorisation d'un État de procéder à des saisies de navires dans les eaux territoriales de l'autre, comme le prévoit un accord entre les États-Unis et Haïti[707], ou l'autorisation d'intervention dans les aéroports afin d'y filtrer les migrants en amont[708].

2. Le dépassement de la limite personnelle

164. Le contrôle des frontières peut enfin être projeté sur les véhicules de l'État tiers car s'il ne peut, en principe, être exercé sur le navire battant pavillon d'un État tiers en haute mer[709] ou dans la zone économique exclusive[710], c'est sous réserve d'un accord trouvé par l'État territorial avec l'État du pavillon qui permet d'en faire sauter la juridiction exclusive qui limitait le contrôle.

165. Il arrive ainsi que des États acceptent l'intervention d'un autre sur les navires battant leur pavillon en haute mer, même si cela reste rare dans la mesure où « la résistance des États est forte et (…) ils n'acceptent que très rarement que des navires battant pavillon étranger soient habilités, en tant que tels, à exercer en haute mer des pouvoirs de contrainte sur leurs navires »[711]. C'est ce que prévoyaient à leur époque les *Liquor Treaties* déjà cités[712], qui permettaient le contrôle alors que la zone contiguë n'était pas encore consacrée par le droit positif. Plus récemment, la coopération précitée entre les États-Unis d'Amérique et Haïti autorise les premiers à intercepter en haute mer les navires battant pavillon haïtien pour arrêter l'immigration[713]. Enfin, en dehors d'accords autorisant l'intervention de manière générale,

---

[706] Varlez (L.), « Les migrations internationales et leur réglementation », *R.C.A.D.I.* vol. 20 (1927), pp. 165-348, p. 245.
[707] L'accord est reproduit *in* Nash Leich (M.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 76 (1982), pp. 374-375 et *in I.L.M.*, vol. XX-5 (1981), pp. 1198-1202 ; pour une application de l'accord, v. United States, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1979 (23 fév.), *United States v. Conroy and Others*, *I.L.R.* vol. 91, pp. 493-508.
[708] V. l'opération de contrôle britannique qui était en cause en République tchèque dans England, House of Lords, 2004 (9 déc.), *Regina (European Roma Rights Centre and Others) v. Immigration Officer at Prague Airport and Another (United Nations High Commissioner for Refugees Intervening)*, *I.L.R.* vol. 131, pp. 652-711.
[709] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 92.
[710] *Ibid.*, art. 56 ; T.I.D.M., 1999 (1er juil.), *Navire « Saiga » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, *T.I.D.M. Rec.* 1999, pp. 54-55, §§ 127 et 131, l'État ne saurait appliquer sa législation douanière dans la Z.E.E., le prétendu « intérêt public » invoqué par la Guinée n'étant pas recevable en droit international pour fonder une telle action.
[711] Treves (T.), « Intervention en haute mer et navires étrangers », *op. cit.*, p. 652.
[712] Ils figurent dans les développements sur la zone contiguë, au paragraphe 143.
[713] Comme référé ci-dessus, l'accord est reproduit *in* Nash Leich (M.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 76 (1982), pp. 374-375 et *in I.L.M.*, vol. XX-5 (1981), pp. 1198-1202 : « Upon boarding a Haitian flag vessel, in accordance with this agreement, the authorities of the United States Government may address inquiries examine documents and take such measures as are necessary to establish the registry, condition and destination of the vessel and the status of those on board the vessel. When these measures suggest that an offense against United States immigration laws or appropriate Haitian laws has been or is being committed, the Government of the Republic of Haiti consents to the detention on the high seas by the

l'État contrôlant peut toujours demander l'autorisation d'intervenir à l'État du pavillon, comme l'encourage par exemple la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants[714]. Dans ce cas toutefois, l'autorisation relève au mieux de la discrétion de l'État du pavillon, soumise à la contrainte minimale de la prohibition de l'arbitraire si la demande d'intervention se fonde sur un intérêt protégé telle la lutte contre le trafic de stupéfiants[715].

166. En dépit des quelques limites que le droit international pose en protection du ou des États tiers, il est désormais établi que la souveraineté territoriale ne cantonne pas le phénomène du contrôle des frontières qui y prend racines. Au contraire, le droit international accueille et permet le déploiement du contrôle frontalier, que ce soit par la consécration d'espaces et fondements pour l'opérer unilatéralement, ou en lui fournissant l'outil de l'accord pour dépasser les limites posées par les États tiers et étendre d'autant son ampleur. S'il peut être dit que le droit international encadre le déploiement du contrôle en amont, car il lui impose bien des limites spatiales et personnelles, c'est donc avec la sérieuse réserve qu'il a parallèlement été modelé par la puissance du contrôle et en permet une large activité. La question de l'aptitude du droit international à suivre le contrôle hors la stricte souveraineté territoriale se fait alors d'autant plus pressante : face à ces déploiements invasifs et juridiquement appuyées, y a-t-il encore une réelle possibilité de limitation du contrôle par le droit international, alors même qu'il est non seulement déployé hors le territoire mais aussi hors la puissance étatique ?

Section 2. Le corollaire de la responsabilité attachée à la puissance déployée

167. La saisie juridique du contrôle des frontières déployé interroge car il semble fuir le cadre originel de la souveraineté territoriale où il a d'abord été situé, perturbant ainsi les repères du droit international. Cette interrogation devient un problème au vu de l'ampleur du déploiement, spatial et personnel. C'est pourquoi après la soumission de la souveraineté territoriale au droit[716], l'attachement de la responsabilité internationale à la puissance étatique sous ses

---

United States Coast Guard of the vessels and persons found on board ». L'accord fut suivi d'une *Proclamation* du Président Reagan visant la prévention de l'entrée d'étrangers depuis la haute mer par l'action des garde-côtes sur les navires en haute mer battant le pavillon d'États avec lesquels les États-Unis ont conclu un accord permettant l'intervention (Proclamation 4865 du 29 septembre 1981, « High Seas Interdiction of Illegal Aliens », Section 2, *litt*. a) 3), reproduite *in* Nash Leich (M.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.,* vol. 76 (1982), pp. 376-377 et *in I.L.M.*, vol. XX-5 (1981), pp. 1263-1264), et donna lieu à la célèbre affaire *Sale and Others v. Haitian Centres Council Inc and Others* (United States, Supreme Court, 1993 (21 juin)), *I.L.R.*, vol. 95, pp. 576-610).

[714] *R.T.N.U.*, vol. 1582, I-27627, Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (avec annexe), art. 17.

[715] Outre la Convention contre les stupéfiants précitée, v. la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 108 § 1.

[716] Établie dans la première section du chapitre 1 du présent titre.

diverses expressions est le deuxième jalon de l'encadrement du phénomène du contrôle des frontières. Il faut s'y attarder car en dépend l'opérabilité de la limite juridique posée à un phénomène multiple, pouvant avoir lieu sur tout espace et à travers tout entité. Or en première approche, la territorialité et l'étaticité de l'ordre juridique international pourraient empêcher la contrainte juridique : seul l'État étant sujet des obligations internationales pertinentes et celui-ci étant spatialement identifié par son territoire, il n'assumerait d'obligations que pour les seules actions effectuées par lui et sur cet espace. En sortant de ce cadre, le déploiement du contrôle frontalier irait le loger dans un angle mort du droit international. L'affirmation est simple, mais visiblement simpliste car le droit international ne se cantonne pas à un tel formalisme rigide. Loin de s'arrêter aux seuls agents et au seul territoire de l'Etat, le droit international s'attache plutôt à encadrer la puissance étatique, certes avec une forte détermination territoriale et subjective mais qui ne saurait *a priori* limiter l'application de la contrainte. Or la puissance étatique imprègne l'opération de contrôle des frontières comme activité souveraine[717], y compris lorsqu'elle est déployée. Partant, le contrôle frontalier et la puissance étatique qu'il contient sont rattrapés par l'imputation en cas de délégation (§ 1), et par l'opposabilité du droit en cas d'action extraterritoriale (§ 2).

§ 1. L'imputation du contrôle de la frontière à raison de la puissance déléguée

168. La délégation du contrôle frontalier vise à le déployer à travers d'autres personnes que l'État territorial et ses agents, ce qui questionne le respect du droit international par l'État qui n'agit plus directement et pourrait alléguer cette distanciation pour se soustraire à ses obligations. Les cas en sont nombreux dans la pratique : l'État territorial recourt tantôt à une société privée pour assurer la détention de migrants, tantôt à des agents d'autres États qui lui prêtent assistance dans le cadre d'une coopération, tantôt encore il délègue le contrôle à un État tiers chargé de filtrer les flux en amont de la route migratoire. À chaque fois, la frontière est contrôlée, les flux rejetés ou enfermés, mais ce n'est plus (seulement) l'État qui, en apparence, réalise ces faits. La puissance étatique semble diluée et échapper à la forme classique que connaît le droit international et par laquelle il la saisit ; un voile est créé. L'imputation

[717] V. l'opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque sous C.E.D.H., 2012 (23 févr.), *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09, pp. 79-80 : le contrôle des frontières « constitue une fonction essentielle de l'État, et toutes les formes de ce contrôle procèdent de l'exercice de la juridiction de l'État. Dès lors, toutes les formes de contrôle de l'immigration et des frontières d'un État partie à la Convention européenne des droits de l'homme sont soumises aux normes en matière de droits de l'homme consacrées par celle-ci et à l'examen de la Cour, quels que soient le personnel chargé de ces opérations et le lieu où elles se déroulent ». Autrement dit, « les normes de la Convention régissent toute la palette des politiques concevables de l'immigration et des frontières ». Si l'affirmation est trop générale pour résister à toutes les subtilités de la pratique, elle exprime assez l'idée dans laquelle le droit suit le contrôle.

questionne le déchirement de ce voile en reliant l'acte à la personne pour engager sa responsabilité[718]. Ainsi, l'imputation donne la mesure de la limitation du contrôle des frontières à travers les personnes qui l'actionnent, autrement dit la mesure où l'État territorial reste responsable des actions de contrôle qu'il délègue. Si le fait remonte à l'État, alors la contrainte juridique qui lui est posée reste opératoire en suivant la puissance à travers les personnes. Encore faut-il préciser les termes d'une telle imputation. Deux cas sont alors à distinguer, selon que l'État déploie son contrôle frontalier à travers des personnes privées (A) ou à travers des agents publics tiers (B).

A. L'imputation du contrôle opéré à travers des personnes privées

169. La question de l'imputation du contrôle frontalier opéré par des personnes privées se pose dès lors que ces personnes sont *a priori* extérieures à l'État et sont encore largement ignorées du droit international quant aux limites posées à leur comportement. La question se pose, et s'impose au vu de la pratique de privatisation du contrôle frontalier (1), ce à quoi le droit international répond par l'imputation du fait à l'État à raison de la puissance publique que l'activité porte en elle (2).

1. La privatisation du contrôle des frontières

170. L'époque contemporaine connaît un phénomène de privatisation des activités classiquement considérées comme relevant de l'État[719]. Comme le documentent largement la science politique et des études plus spécialisées auxquelles il faut ici laisser sa description précise, le phénomène n'épargne pas le contrôle des frontières[720] où il se traduit par deux voies.

---

[718] C'est le terme d'imputation et non d'attribution qui est retenu ici car le propos se situe au niveau de la responsabilité de la personne et non seulement de son statut d'auteur, quoique les deux se recoupent en grande partie (sur cette distinction des termes, v. Ascensio (H.), « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *R.G.D.I.P.*, t. 111 (2007), pp. 285-304, p. 288).

[719] V. l'état des lieux pratique et doctrinal dressé par Mégret (Fr.), « Are There "Inherently Sovereign Functions" in International Law? », *A.J.I.L.*, vol. 115 (2021), pp. 452-492, spéc. pp. 452-454 et 457-460, étude qui propose une intéressante construction théorique d'une protection de certaines fonctions vis-à-vis de la privatisation au vu du rôle que leur assigne l'ordre juridique international dans les relations interétatiques et pour la protection des droits de l'homme, au carrefour desquels figure le contrôle des frontières.

[720] Amilhat Szary (A.-L.), *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, *op. cit.*., pp. 55-56 ; Gammeltoft-Hansen (Th.), *Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, xix-284 p., pp. 160-167 ; v. aussi l'état des lieux pratique et doctrinal (principalement axé sur la science politique et le droit pénal) dressé par Bosworth (M.) et Zedner (L.), « Introduction », *in* Bosworth (M.) et Zedner (L.) (dir.), *Privatising Border Control. Law at the Limits of the Sovereign State*, Oxford, Oxford University Press, 2022, xi-269 p., pp. 1-12, et plus généralement les différentes contributions dans l'ouvrage qui discutent la pratique ; Doc. N.U., A/HRC/45/9, 9 juillet 2020, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Le recours aux services de sociétés militaires et de sécurité privées dans la gestion de l'immigration et des frontières et ses incidences sur la protection des droits de tous les migrants*, §§ 17 et 21.

La première voie recourt au secteur privé pour forger l'arsenal destiné à contrôler la frontière, tant numérique que physique : ainsi de la branche « Electronics and Border Security » du groupe Airbus qui conçoit des systèmes de surveillance frontalière[721], ou de la société espagnole *European Security Fencing* qui fournit le barbelé composant les murs-frontières[722]. La seconde voie entraîne les acteurs privés à exécuter l'opération même de contrôle de la frontière : ainsi par exemple des compagnies de transport chargées de contrôler les documents et la régularité migratoire de leurs passagers[723], ou de sociétés de sécurité assurant la détention de migrants[724] voire déployées jusque dans les mers pour les intercepter[725].

171. Si ce sont là avant tout des faits que chaque étude de cas devra ensuite préciser, leur existence même n'est pas anodine pour l'étude du droit international dans son ensemble. En effet, outre la pensée politique ou le droit interne qui peuvent y voir la délégation respectivement illégitime et illégale d'une fonction intrinsèquement publique[726], nombre de

---

[721] Rosière (St.), *Frontières de fer*, *op. cit.*, pp. 117-121. Sur les acteurs privés de la frontière numérisée, v. Bigo (D.), « The Digitalisation of Border Controls and their Corporate Actors », *in* Bosworth (M.) et Zedner (L.) (dir.), *Privatising Border Control*, *op. cit.*, pp. 229-247, qui souligne le rôle (pas seulement technique) que la numérisation de la frontière confère aux entités privées qui, indispensable au système et l'ayant en grande partie bâti, jouissent d'une certaine maîtrise ou au moins influence sur son fonctionnement de fond. Dans un sens similaire, v. également Doc. N.U., A/HRC/45/9, *Rapport du Groupe de travail…*, préc., §§ 39-45. Sur les risques que la frontière numérisée pose pour les droits procéduraux des migrants, v. les développements *infra* au paragraphe 448.

[722] Akkerman (M.), *Le business de l'édification des murs – Synthèse*, 2019, Transnational Institute, 10 p., spéc. p. 5 ; l'offre de la société en question est disponible sur son site Internet, qui fait également état de ses ouvrages (<https://concertina.es/en/>) ; Doc. N.U., A/HRC/45/9, *Rapport du Groupe de travail…*, préc., § 22.

[723] Amilhat Szary (A.-L.), *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, *op. cit.*, pp. 55-56 ; Doc. N.U., A/HRC/45/9, *Rapport du Groupe de travail…*, préc., § 61 ; v. la pratique mentionnée généralement *infra*, aux paragraphes 455 et 457.

[724] Doc. N.U., A/72/286, 4 août 2017, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Prisons et centres privatisés de détention d'immigrants*, §§ 13-21 et 39 ; Doc. N.U., A/HRC/45/9, *Rapport du Groupe de travail…*, préc., §§ 46-53. Pour un cas concret, v. Doc. N.U. A/HRC/54/29/Add.1, 14 juillet 2023, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peoples à disposer d'eux-mêmes – Visite en Grèce*, §§ 47-61 (not. sur le centre de Samos).

[725] Doc. N.U. A/77/268, 4 août 2022, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* (la pratique porte sur la lutte contre la piraterie, mais il n'est pas exclu que les armadas privées ainsi établies servent au contrôle migratoire (§ 18)).

[726] Thorburn (M.), « Roles and Offices at the Border. Is Privatising Border Control Intrinsically Illegitimate? », *in* Bosworth (M.) et Zedner (L.) (dir.), *Privatising Border Control…*, *op. cit.*, pp. 77-93, qui enracine sa position dans le contrat social rousseauiste ; en droit constitutionnel, v. la décision du Conseil constitutionnel français, 2021 (15 oct.), *Société Air France*, n° 2021-940 QPC, à propos de la constitutionnalité d'une loi transposant une directive européenne et enjoignant aux compagnies de transport ayant acheminé un étranger refusé à la frontière de le reconduire à l'étranger, sous peine de subir une amende. Si l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen interdit la délégation de la force publique, le Conseil écarte le grief tiré de sa violation car « [l]a décision de mettre en œuvre le réacheminement d'une personne non admise sur le territoire français relève de la compétence exclusive des autorités chargées du contrôle des personnes à la frontière. En application des dispositions contestées, les entreprises de transport aérien ne sont tenues, à la requête de ces autorités, que de prendre en charge ces personnes et d'assurer leur transport » et ainsi la maîtrise de l'individu reste-t-elle dans la compétence exclusive de l'autorité de police (points 16-17).

critiques sont émises contre la privatisation du contrôle frontalier en ce qu'elle semble favoriser les violations du droit international, principalement en raison de la faible considération de ce droit par les agents privés, d'autant plus faible qu'ils sont régis par un intérêt privé lucratif qui substitue les lois du marché aux obligations internationales[727]. Fort susceptible d'être méconnu en fait, le droit international risquerait ainsi d'être totalement inapte à limiter le contrôle frontalier si, de surcroit, l'État pouvait s'exonérer de cette méconnaissance en excipant de la délégation. L'obligation internationale échouerait à limiter le fait en raison du décalage entre le débiteur de la première et l'auteur du second. C'est dire toute l'importance de remonter à la puissance étatique derrière son déploiement par personnes privées.

2. L'imputation du contrôle frontalier à raison de la puissance publique déléguée aux personnes privées

172. Au fait des multiples moyens dont disposent les États pour agir, le droit international contient diverses voies d'imputation au-delà du seul organe officiellement étatique. Très classiquement, l'imputation à l'État de l'acte d'une personne privée peut passer par le pur fait de domination qui la lie à l'État[728], mais aussi par le renvoi au droit interne en ce qu'il contient la délégation de la puissance publique à cette personne[729]. En effet, le comportement d'une personne ou entité « qui est habilitée par le droit d['un] État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international »[730], même si ce faisant il outrepasse le cadre de son habilitation[731]. Ainsi le droit international de la responsabilité saisit-

---

[727] Doc. N.U., A/72/286, *Rapport du Groupe de travail…*, préc., §§ 25-36 et 42-60 ; v. l'étude empirique menée sur le terrain par Infantino (F.), « The Marketisation of 'Legitimate' Violence. Inducing Deportation through Public-Private Cooperation », *in* Bosworth (M.) et Zedner (L.) (dir.), *Privatising Border Control...*, *op. cit.*, pp. 153-169, qui montre que le recours au secteur privé est un moyen pour l'État de satisfaire ses objectifs migratoires selon une logique économique d'efficacité.

[728] V. principalement l'art. 8 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (*A.C.D.I.*, 2001, vol. II (2)), qui fut suffisamment appliqué et commenté pour qu'il n'y ait pas besoin de s'y appesantir, car la situation s'éloigne de la délégation qui par hypothèse est active et traduite en droit, bien qu'elle puisse certes s'opérer par entente factuelle (pour un panorama, v. Mackenzie-Gray Scott (R.), *State Responsibility for Non-State Actors. Past, Present and Prospects for the Future*, Oxford, Hart, 2022, xviii-279 p., pp. 70-107 ; dans le contexte migratoire, v. Gammeltoft-Hansen (Th.), *Access to Asylum*, *op. cit.*, pp. 185-192).

[729] Il ne s'agit en effet pas d'importer le régime interne dans son entièreté, car c'est précisément celui-ci qu'il s'agit de dépasser en ce qu'il sépare l'entité de la personne interne « État » (*A.C.D.I.*, 1974, vol. II(1), p. 289, § 3 : l'actuel article 5 trouve son origine dans la volonté d'éviter « une lacune dangereuse dans la codification de la matière » qui permettrait à l'État de soustraire son comportement (à l'époque surtout envisagé s'agissant des collectivités territoriales) au droit international par le jeu de sa personnalité interne ; sur la séparation des ordres interne et international sur ce point, v. *mutatis mutandis* Santulli (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, xiv-540 p., spéc. pp. 315-316).

[730] Art. 5 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, préc.

[731] Art. 7 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, préc. Cela suppose que le comportement *s'inscrive* dans l'habilitation, qu'il outrepasse, et ne s'en situe pas en dehors *a priori* (sur les

il l'État comme puissance, lui imputant les faits qui émanent de sa « structure de puissance publique »[732] en capturant son comportement à travers ses multiples ramifications, indépendamment de ce qu'en dit par ailleurs sa personnalité de droit interne[733].

173. Or cette saisie de l'État comme puissance est parfaitement alignée avec la saisie du contrôle des frontières, dont il a été établi dans le chapitre précédent qu'il relève de l'essence même de la puissance publique, enchâssée dans la souveraineté territoriale. Si comme l'écrit la Commission du droit international, « [p]assé un certain point, ce qui est considéré comme "public" relève de chaque société, de son histoire et de ses traditions »[734], le contrôle des frontières se situe assurément en-deçà de ce « certain point » et appartient au noyau dur du « public » ou du « *governmental* » tel que peut l'entendre le droit international. Cela, car le contrôle frontalier est au carrefour du territoire et de la souveraineté, deux éléments qui sont au fondement même de l'acception internationale de l'État personne publique. Partant, les fonctions douanières et migratoires relèvent bien des prérogatives de puissance publique dans leur essence, indépendamment de l'entité qui les exerce[735], de même que la construction d'infrastructures de contrôle frontalier[736]. Dans l'un et l'autre cas, l'entité privée est le bras

---

difficultés d'évaluation, v. Mackenzie-Gray Scott (R.), *State Responsibility for Non-State Actors*, *op. cit.*, pp. 62-64).

[732] Condorelli (L.), « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.*, vol. 189 (1984), pp. 9-221, p. 27.

[733] Le dépassement de la personnalité interne de l'État est le maître-mot de « l'attribution » dans le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État de la C.D.I. (v. not. « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *A.C.D.I.*, 2001, vol. II (2), pp. 40-41, §§ 6-7).

[734] C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 45, § 6 (article 5) ; la version anglaise lit « governmental ».

[735] Tribunal Iran-États-Unis d'Amérique, 1987 (2 nov.), *Kenneth P. Yeager c. Iran*, sentence n° 324-10199-1, § 61 : à propos des gardiens de la révolution islamique que le requérant accuse notamment de lui avoir pris de l'argent à l'aéroport au moment de son expulsion, le tribunal – qui a déjà constaté l'exercice de prérogatives de puissance publique par les gardiens même s'ils n'étaient alors pas (ou du moins était-ce douteux) des organes officiels de l'État iranien (§ 43), réfléchissant donc davantage dans le cadre du présent article 9 du Projet de la C.D.I. bien que cela ne change rien au présent propos – établit précisément que « [t]hese "Revolutionary Guards" were performing the functions of customs, immigration and security officers. (…) They were thus, obviously acting in their capacity as "organs" of the new Government or, at least, on its behalf. » Dans le même sens et à propos de l'article 5, v. C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 44, § 2 (à propos de compagnies de transport exerçant un contrôle migratoire et sanitaire) ; Mackenzie-Gray Scott (R.), *State Responsibility for Non-State Actors*, *op. cit.*, p. 58.

[736] Sentence CIRDI, 2016 (19 déc.), *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, aff. CIRDI n° ARB/11/20, § 335 : imputation au Turkménistan de la signature d'un contrat par une société turkmène avec le requérant fondée, au-delà des liens officiels entre la société et l'État turkmène, sur le caractère public de la construction d'infrastructures : « Road and bridge construction is in any event a core function of government. An entity empowered by a State to exercise elements of governmental authority is for that purpose acting as an organ of the State. »

armé de la fonction régalienne de contrôle protecteur du territoire, et son comportement est imputé à l'État dès lors qu'il l'y a habilitée par son droit interne[737], fût-ce par contrat[738].

174. Le droit international n'est donc pas en soi défaillant. L'obligation internationale de l'État territorial est opératoire en dépit de la délégation dès lors qu'est imputé à l'État le fait de contrôle même délégué, ce à quoi s'ajoute du reste une obligation positive de l'État de contrôler les agissements des entités privées délégataires[739]. Il reste néanmoins que la pratique est obscure car l'activité privée favorise *de facto* l'opacité de l'action, les difficultés de sa connaissance et donc *in fine* le blocage de son imputation en vue d'un engagement de la responsabilité[740]. D'où l'importance d'instaurer des mécanismes de transparences et, plus généralement, de mener des études spécialisées à l'instar des précieux rapports du Groupe de travail des Nations Unies sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ici cités comme base documentaire. Sous cette réserve concernant son application, le droit international est apte à limiter le contrôle frontalier malgré son déploiement à travers des personnes privées, et il faut désormais voir s'il en est de même à travers des agents publics tiers.

---

[737] Pour rester dans le seul cas de l'article 5 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État ; en l'absence d'une telle habilitation par le droit interne, que la délégation soit officieuse ou que son établissement soit compliqué (Mackenzie-Gray Scott (R.), *State Responsibility for Non-State Actors*, *op. cit.*, pp. 56-57), il est nécessaire de recourir au critère du contrôle factuel de l'article 8 dont l'article 5 est indépendant (C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 45, § 3) mais avec lequel il coexiste (C.I.J., 2005 (19 déc.), *Activités armées sur le territoire du Congo* (*République démocratique du Congo c. Ouganda*), *C.I.J. Rec.* 2005, p. 226, § 160 : la Cour considère que le Mouvement de libération du Congo n'était pas une entité bénéficiant de prérogatives de puissance publique au service de l'Ouganda en l'absence de preuve que celui-ci « contrôlait, ou pouvait contrôler, la manière dont M. Bemba utilisait [son] assistance » ; C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *C.I.J. Rec.* 2007, p. 215, § 414, l'exercice de prérogatives de puissance publique est écarté d'un revers de main après avoir longuement établi l'absence de contrôle effectif sur le comportement des entités en cause).

[738] Dès lors qu'est « droit de l'État » ce que son ordre juridique considère comme tel par le « mécanisme de connaissance » qui lui est propre (Santulli (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, *op. cit.*, pp. 14-21), il ne se limite pas à la législation *lato sensu* mais inclut aussi le contractuel, sous la réserve de l'examen particulier du « contrat » pour le qualifier comme tel selon le droit interne (Mackenzie-Gray Scott (R.), *State Responsibility for Non-State Actors*, *op. cit.*, pp. 55-56).

[739] Fondée sur le régime des droits de l'homme comprenant des obligations positives et constamment réitérée à propos de la privatisation de certaines activités, v. par ex. C.D.H., *Observation générale n° 35 (article 9 – liberté et sécurité de la personne) (cent-douzième session, 2014)*, doc. N.U., CCPR/C/GC/35, § 8 ; Doc. N.U., A/HRC/39/45, 2 juillet 2018, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Annexe, *Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*, § 46 ; Doc. N.U., A/HRC/45/9, *Rapport du Groupe de travail…*, préc., §§ 24 et 27 ; C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*, avis OC-21/14, Série A, n° 21, § 174.

[740] V. not. doc. N.U., A/72/286, *Rapport du Groupe de travail…*, préc., § 65 ; doc. N.U., A/HRC/45/9, *Rapport du Groupe de travail…*, préc., §§ 62-63.

B. L'imputation du contrôle opéré à travers des agents publics tiers

175. Que les agents publics tiers impliqués dans le contrôle de la frontière soient les agents d'autres États ou d'une organisation internationale, la question de l'imputation du contrôle opéré se pose car non seulement il s'agit de personnes *a priori* extérieures à l'État, à l'instar des personnes privées, mais en outre de personnes également sujets de droit international auxquelles leurs actes doivent en principe être imputés en leur qualité de sujet. Or l'État territorial brouille parfois la répartition en recourant à l'assistance d'agents tiers dans le contrôle frontalier qu'il exerce, auquel cas malgré la différence de configuration, la solution est encore dans l'imputation à l'État du fait de l'agent public tiers à raison de la puissance exercée sur l'opération (1). Mais il est également un cas, plus fin, où l'État délègue le contrôle sans l'exercer, de sorte que la puissance qui permettait jusqu'ici l'imputation à travers les tiers disparaît de l'équation. Alors, il reste que la délégation du contrôle elle-même et l'éventuelle aide qui l'accompagne sont, elles, imputables à l'État territorial, et guident vers une autre voie de l'engagement de la responsabilité, celle de la complicité, par laquelle le droit international peut encore rattraper le contrôle malgré cette externalisation (2).

1. L'imputation du contrôle frontalier à raison de la puissance exercée sur les agents publics tiers

176. Si les États et organisations internationales, entre eux, ne peuvent en principe se voir imputer que le fait de leurs propres organes en raison de la séparation de leurs personnalités internationales, un État peut se voir imputer le fait d'un agent public tiers s'il est « mis à [sa] disposition » et exprime sa puissance publique[741]. L'extension est ainsi justifiée par l'assimilation de l'agent public tiers aux forces de l'État, et suppose que l'emprise de l'État sur l'agent soit totale afin d'effacer la puissance tierce qui causerait l'imputation du fait de l'agent

[741] Art. 6 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, préc. L'analogie avec l'agent d'organisation internationale à la disposition de l'État est permise par l'idée centrale d'imputation par la puissance exercée que rien ne permet de renverser, ainsi que par la C.D.I. qui incite à une lecture en creux de ses articles sur la responsabilité de l'organisation internationale, soulignant qu'ils ne précisent pas les causes de non-attribution et par exemple « ne font que sous-entendre, que le comportement des forces militaires d'États ou d'organisations internationales n'est pas attribuable à l'Organisation des Nations Unies lorsque le Conseil de sécurité autorise des États ou des organisations internationales à prendre les mesures nécessaires en dehors d'une chaîne de commandement reliant ces forces aux Nations Unies » (C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales », préc., pp. 53, § 5 et 56, §§ 6-7). Le critère du contrôle apparaît d'ailleurs dans l'article 7 du Projet sur la responsabilité des organisations internationales (imputant le fait de l'agent d'un autre État ou organisation à l'organisation à la disposition de laquelle il est mis, sous réserve qu'il soit sous son « contrôle effectif »), qui « adopte une démarche analogue, quoique différente dans la forme » à celle de l'article 6 sur la responsabilité de l'État (C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales », préc., p. 56, §§ 4-5, qui souligne les limites de l'analogie, toutefois non pertinentes pour le présent propos).

à son entité d'origine[742]. Autrement dit, le contrôle frontalier opéré par l'agent public tiers est imputable à l'État territorial si l'agent exerce et est en même temps soumis à la puissance de cet État. Il ne doit être qu'un rouage du contrôle que la puissance opère. Là encore, le droit international est apte à limiter le contrôle frontalier en dépit de son déploiement dès lors qu'il met l'État face à ses obligations à raison de la puissance qui s'exprime dans le contrôle. Par exemple, les agents composant le corps européen de garde-frontières[743] paraissent fondus dans les forces de l'État qui mène une opération de contrôle dans la mesure où ils sont envoyés à son service[744] et sont sous ses instructions durant leur déploiement[745]. L'État territorial ne peut donc se défausser de ses obligations internationales en agissant à travers eux.

177. À l'inverse, lorsque le fait est certes lié à l'État mais ne découle pas de la puissance exercée à travers un agent tiers sous son contrôle, l'extension ne joue pas et l'imputation suit la distinction *a priori* des organes. Ainsi, le contrôle migratoire opéré par les autorités suisses sur le territoire du Liechtenstein, avec son accord, n'est pas imputable à ce dernier[746]. Détailler plus avant les régimes supposerait de plonger dans une pratique très diverse sur laquelle il faut

---

[742] C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., pp. 45-46, qui insiste sur la précision de l'expression « mis à disposition » qui « implique que l'organe agit avec le consentement, sous l'autorité et aux fins de l'État d'accueil » et exclut qu'il agisse « sur instructions de l'État d'envoi » (§ 2 ; v. aussi §§ 3-4). Dans le même sens pour les organisations internationales, et en creux du Projet d'articles sur leur responsabilité, l'imputation du fait d'agents liés aux deux entités – quittant donc le schéma simple et linéaire de l'art. 6 du Projet de 2011 où l'agent de l'organisation exerce ses fonctions, fait imputable à l'organisation dès lors que c'est elle qui, « en conséquence », agit « par [son] intermédiaire » (art. 2 *litt.* d) du même Projet) – se fait à mesure du contrôle exercé par l'État ou l'organisation, pouvant donc varier selon l'action et le champ de commandement dont elle relève, ce qui renverse l'ordre d'analyse par rapport au Projet de 2001 (d'abord établir le contrôle, ce qui mène ensuite à s'intéresser à l'activité) mais ne modifie pas le double critère de l'activité et du contrôle subi qui sont *in fine* conjugués dans l'un et l'autre cas (C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales », préc., pp. 56-59, §§ 7-16).

[743] C'est-à-dire à la fois les autorités des États membres de l'Union européenne et l'Agence de l'Union elle-même dédiées au contrôle des frontières (Règlement (UE) n° 2019/1896 du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, art. 4).

[744] Dans les cas du moins où l'assistance est requise par l'État en question (Règlement (UE) n° 2019/1896 préc., arts. 36 § 1 et 37 §§ 1-2).

[745] Règlement (UE) n° 2019/1896, préc., arts. 43 § 1 et 82 § 4, bien que l'exigence de respecter le plan opérationnel établi conjointement avec l'Agence et la sanction prévue en cas de non-respect (arts. 43 § 3 et 46 § 3) empêchent de voir là une soumission totale à la décision étatique ; v. aussi Aloupi (N.), « La question de la responsabilité conjointe », *in* Chevallier-Govers (C.) et Tinière (R.), *De Frontex à Frontex : vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 298 p., pp. 207-217, spéc. p. 216 et, de façon plus détaillée, Mungianu (R.), *Frontex and Non-Refoulement – The International Responsibility of the EU*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, xxi-251 p., spéc. pp. 48-73, qui recherche la responsabilité de l'Union et s'intéresse constamment par opposition à la responsabilité des États membres pour le contrôle migratoire.

[746] C.E.D.H., 1977 (14 juil.), *X et Y c. Suisse*, req. n°s 7289/75 et 7349/76, pp. 89-91. V. aussi C.E.D.H., 2001 (11 janv.), *Xhavara et a. c. Italie*, préc., § 1 sous les motifs « en droit » : l'abordage d'un navire albanais par un navire de l'État italien n'est pas imputable à l'Albanie par la seule existence d'une Convention italo-albanaise sur le contrôle migratoire en vertu de laquelle l'abordage eut lieu.

renvoyer aux études spécialisées[747], et il suffit ici de retenir que là aussi le droit international est *a priori* apte à limiter le contrôle frontalier à travers son déploiement. Il reste enfin à vérifier cette aptitude lorsque la puissance n'exerce plus le contrôle et en remet la charge à d'autres.

2. L'imputation du fait de la délégation et de l'aide au contrôle frontalier

178. Le dernier stade du déploiement ici en cause est celui où l'État se soustrait à l'exercice même du contrôle et l'externalise par un « mécanisme de sous-traitance visant à reporter sur des États tiers la responsabilité – matérielle mais aussi juridique – de [sa] politique migratoire »[748]. C'est en effet dans la pratique du contrôle migratoire que cette externalisation est la plus vive. Elle y porte d'abord sur la sélection des migrants renvoyés vers l'État délégataire, où le contrôle est exercé en tant que vérification, quant à la décision d'accueil ou de rejet de l'individu au vu de son dossier et de la protection qu'il appelle[749]. Elle y porte ensuite sur la prévention par l'État délégataire des flux dirigés vers l'État déléguant, et alors le contrôle est exercé en tant que maîtrise, il s'agit d'endiguer un flux en amont[750]. Sous ces deux aspects, l'État territorial n'appuie plus simplement son contrôle frontalier par le recours à l'extérieur mais le lui délègue entièrement.

179. Pour autant, l'État n'est pas tout à fait inactif car l'acte même de déléguer est un fait propre lui étant assurément imputable, de même que l'aide pouvant l'accompagner. Par ces deux voies, l'acte de délégation lui-même et l'aide apportée, le droit international continue de

---

[747] Surtout s'agissant des rapports entre organisations internationales et États membres, sur lesquelles il peut être renvoyé à Moulier (I.) et Taxil (B.), « L'engagement de la responsabilité de l'organisation internationale », *in* Lagrange (E.) et Sorel (J.-M.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, L.G.D.J., 2014, xxxix-1197 p., pp. 1013-1041.

[748] Lochak (D.), « La politique d'externalisation : obstination raisonnée ou persévérance diabolique ? », *in* Abderamane (K.) et Laval (P.-Fr.) (dir.), *La déclaration Union européenne-Turquie : ambiguïtés et devenir d'un modèle de gestion des flux migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 2023, 219 p., pp. 161-180, pp. 162-163. S'il s'agit d' « État » déléguant dans le présent propos car c'est l'État qui intéresse la présente étude, la pratique de l'Union européenne pourra être citée comme particulièrement développée et pertinente, car suscitant la réflexion nonobstant sa qualité d'organisation internationale.

[749] Parmi les plus explicites, v. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership to strengthen shared international commitments on the protection of refugees and migrants, art. 2 § 3 (disponible en ligne : www.gov.uk/official-documents) ; Memorandum of Understanding between the Republic of Nauru and Australia on the Enduring Regional Processing Capability in Republic of Nauru, 20 octobre 2021 (§ 6 ; disponible en ligne sur www.dfat.gov.au).

[750] L'effort de prévention est le plus souvent implicite dans les « partenariats » de contrôle migratoire (plus explicites sur l'aide que sur l'action qu'elle suppose) mais il est parfois expressément établi : v. par ex. la Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016, § 3 (communiqué de presse n° 144/16) ; Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, préambule, al. 12, et art. 2 § 1 (2 février 2017, disponible en ligne sur <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf>) ; Mémorandum d'entente sur un partenariat stratégique et global entre l'Union européenne et la Tunisie (qui parle seulement des « efforts consentis » par la Tunisie, doc. U.E., communiqué de presse du 16 juillet 2023).

saisir le contrôle frontalier externalisé. La première voie répond au schéma classique de responsabilité, où l'acte de délégation viole lui-même une obligation internationale qui impose de ne pas déléguer le contrôle, et ainsi notamment du renvoi de migrants vers un État qui n'est pas « sûr » au sens de l'obligation de non-refoulement. Selon cette dernière, l'État ne peut renvoyer des migrants vers des persécutions ou sur une route qui les y mènerait, or la délégation du contrôle fait dépendre les migrants d'un État qui méconnaîtra vraisemblablement leur dossier jusqu'à leur nier la protection et ainsi les renvoyer à une situation de persécution, d'où l'illicéité de cette délégation elle-même en ce qu'elle place les migrants dans cette dépendance[751]. La seconde voie est plus complexe et relève de la responsabilité dite « dérivée »[752], *i.e.* à raison du fait d'un autre État, ce qui ne remet pas en cause la distinction du contrôle exercé et de sa délégation sur le plan de l'imputation[753], mais les connecte dans la responsabilité en faisant de l'un le déclencheur et étalon de l'évaluation de l'autre. Par le lien de la délégation, le délégant est complice du contrôle opéré par le délégataire. Il y aura ainsi responsabilité par complicité lorsque l'État territorial en aide ou assiste un autre à commettre un fait illicite qui lui est également prohibé, et ce en connaissance de cause[754]. Or si la délégation en elle-même n'est pas une « aide ou assistance » au fait illicite pouvant survenir dans le contrôle frontalier, il reste qu'elle le déclenche en demandant ce contrôle, et le permet par l'aide matérielle qui accompagne la délégation[755]. Ainsi par exemple de l'Italie lorsqu'elle appuie le contrôle migratoire opéré par la Libye tandis que celle-ci inflige aux migrants des sévices comprenant violences sexuelles, coups et privation de nourriture, que la Mission indépendante des Nations Unies d'établissement des faits sur la Libye qualifie de crime contre

---

[751] L'obligation de non-refoulement est étudiée dans la 2nde partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2 § 3.

[752] C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 68, § 7 (reprenant l'expression de Max Huber à propos du protectorat dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, *R.S.A.*, vol. II, pp. 615-742, p. 648).

[753] C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 71, § 10.

[754] Art. 16 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, préc. Contrairement à ce qu'avance la C.D.I. dans son commentaire de l'article 16, il n'appert ni de la disposition ni d'une autre règle s'imposant à l'analyse que l'État ait eu « l'intention de faciliter la commission du fait illicite » (C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., pp. 69-71, §§ 3, 5 et 9) : il suffit qu'il en ait connaissance et qu'il maintienne son aide en connaissance de cause, ce qui ne suppose pas qu'il *veuille* le fait illicite (ce qui soulève d'ailleurs les difficultés bien connues de l'établissement du fait psychologique) mais qu'il s'en accommode.

[755] Notamment prévues par le Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, art. 1 C) (2 février 2017, disponible en ligne sur <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf>) ; Commission européenne, *Fonds fiduciaire d'urgence de l'UE pour l'Afrique – Rapport annuel 2023*, Office des publications de l'Union européenne, 2024, 76 p., pp. 16, 30 (notes 19 et 20), 48, et annexe 1 (tableau des dépenses). La C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 69, § 1, donne comme exemple évident celui de l'État « finançant une activité illicite ».

l'humanité[756]. Par ces deux voies, le droit international continue de s'opposer au contrôle frontalier, notamment à côté de l'angle mort de l'absence de juridiction en pareil cas qui rend inopposable certaines protections conventionnelles des droits de l'homme comme il sera vu dans le prochain paragraphe, l'État n'exerçant pas de puissance sur l'individu dès lors qu'il délègue cet exercice. Ainsi dans une affaire où elle exclut la juridiction de l'Italie sur un refoulement de migrants en mer opéré par des agents libyens, la Cour européenne des droits de l'homme déplore la situation et rappelle les autres voies d'opposabilité du droit international à pareil comportement[757].

180. Malgré les difficultés pratiques évidentes pour identifier le contrôle déployé et la chaîne permettant de l'imputer à l'État territorial, le déploiement ne permet donc pas de contourner le droit international, qui s'avère apte à limiter le contrôle en dépit de son débordement de la seule personne de l'État territorial. Il convient désormais de compléter cette aptitude à la limitation en suivant le déploiement du contrôle non plus à travers les personnes, mais l'espace.

§ 2. L'opposabilité du droit international au contrôle frontalier à raison de l'espace

181. Le contrôle de la frontière peut être projeté dans l'espace mais semble alors fuir le cadre territorial que le droit international lui connaît à première vue. Il existe une obligation internationale limitant le contrôle, celui-ci est opéré par l'État, mais se pose la question de l'opposabilité de l'obligation : peut-elle être opposée au comportement étatique même lorsqu'il est projeté hors du cadre territorial, ou cette projection permet-elle au contrôle frontalier de se soustraire à une obligation conçue pour le comportement étatique à raison de la frontière et donc du territoire ? La réponse dépend de la formulation de chaque obligation dans son régime juridique propre, mais il apparaît que le droit international est là aussi apte à limiter le contrôle en dépit de son déploiement, car là aussi il s'applique à la puissance qui exerce le contrôle. En ce sens, il faut d'abord préciser que le droit international est opposable à l'ensemble du territoire malgré des aspects qui pourraient à première vue en être soustraits (A), avant de voir dans quelle mesure il peut saisir le contrôle opéré hors des frontières étatiques (B).

---

[756] Conseil des droits de l'homme, 31 août 2022, *Rapport de la Mission indépendante d'établissement des faits sur la Libye* (doc. N.U., A/HRC/50/63, §§ 55-56, et surtout 69-78 où il est fait état de possibles crimes contre l'humanité à l'encontre des migrants). V. également Lochak (D.), « La politique d'externalisation : obstination raisonnée ou persévérance diabolique ? », *op. cit.*, pp. 169-173

[757] C.E.D.H., 2025 (12 juin), *S.S. c. Italie*, req. n° 21660/18, § 112.

A. L'opposabilité du droit international au contrôle frontalier à raison de l'ensemble du territoire

182. Par principe, la règle internationale « lie chacune des parties à l'égard de *l'ensemble* de son territoire »[758]. Au vu de la pratique du contrôle frontalier, il faut préciser que l'opposabilité de la règle englobe tous les éléments du territoire et notamment le cyber (1), et ce indépendamment des découpages territoriaux que l'État peut opérer par son droit interne (2).

1. L'opposabilité du droit international au contrôle frontalier à raison de tous les éléments du territoire

183. L'inclusion des éléments maritime, aérien et bien sûr terrestre dans l'acception internationale du « territoire » se répercute sur l'opposabilité du droit à son égard[759]. Truisme pour ces éléments « classiques », cela se vérifie aussi pour la nouvelle dimension « cyber » où le contrôle frontalier a également lieu. À cet égard, il faut préciser que cette dimension « cyber » ne constitue pas une nouvelle branche du droit international, ce qui appellerait la naissance d'un corps de règles et supposerait donc le jeu des sources du droit. Plutôt, elle est un dédoublement de l'espace et donc, en ce qui le concerne, une extension du territoire, c'est-à-dire une extension des dimensions où des activités ont lieu sur le territoire, parmi lesquelles le contrôle des circulations par la puissance étatique. En conséquence, l'opposabilité du droit international à raison du territoire suit automatiquement le cyber, comme nouvelle dimension spatiale[760].

184. Ainsi notamment dans le champ des droits de l'homme : il n'y a pas à réédicter un corps entier de règles posant les droits *en matière cyber*, car les droits existants s'étendent au

---

[758] *R.T.N.U.*, vol. 1155, I-18232, Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 29 (nous soulignons). La valeur coutumière du principe est bien établie, v. Decken (K. von der), « Article 29 », *in* Dörr (O.) et Schmalenbach (K.) (dir.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlin, Springer, 2de éd., 2018, lviii-1535 p., pp. 521-537, p. 522. Le droit international des droits de l'homme ajoute à cela une présomption d'exercice par l'État de sa juridiction « sur l'ensemble de son territoire » qui, outre des dispositions conventionnelles circonscrites tel l'article 56 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne saurait être renversée que « dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'un État est dans l'incapacité d'exercer son autorité sur une partie de son territoire » (C.E.D.H., 2004 (8 juil.), *Ilaşcu et a. c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, § 312), ce que n'entraînent pas de simples difficultés de contrôle migratoire (C.E.D.H., 2022 (5 avr.), *A.A. et a. c. Macédoine du nord*, req. nos 55798/16 et a., §§ 62-64).

[759] Selon la Commission du droit international dans le commentaire sous le projet d'articles qui donna lieu à la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'expression « ensemble du territoire de chacune des parties » qualifiant l'application du traité est « d'une portée très large, visant à englober la totalité des terres, des eaux territoriales et de l'espace aérien adjacents, qui constituent le territoire d'un État » (*A.C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 232, § 3).

[760] L'inclusion du cyber dans le territoire a été vue *supra*, au paragraphe 88. C'est tout l'objet du Manuel de Tallinn que d'appliquer la *lex lata* au champ cyber en tant que nouvel espace, où s'applique un droit qui lui est antérieur (Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, pp. 2-3). V. dans la pratique Storey (K.) et Wilson (L.) (dir.), « Australian Practice in International Law 2017 », *A.Y.I.L.*, vol. 36 (2018), pp. 415-420.

cyberespace[761]. Le droit international accompagne ainsi les activités protégées et la limitation de l'atteinte qui peut leur être portée. L'exemple de la liberté d'accès à l'information, qui s'étend à l'information numérique[762], est parlant. Les États ont un pouvoir de contrôle sur l'information qui circule dans le cyberespace et donc un pouvoir de nuisance sur la liberté d'accès à l'information[763], la frontière « terrestre » se doublant d'une frontière numérique[764]. Comme c'est là une nouvelle dimension du territoire et du contrôle frontalier qui y est opéré, le droit international lui est opposable de sorte que « [t]oute restriction imposée au fonctionnement des sites Web, des blogs et de tout autre système de diffusion de l'information par le biais de l'Internet, de moyens électroniques ou autres, y compris les systèmes d'appui connexes à ces moyens de communication, comme les fournisseurs d'accès à Internet ou les moteurs de recherche, n'est licite que dans la mesure où elle est compatible [avec les limites admises par le droit international des droits de l'homme] »[765]. Il en va de même à propos de la règle de l'utilisation non dommageable du territoire qui oblige à prévenir l'émission de flux nocifs dans le cyberespace[766].

---

[761] Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit*., p. 179 (avec la note 389 pour les sources), et p. 182, Rule 34.

[762] C.D.H., *Observation générale n° 34 – Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression*, doc. N.U. CCPR/C/GC/34, § 11 ; Com.A.D.H.P., *Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique*, 21 oct.-10 nov. 2019, principe 2 ; Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, p. 187, § 2 ; C.E.D.H., 2012 (18 déc.), *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. n° 3111/10, §§ 48-49 (à propos de Google) ; C.E.D.H., 2015 (1er déc.), *Cengiz et a. c. Turquie*, req. nos 48226/10 et 14027/11, § 52 (à propos de YouTube).

[763] Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, p. 188, § 3.

[764] Pooter (H. de) et They (M.), « Présentation », *in* Pooter (H. de) et They (M.), *Les enjeux contemporains des communications numériques. Aspects de droit international et européen*, Paris, Pedone, 2020, 200 p., pp. 5-18, p. 7, note 10.

[765] C.D.H., *Observation générale n° 34 – Article 19*, préc., § 43. Dans le même sens, v. Conseil des droits de l'homme, *La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur Internet*, doc. N.U. A/HRC/RES/32/13, § 10 ; Com.A.D.H.P., *Déclaration de principes sur la liberté d'expression…*, préc., principe 38 § 2.

[766] Comme l'exprime le ministre des Affaires étrangères de l'Australie, « Respect for the principle of sovereignty in cyberspace goes hand in hand with other international obligations of states », parmi lesquelles celle de l'utilisation non-dommageable du territoire (Samiec (J.) et Bale (Sk.) (dir.), « Australian Practice in International Law 2015 », *A.Y.I.L.*, vol. 34 (2017), pp. 378-379). V. généralement Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, Rule 6. Le commentaire souligne que cela découle de la souveraineté territoriale de l'État et de l'obligation coutumière qui y est liée (p. 31, § 3), ce qui permet de formuler comme obligation ce que le Groupe d'experts gouvernementaux de l'O.N.U. formulait comme un souhait (doc. N.U., A/70/174, Rapport du Groupe d'experts gouvernementaux, préc., § 13 *litt.* c)). *Contra* v. Jensen (E. T.), « Due diligence in cyber activities », *in* Krieger (H.), Peters (A.) et Kreuzer (L.) (dir.), *Due diligence in the international legal order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, xviii-402 p., pp. 252-269, qui doute de l'existence d'une obligation d'utilisation non dommageable du cyberespace au vu du peu de pratique, pensant ainsi en terme d'émergence d'une nouvelle règle et non d'extension de l'application spatiale d'une règle préexistante.

2. L'opposabilité du droit international au contrôle frontalier nonobstant les fictions de droit interne sur le territoire

185. L'unité du territoire que connaît le droit international peut être mise à mal par les découpages du droit interne qui entendent y créer une zone extraterritoriale, soustraite à l'application du droit à raison du territoire. Le droit international doit-il alors réviser son acception du territoire pour suivre cette soustraction prétendue par l'État, et ainsi restreindre l'opposabilité de ses obligations formulées à raison du « territoire » ? En matière de contrôle frontalier, c'est la question que posent les zones établies pour l'accueil temporaire de migrants non autorisés à accéder au territoire, en attente du traitement de leur dossier. Ces zones sont établies par les droits internes des États de destination des flux migratoires pour faire tampon entre le territoire et l'extérieur, cela par un statut d'extraterritorialité qui les distinguent du « vrai » territoire et du droit qui y serait opposable[767]. De même, la question se pose aussi pour les zones non plus d'attente mais de rejet, qui fonctionnent selon la même logique de distanciation : l'État entend séparer sa frontière « effective » de sa frontière internationale à travers un espace dédié au contrôle où le droit serait là aussi inopposable selon le critère territorial[768].

---

[767] En droit français, v. les articles L340-1 à L343-11 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile tel qu'entré en vigueur le 1er mai 2021 (Livre III Titre IV de la partie législative), et la présentation du régime par Fleury Graff (Th.) et Marie (A.), *Droit de l'asile*, Paris, PUF, 2e éd., 2021, 403 p., pp. 64-71. Dans les droits étrangers, v. l'exemple fourni de l'Australie qui a pu créer près de cinq mille espaces « déterritorialisés », servant notamment à exclure les individus s'y trouvant de l'espace de validité pour la formulation de demandes de visa et de l'accès à un juge (Foster (M.) et Pobjoy (J.), « A Failed Case of Legal Exceptionalism? Refugee Status Determination in Australia's 'Excised' Territory », *I.J.R.L.*, vol. 23 (2011), pp. 583-631), ainsi que celui des États-Unis d'Amérique : United States, Court of Appeals, Second Circuit, 1950, 1950 (25 jan.), *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, *Annual Digest of Public International Law Cases* 1948, Case No. 74, pp. 231-237, p. 237 : « An alien who is stopped at the border is still in theory of law outside the country, even though physically allowed to enter on bond » ; United States, Supreme Court, 1953 (16 mars), *Shaughnessy v. United States Ex Rel. Mezei*, *I.L.R.* vol. 20 (1953), pp. 264-276, p. 267 : « [H]arborage at Ellis Island is not an entry into the United States » ; United States, District Court, District of Kansas, 1980 (31 déc.), *Fernandez v. Wilkinson*, *I.L.R.* vol. 87, pp. 446-460, le juge estime que les étrangers détenus en attente de leur exclusion du territoire étatsunien, « due to a time-honored legal fiction, are not recognized under the law as having entered our borders » (p. 450) ; dans le même sens à propos de la détention dans un aéroport, Federal Republic of Germany, Federal Constitutional Court (BVerfG) (Second Chamber), 1996 (14 mai), *Asylum Legislation (Accelerated Airport Procedure) Constitutionality Case*, *I.L.R.* vol. 130, pp. 606-639, p. 618. Le juge néerlandais sent les limites de ces positions lorsqu'il considère s'agissant d'une détention à l'aéroport de Schiphol que « an alien who has not been admitted to the Netherlands but *who is in fact on Dutch territory and is thus in power of the Dutch authorities* may not be physically deprived of his liberty » si ce n'est conformément à ce que prévoit l'art. 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Supreme Court, 1988 (9 déc.), *R.M. v. The State of the Netherlands*, reproduit *in N.Y.I.L.*, vol. 21 (1990), pp. 395-399, p. 398 (nous soulignons)).

[768] C'était le cas dans l'importante affaire *N.D. et N.T. c. Espagne*, où l'Espagne plaidait que par l'installation de clôtures entre la frontière internationale de Melilla et une ligne intérieure en-deçà de laquelle la vie sociale avait cours, elle avait créé une zone de « frontière opérationnelle » soustraite à sa juridiction et donc à ses obligations internationales pertinentes pour le traitement des migrants, celle-ci ne commençant qu'après la ligne intérieure (C.E.D.H., 2020 (13 févr.), req. nos 8675/15 et 8697/15, § 91, position qui trouve un soutien dans celles de la France (§ 95) et de la Belgique (§ 97)).

186. L'un et l'autre cas ne sont pas sans inquiéter quant à la protection juridique accordée aux migrants, car c'est finalement la suspension de cette protection qui motive la soustraction d'une partie du territoire[769]. Ils n'inquiètent toutefois pas le droit international en lui-même, qui leur est indifférent dans la mesure où le droit interne ne peut modifier l'étendue de l'application du droit international sans que celui-ci l'y ait habilité par renvoi. Or ici, le « territoire » visé par l'obligation internationale posée au contrôle frontalier est le territoire *du droit international*, dans son acception comme espace de souveraineté de l'État[770]. L'État le renommerait-il « zone spéciale » ou « zone extraterritoriale » que cela ne changerait rien à cette acception, la seule qu'en retient le droit international sauf régime spécifique. Le territoire constitue donc en principe un espace unitaire d'opposabilité du droit international. Celui-ci s'applique ainsi au contrôle frontalier dans ses multiples facettes, sur tout le territoire mais aussi jusqu'en dehors.

B. L'opposabilité du droit international au contrôle frontalier en dehors du territoire

187. L'opposabilité des règles de droit international peut être limitée au comportement ayant lieu sur le territoire si leur régime le prévoit[771]. Pour autant, il n'y a pas de limitation de principe sur ce point et le droit international contraint le comportement de l'État sans précision territoriale *a priori*[772]. Tout dépend donc de la lettre et de l'esprit du régime qui entend limiter

---

[769] Dans ce sens, le juge Pinto de Albuquerque dans son opinion concordante sous l'arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* (C.E.D.H., 23 février 2012, req. n° 27765/09) avance que « l'"excision" d'une partie du territoire d'un État de la zone de migration afin d'éviter l'application des garanties juridiques générales aux personnes arrivant dans cette partie "excisée" du territoire, représente un déni flagrant des obligations qui incombent à un État au regard du droit international » (p. 80) ; Foster (M.) et Pobjoy (J.), « A Failed Case of Legal Exceptionalism?... », *op. cit.*, pp. 591-599 sur les faiblesses de la protection dans ces espaces, et pp. 599-610 sur la non-conformité au droit international.

[770] En d'autres termes, et dans ce cas précis, le « territoire » du droit interne ne figure aucunement comme objet de la règle internationale, ni à un instant donné ni de façon évolutive, car le « territoire » y est défini par le droit international sans renvoi au droit de l'État (sur le droit interne dans les règles internationales, v. la construction de Santulli (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, *op. cit*., spéc. pp. 40-145, en dehors de laquelle apparaît le présent cas). Dans la pratique, v. C.E.D.H., 2003 (27 nov.), *Shamsa c. Pologne*, req. n°s 45355/99 et 45357/99, § 45, à propos d'une zone de détention « extraterritoriale » selon le droit polonais : « La Cour constate que même si les requérants ne se trouvaient pas en Pologne au sens où l'entend le Gouvernement, leur maintien dans la zone de transit les faisait relever en fait du droit polonais. Rien dans l'argumentation présentée par le Gouvernement ne lui permet de considérer que la zone en question bénéficie du statut d'extraterritorialité. » Dans le même sens, la Cour dans *N.D. et N.T. c. Espagne* pose que « l'existence d'une clôture située à une certaine distance de la bordure frontalière ne saurait habiliter un État à exclure, modifier ou limiter unilatéralement sa juridiction territoriale, laquelle commence à la ligne frontalière », et insiste sur les dangers de la prétention espagnole en rappelant que la spécificité du contexte migratoire « ne saurait aboutir à la consécration d'un espace de non-droit au sein duquel les individus ne relèveraient d'aucun régime juridique » (préc., §§ 109-110).

[771] Pour une intéressante réflexion sur la pratique en droit des investissements et ses modulations juridictionnelles, v. Nouvel (Y.), « Qu'est-ce que le territoire de la Fédération de Russie ? », *op. cit.*, pp. 197-213.

[772] Notamment, le silence de l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (*R.T.N.U.*, vol. 1155, I-18232) ne pose aucune présomption contraire et sa possible interprétation en faveur d'une telle présomption n'a pas été accueillie par le droit positif (v. Fleury Graff (Th.), « Extraterritorialité et juridiction en matière de droits de l'homme. "Juridiction, juridiction, quand tu nous tiens, on peut bien dire : 'Adieu prudence !'" », *in* S.F.D.I., *Extraterritorialités et droit international*, *op. cit.*, pp. 211-232, pp. 219-220). Un exemple anticipant sur la suite du propos : bien qu'il rejette l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme faute (selon lui)

le contrôle frontalier. Une situation d'ambiguïté apparaît toutefois avec la notion de « juridiction » qui figure dans certains traités de droit international des droits de l'homme pour en fixer le champ d'application[773], ce qui est particulièrement important pour l'aspect migratoire du sujet. En effet, tout en étant « principalement territoriale »[774] la juridiction tend à s'affranchir du seul territoire[775] et suscite ainsi une « portée extraterritoriale des obligations »[776] qu'il convient de cerner. En dépendent la portée des droits de l'homme et leur opposabilité au contrôle frontalier projeté, tiraillées entre l'universalité attachée à leur essence[777] et leur cantonnement à une situation circonscrite[778]. Dans cette optique, l'appui théorique est

---

de juridiction exercée s'agissant de contrôles migratoires à l'aéroport de Prague, le juge britannique admet qu'il y a eu discrimination raciale envers les populations Roms visées par l'opération, en se fondant particulièrement sur la Convention de 1966 et la coutume (England, House of Lords, 2004 (9 déc.), *Regina (European Roma Rights Centre and Others) v. Immigration Officer at Prague Airport…*, préc., spéc. pp. 680-709).

[773] Il sera principalement question de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 1), de la Convention américaine des droits de l'homme (art. 1), et du Pacte international sur les droits civils et politiques dont la version française parle indûment de « compétence » – la compétence étant une aptitude à déployer le pouvoir, les droits de l'homme ne protégeraient pas les individus soumis au pouvoir déployé en dehors de cette aptitude – pour traduire le « *jurisdiction* » anglophone (art. 2 § 1, not. tel qu'interprété par la C.I.J., 2004 (9 juil.), *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (*avis*), *C.I.J. Rec.* 2004, pp. 178-180, §§ 108-111).

[774] C.E.D.H., 2001 (12 déc.), *Banković et a. c. Belgique et a.*, req. n° 52207/99, § 59 (constamment réitéré, v. par ex. C.E.D.H., 2011 (7 juil.), *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, req. n° 55721/07, § 131). Cette prédilection territoriale se retrouve ailleurs, par ex. C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children*…, préc., § 61.

[775] Ce n'était toutefois pas l'idée à l'œuvre dans l'inscription conventionnelle de la notion. Ainsi s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, le terme de « juridiction » apparaît d'abord par une comparaison du texte en négociation avec celui du projet de Pacte international relatif aux droits de l'homme, et n'est retenu que pour se substituer au critère de la « résidence sur le territoire », susceptible d'exclure les étrangers situés sur le territoire et la notion d' « habitant » n'étant pas apte à éviter cela, sans qu'un affranchissement des obligations vis-à-vis du cadre territorial soit envisagé (Conseil de l'Europe, *Travaux préparatoires de l'article 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, 1977, doc. Cour (77) 9, pp. 31, 34-35 et 49 (le territoire reste d'ailleurs mentionné dans une variante sans qu'une contradiction soit soulevée, p. 43) ; C.E.D.H., 2001 (12 déc.), *Banković et a. c. Belgique et a.*, préc., § 19).

[776] Fleury Graff (Th.), « Extraterritorialité et juridiction en matière de droits de l'homme…. », *op. cit.*, pp. 211-212 ; C.E.D.H., 2011 (7 juil.), *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, préc., § 130 : il s'agit bien de portée des obligations car la juridiction est « une condition *sine qua non* » pour qu'il puisse y avoir violation de ces obligations ; C.D.H., 2004 (29 mars), *Observation générale n° 31 – La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 3.

[777] Besson (S.), « The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to », *L.J.I.L.*, vol. 25 (2012), pp. 857-884, p. 858 critique les « misleading gestures to the universality of human rights, which allegedly requires their extraterritorial application » (références données note 6 de l'article). En jurisprudence, un tel élan peut être trouvé dans l'affirmation large de la Cour selon laquelle « l'article 1 de la Convention ne peut être interprété de manière à permettre à un État partie de commettre des violations de la Convention en territoire d'un autre État qu'il ne pourrait commettre sur le sien » (C.E.D.H., 2004 (16 nov.), *Issa et a. c. Turquie*, req. n° 31821/96, § 71 (nous traduisons), inspiré de la jurisprudence du C.D.H., 1981 (29 juil.), *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, doc. N.U. CCPR/C/13/D/56/1979, § 10.3, et *Delia Saldias de Lopez c. Uruguay*, doc. N.U. CCPR/C/13/D/52/1979, § 12.3).

[778] V. par exemple la position du Royaume-Uni, rejetée par la C.E.D.H., en l'affaire *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, préc., §§ 109-118, qui entendait notamment réduire l'opposabilité de la Convention à l'espace européen. Sur l'opposition entre universalisme et localisation des droits de l'homme à propos de leur extraterritorialité, v. Shany (Y.), « The Extraterritorial Application of International Human Rights Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 409 (2020), pp. 9-152, pp. 24-30.

nécessaire car la jurisprudence ne précise la notion de juridiction que par la systématisation casuistique[779] et la fait dépendre « des faits particuliers de la cause »[780], or cela obscurcit la compréhension de la notion, nécessaire pour juger de son application et la confronter à de nouvelles situations.

188. Comment donc apprécier la « juridiction » du droit international des droits de l'homme comme possibilité de limiter le fait du contrôle des frontières en suivant sa projection ? En dépit d'un courant d'application universelle qui brouille les repères[781], la clef réside là encore dans la puissance étatique, plus particulièrement en ce qu'elle relie l'État et l'individu[782] selon l'approche relationnelle du droit qui dirige la présente étude. D'un côté de la relation figure la puissance étatique qui, à la fois protecteur et possible violateur des droits de l'homme, constitue en pratique l'objet central de leur régime : c'est à la fois envers et par la puissance étatique que le droit international des droits de l'homme est institué, en l'occurrence pour modérer le contrôle frontalier qu'elle exerce. De l'autre côté de la relation figure l'individu, ou plutôt ses droits dès lors qu'il est ici saisi comme une forme juridique qui les détient, et qu'ils sont donc ce vis-à-vis de quoi, juridiquement, la puissance s'exerce, constituant ainsi la substance du

---

[779] C.E.D.H., 2011 (7 juil.), *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, préc., §§ 132-138.

[780] *Ibid.*, § 132 ; C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., §§ 185 et 190.

[781] Plusieurs cas où le lien entre l'État et l'individu était particulièrement ténu ont été retenus comme présentant un lien de juridiction par la jurisprudence. Cette « dilution » de la juridiction vers l'application universelle est notamment constatée par Shany (Y.), « The Extraterritorial Application of International Human Rights Law », *op. cit.*, spéc. pp. 70-75 et 85-88, et frappe particulièrement le lien *ratione personae*. Outre le brouillage, cette tendance méconnaît l'essence relationnelle du régime en isolant le seul comportement étatique, dont la juridiction devient ainsi confondue avec la question bien distincte de l'imputation, comme le critique Fleury Graff (Th.), « Extraterritorialité et juridiction en matière de droits de l'homme… », *op. cit.*, pp. 228-232, et « (Il)licéités et (dé)mesures de l'extraterritorialité », *in* Buxbaum (H.L.) et Fleury Graff (Th.) (dir.), *Extraterritoriality / L'extraterritorialité*, La Haye – Leyde, Académie de droit international de La Haye – Nijhoff, 2022, pp. 51-126, pp. 117-119 ; un exemple topique qui corrobore cette remarque peut être trouvé dans C.I.D.H., 2017 (15 nov.), *The Environment and Human Rights*, avis OC-23/17, § 101, où la Cour mêle causalité du dommage et établissement de la juridiction. Enfin, il est entendu que cette distinction analytique entre imputation et juridiction n'exclut pas leur chevauchement pratique, dès lors que l'imputation est une étape pour établir que c'est bien l'État qui exerce l'emprise juridictionnelle et donc pour qualifier celle-ci (C.E.D.H., 2022 (30 nov.), *Ukraine et Pays-Bas c. Russie*, req. n°s 8019/16, 43800/14, et 28525/20, § 551 (malgré un certain flottement du raisonnement mêlant les deux, spéc. § 549)).

[782] Dans ce sens, Shany (Y.), « The Extraterritorial Application of International Human Rights Law », *op. cit.*, pp. 30 et 50-51 recoupe le présent propos. Pour une réflexion sur la juridiction à la lumière de l'État démocratique dans la théorie des droits de l'homme, v. Besson (S.), « The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights… », *op. cit.*, qui page 863 souligne la « relational nature of jurisdiction between a subject and the authority » (v. spéc. pp. 864-866, sur l'appartenance politique (*political membership*) et l'établissement de la juridiction à raison de l'affirmation par l'État d'une autorité politico-légale qui (doit) se justifie(r) par le respect des droits de l'homme, et pp. 872-874 sur les éléments composant selon l'auteure ce type de relation). En pratique, plus laconique, v. l'insistance sur la relation par le C.D.H. : la juridiction est constituée par « the relationship between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred » (*Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, préc., § 10.2, et aussi préc. *Delia Saldias de Lopez c. Uruguay*, § 12.2), et l'expression de « lien juridictionnel » utilisé par la C.E.D.H., 2011 (7 juil.), *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, préc., § 149.

terme « individu » de la relation, en l'occurrence l'individu porteur d'un droit au non-refoulement, au retour, ou encore au regroupement familial[783].

189. La juridiction étant ainsi construite comme lien, elle est établie dès lors que l'individu en tant que détenteur d'un droit donné est sous l'emprise de la puissance de l'État[784]. C'est par cet enchevêtrement, où la puissance de contrôle est réfléchie par les droits qu'elle touche, que le lien entre les deux termes de la relation et donc la juridiction sont établis (1). Les droits de l'homme sont alors opposables au contrôle frontalier. À l'inverse, la juridiction ne sera pas établie – et donc les droits de l'homme qui en dépendent ne seront pas opposables – en cas de simple contact, sans puissance, l'action de contrôle effectuée étant insuffisante pour établir le lien en cause (2).

1. L'opposabilité des droits de l'homme à la puissance de contrôle exercée sur un droit

190. La puissance constitutive de la juridiction est précisée par les deux grands critères jurisprudentiels permettant d'établir celle-ci : « l'autorité et contrôle de l'agent de l'État », et le « contrôle effectif sur un territoire »[785]. Dans l'optique de la juridiction comme relation entre la puissance étatique de contrôle frontalier et l'individu détenteur de droits, ces éléments convergent dans l'*emprise* que l'État exerce sur l'individu, soit la marque de sa puissance sur le droit de l'individu. Cette emprise fait peu de doute lorsqu'elle est matérielle, quand le contrôle frontalier saisit physiquement l'individu (a). Établir la juridiction demande plus de subtilité lorsque l'emprise est immatérielle, sans une telle saisie physique (b).

---

[783] Cette position percevant l'individu par ses droits trouve un écho après la question de la juridiction en ce qu'une fois celle-ci établie, il est admis que « les droits découlant de la Convention [puissent] être "fractionnés et adaptés" » pour que ne soient opposés à l'État que ceux qui « concernent [le] cas » de l'individu, ce qui autorise rétrospectivement à moduler la situation sur tel ou tel droit en cause pour établir la juridiction, comme il sera développé ci-après (C.E.D.H., 2011 (7 juil.), *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, préc., § 137 (les guillemets sont une référence à *Banković* dont la position est ici renversée) ; confirmé ensuite, C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, req. n os 24384/19 et 44234/20, § 186, et C.E.D.H., 2022 (30 nov.), *Ukraine et Pays-Bas c. Russie*, préc., § 571 qui rejette explicitement la position retenue dans *Banković* sur ce point).

[784] Ce qui n'est pas dire qu'il faut évaluer si l'État est en mesure de violer les droits de l'individu, car une telle position escamote le critère du lien et la question en la supposant résolue, cette possibilité de violation supposant qu'il y ait un droit et qu'il soit opposable V. pour une telle position dite « fonctionnelle » le développement très peu opératoire du juge Bonello dans son opinion concordante sous l'arrêt *Al-Skeini c. Royaume-Uni* (C.E.D.H., préc., pp. 85-87, §§ 10-16). En doctrine, Fleury Graff (Th.), « Extraterritorialité et juridiction en matière de droits de l'homme… », *op. cit.*, p. 229, regrette que le critère revienne à cette évaluation.

[785] C'est la typologie consacrée par la C.E.D.H., 2011 (7 juil.), *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, préc., §§ 133-140, qui d'ailleurs contient expressément l'exercice de « prérogatives de puissance publique » dans le cas particulier de la substitution de l'État qui agit au gouvernement local territorial (§ 135) (pour une réitération récente, v. l'exposé complet dans l'arrêt *Ukraine et Pays-Bas c. Russie* (préc., §§ 559-572)). Dans le même sens sur la juridiction-puissance, C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children…*, préc., § 61 : la juridiction est établie sur toute personne « who is in any way *subjected to* its authority, responsibility or control » (nous soulignons) ; C.D.H., 2004 (29 mars), *Observation générale n° 31*, préc., § 10 (« quiconque se trouve *sous* son pouvoir ou son contrôle effectif » (nous soulignons)).

a) La généralité de l'emprise matérielle exercée par la puissance de contrôle

191. La juridiction est aisée à établir lorsque le contrôle frontalier se traduit par une emprise matérielle, physique, sur l'individu, que le contrôle saisisse directement son corps et touche donc *ipso facto* l'ensemble des droits qui lui sont attachés, ou qu'il soit exercé à raison de l'emprise sur un espace et touche donc l'ensemble des droits liés aux activités qui s'y déroulent. Dans les deux cas, l'emprise du contrôle a l'évidence du tangible et l'existence d'*un* droit donné à lui opposer est automatiquement admise, dès lors que virtuellement tous les droits (et concrètement seul celui en cause) attachés à la personne dans cette situation sont en jeu.

192. Ainsi lorsque l'emprise a lieu à raison d'un espace, l'État qui exerce un contrôle effectif sur les régions et frontières séparant des individus en fuite d'un retour dans leurs foyers se verra par exemple opposer le droit au retour, sur lequel son emprise est certaine et dont la violation pourra donc être établie[786]. Et si cet exemple concerne le contrôle d'une frontière étrangère située sur un territoire étranger, la juridiction demeure lorsque l'État prétend y contrôler sa propre frontière en conséquence d'une annexion[787]. Il en serait de même si l'État décidait d'y contrôler sa frontière sans annexion, en amont.

193. La pratique la plus courante pour contrôler la frontière est toutefois celle de l'interception physique de l'individu lui-même, car c'est bien lui qui se meut et qu'il s'agit ici pour l'État de saisir dans l'optique du contrôle frontalier. C'est d'abord le cas dans le contrôle statique de la détention. Étant définie par l'emprise du geôlier, la détention *est elle-même* un contrôle effectif sur le migrant et établit donc la juridiction où qu'elle soit exécutée[788]. C'est ensuite le cas dans le contrôle dynamique, qui suit les flux, dont la pratique des contrôles en mer est un cas topique. Par l'exiguïté du véhicule, l'intervention de la force étatique sur un navire produit aisément « un contrôle absolu et exclusif exercé (…) au moins *de facto*, sur le [navire] et son équipage (…) de manière continue et ininterrompue »[789]. Il en va de même sur

---

[786] C.E.D.H., 2021 (21 jan.), *Géorgie c. Russie (II)*, req. n° 38263/08, §§ 294-299, se référant à *Loizidou c. Turquie* (1996 (18 déc.), §§ 49-57, à propos du droit de propriété lésé par l'entrave de l'accès aux biens).
[787] C.E.D.H., 2024 (25 juin), *Ukraine c. Russie (Crimée)*, req. n°s 20958/14 et 38334/18, §§ 1170-1175.
[788] Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 35 (article 9 – liberté et sécurité de la personne) (cent-douzième session, 2014)*, Doc. N.U., CCPR/C/GC/35, § 63 : « Étant donné que l'arrestation et la détention placent l'individu sous le contrôle effectif d'un État, l'obligation de ne pas arrêter ou détenir arbitrairement ou illégalement des individus vaut aussi en dehors du territoire ». Dans le cadre européen, v. l'établissement de la juridiction pour une détention extraterritoriale par la C.E.D.H., 2009 (30 juin), *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, req. n° 61498/08, §§ 87-89, et pour un exemple pratique en matière migratoire, v. l'accord du 6 novembre 2023 entre l'Italie et l'Albanie sur le renforcement de la coopération migratoire, prévoyant la mise à disposition de l'Italie de centres de traitement de demandes d'asile situés sur le territoire albanais (Fleury Graff (Th.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 128 (2024), note 2024/2.23 (pp. 379-382)).
[789] C.E.D.H., 2010 (29 mars), *Medvedyev et a. c. France*, req. n° 3394/03, § 67 (contre le trafic de stupéfiants) ; C.E.D.H., 2023 (27 juin), *Bryan et a. c. Russie*, req. n° 22515/14, § 37 (arraisonnement de militants écologistes en

les seuls individus lorsqu'ils sont transférés sur le navire étatique[790]. Dans tous ces cas, l'emprise est bien établie par la maîtrise physique qui découle de la situation où est tenu l'individu[791], et la juridiction permet indéniablement de suivre la puissance déployant le contrôle de la frontière hors du territoire.

194. Mais qu'en est-il lorsque la puissance s'exprime par un seul acte, un instant, créant le lien et le détruisant aussitôt par la suppression de son objet ? C'est que le contrôle peut s'épuiser instantanément dans une interception éclaire. Ainsi par exemple de commandos ayant pour seule mission d'abattre tout individu perçu vers la frontière, ou de la destruction sans sommation d'un aéronef qui s'en approche[792]. Il y a là un cas limite où la puissance atteint un degré extrême d'emprise sur l'individu en supprimant son existence, mais tout en restant distante jusqu'à ce point de bascule où elle ne s'exprime qu'en un instant[793]. La *situation* d'emprise et donc de juridiction, qui suppose *a priori* l'écoulement d'un « certain laps de temps »[794] nécessaire à son installation, peut-elle s'accommoder de l'instantanéité du meurtre[795], où l'individu, soumis à la puissance, « à l'instant où il le sut, (…) cessa de le savoir »[796] ? Une réponse négative créerait un angle mort dans la limitation des pratiques les plus violentes du contrôle frontalier, et n'est dictée par aucune antinomie dès lors qu'est admise la création du lien par une autorité et un contrôle latents, dans l'ignorance de l'individu. En effet, quoiqu'il puisse en être inconscient, la soumission de l'individu à l'État en pareil cas n'en

---

mer, s'agissant d'une action dans la zone économique exclusive mais le raisonnement serait le même en vue de l'entrée dans le territoire).

[790] C.E.D.H., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, préc., § 81 (contrôle migratoire) ; Comité contre la torture, 2008 (10 nov.), *J.H.A. c. Espagne*, CAT/C/41/D/323/2007, § 8.2 (juridiction de l'Espagne sur des migrants détenus à bord de son navire à la suite d'un sauvetage en mer, emmenés et détenus en Mauritanie).

[791] C.E.D.H., 2011 (7 juil.), *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, préc., § 136 : au-delà du « contrôle opéré par l'État contractant sur les bâtiments, l'aéronef ou le navire où les intéressés étaient détenus », « [l']élément déterminant dans ce type de cas est l'exercice d'un pouvoir et d'un contrôle physiques sur les personnes n question. »

[792] Cette pratique paraît exagérée dans le cadre du contrôle des frontières ; la réflexion à son propos n'est pourtant pas gratuite, dès lors qu'elle n'est pas tirée d'une imagination funeste cherchant les excès mais d'une pratique concrète optant pour le meurtre (étudiée *infra*, aux paragraphes 278-279), dont les exemples ici donnés sont des illustrations.

[793] Toute la question est bien dans cette *instantanéité* apparente de l'autorité exercée, qui la distingue du cas plus simple du meurtre s'inscrivant dans une situation d'emprise bien établie (v. par ex. C.E.D.H., 2011 (7 juil.), *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, préc., § 149 : le meurtre des proches des requérants par des soldats britanniques s'inscrit dans la juridiction du Royaume-Uni qui, après l'invasion de l'Irak en 2003, y exerçait des prérogatives de puissance publique comme membre de l'Autorité provisoire de la coalition en charge du secteur en cause).

[794] C.E.D.H., 2001 (12 déc.), *Banković et a. c. Belgique et a.*, préc., § 36 (position défendue par les États plaidant pour une acception « ordinaire » (donc restrictive) de la « juridiction »).

[795] La Cour européenne des droits de l'homme vise expressément l'instantanéité comme incompatible avec l'établissement d'une juridiction, v. C.E.D.H., 2010 (29 mars), *Medvedyev et a. c. France*, préc., § 64 (par lien opéré avec le rejet de la conception causale de la juridiction, référence faite à *Banković*).

[796] Ce n'est pas d'un meurtre mais d'un suicide qu'est tirée cette formulation de l'éclair où vie et mort se passent le relais, celui de Martin Eden s'enfonçant dans les abysses : « Il avait coulé dans les ténèbres. Et à l'instant où il le sut, il cessa de le savoir. » (London (J.), « Martin Eden », *in Romans, Récits et Nouvelles*, II, Paris, Gallimard, 2016, Bibliothèque de la Pléiade, x-1603 p., p. 804).

est pas moins réelle. Lors de la prise de décision, singularisé dans le viseur de l'action étatique[797], l'individu est à sa merci, dépendant sans le savoir d'une puissance qui ne se manifeste que dans l'éclat qui supprime sa cible[798]. Cette analyse opère certes un basculement vers la seule action étatique, mais maintient le critère du lien par la présence (certes passive) de l'individu dans la relation, dont tous les droits sont sous emprise de la puissance de contrôle frontalier, ici destructrice, la vie étant la condition première de leur jouissance. Sans le dire de la sorte[799], la jurisprudence tend à avaliser ce raisonnement, qui l'éclaire en retour, lorsqu'elle admet la juridiction sur des individus abattus à distance en vue de protéger le territoire, donc la frontière, sans avoir été autrement saisis par l'État agissant[800].

b) Spécificité de l'emprise immatérielle

195. Contrairement à l'emprise matérielle qui vient d'être vue, l'emprise immatérielle n'a pas l'évidence du tangible car l'intégrité de l'individu reste intacte et il est apparemment libre de mener sa vie comme il l'entend. « Apparemment », car une emprise peut subsister au-delà du mur, des matraques et des missiles qui arment la frontière. C'est le cas lorsqu'un lien personnel lie l'individu à l'État et le rend dépendant des actions ou omissions effectuées à son

---

[797] C'est ainsi que la C.E.D.H. explique sa jurisprudence établissant la juridiction sur le meurtre à distance, « ces affaires concernaient des actions isolées et ciblées comprenant un élément de proximité » par opposition à un contexte de guerre où la destruction est généralisée et toute idée d'autorité et de contrôle sur la situation est *a priori* écartée (C.E.D.H., 2021 (21 jan.), *Géorgie c. Russie (II)*, préc., §§ 132-133 et 137 ; la même distinction est opérée par Corten (O.), *« À la paix comme à la guerre ? » Le droit international face aux exécutions extrajudiciaires ciblées*, Paris, Pedone, 2021, 173 p., p. 146). L'élément de proximité a été étendu à une situation où l'individu est assassiné loin des frontières de l'État (C.E.D.H., 2021 (21 sept.), *Carter c. Russie*, req. n° 20914/07, § 130), et il est possible d'envisager que la singularisation de l'individu puisse être étendue à un groupe déterminé.

[798] Corten (O.), *« À la paix comme à la guerre ? »…*, *op. cit.*, p. 147, parle d'une « autorité suprême, fatale et définitive. »

[799] Si la systématisation jurisprudentielle admet que le recours à la force par des agents étatiques puisse établir la juridiction sur son objet, c'est seulement dans « certaines circonstances » non précisées (C.E.D.H., 2011 (7 juil.), *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, préc., 136 ; C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., § 186) bien qu'affinées au coup par coup comme le montrent les affaires ici mobilisées et ré-systématisées par la Cour au vu des cas jugés (C.E.D.H., 2022 (30 nov.), *Ukraine et Pays-Bas c. Russie*, préc., §§ 568-571).

[800] C.E.D.H., 2007 (28 juin), *Mansur Pad et a. C. Turquie*, req. n° 60167/00 (individus tués depuis un hélicoptère par la Turquie), §§ 24 (fait de contrôle selon la Turquie) et 54 (la Cour admet la juridiction nonobstant la localisation (discutée) du meurtre, fût-elle extraterritoriale, car la Turquie a reconnu avoir abattu les individus) ; C.E.D.H., 2008 (3 juin), *Andreou c. Turquie*, req. n° 45653/99, A) 3) c) (le raisonnement est formulé de façon un peu hasardeuse et frôle l'imputabilité par causalité, mais conduit à établir la juridiction de la Turquie sur le meurtre d'individus situés sur le territoire chypriote depuis celui de l'auto-proclamée « République turque de Chypre du Nord », soit à travers la limite séparant l'espace contrôlé par la Turquie et l'extérieur). La jurisprudence est reprise et confirmée par C.E.D.H., 2021 (21 sept.), *Carter c. Russie*, préc., §§ 127-130. En dehors du régime européen, v. Com.I.D.H., 1999 (29 sept.), *Alejandre Jr. et a. c. Cuba*, aff. n° 86/99 : deux aéronefs civils étatsuniens avaient été abattus par les forces aériennes cubaines dans l'espace aérien international. Si la Commission relève que les missiles « disintegrated the (…) airplanes, killing their occupants *instantaneously* », sans que « [a]t no time did the [Cuban forces] notify or warn the civilian airplanes, try to use other interception methods, or give them an opportunity to land » (§ 8, nous soulignons), l'instantanéité et l'absence de contact n'empêche pas qu'elle « finds conclusive evidence that agents of the Cuban State, although outside their territory, placed the civilian pilots of the "Brothers to the Rescue" organization under their authority » (§ 25).

égard et en cette qualité[801]. Cela est particulièrement net quant au lien de nationalité qui attache l'individu à l'État et l'en fait dépendre quant à la jouissance de certains de ses droits qui nécessitent l'action de l'État de nationalité. D'où la pertinence d'évaluer la juridiction à l'aune du droit subjectif en cause, car seuls certains de ces droits convoquent le lien pertinent – en l'occurrence de nationalité – et en font une voie de leur réalisation, donc une prise sur leur violation[802]. Il y a bien là une emprise, et la juridiction est établie à sa mesure[803].

196. Une telle emprise est particulièrement présente dans le contrôle des frontières car la circulation internationale de l'individu est grandement liée à son rattachement à un État donné. Il en est ainsi pour le droit au retour et le droit de quitter tout pays, le premier en ce qu'il est tout entier tenu par la décision de l'État de destination du retour qui est le plus souvent celui de nationalité[804], et le second en ce que le départ est conditionné à l'octroi d'un passeport par l'État de nationalité[805]. Ainsi la juridiction est finalement définie par l'emprise qui correspond à la spécificité du droit en cause. Elle est établie dès lors que ce droit, ici le droit au retour, « suppose *par nature* la possibilité que le droit garanti s'applique à la relation existante entre un État partie et ses ressortissants si ces derniers se trouvent hors de son territoire (…). Tant l'objet que la portée de ce droit supposent qu'il puisse bénéficier aux ressortissants de l'État (…) qui se trouvent en dehors de sa juridiction [territoriale] »[806].

197. Au bénéfice de cette subtilité qui tire les conséquences de la définition de la juridiction comme relation, le droit international s'applique donc au contrôle frontalier déployé hors le territoire toutes les fois où il est exprimé par la puissance étatique et frappe les droits de

---

[801] Pour un exemple topique, v. C.E.D.H. (Commission), 1965 (25 sept.), *X c. République fédérale d'Allemagne*, req. n° 1611/62, p. 168 : « [I]n certain respects, the nationals of a Contracting State are within its "jurisdiction" even when domiciled or resident abroad; whereas, in particular, the diplomatic and consular representatives of their country of origin perform certain duties with regard to them which may, in certain circumstances, make that country liable in respect of the Convention ».

[802] Cela d'autant plus que le lien de nationalité *seul* ne fonde pas un titre autonome à la juridiction ; il doit être combiné à un droit en cause (C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., §§ 198 et 206).

[803] Il n'y a pas nécessairement emprise totale et exclusive de l'État sur cette situation, comme le montre le cas des rapatriements où la jouissance du droit au retour de l'individu est engluée dans sa condition de prisonnier dépendant de forces tierces (ce qui mène à une position de funambule de la C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., §§ 207-214, qui s'efforce d'établir l'emprise concrète opposable à la France).

[804] Par exemple, dans l'affaire *Momcilovic c. Croatie* (2002 (29 août), req. n° 59138/00), la C.E.D.H. ne s'interroge même pas sur la juridiction qu'a la Croatie sur un national croate situé en Serbie auquel elle n'a pas donné les documents de voyage qu'il demandait : elle n'était pas contestée et était évidente au vu du problème concerné.

[805] C.D.H., 1982 (23 mars), *Vidal Martins v. Uruguay*, doc. N.U., CCPR/C/15/D/57/1979, § 7 ; 1983 (31 mars), *Lichtensztejn v. Uruguay*, préc., § 6.1 ; 1983 (22 juil.), *Varela Nuñez c. Uruguay*, CCPR/C/OP/2, § 6.1 ; 1994 (21 juil.), *Peltonen c. Finlande*, CCPR/C/51/D/492/1992, § 8.4 ; 2004 (2 nov.), *El Ghar c. Libye*, CCPR/C/82/D/1107/2002, § 7.3.

[806] C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., § 209 (nous soulignons ; l'ajout de « territoriale » s'impose dès lors que l'art. 1 de la Convention qui subordonne son opposabilité à la juridiction *en général* ne peut être méconnu, de sorte que l'opposabilité d'un droit en dehors de la juridiction *en général* serait infondée dans ce régime).

l'homme. Mais en l'absence d'une telle relation, sans puissance sur un droit, le contact entre l'individu et l'État se résume à une simple interaction et échoue à établir un quelconque lien de juridiction. Le droit international des droits de l'homme, pour autant qu'il est conditionné par l'établissement de la juridiction, cesse alors de limiter le contrôle frontalier.

2. L'inopposabilité des droits de l'homme au contrôle par simple contact

198. Le contrôle frontalier peut avoir lieu par simple contact, sans exercice de puissance, lorsque l'État oppose un simple refus à une demande d'accès à son territoire. La demande étant formulée hors le territoire, le refus suffit au contrôle qui n'a pas à être accompagné de mesure d'exécution. Ce seul refus, illustré par le rejet d'une demande de visa formulée dans une ambassade, peut-il se voir opposer les droits de l'homme au motif de l'existence d'une « juridiction » ? Certaines positions répondent par la positive en cherchant à élargir la juridiction de l'État à sa capacité matérielle de protection, ce qui limiterait le contrôle frontalier dès lors que lui serait opposé un appel à l'aide (a). Toutefois, ces positions se heurtent au droit positif qui maintient le critère de l'emprise au vu des droits en cause (b).

a) La défense de l'opposabilité des droits de l'homme au contrôle frontalier en vertu de la seule capacité de protéger l'individu

199. Une position universaliste tend à limiter le contrôle frontalier en lui opposant les droits de l'homme dès que l'État territorial *peut* les violer, mais aussi, dans son revers positif, dès que l'État territorial *peut* les protéger, notamment lorsqu'une demande de rapatriement[807] ou une demande de visa[808] lui est faite. Dans les deux cas, la frontière semble s'opposer à la protection des droits de l'individu qui cherche à fuir un danger par le secours d'un territoire lointain. Seraient ainsi étendus à la fois le contenu des droits, qui se nourrirait d'une injonction d'agir plus large envers l'État (il peut *donc* il doit protéger), et la juridiction qui la suivrait (il peut et doit protéger, *donc* il maîtrise). Autrement dit, l'appel à l'aide rendrait l'État débiteur du secours, car l'individu formulant l'appel se rendrait ainsi dépendant d'une emprise étatique établie et tissant un lien juridictionnel malgré elle. La maîtrise ne concernerait plus la puissance sur l'individu, mais la possibilité de le sauver. Partant, l'État ne pourrait plus fermer sa frontière

[807] V. la position des requérants devant la C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., § 165, qui avancent être « dépendants des décisions prises [à l'égard des proches des requérants] par les autorités françaises – et donc sous leur contrôle », ainsi que celle des organes protecteurs des droits de l'homme intervenant qui soulignent notamment « l'influence déterminante que [l]es États ont sur [la] situation [des individus] en décidant de les rapatrier ou non » (§§ 176, et aussi 179).
[808] C.E.D.H., 2020 (5 mai), *M. N. et a. c. Belgique*, req. n° 3599/18. La plaidoirie des requérants ne touche pas précisément ce point, mais l'enjeu infuse l'affaire et les prétentions en faveur de l'octroi de visa.

sans se voir opposés les droits de l'homme dès lors que l'individu se prévaudrait de leur possible violation à son endroit dans sa demande d'accès.

200. L'enjeu est de taille car la présence mondialisée de l'État – à travers ses ambassades mais aussi, et par extension, à travers ses canaux de communication[809] – rend sa sollicitation relativement aisée par un nombre important d'individus. C'est finalement la figure d'un État-paladin qui est questionnée, c'est-à-dire d'un État qui serait tenu par les droits de l'homme de déployer une protection voire un accueil garantissant ces droits à la mesure de leur ambition universelle, lié par l'appel d'une humanité en détresse. Ainsi présentée, il est peu étonnant que de nombreux États critiquent cette position, dénonçant la défense d'une sorte de « juridiction "à la carte" à hauteur de [leur] capacité d'agir (…), relative et évolutive, qui serait source d'une grande insécurité juridique pour eux »[810]. Si les arguments conséquentialistes qui motivent la critique peinent à satisfaire l'étude juridique, les seules conséquences *de fait* d'un régime n'étant pas en elles-mêmes propres à modifier son fonctionnement *en droit*[811], cette critique trouve un appui dans la logique propre à la juridiction, méconnue par la position universaliste mais maintenue par le droit positif.

b) Le maintien du critère de l'emprise et l'inopposabilité au contrôle par simple contact

201. La prétention d'une limitation universelle du contrôle des frontières défendue par la position ci-dessus a été éteinte par la jurisprudence qui s'est prononcée sur la question. Répondant aux craintes étatiques, elle refusa en effet de « consacrer une application quasi universelle de la Convention sur la base du choix unilatéral de tout individu, où qu'il se trouve dans le monde, et donc [de] créer une obligation illimitée pour les États parties d'autoriser l'entrée sur leur territoire de toute personne qui risquerait de subir un traitement contraire à la

[809] Cela est envisagé par certains États pour s'opposer à une telle acception de la juridiction, soulignant que « de la même manière qu'une demande de visa faite en ligne ou par la poste ne crée pas de juridiction, le fait qu'une demande ou même une décision concernant le statut d'immigrant soit faite auprès d'une ambassade ou d'un consulat à l'étranger ne peut pas créer un lien juridictionnel » (*ibid.*, § 88).

[810] C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., § 159 (position de la France à propos de la demande de rapatriement). Sur la délivrance de visas, v. C.E.D.H., 2020 (5 mai), *M. N. et a. c. Belgique*, préc., § 86 (onze gouvernements interviennent, tous contestent que la Belgique ait exercé sa juridiction en refusant des visas à son ambassade à Beyrouth) ; Conclusions de l'avocat général Mengozzi *in* C.J.U.E., 2017 (7 févr.), aff. *X. et X. c. État belge*, C-638/16 PPU, § 7 (mentionne (en les regrettant) les interventions de quatorze gouvernements excluant toute obligation vis-à-vis des individus pesant sur l'État membre de l'Union européenne dans la délivrance des visas humanitaires).

[811] C.E.D.H., 2020 (5 mai), *M. N. et a. c. Belgique*, préc. : l'argument politique des conséquences de l'admission d'une telle extension pour le régime des migrations, *i.e.* la possible formation d'un lien juridictionnel par la seule demande de l'individu revenant à le rendre maître du déclenchement de la protection internationale, est sans surprise soulevé par la Belgique (§ 81) et les États intervenants (§ 88), mais aussi – et de façon plus discutable car il n'est pas juridique – par la Cour elle-même qui l'ajoute pour confirmer son raisonnement (§ 123).

Convention »[812]. Pour cause, il est établi de longue date que la seule conséquence néfaste de l'action ou absence d'action de l'État ne suffit pas à établir sa juridiction[813], car elle ne suffit pas à établir le lien qui la constitue. Partant, la seule capacité opérationnelle de l'État à secourir l'individu ne saurait fonder un lien de juridiction avec lui[814]. Évidemment, ne pas aider l'individu en l'emmenant sur son territoire revient à lui fermer la frontière, mais cela n'équivaut pas à déployer la puissance du contrôle frontalier qui soumet l'individu par le rejet. Or cette puissance sur l'individu est toujours requise afin d'établir la juridiction[815], et donc pour que puisse être opposé à l'État un droit dont la jouissance et la protection commandent son action[816]. Pour revenir à nos développements, il doit toujours y avoir une emprise, matérielle ou immatérielle[817], établie par la relation. Seules la dénaturation de la puissance (contrôle non sur l'individu mais sur le fait de l'aider) et l'extension du droit de l'homme (impliquant une obligation positive et générale de secours) permettraient de fonder l'emprise juridictionnelle en pareilles circonstances, au prix de vider la notion de « juridiction » de ses sens et fonction. Pour l'heure, le seul contact, fut-il procédural[818], ne suffit pas à la création *ipso jure* ou *facto* d'un lien d'emprise.

---

[812] *Ibid.*, § 123.

[813] C'est ce qui est qualifié de « conception causale de la juridiction », constamment rejetée (C.E.D.H., 2001 (12 déc.), *Banković et a. c. Belgique et a.*, préc., § 75 ; C.E.D.H., 2020 (5 mai), *M. N. et a. c. Belgique*, préc., § 112 ; C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., § 200).

[814] C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., § 159 : le gouvernement français « conteste toute possibilité de déduire de la capacité à agir de la France, matérialisée par les rapatriements opérés au bénéfice des enfants, qu'il qualifie de rapatriements humanitaires, la reconnaissance d'un lien juridictionnel », et est soutenu par sept États tiers intervenant sur l'absence de juridiction (§ 169). La Cour retient l'argument à propos de l'article 3 de la Convention, le seul refus de rapatriement opposé par l'État français, quand bien même il serait le seul à pouvoir aider les individus, ne fonde pas le lien de juridiction en l'absence d'obligation dans ce sens sur ce fondement (§§ 199-203).

[815] C.E.D.H., 2020 (5 mai), *M. N. et a. c. Belgique*, préc., § 118 (les individus n'ont pas la nationalité de l'État défendeur (ce qui pourrait les rendre dépendant d'une action diplomatique) et n'ont subi aucun contrôle de ses agents) ; C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., § 198 (en l'absence de contrôle sur les camps syriens où des mauvais traitements seraient commis, la France n'a pas juridiction sur ces actes).

[816] Ainsi la juridiction de l'État peut être rejetée à raison d'un droit (qui ne commande pas son action) et retenue à l'égard d'un autre (qui la suppose). V. C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., qui rejette la juridiction à raison de la prohibition de la torture (ne comprenant pas la rescousse de l'individu, § 203) et la retient à raison du droit au retour (qui suppose au moins un effort de l'État, quoique cela soit établi avec beaucoup de précautions et au vu de la particularité des faits, § 213).

[817] Cela ressort particulièrement de la position de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'action des agents diplomatiques, énoncée à propos de la non-délivrance de visas : elle établit la juridiction lorsqu'ils exercent leur autorité à l'égard des ressortissants de l'État d'envoi (emprise immatérielle) ou quand ils exercent « un pouvoir et un contrôle *physique* sur certaines personnes » (C.E.D.H., 2020 (5 mai), *M. N. et a. c. Belgique*, préc., § 106 (nous soulignons)).

[818] C.E.D.H., 2014 (28 janv.), *Abdul Wahab Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 11987/11, § 28 : l'engagement de procédure contre l'État ne permet pas de fonder la juridiction, qui dépend seulement de la substance de ses prétentions (confirmé par la suite, not. C.E.D.H., 2020 (5 mai), *M. N. et a. c. Belgique*, préc., § 123 ; C.E.D.H., 2025 (12 juin), *S.S. c. Italie*, préc., § 105).

202. Partant, la demande de visa qui illustre particulièrement la matière ne peut seule former un lien de juridiction. De même, selon une logique identique quoique plus ténue car il y a bien une puissance excluante mais celle-ci est déléguée, que la seule proximité avec des migrants en mer lorsque leur refoulement est opéré par des agents tiers dont l'action n'est pas imputée à l'État territorial. Ce dernier cas a d'ailleurs montré les limites de la protection par la Convention européenne des droits de l'homme en l'absence de juridiction établie par la délégation et l'aide ou par la seule possibilité d'aide[819].

203. Pour finir sur la question importante de la demande de visa en l'ouvrant un peu, outre les situations où elle serait couverte en dehors de la condition de juridiction[820], il faut mentionner qu'elle pourrait trouver un arrimage juridictionnel dans le droit de chercher asile reconnu par plusieurs textes[821]. En effet, bien que parfois lié au droit de quitter tout pays[822], qu'il rejoint seulement en fait dans le départ de l'individu, le droit de chercher asile s'en distingue par les relations qui font son contenu juridique. Tandis que le droit de quitter tout pays vise la relation entre l'individu et l'État territorial qu'il est en droit de quitter, le droit de

---

[819] C.E.D.H., 2025 (12 juin), *S.S. c. Italie*, préc., où la Cour se réfère en premier lieu aux principes posés dans l'affaire de la délivrance de visas *M.N. c. Belgique* (2020, préc.) qu'elle cite extensivement, et considère que la juridiction de l'Italie n'est pas établie sur le refoulement opéré par des agents libyens en mer hors du territoire italien, bien qu'elle ait délégué son contrôle frontalier et assiste la Libye en ce sens car elle n'exerce pas un contrôle tel que l'on peut considérer qu'elle maîtrise la situation en fait, que ce soit à raison de l'espace (§ 97) ou des agents (§ 102), le seul déclenchement de la procédure d'assistance en mer ne suffisant pas à établir l'emprise qui caractérise la juridiction (§ 105). À l'inverse, le Comité des droits de l'homme a pu établir la juridiction de l'État en pareil cas, au vu d'« une relation particulière de dépendance entre les passagers de l'embarcation en détresse et l'[État] ». Toutefois, cette dernière position étire la notion de juridiction sans guère de fondement dans la mesure où le Comité ne fait entrer ce nouveau cas ni dans ceux préalablement établis (qu'il rappelle préalablement), ni dans l'esprit général de la notion (non étudié), et ne l'étaye en droit que par des obligations de droit de la mer à la logique étrangère à celle du régime applicable (C.D.H., 2017 (19 mai), *A.S., D.I., O.I. et G.D. c. Italie*, CCPR/C/130/D/3042/2017, § 7.8).

[820] Ce serait par exemple le cas de la protection par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui s'applique à raison de l'application du droit de l'Union européenne, si elle n'avait pas été jugée inopérante faute de droit applicable aux visas humanitaires (C.J.U.E., 2017 (7 mars), *X et X c. État belge*, préc., point 45 (la Cour considère en l'espèce que le droit de l'Union n'est pas applicable dès lors qu'il ne prévoit pas de précisions sur la délivrance de visas pour des raisons humanitaires, celle-ci relevant alors du seul droit national, et donc que la Charte n'est pas applicable aux demandes formulées par des individus syriens formulant une demande en ce sens à l'ambassade de Belgique à Beyrouth) ; *contra*, les conclusions de l'avocat général Mengozzi considéraient que le droit de l'Union s'appliquait en l'espèce car les autorités belges s'y étaient rapportées et que celui-ci constituait le régime applicable nonobstant un certain pouvoir d'appréciation des États (§§ 76-88).

[821] Doc. N.U. A/RES/217(III), Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 14 § 1 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 12 § 3 ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 28 ; Déclaration de l'A.S.E.A.N. sur les droits de l'homme, art. 16 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 22 § 7 (Traités OAS B-32) et Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, art. XXVII (C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children…*, préc., § 73 ; sur la position de la Cour sur ce fondement, v. de manière générale son avis du 30 mai 2018, *The institution of asylum and its recognition as a human right in the inter-American protection system (interpretation and scope of articles 5, 22(7) and 22(8), in relation to article 1(1) of the American convention on human rights)*, avis OC-25/18, Série A, n° 25).

[822] Goodwin-Gill (G. S.), McAdam (J.) et Dunlop (E.), *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 417 et 428-432.

chercher asile vise celle entre l'individu et l'État auquel il demande l'asile, dont il est en droit d'être considéré. Ainsi, si la demande d'accès au territoire ne lie pas l'État en l'absence du droit de chercher asile[823], ce dernier pourrait fonder le lien juridictionnel à l'égard de l'État qui est tenu à son respect dans la mesure où ce droit est tout entier tourné vers la *sollicitation* de l'État. Ici, le comportement de l'État rend l'individu dépendant sur ce point précis et constitutif du droit en cause qu'est le fait que sa demande d'asile soit considérée. Il y aurait ainsi un cas d'emprise immatérielle à raison du lien personnel entre le demandeur d'asile et l'État récepteur de la demande, car le contrôle frontalier exercerait bien sa puissance sur (le droit à formuler) la demande d'asile. La Cour interaméricaine, appliquant un texte à la fois limité par la juridiction et reconnaissant ce droit, ne semble pas encore tirer cette potentialité d'extension de la juridiction[824]. Les conséquences seraient assurément très amples pour les États concernés, aussi amples que l'est aujourd'hui le contrôle de leur frontière à travers ses multiples manifestations, qui trouverait ainsi une nouvelle limite cohérente avec sa modération par le droit international qui le saisit comme puissance affectant des intérêts tiers.

[823] V. par ex. la position du Royaume-Uni, « there is no obligation on us to consider applications or inquiries made on behalf of people abroad about asylum in the UK » (Hartmann (J.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2014 », *B.Y.I.L.*, vol. 85 (2014), pp. 452-453, déjà formulée et reproduite dans la même chronique, *B.Y.I.L.*, vol. 82 (2011), p. 807).

[824] La Cour reste évasive en exigeant, par alignement avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qu'un lien de juridiction *ratione personae* attache l'action diplomatique ou consulaire à l'individu demandant l'asile, ce qui laisse entendre que la seule demande ne forme pas ce lien (C.I.D.H., 2018 (30 mai), *The institution of asylum and its recognition as a human right…*, préc., § 177 : les obligations de la Convention sont opposables « to the actions of diplomatic agents deployed in the territory of third States, provided that a link of personal jurisdiction with the person concerned can be established ». Plus profondément, une limite à l'intégration de notre propos dans sa jurisprudence réside dans son raisonnement inversé, où elle considère que le droit de chercher asile est opposable s'il y a juridiction (*ibid.*, § 122), renvoyant ainsi l'établissement de la juridiction à une opération étrangère à la nature du droit en cause puisqu'il n'entre en jeu qu'une fois la juridiction établie).

Conclusion du chapitre

204. Le seul fondement du contrôle de la frontière ne suffisant pas à prendre toute la mesure du phénomène et de sa possible limitation. Ce chapitre l'a étudié dans la dimension plus dynamique où son déploiement déborde le cadre originel de l'Etat souverain contrôlant sa frontière par lui-même et sur son territoire.

205. Sur le plan spatial, le contrôle de la frontière est projeté en dehors de l'emprise territoriale où il prend racine. Sous la force de cette pratique, le droit a consacré des zones qui lui sont dédiées, principalement la zone contiguë mais aussi, quoiqu'elle oscille encore entre le fait et l'institution juridique, la zone d'identification de défense aérienne, où le contrôle peut être projeté à raison de l'espace. Parallèlement, sa projection trouve encore un fondement dans les espaces internationaux à travers le droit de poursuite et l'interception. Quoique le droit international leur permette ainsi une forte expansion, ces pratiques unilatérales trouvent rapidement la limite du respect des États tiers, et le contrôle frontalier se déploie alors aussi par la coopération, qu'il s'exerce ensuite seul ou en commun. Par toutes ces voies, auxquelles s'ajoute le déploiement par lequel le contrôle de la frontière est délégué, celui-ci s'étend largement dans la société internationale, ce qui donne la mesure du phénomène et mène à étudier les éléments de sa possible limitation en cet aspect dynamique, hors son cadre originel.

206. D'abord sur le plan personnel, le déploiement du contrôle des frontières mène à considérer son imputation à l'État territorial à travers les multiples personnes qui l'actionnent en fait, qu'il s'agisse d'acteurs privés ou d'agents publics tiers. Le droit international s'est ici révélé apte à limiter le contrôle, dès lors qu'il n'attache pas la responsabilité au strict fait de la personne État mais suit plutôt la puissance publique qui s'avère imprégner le contrôle frontalier qui qu'en soit factuellement l'auteur. Ensuite sur le plan spatial, il fut alors question d'opposabilité des obligations internationales au contrôle frontalier prétendument ou effectivement hors du territoire, et là encore le droit international s'est avéré apte à le limiter en suivant la puissance qui l'anime. Ce fut particulièrement le cas s'agissant de la « juridiction » qui conditionne l'opposabilité des droits de l'homme, dont la seule limite réside dans leur inopposabilité au contrôle opéré par simple contact avec le migrant, lorsque le refus d'ouvrir la frontière est dépourvu de puissance exercée sur un quelconque droit.

207. Le phénomène du contrôle frontalier est ainsi pleinement situé en complément de son origine souveraine, ce qui achève l'étude du fondement étatique du contrôle dont il faut désormais reprendre les acquis avant de continuer le chemin vers le titre 2, qui introduira l'Autre et l'encadrement du contrôle frontalier qui en résulte.

Conclusion du titre

208. Ici s'achève la première étape nécessaire à l'étude du contrôle des frontières comme lieu d'une relation juridique avec l'Autre, qui supposait d'abord de situer le contrôle en son fondement étatique, soit le côté « État » de cette relation où le contrôle trouve son appui et son impulsion premiers. Si l'étude doit encore compléter la relation juridique en question, les enseignements de cette partie demeureront comme soubassements fondamentaux *à partir* desquels et non *contre* lesquels il s'agira de réfléchir, car ils relèvent d'une inhérence étatique propre au droit international lui-même.

209. En effet à travers son enracinement dans la souveraineté territoriale, le contrôle des frontières est apparu comme une expression de la puissance publique enchâssée dans la souveraineté de l'État. Il est, à cet égard, inscrit au fondement du droit international, comme fait inhérent à l'existence des États qui le structurent, et sous l'entière liberté de l'État en l'absence d'intérêt juridiquement protégé lui faisant face. Ainsi le contrôle de la frontière est-il un fait originaire, qui dans le silence du droit peut par exemple rejeter sans justification un navire qui ne pourrait se prévaloir d'un intérêt à l'accès au port, ou de capitaux dépourvus d'intérêt à l'accès au territoire. Plus encore, ce fait inhérent à l'État a pu s'étendre avec sa puissance, et ce y compris par le droit international qui enregistra les prétentions à sa projection spatiale – ainsi de la zone contiguë en droit de la mer ou des possibles ententes en faveur d'un contrôle extraterritorial – et ne dit mot sur son déploiement à travers des personnes, qui voit des entités privées contrôler la frontière sur délégation de l'État territorial.

210. Le contrôle des frontières est donc pour le moins solidement ancré en droit international, mais non sans possibles limites sans lesquelles toute ouverture à l'Autre serait compromise. En effet, en même temps que le fondement étatique du contrôle, ont été posées les prises de sa réglementation par le droit international, et avec elles la possibilité d'une relation à l'Autre qui pourra, par la limite juridique, s'opposer au contrôle frontalier et faire du territoire un espace de réalisation d'intérêts internationalement protégés. Cela d'abord par le consentement de l'État, qui permet la limitation de sa puissance par reconnaissance de l'Autre et ainsi la modération nécessaire à leur coexistence. Ensuite par l'imputation et l'opposabilité qui suivent le déploiement du contrôle frontalier, personnel ou spatial, et empêchent le phénomène d'échapper au droit international en débordant le cadre de la souveraineté territoriale. La possibilité de la modération du contrôle par la relation juridique est finalement mesurée autant qu'affirmée. Elle peut désormais être établie par l'opposition du tiers, qui entre en jeu et fait face au fondement étatique.

Titre 2. L'opposition du tiers au contrôle des frontières

« La justice est (…) une sorte de médiété (…) en ce sens qu'elle relève du juste milieu, tandis que l'injustice relève des extrêmes. »

Aristote, *Éthique à Nicomaque*[825]

211. Si le contrôle des frontières réside d'abord dans son fondement étatique et est déployé par la volonté de l'Etat, ce qui lui donne un premier aspect unilatéral, il n'existe qu'en réaction à un Autre, un tiers qui circule et perçoit le territoire comme un espace de réalisation de ses intérêts. D'où l'importance, posée dans la dernière partie de l'introduction, de penser l'Autre et sa reconnaissance. C'est ce tiers qu'il s'agit de contrôler, et donc de protéger pour encadrer le contrôle frontalier. L'altérité apparaît, et avec elle est complété le « cadre conceptuel »[826] du contrôle frontalier qui met nécessairement aux prises l'État territorial et l'Autre, dès lors que la frontière n'existe que vis-à-vis d'un autre. Alors, après que sa possibilité a été mesurée à l'aune du fondement étatique, la modération du contrôle frontalier doit être mise en œuvre pour préserver la coexistence des deux pôles qui s'y opposent, l'État territorial et l'Autre, se rencontrant à la frontière et faisant osciller l'espace territorial entre l'emprise étatique et son ouverture à l'international. En dépend la viabilité du droit international comme outil qui *permet* cette coexistence. Sans une telle modération par l'opposition du tiers, le contrôle frontalier serait laissé à la force unilatérale de l'emprise étatique dont dépendraient les circulations. Animée par le contact créé par ces circulations, l'existence de la société internationale serait alors marquée d'une profonde incertitude.

212. D'où ressortent deux exigences pour le droit international. La première est dans la reconnaissance de l'Autre, c'est-à-dire d'intérêts tiers à ceux de l'État et qui s'opposent au contrôle frontalier. La liberté originelle de l'État a été suffisamment établie dans le précédent titre pour souligner que cette reconnaissance d'intérêts tiers est nécessaire pour modérer le contrôle frontalier, car en leur absence l'État est juridiquement seul et donc absolument libre. C'est là une exigence qui conditionne l'existence même de la relation juridique et qu'il faudra donc satisfaire en priorité, par l'identification de la consistance des intérêts reconnus qui s'opposent au contrôle de la frontière : ainsi le droit international protège-t-il entre autres la

[825] V, 9, 1133b-1134a (trad. fr. Tricot (J.), Paris, Vrin, 2007, Coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 579 p., p. 264).
[826] C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., p. 26, où ce cadre est formé des « besoins essentiels des personnes touchées par des catastrophes » et du « principe de la souveraineté des États ».

circulation des marchandises, l'accès au siège d'une organisation internationale, le droit d'un individu à quitter tout pays ou encore le franchissement de la frontière maritime pour la navigation, et il conviendra de préciser ce panorama pour saisir la teneur des intérêts que le droit international oppose aujourd'hui au contrôle frontalier (Chapitre 1). La seconde exigence résulte de la première. Dès lors que des intérêts tiers sont reconnus comme faisant face au contrôle frontalier, c'est-à-dire ici à l'État territorial, la relation juridique est créée mais il s'agit encore de la faire fonctionner, sans quoi ses deux pôles sont condamnés à se heurter dans une opposition stérile. La modération du contrôle des frontières doit permettre la tempérance mutuelle des intérêts qui s'y opposent. C'est ce que permet la technique juridique en fournissant les outils de l'articulation de ces intérêts, qui empêche leur destruction mutuelle à la frontière (Chapitre 2).

Chapitre 1. La consistance des intérêts opposés au contrôle des frontières

213. L'existence de tiers à l'État territorial forme l'objet du contrôle frontalier et finalement sa raison d'être, car sans eux la frontière n'aurait pas de sens en tant que ligne distinctive. Le contrôle frontalier n'est que *réaction* à l'existence d'autrui, et donc que relation entre l'emprise étatique et ce qui lui fait face. Encore faut-il que les tiers soient reconnus par le droit international pour que la relation soit juridiquement encadrée et le contrôle frontalier juridiquement modéré. Plus précisément, la reconnaissance porte sur les *intérêts* de ces tiers, car ce sont ces intérêts qui distinguent la personne se présentant à la frontière, en caractérisant l'activité que cette personne entend réaliser à raison du territoire. Autrement dit, ce n'est pas tant l'individu qui se présente à la frontière que l'individu porteur d'une dignité humaine, désireux d'une vie meilleure, de fuir des persécutions, de retrouver sa famille, de voyager, de s'informer… que peut-il opposer au contrôle frontalier ? De même, ce n'est pas tant l'État tiers qui s'y présente que l'État ayant intérêt à sa sécurité, au commerce, à l'accès à une conférence internationale, au transit… et la même question se pose.

214. Reste donc à saisir la substance des intérêts tiers reconnus par le droit international eu égard à la frontière, soit l'Autre qui en droit fait face à la frontière et exige la modération de son contrôle. Pour cela, il faut plonger dans le mouvement qui anime la société internationale et en dégager les intérêts qui en sont juridiquement protégés, répartis entre le commerce interétatique qui suppose la protection de certaines circulations pour la communication et l'échange marchand entre les Etats, et le développement de l'être humain qui trouve une certaine protection de sa circulation et des objets qui le servent, de l'aide humanitaire aux informations qui alimentent sa pensée (section 2). C'est seulement à travers ce faisceau d'intérêts consacrés par le droit positif que la problématique du *contact* frontalier pourra être abordée dans le prochain chapitre, une fois identifié *ce qui* en droit entre en contact avec l'État territorial. Mais avant d'établir ce faisceau, il faut commencer par étudier la pensée des fondateurs du droit international, qui contient une protection du mouvement comme donnée élémentaire de la société internationale. Cette étude montrera en effet la nécessité du faisceau d'intérêts de droit positif qui suivra, tant au vu de la nécessité de protection du mouvement inscrite dans la pensée internationaliste que des limites de sa formulation en l'état (section 1).

Section 1. Une tendance séculaire : la protection du mouvement chez les fondateurs du droit international

215. À première vue, un élément fondamental de la protection du mouvement dans la pensée internationaliste semble résider dans les écrits qui abattent une quelconque séparation hermétique de l'altérité, par la reconnaissance d'une communauté du genre humain[827]. En effet, une telle communauté universelle fait inévitablement songer à un mouvement tout aussi universel pour l'animer, et ainsi à la forte limitation si ce n'est à la suppression de la frontière qui pourrait diviser. Par cette seule mais puissante idée, il y aurait au moins une protection de principe du mouvement qui s'opposerait au contrôle frontalier. Pourtant, ce courant de pensée n'est en lui-même *a priori* pas suffisant pour poser une telle protection de principe car il ne fait à ce stade « que » poser un plan de l'existence humaine[828], sans que les interactions au sein de ce plan soient nécessaires[829] bien qu'il s'avèrera particulièrement fécond pour penser le droit des gens à cet égard[830]. Les êtres humains forment certes *une* humanité, mais cela seul ne

---

[827] Grotius note ainsi que la Bible « ne stimule pas médiocrement cette inclination pour la vie sociale, en nous enseignant que tous les hommes sont nés des mêmes premiers parents » (*Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, Prol., XIV (Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2e éd., 2012, trad. fr. Pradier-Fodéré (P.), éd. Alland (D.) et Goyard-Fabre (S.), 868 p., p. 13). Pour la pensée occidentale dans laquelle puisent les premiers fondateurs du droit international, les deux sources sont d'abord le stoïcisme (not. par le relais cicéronien, v. Cicéron, *Traité des lois*, I, 29-30 (Paris, Les Belles Lettres, C.U.F., 2022, trad. fr. Plinval (G. de), lxxiii-131 p., pp. 16-17)) et le christianisme (par ex. Ml, II, 10 : « N'avons-nous pas tous un seul père ? Un seul Dieu ne nous a-t-il pas créés ? »). Pour un panorama plus large de ces doctrines, v. Truyol y Serra (A.), *Genèse et fondements spirituels de l'idée d'une communauté universelle. De la* civitas maxima *stoïcienne à la* civitas gentium *moderne*, Lisbonne, Faculdade de Direito, 1958, 147 p.

[828] Moreau-Reibel (J.), « Le droit de société interhumaine et le "*Jus Gentium*"… », *op. cit.*, p. 494, souligne ainsi que « la "société humaine" [cicéronienne] n'est pas tant à prendre en extension qu'en compréhension. Il n'est pas question de se référer à une cité universelle, une « Cosmopolis », mais il s'agit de marquer que les rapports entre les hommes, qu'ils soient à l'intérieur d'une même cité ou étrangers les uns aux autres, sont régis par les mêmes règles de justice », différence de plan confirmée par l'extension de la « Cité » commune aux dieux (Cicéron, *Traité des lois*, I, 23 (*op. cit.*, p. 13)) et par la nette opposition entre les deux (*ibid.*, I, 61 (p. 35)). Sur le plan spatial, le *Totus orbis* de Vitoria, par exemple, pris seul et sans la sociabilité lui étant connectée, représente simplement un espace physique et global où les êtres humains agissent (individuellement ou collectivement) et dans le cadre duquel peut se développer le *ius gentium* car il y trouve l'échelle à laquelle le déploiement du *bonum commune omnium* et le recueillement d'une raison universelle sont possibles (v. l'analyse de Bunge (K.), « Francisco de Vitoria. A Redesign of Global Order on the Threshold of the Middle Ages to Modern Times », *in* Kadelbach (St.), Kleinlein (Th.) et Roth-Isigkeit (D.), *System, Order, and International Law. The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, Oxford, Oxford University Press, 2017, xxii-521 p., pp. 38-55, pp. 44-45).

[829] Sur l'absence de nécessité *en droit*, v. not. l'irritation de Catry (J.), « La liberté du commerce international d'après Vitoria, Suárez et les scolastiques », *R.G.D.I.P.* t. 39 (1932), pp. 193-218, p. 196 : « A force de parler du bien commun universel et de tout en déduire, on est porté à croire que les conditions de sa réalisation concrète s'imposent tout aussi naturellement que sa notion abstraite. Or les principaux éléments de ce bien commun, le mode d'organisation pratique des États et le régime des biens ne se découvrent pas si facilement qu'on le voudrait. (…) Trop aisément, on admet comme étant, de droit, nécessaire l'évolution suivie, en fait, par le genre humain. A ce compte, la liberté du commerce s'étant révélée comme un moyen indispensable du bien commun, on conclut trop vite à sa nécessité intrinsèque et naturelle » (aussi dans le même sens, p. 212). La pensée de Suárez va aussi dans le sens de l'absence de nécessité, v. son étude *infra*, au paragraphe 219.

[830] L'étude de Demelemestre (G.), « Sens, portée et enjeu de la référence à l'unité du genre humain dans la doctrine classique du droit des gens », *Réforme, Humanisme, Renaissance*, n° 85 (2017/2), pp. 95-136, montre bien l'assise

préjuge pas de son fonctionnement interne qui pourrait bien être ensuite divisé par des délimitations effectives – des contrôles frontaliers. Il faut donc creuser plus avant que la seule proclamation de l'unité du genre humain pour trouver matière à penser sa circulation internationale, et rechercher les éléments de normativité qui peuvent commander cette circulation. Encore faut-il préciser où chercher ces éléments, non pas pour y chercher des vérités oubliées qu'il s'agirait d'imposer aujourd'hui au nom d'une antique clairvoyance[831], mais pour poser l'enjeu qui irriguera ensuite l'étude du droit positif de protection du mouvement. Le contrôle des frontières étant un problème fondamentalement *inter*-national, il faut concentrer l'étude sur les écrits qui portent sur cette configuration du monde au moins en partie fragmenté entre États séparés par leurs frontières. En acceptant l'ambiguïté d'une marge temporelle inhérente à la « fondation » d'une discipline[832], il conviendra de se situer à l'aube de l'époque moderne où cette configuration percute la pensée et fait émerger le droit international. En quête d'éléments de réflexion, il s'agira d'identifier les grands axes et non de restituer les règles détaillées, cela en identifiant le principe de circulation qui révèle l'appréhension du territoire comme fragment de l'espace international (§ 1), avant d'étudier l'inopérance de cette protection une fois confrontée à sa coexistence avec l'emprise souveraine sur le territoire (§ 2).

§ 1. L'établissement de la protection de la libre circulation

216. Dans la pensée juridique, la libre circulation internationale puise ses racines dans l'idée de ce qui fut appelé un « droit de société interhumaine »[833], lequel protège ce qui forme cette

---

que trouvèrent les fondateurs du droit international dans cette idée en la mêlant étroitement à celle de sociabilité qui occupe les développements qui suivent.

[831] Il semble que c'est de cette optique (certes moins grossièrement) que relève par exemple l'article de Chetail (V.), « Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel », *E.J.I.L.*, vol. 27, n° 4 (2016), pp. 901-922, car même si l'auteur apporte assurément d'utiles précisions pour mieux penser la matière, c'est en quête de règles favorables au mouvement migratoire (spéc. p. 922).

[832] La question de l'admission d'auteurs pré-grotiens et notamment les théologiens espagnols est évoquée par Alland (D.), « Qu'est-ce qu'un fondateur du droit international ? », *in Les fondateurs du droit international* (1904), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2014, Coll. « Les Introuvables », 457 p., pp. 7-20, pp. 13-16, et celle de « fondateur » qui rassemble les penseurs commentés l'est page 20, où l'auteur observe qu'au regard de l'inclusion de penseurs anciens tels Vitoria ou Suárez dont les préoccupations n'étaient pas celles du juriste, « [i]l est certainement préférable de comprendre le mot de fondateur comme un commode raccourci permettant de désigner ces personnes illustres ou obscures qui ont contribué à faire émerger les concepts et les problématiques appelés à former l'armature de ce que l'on appelle aujourd'hui le droit international public » ; v. aussi Haggenmacher (P.), *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris PUF, 1983, xxiv-682 p., pp. 621-626, et du même auteur « La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international », *in* Truyol y Serra (A.) *et al.*, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, Bruylant, 1988, x-128 p., pp. 27-80, pp. 35-36. Il faut toutefois noter que cette intrication n'empêche nullement des coups d'éclat où la pensée atteint de nouvelles étapes et marque une nouvelle époque, comme le montre l'importante thèse de la professeure Jouannet à propos de Vattel (*Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, 490 p.).

[833] Selon l'expression de Moreau-Reibel dans un cours important pour le présent propos, portant sur « Le droit de société interhumaine et le "*Jus Gentium*"… », *op. cit.*, pour qui ce « *ius societatis humanae* » désigne « un complexe de normes qui, tout en pouvant être considéré comme une part du droit naturel, se déduit de la nature

société et donc d'abord les circulations qui la relie à travers les frontières. Sous cet angle, les frontières appartiennent à un monde secondaire, non plus interhumain mais (récemment) interétatique. Cette idée et la protection des circulations qu'elle contient reposent sur la sociabilité naturelle des êtres humains, qui les pousse à circuler (A), et sur la communauté originelle des biens dont le territoire n'est, sous ce prisme, qu'un fragment qui ne saurait être isolé (B).

A. Le mouvement de la sociabilité naturelle

217. À travers le droit de société interhumaine, c'est par la grande porte du droit naturel que la circulation a pu faire son entrée dans un droit international – « des gens » – à l'identité encore hésitante[834]. Une grande porte à deux voies : greffé sur la droite raison conforme à la nature et logée en chaque être humain[835], le droit naturel est pensé différemment selon que le cadastre mental est cosmique ou individualiste[836], la raison cherchant respectivement le droit naturel dans l'observation d'une nature englobante (le cosmos)[837] ou dans des principes

---

seule de la société interhumaine dans ses rapports essentiels » (p. 515), la libre circulation étant placée au premier chef dès lors qu'elle conditionne l'existence même de ces rapports.

[834] Les liens du droit des gens avec le droit naturel oscillent à grands traits entre traduction dérivée et contingente formulée par une volonté humaine conforme, et corps de règles propre à la sphère internationale comprenant entre autres celles du droit naturel qui en relèvent. Sur ces rapports, v. pour plus de précision les ouvrages de Haggenmacher (P.), *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, *op. cit.*, spéc. pp. 311-399 (de Gaius à Grotius) et de Jouannet (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, spéc. pp. 35-140.

[835] Sans entrer dans les nuances importantes entre les doctrines et en laissant de côté le rôle du divin dans l'insufflation de la raison ainsi que l'accès de l'être humain à l'ordre naturel et la détermination de ce dernier, il faut mentionner l'impulsion de la pensée juridique de Cicéron, fortement cité par les fondateurs du droit international, not. *La République*, III, XXII : « Il existe certes une vraie loi, c'est la droite raison ; elle est conforme à la nature, répandue chez tous les hommes » (*in La République. Le Destin*, Paris, Gallimard, 1994, trad. fr. Bréguet (E.) (pour *La République*), lxx-261 p., pp. 103-104 ; v. aussi le *Traité des lois*, I, 18-19 (*op. cit.*, p. 11)) ; et, parmi les fondateurs du droit international, Vitoria (Fr. de), *La justice*, Q.57, Art. 2, 2-5 (Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2014, trad. fr. Coujou (J.-P.), vii-427 p., pp. 12-18 ; Suárez (Fr.), *Des lois et du Dieu législateur (1612)*, I, III, 12 et surtout II, V, spéc. 9-12 (Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003, trad. fr. Coujou (J.-P.), 688 p., pp. 122 et 417-421) ; Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, Prol., XI, et I, I, X (*op. cit.*, pp. 11 et 38-40) ; Pufendorf (S.), *Le droit de la nature et des gens (1672)*, II, III, I et XIII-XIV (Bâle, E. & J.R. Thourneisen, trad. fr. Barbeyrac (J.), 4e éd., 1732, t. I, cxxxiv-613 p., réimpr. Caen, Presses universitaires de Caen, Coll. « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », pp. 169 et 189-194) ; Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1758, t. I, lvi-234 p., I, I, V et X-XI, pp. 2-5 ; Vattel (E. de), *Essai sur le fondement du droit naturel, et sur le premier principe de l'obligation où se trouvent les hommes d'en observer les lois*, reproduit *in Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Rey et Gravier, 1838, t. I, xxxix-477 p., pp. v-xxxix, §§ II-III, VI et IX, pp. iii-vii.

[836] Sur le plan cosmique, la richesse intrinsèque de *sens* dans la « nature », dont il est en conséquence possible de tirer du devoir-être en présence d'un *ordonnancement finalisé*, est soulignée par Villey (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2013, 624 p., pp. 190-193, qui voit une rupture (regrettée) dans la philosophie du droit à partir du moment où cette nature deviendra celle *de l'individu* dans une pure subjectivité.

[837] Villey (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, pp. 90 -93 (Aristote) et 158-160 (Saint Thomas).

anthropologiques (la nature de l'individu)[838]. Mais quelle que soit la voie prise, la nature est dite contenir la sociabilité naturelle de l'être humain qui récuse son isolement et donc promeut sa circulation en vue de contacts. C'est ici l'enseignement d'Aristote qui perdure, avec son idée d'« animal politique »[839] selon laquelle l'être humain est enclin à s'organiser avec ses semblables, ce qui comporte une étape nécessaire de sociabilité[840], ainsi que la nature humaine teintée de stoïcisme enseignée elle par Cicéron[841]. Partant de là, une fois extirpée de la cité et combinée à l'unité en puissance du genre humain, la sociabilité naturelle peut se déployer dans la sphère internationale et y promouvoir la circulation à cette échelle. Non seulement les individus sont-ils placés sur la plaine d'une commune humanité, mais en plus la (leur) nature les incline-t-elle à y interagir.

218. Ce pas vers l'international fut franchi par Vitoria. S'inscrivant dans la Seconde scolastique, imprégnée d'aristotélo-thomisme[842] et héritière d'une pensée antique digérée dès

---

[838] *Ibid.*, pp. 394-413 impute ce renversement de perspective du droit naturel (dont il considère en conséquence l'appellation impropre) à la centralité de la raison humaine dans la « nature » stoïcienne, qui règle sa morale et, par extension, le droit ; remarque qui n'est pas erronée au vu du contraste avec Aristote et l'application de la doctrine au droit par Cicéron, mais qui efface un peu rapidement la cosmologie stoïcienne qui comprend la raison et la nature humaines dans « un Tout un et plein » animé par une âme divine « qui le gouverne rationnellement de l'intérieur » et partant le vivifie de sens (Jerphagnon (L.), *Histoire de la pensée*, *in Les armes et les mots*, Paris, Robert Laffont, Coll. « Bouquins », 2012, xxix-1181 p., p. 905). Quoiqu'il en soit, le cartésianisme achève la révolution en fondant la pensée humaine dans la Raison du *cogito* et la pensée juridique avec elle qu'il faudra « tirer par une suite de déductions des principes rationnels que l'on découvrirait au fond de la conscience de l'homme, le droit prenant alors la forme d'un système déductif de règles » (Villey (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 507 ; v. aussi Atias (Chr.), *Philosophie du droit*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 4e éd., ix-410 p., pp. 33-46, qui insiste sur le bouleversement cartésien et sa réception élémentaire par les juristes), comme on le trouve à grands traits dans l'Ecole dite du droit de la nature et des gens (avec de nombreuses variations et nuances méthodologiques, not. au vu de la place que garde l'expérience, v. Jouannet (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, pp. 106-133).

[839] Aristote, *Les Politiques*, I, 2, 1252a-1253a (*op. cit.*, pp. 105-110). V. la très bonne présentation de Wolff (Fr.), *Aristote et la politique*, Paris, PUF, Coll. « Philosophies », 4e éd., 2008, 125 p., spéc. pp. 40-77.

[840] L'animal *politique* implique que les relations interhumaines tendent à l'institutionnalisation et non à la simple interaction, qui relève du seul social-grégaire. Si les deux sont liés par Aristote à travers un rapport de finalité (*Les Politiques*, I, 2, 1253a (*op. cit.*, pp. 108-110)), ils sont distingués par la pensée ultérieure lorsqu'elle défend l'interaction universelle tout en écartant l'idée d'un État mondial, qui serait autrement la fin nécessaire d'un animal politique à portée internationale (par ex. Suárez admet le déploiement de la sociabilité naturelle sur le plan international tout en soulignant qu'elle ne commande aucunement l'établissement d'un État mondial (*Des lois et du Dieu législateur (1612)*, III, II, 5 (*op. cit.*, pp. 640-641)).

[841] Cicéron, *La République*, I, XXV (*op. cit.*, p. 35) ; Cicéron, *Traité des lois*, I, 16 (mention du principe au fondement de la réflexion juridique), 32-34 (exposé du principe découlant de la communauté de raison), 43 (exprime « la disposition naturelle d'amitié à laquelle nous sommes portés envers les hommes, disposition qui est le fondement du droit ») et 49 (mentionne la « compagnie des hommes » parmi les biens à rechercher pour eux-mêmes, la justice étant désirable en soi) (*op. cit.*, pp. 9, 18-19, 24 et 28).

[842] Vitoria (Fr. de), *Leçon sur le pouvoir politique*, I, I, 4 (Paris, Vrin, 1980, trad. fr. Barbier (M.), 82 p., pp. 41-43), citant principalement Aristote, qu'il rejoint à travers Saint Thomas dont il fit son maître spirituel, imposant l'usage universitaire de la *Somme théologique* après sa découverte lors de ses études parisiennes (Truyol y Serra (A.), « Les principales étapes de la vie de Vitoria », *in* Truyol y Serra (A.) *et al.*, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, *op. cit*., pp. 1-9, p. 6.). Sur la reprise scolastique de l'animal social aristotélicien avec les références des écrits de Saint Thomas, touchant notamment Suárez ou Vitoria, v. Coujou (J.-P.), « Introduction.

Saint Augustin en faveur du mouvement[843], la pensée de Vitoria est chargée de la sociabilité et de ses implications. À ce sujet, la conquête espagnole des « Indes » lui fournit l'occasion d'une portée proprement universelle. C'est dans ce cadre que, sous l'amoncellement d'autorités diverses, Vitoria a placé la sociabilité naturelle dans la pensée internationaliste, en la projetant à travers un *ius gentium* dérivé du droit naturel[844] sur une communauté mondiale, le *Totus Orbis*[845], comprenant jusqu'à cet Autre radical qu'était alors l'« Indien ». En a découlé le fameux *ius communicationis*, directement rattaché au « droit de société »[846] et qui pose une obligation d'ouverture de principe à autrui qui doit pouvoir librement circuler à travers les frontières pour que l'humanité se développe par ses interactions[847]. C'est « l'altérité inhérente

---

La politique ontologique de Suárez », *in* Suárez (Fr.), *Des lois et du Dieu législateur (1612)*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003, trad. fr. Coujou (J.-P.), 688 p., pp. 1-81, spéc. pp. 2-3.

[843] Saint Augustin, *Questions sur l'Heptateuque*, IV, XLIV *(*disponible en français *in Œuvres complètes*, Bar-Le-Duc, 1866, t. 4, trad. fr. abbé Pognon), commentant le passage XX, 21 du livre des Nombres, use du *jus sociÉtatis humanæ* cicéronien en arguant la liberté de passage, et fut repris par les canonistes (Moreau-Reibel (J.), « Le droit de société interhumaine et le "*Jus Gentium*"… », *op. cit.*, pp. 515-516, et plus généralement pp. 513-522 sur le droit de circulation chez les canonistes), ainsi que plus tard par Gentili (*Les trois livres sur le droit de la guerre (1598)*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, trad. fr. Gaurier (D.), 2012, 659 p., I, VII et XIX, pp. 97 et 171) et Grotius (*La liberté des mers – Mare Liberum (1609)*, I, 3 (*op. cit.*, p. 49) et *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, II, II, XIII, 2 (*op. cit.*, pp. 188-189). Cet héritage hybride se retrouve dans les sources de Vitoria qui allie pensées stoïcienne et chrétienne (Barbier (M.), « Introduction », *in* Vitoria (Fr. de), *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre,* Genève, Librairie Droz, 1966, Coll. « Les classiques de la pensée politique », introduction, traduction et notes de Barbier (M.), xcv-161 p., pp. vii-xcv pp. xxii-xxiv).

[844] Le *ius gentium* vitorien n'est pas très net car il suit Saint Thomas en le dissociant du droit naturel dans son *De iustitia* mais, à propos de la communication qui importe ici, le fait relever ou au moins dériver du droit naturel (Vitoria (Fr. de), « Leçon sur les Indiens », *in Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, *op. cit.*, § 231, p. 82).

[845] Nonobstant le *Totus orbis* comme entité morale encapsulant le monde qui s'avère particulièrement vaporeuse dans la pensée vitorienne, il convient de le retenir comme *espace* universel, et d'abord « espace mental » (Haggenmacher (P.), *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, *op. cit.*, p. 133), incluant « l'ensemble des peuples et des nations », soit « le monde entier » (Vitoria (Fr. de), *La justice*, Q.57, Art. 3, 3-5 (*op. cit.*, pp. 21-22, et l'étude de la notion par J.-P. Coujou dans le même ouvrage, « Vitoria. Le fondement éthique de la justice », pp. 87-420, pp. 288-313) ; v. également l'étude très précise d'Haggenmacher (P.), « La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international », *op. cit.*, pp. 39-48, et celle de Bunge (K.), « Francisco de Vitoria. A Redesign of Global Order on the Threshold of the Middle Ages to Modern Times », *op. cit.*, pp. 44-45). Ainsi la notion entend dépasser la communauté chrétienne (*orbis christianus*) et permet par exemple d'inclure les Indiens dans l'espace du droit des gens, comme le souligne encore Barbier (M.), « Introduction », *in* Vitoria (Fr. de), *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre, op. cit.*, pp. xlii-xliii ; *contra* le *Totus Orbis* comme communauté mondiale, réduit à une communauté chrétienne, v. Mechoulan (H.), « Vitoria, père du droit international ? », *in* Truyol y Serra (A.) *et al.*, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, Bruylant, 1988, x-128 p., pp. 11-26, spéc. pp. 13-18, qui coupe au cordeau certains éléments de la pensée de Vitoria dans un propos sans nuance et, dans l'ensemble, à charge, qualifié de « teigneux et sottement anachronique » par une recension de la revue *Droits* (n° 9 (1989), p. 187), confondant l'intérêt de Vitoria pour l'*orbis christianus* avec son assimilation au *totus orbis*).

[846] Vitoria (Fr. de), « Leçon sur les Indiens », *op. cit.*, p. 82, 3e partie, 1er titre : « Le droit de société et de communication ».

[847] La démonstration de Vitoria par le recours à diverses autorités se trouve dans la « Leçon sur les Indiens », *op. cit.*, pp. 82-84 sur le droit « d'aller et de vivre aux Indes ». Sur la circulation par la sociabilité naturelle à l'échelle du monde et du *Totus Orbis* chez Vitoria, v. Coujou (J.-P.), « Vitoria. Le fondement éthique de la justice », *op. cit.*, pp. 282-283 et 289-290, et plus généralement pp. 283-323 dont il appert l'idée d'une sorte de vibration de l'humanité actualisant le droit naturel social dans l'histoire à travers la mondialisation des communications et celle

à la relation, à l'"entrecours" des nations »[848] qui est ici centrale et commande l'hospitalité pour que l'Autre ne soit pas méprisé. Ainsi le contrôle frontalier, avant ses manifestations contemporaines, trouve-t-il une opposition fondamentale dans la pensée : l'isolement sans raison est récusé en droit, l'ouverture est consacrée comme principe. Vitoria a donc installé la libre communication à travers les frontières comme une « idée chargée d'énergie »[849] du droit international. Cette idée ne s'est pas tarie.

219. Pourtant, cette idée connut rapidement le doute sous la plume de Suárez. Si celui-ci reprend la sociabilité naturelle aristotélo-thomiste[850], il nie en revanche que sa traduction pratique à l'échelle universelle, c'est-à-dire l'accomplissement de la communauté du genre humain par la libre circulation de ses membres[851], soit *nécessaire* selon le droit naturel[852]. Selon la seule raison naturelle, qui gouverne encore la question, « [u]n État pourrait vivre isolé et sans vouloir faire de commerce avec d'autres États, même s'il n'y a pas d'inimitié. »[853] Seul le droit des gens, par sa positivité[854], pourrait renverser cet état de fait en posant l'obligation de principe de s'ouvrir à la communication internationale, diplomatique[855] et commerciale[856], sans donc que la circulation s'impose à lui *a priori*. Pour autant, Suárez ne rend pas la communication internationale tout à fait contingente car elle s'avère incontournable pour la réalisation de l'humanité dans l'histoire[857], c'est-à-dire pour le rapprochement des communautés particulières (États) dans leur communauté universelle. Or c'est ce rapprochement qui constitue la raison

---

corrélativement de la société humaine qui se découvre *une* (spéc. pp. 321-323 pour une analyse ramassée très stimulante sous ce prisme du droit des gens chez Vitoria).

[848] Haggenmacher (P.), *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, *op. cit.*, p. 339 (qui précise que pour Vitoria, il est encore principalement question d'individus et non de peuples organisés sous forme étatique comme le voudrait le droit international moderne ; individus qui ne couvrent pas moins le monde entier, dans le cadre du *totus orbis*).

[849] Selon la formule d'Haggenmacher (P.), « La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international », *op. cit.*, p. 75, qui plus loin parle d'un « nouvel espace juridique » forgé par Vitoria, en référence notamment au *totus orbis* et à la sociabilité naturelle à son échelle (p. 79).

[850] Suárez (Fr.), *Des lois et du Dieu législateur (1612)*, II, XVIII, 3 (sur l'origine du droit des gens ; *op. cit.*, p. 612) et surtout à l'origine de la fondation du pouvoir politique, *ibid*., III, I, 3 (trad. anglaise *in Selections from three works of Francisco Suarez*, Oxford, Clarendon Press, vol. 2, 1944, xxxii-915 p., pp. 364-365).

[851] Suárez (Fr.), *Des lois et du Dieu législateur (1612)*, I, VI, 18 (*op. cit.*, p. 178).

[852] Le droit naturel pour Suárez est cantonné à « ce que la nature intrinsèque de l'objet exige », excluant ainsi ce à quoi elle *peut* seulement mener (v. not. *ibid.*, II, VII, 6 (p. 461)).

[853] *Ibid.*, II, XIX, 7 (p. 626).

[854] C'est par sa positivité, *i.e.* sa formation par la libre volonté de l'être humain dans une indétermination relative de la nature, que le droit des gens est distingué du droit naturel : il ne résulte pas de la nécessité intrinsèque des choses mais de la « libre volonté » et du « consentement » des êtres humains et nations à l'échelle quasi-universelle (*Ibid.*, II, XVII, 8-9, et XIX, 2-6 (pp. 604-607 et 618-625)).

[855] *Ibid.*, II, XIX, 7 (p. 625) : obligation d'admission des ambassadeurs.

[856] *Ibid.*, II, XIX, 7 (pp. 625-626) : liberté de principe des échanges.

[857] Sur le *ius gentium* compris comme réalisation historique de l'humanité naturelle, v. Coujou (J.-P.), « Introduction. La politique ontologique de Suárez », *op. cit.*, pp. 71-80 : « Par le droit des gens l'humanité comprend téléologiquement son rapport à l'histoire. La nature sociable de l'homme ne se réalisera complètement qu'à partir d'une coopération de l'ensemble des communautés vers une fin qui les excède et dont elles ne peuvent que tirer avantage en s'y conformant » (p. 75).

d'être du droit des gens, qui selon Suárez comprend les États comme étant des *parties* de la communauté universelle[858] dont il s'agit d'ordonner les liens à travers la division[859]. Dans cette mesure, le droit des gens (et la circulation internationale qu'il suppose) est bien nécessaire quant aux liens qu'exige la réalisation du bien commun[860], et finalement « conforme à un point tel à la coexistence entre toutes les nations qu'en fait, il s'est propagé de manière presque naturelle au genre humain. »[861] Tout en remettant d'abord en cause la nécessité de la circulation internationale selon la nature, Suárez la rattrape donc par une sociabilité qui, comme son droit, est « presque naturelle ».

220. Si ces subtilités ont eu le grand mérite de questionner l'apparente évidence de l'imposition universelle des circulations par principe, elles n'ont toutefois eu que peu de portée dans les développements subséquents de la pensée internationale. Ses auteurs, par-delà les couleurs de leur philosophie propre et à ce niveau des principes, se sont en effet rangés à la simplicité de la sociabilité naturelle antique plaquée à l'ensemble du genre humain[862], avec la conséquence logique de l'obligation d'ouverture à autrui[863]. C'est dans cet état d'esprit général

---

[858] Suárez (Fr.), *Des lois et du Dieu législateur (1612)*, II, XIX, 9 (*op. cit.*, p. 627) : « [B]ien qu'un État (…) constitue naturellement une communauté autarcique et que cette dernière englobe ses propres membres, néanmoins tout État est également selon un certain mode et en relation avec le genre humain, une partie de cette communauté universelle. En effet, ces États, considérés isolément, ne jouissent jamais d'une autonomie absolue à un point tel qu'ils n'aient besoin d'aucune aide, association et échange commun, parfois pour leur plus grand bien-être, leur progrès et leur profit, et parfois même par nécessité morale et par manque de moyens, comme le démontre l'expérience (*usu*) elle-même. » Sur l'humanité universelle (et non le strict interétatisme) comme cadre du droit des gens suarézien, v. aussi Jouannet (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, pp. 346-348.

[859] Dans le texte, le droit des gens trouve son origine « dans la pure condition naturelle par laquelle l'homme est un animal social, articulée au principe naturel selon lequel la division en États est mieux adaptée à la conservation du genre humain » (Suárez (Fr.), *Des lois et du Dieu législateur (1612)*, II, XVIII, 3 (*op. cit.*, p. 612)).

[860] *Ibid.*, III, II, 6 (p. 642), où Suárez présente le droit des gens comme palliatif à l'absence de pouvoir politique unique due à la fragmentation de l'humanité en plusieurs communautés, permettant à celles-ci de « s'entraider et préserver la paix et la justice dans leurs relations mutuelles (ce qui est nécessaire au bien être universel) ».

[861] *Ibid.*, II, XX, 1 (p. 631).

[862] Gentili (A.), *Les trois livres sur le droit de la guerre (1598)*, *op. cit.*, I, XII (amitié du genre humain), pp. 127-129 ; Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, Prol., spéc. VI, VIII et XXIII (*op. cit.*, pp. 9, 11 et 16), et *La liberté des mers – Mare Liberum (1609)*, Adresse aux princes et aux peuples libres du monde chrétien, 2 (*op. cit.*, p. 39) ; Pufendorf (S.), *Le droit de la nature et des gens (1672)*, II, III, XV et XVII-XVIII (t. I, *op. cit.*, pp. 194-198 et 200-201). Jusqu'à Pufendorf la sociabilité naturelle était placée au fondement du droit naturel ; Wolff et Vattel lui substituent la perfection de l'être comme principe premier, mais n'en conservent pas moins la sociabilité naturelle qui en découle directement (Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. III, ii-335 p., VII, I, LXII-LXIII (en général) et IX, I, V (application aux États, où apparaît la célèbre fiction de la *Civitas maxima*, qui est loin de constituer une Cité mondiale abolissant les frontières comme le souligne Jouannet (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, pp. 96-100 et 216-218), pp. 17-18 et 258-259 ; Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, Préface, p. 30, et Préliminaires, § 10, pp. 42-43.

[863] Il convient de seulement noter l'existence de cette obligation à ce stade de la réflexion, laissant sa qualification aux développements suivants. Elle figure notamment chez Gentili (A.), *Les trois livres sur le droit de la guerre (1598)*, *op. cit.* I, XIX (empêcher le contact entre les peuples « blesse la société humaine »), p. 175, et sur la reprise par Gentili de la société humaine et du *ius communicationis* des théologiens du Siècle d'Or, v. Panizza (D.), « The 'Freedom of the Sea' and the 'Modern Cosmopolis' in Alberico Gentili's *De Iure Belli* », *Grotiana*, vol. 30 (2009),

que la communication, condition nécessaire de la société interhumaine, est affirmée comme principe, et avec elle l'ouverture des frontières.

221. Cela a par la suite été relayé par le « droit de commerce » dans la théorie des droits et devoirs fondamentaux des États[864]. À son tour ce droit a exprimé la nécessaire sociabilité des États en soulignant essentiellement la participation à la société internationale qui s'attache à la qualité étatique, et suppose donc un minimum d'ouverture à autrui – le « commerce » au sens large[865] –, en vertu là aussi d'un très classique « principe de sociabilité qui découle des notions primordiales du droit des gens »[866] dont le constat est devenu un lieu commun de la discipline[867]. L'idée de circulation parcourt ainsi les fondements substantiels du droit international depuis ses origines, d'autant plus qu'elle a pu être renforcée sur le plan spatial par l'idée de communauté originelle des territoires.

B. La communauté originelle des territoires

222. L'unité de l'humanité et de la société interhumaine se retrouve dans l'espace qui la fait vivre, lui aussi uni et donc commun. De même que les sociétés particulières ne sauraient empêcher la sociabilité naturelle de l'humanité, leurs territoires ne sauraient diviser la société interhumaine par son cloisonnement. Car comme la société interhumaine est unie avant d'être divisée en plusieurs sociétés, les biens sont dans un état de communauté avant d'être accaparés. Là est l'état naturel de l'espace qui ne connaît *a priori* pas les frontières. Si le territoire, alors

---

pp. 88-106, spéc. pp. 92-96 ; Grotius (H.), *La liberté des mers – Mare Liberum (1609)*, I, 1-2 (*op. cit.*, p. 47) ; Pufendorf (S.), *Le droit de la nature et des gens (1672)*, III, III, III-VI et VIII-IX (t. I, *op. cit.*, pp. 322-330 et 334-337) ; Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. I, I, III, XVI, p. 51, où Wolff formule la notion de « devoirs de l'humanité » ; Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, xxxix-477 p., Préface, p. 31, Préliminaires, § 11, p. 44, II, I, §§ 2-3, et II, §§ 21-23, pp. 278-279 et 293-294.

[864] V. l'étude de Calus (A.), « The Right of a State to International Intercourse », *P.Y.I.L.*, vol. 7 (1975), pp. 209-253.

[865] *Ibid.*, p. 216. Outre l'expression davantage descriptive que prescriptive de l'ouverture des États, le droit de commerce a pu agir comme une sorte de tissu conjonctif unifiant la multiplicité des droits supposant le contact et le mouvement, tel qu'il apparaît par ex. chez Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 264 : « Le droit de mutuel commerce comprend le droit de légation (…) ; le droit de négociation et de traité ; le droit de passage et le droit coutumier et conventionnel d'établissement des étrangers, le droit des communications et du transport de personnes, de choses, de paroles écrites et parlées, par poste, chemin de fer, télégraphe, téléphone ; enfin le droit au commerce dans l'acception étroite du mot, c'est-à-dire au négoce et trafic (…). On y doit rattacher aussi le droit en vertu duquel les navires peuvent librement naviguer dans les mers territoriales *sensu lato* des États étrangers, entrer dans leurs ports et rades, en temps de paix et sous les conditions prescrites ». Dans la même veine, v. Hershey (A. S.), *The essentials of international public law and organization*, *op. cit.*, pp. 248-249.

[866] Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, *op. cit.*, t. I, p. 256.

[867] La plupart des introductions au droit international dans les manuels soulignent la sociabilité des États qui s'étoffe de plus en plus dans cette époque marquée par l'industrie, conséquence de leur interdépendance. V. parmi d'autres Renault (L.), *Introduction à l'étude du droit international*, *op. cit.*, pp. 2-4 ; Oppenheim (L.), *International law. A treatise*, vol. I, *op. cit.*, pp. 10-11 ; Bonfils (H.), *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, pp. 3-5 ; Bonde (A.), *Traité élémentaire de droit international public*, *op. cit.*, pp. 2-3.

compris comme un bien, a été approprié par la voie de l'occupation et le tracé des frontières, la communauté originelle dont il est issu marque son institution d'une certaine externalité, qui empêche l'accaparement complet en lui rappelant sa qualité de partie d'un Tout commun. Le territoire-partie-de-la-société-interhumaine, état originel et donc naturel de l'espace, ouvre le territoire-sous-emprise, né de la création secondaire de l'être humain.

223. Notamment mobilisée s'agissant du régime de la mer, la communauté originelle des biens est aussi invoquée à propos de la circulation sur le territoire et donc pour s'opposer à la frontière qui pourrait briser la communauté et rejeter la circulation. Cette doctrine est présente à ce propos dès les écrits de Vitoria[868], et ensuite particulièrement chez Grotius[869]. Selon ce dernier auteur en effet, l'être humain étant fondamentalement sociable, la propriété qu'il a instaurée n'a pas pu « absorb[er] tout le droit qui découlait de la communauté des biens »[870], car celle-ci est le cadre originel de cette sociabilité. La raison empêchant de supposer une volonté contre-nature, c'est-à-dire ici une volonté qui saperait la profonde communauté de l'espace où s'épanouit la sociabilité, ceux qui ont introduit la propriété doivent avoir voulu « s'écarter le moins possible de l'équité naturelle »[871] qui contient l'usage commun[872]. Partant, la libre circulation doit être posée comme principe qui s'oppose aux frontières, marquant les fleuves, terres et mers au profit des individus[873] et des marchandises[874]. La « société humaine » y a un intérêt certain[875]. L'idée est reprise par Wolff[876] et Vattel qui fondent eux aussi une libre circulation sur la persistance de la communauté primitive des biens malgré son morcellement en propriétés[877], jusqu'à la faire rejaillir sous le coup de l'urgence de la nécessité. Celle-ci laissant l'être humain sans alternative pour se préserver, elle fait en effet « revivre le droit

[868] Vitoria (Fr. de), « Leçon sur les Indiens », *op. cit.*, p. 83, § 232.
[869] Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, spéc. II, II, XI-XX (*op. cit.*, pp. 187-195).
[870] *Ibid.*, II, II, VI, 1 (p. 185), déjà implicite dans *La liberté des mers – Mare Liberum (1609)*, V, 41 (*op. cit.*, p. 91).
[871] *Loc. cit.*
[872] Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, II, II, XIII, 1 (*op. cit.*, p. 188).
[873] *Ibid.*, II, II, XIII, 1-4 (passage) et XVI (accueil de fuyards) (*op. cit.*, pp. 188-190).
[874] *Ibid.*, II, II, XIII, 5 (*op. cit.*, pp. 190-191), déjà dans *La liberté des mers – Mare Liberum (1609)*, VIII (*op. cit.*, pp. 113-115).
[875] Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, II, II, XIII, 5 (*op. cit.*, p. 190).
[876] Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. I, II, I, VI (communauté primitive où personne ne possédait rien en propre, dans un « état de nature, qui embrasse tout le genre humain »), XXIX et XLIII (libre circulation qui l'accompagnait), pp. 81, 86 et 89.
[877] Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. II, VI, IV, LXVIII-LXIX (sur la propriété en général), pp. 349-350 ; *ibid*., t. III, IX, IV, XII, p. 277 s'agissant des nations ; Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, II, X, §§ 132 et 134, pp. 361-362.

commun de tous les hommes sur toutes choses »[878]. La communauté originelle des biens découle ainsi sur l'idée d'ouverture de principe de la frontière, jusqu'à son ouverture nécessaire.

224. L'enchaînement ne fait toutefois pas l'unanimité, ce qui montre, après Suárez quant à la sociabilité naturelle, toute la difficulté de tirer des obligations juridiques d'une grande position de principe quant à la « nature » de la société internationale. Ainsi, tout en prenant l'existence d'une communauté originelle des biens comme acquise, Pufendorf la relègue à une simple absence de partage *ab initio* sans qu'aucune prescription ne puisse en être tirée. C'est un simple état de fait originel, et non une vérité naturelle qui devrait être préservée. D'où il suit que l'institution humaine de la propriété a pu complètement renverser la communauté des biens et constituer un droit absolu sur la chose à l'exclusion d'autrui[879]. Ainsi Pufendorf s'éloigne-t-il ici de Grotius[880], de façon d'autant plus marquée qu'il en fait l'objet principal de ses observations à ce sujet. Si Pufendorf n'exclut pas ensuite toute protection de la libre circulation, cette position consacre l'emprise sur le territoire comme principe. Apparaît alors une limite de la liberté de circulation chez les fondateurs, dont une étude plus complète révèle la profondeur. Le seul mouvement a déjà révélé des désaccords sur son établissement, avec Suárez et Pufendorf. Qu'en est-il lorsqu'il est mis face à l'emprise qui pourrait s'y opposer ?

§ 2. L'inopérance de la protection de la libre circulation

225. En dépit de désaccords, la libre circulation est apparue jouir d'une forte protection dans les écrits des fondateurs du droit international. Ils l'ont située dans des caractères fondamentaux de la société internationale, à savoir la sociabilité de l'humanité qui la peuple et la communauté originelle des territoires en tant que biens qui la composent. Toutefois, et comme les désaccords sur ces points le suggèrent déjà, il faut encore confronter la libre circulation à l'emprise territoriale. Car si la circulation est naturelle et protégée en cette qualité, c'est aussi le cas de l'emprise territoriale et de la conservation de l'être qui lui est associée : il est tout aussi naturel pour les êtres humains de circuler que de se protéger face aux circulations (A). Se heurtant ainsi à l'emprise, et donc à la souveraineté territoriale, la protection de la circulation fait finalement

---

[878] Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1758, t. II, ii-372 p., VI, IV, II-III et XXI-XXIII (XXI pour la citation), pp. 333 et 337-338 ; Vattel (E. de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, *op. cit.*, t. I, II, IX, § 120, p. 353.

[879] Pufendorf (S.), *Le droit de la nature et des gens (1672)*, IV, IV, I-VII (*op. cit.*, t. I, pp. 490-500).

[880] Outre l'opposition qui apparaît à la lecture de leurs textes respectifs, Pufendorf contredit explicitement Grotius sur l'idée de communauté des biens dans *Le droit de la nature et des gens (1672)*, IV, IV, IX (*op. cit.*, t. I, pp. 503-504), et nonobstant le § IV du chapitre V du livre IV où il évoque très rapidement l'obligation toute morale (relevant de la Loi de l'Humanité) de laisser la chose propre à l'usage commun qui ne l'épuise ou l'endommage point (*ibid.*, p. 514).

apparaître une tension irréductible entre ces deux termes, qui n'est résolue que par la suppression de l'un en droit positif, « imperfection » du droit de circuler ou perforation de la souveraineté (B). Partant, la protection de la libre-circulation apparaît inopérante une fois confrontée au territoire-sous-emprise : celui-ci domine, ou éclate.

A. La soumission de la circulation à la conservation de l'État territorial

226. Telle qu'entendue par les fondateurs du droit international, la sociabilité naturelle prend racine dans l'amitié mutuelle du genre humain[881], qui pourrait certes fournir une solide protection de principe à la circulation et l'ouverture mutuelle des frontières, mais surtout dans une pulsion de l'être à se conserver qui prime ici comme fondement[882]. Or si la conservation de soi exige la circulation pour que l'individu se lie à autrui et puisse ainsi pallier la faiblesse de sa solitude[883], cette exigence dépend finalement de la mesure où la circulation est nécessaire

---

[881] Dans sa forme la plus pure, elle se situe à cette époque de la pensée dans la charité chrétienne et l'amour du prochain (par ex., Jn, 13, 34-35), thème repris par Vitoria (Fr. de), « Leçon sur les Indiens », *op. cit.*, §§ 238 et 242, pp. 83-84 ; Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, Prol., VII et XVI (*op. cit.*, pp. 10 et 13-14), qui prend soin de souligner que la loi divine, « si sainte (…) impose une pureté supérieure à celle que le droit naturel, réduit à lui-même, exige de nous » (*ibid*., Prol., L, p. 26) ; Pufendorf (S.), *Le droit de la nature et des gens (1672)*, II, III, XVI (*op. cit.*, t. I, pp. 199-200) ; Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. I, I, III, III-V, pp. 48-49 ; Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, II, I, § 11, qui parle de la « source pure » de l'amour mutuel des Nations.

[882] Notamment s'agissant de Grotius et plus encore de Pufendorf, v. Jouannet (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, respectivement pp. 173 et 195-199. Même si Grotius précise que la sociabilité et le droit ne sont pas pour « la seule utilité » (Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, Prol., XVI et XXII pour la citation (*op. cit.*, pp. 13 et 16)), ce que rejoint Pufendorf en critiquant Hobbes (Pufendorf (S.), *Le droit de la nature et des gens (1672)*, II, III, XVI et XVIII (*op. cit.*, t. I, pp. 198-201)), la conservation y reste et revient *in fine* comme devoir et bien premiers du droit naturel, primant les autres. Elle l'est d'autant plus chez Wolff en ce qu'il substitue au fondement du système une métaphysique leibnizienne de l'essence qui commande le perfectionnement de l'être et fait ainsi primer le devoir envers soi-même sur tout autre, ce qui subordonne la sociabilité à son bénéfice pour la perfection de soi (Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. I, I, II, I, pp. 16-17 ; *ibid.*, t. III, VII, I, LXV (but de la société naturelle dans la perfection de chacun par l'aide réciproque) et IX, I, V (but identique de la « grande cité » des nations), pp. 18 et 258-259), ce qu'accentue encore l'utilitarisme de Vattel (*Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, Préliminaires, §§ 6, note *, 10, 12 et 14, pp. 39-45). Sur Wolff et Vattel à ce propos, v. Jouannet (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, pp. 147-151 et 213-216).

[883] Le stoïcisme et ses conséquences politiques sont tout entier fondés sur cette pulsion originaire de conservation, nommée *oikeiôsis*, qui mène naturellement à la sociabilité guidée par la raison, sans césure entre la pulsion et cette dernière (Laurand (V.), *La politique stoïcienne*, Paris, PUF, Coll. « Philosophies », 2005, 153 p., pp. 9-40). L'idée de conservation commandant l'instinct de sociabilité au vu de l'interdépendance se retrouve notamment chez Vitoria (Fr. de), *Leçon sur le pouvoir politique*, I, I, 4 (*op. cit.*, pp. 41-42) ; Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, Prol., VIII, note 1 (citation de Sénèque), XVI et XXII (*op. cit.*, pp. 11, 14 et 16) ; Pufendorf (S.), *Le droit de la nature et des gens (1672)*, II, III, XV-XVII (*op. cit.*, t. I, pp. 194-200) qui conserve l'instinct s'agissant de la sociabilité et ne fait dépendre du *calcul* rationnel que la société civile, produit particulier de la sociabilité (v. aussi *ibid.*, t. II, VII, I, III, pp. 214-215) ; Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. I, où la conservation est subsumée sous l'obligation de perfection de soi dirigeant tout le système wolffien, et implique les relations avec autrui dès lors que l'être humain ou la nation seuls ne peuvent guère se conserver et encore moins s'épanouir (par ex. I, II, I et XCVI-CIII sur le travail en société pour sa conservation, pp. 16 et 40-42) ; Vattel (E. de), *Essai sur le fondement du droit naturel…*, *op. cit.*, §§ XXIII-XXV, pp. xiv-xv, et dans *Le droit des gens…*, t. I, *op. cit.*, Préliminaires, §§ 6, note *, 10, et 12 (but de perfection de chaque nation assigné à leur société, à l'instar de la société des hommes), pp. 39-45.

voire seulement conforme à la conservation. Là est sa limite première. Or comme palliatif de la faiblesse, la communication *internationale* n'est pas strictement nécessaire pour assurer la conservation de l'être humain, car celle-ci trouve une protection suffisante dans les liens de la société civile. Partant, la circulation internationale n'est créditée d'aucune nécessité à cet égard : elle n'est pas intrinsèque au besoin de conservation, et peut donc en être détachée. Reste alors que la circulation internationale sert la perfection des êtres humains par l'utilité et le secours qu'elle leur apporte, mais cela est secondaire par rapport à la conservation de soi qui ne saurait lui être sacrifiée. En d'autres termes, la libre circulation est conditionnée à son innocuité. L'État ne saurait donc être nécessairement tenu de s'ouvrir à l'Autre, et en aucun cas tenu de subir une lésion par l'ouverture à l'Autre[884].

227. Certes, son statut de principe tiré de la société interhumaine fait que la libre circulation ne peut encore être arrêtée *qu'*en cas de dommage, mais il faut voir qu'elle s'arrête *dès qu'*elle cause un dommage. La protection de l'État est en vérité première et fait systématiquement tomber celle de la circulation. En ce sens, Vitoria déjà raisonnait sur la protection de la circulation en termes de dommages et d'innocuité[885], et cette configuration du régime perdure au travers des différents écrits, y compris lorsqu'ils semblent insister sur le libre passage et l'obligation corrélative de justifier l'obstacle qui lui est posé[886]. À chaque fois, c'est seulement la circulation inoffensive qui est protégée, ce qui autorise à lui poser de sérieuses restrictions à l'instar de Pufendorf refusant le libre passage des marchandises autres que celles nécessaires à la vie, car il est de l'intérêt de l'État d'assurer lui-même le commerce[887].

228. La portée de la protection de principe de la libre circulation est donc à nuancer. Elle n'est certes pas détruite et une obligation d'accueil reste, notamment en faveur d'individus en souffrance[888]. Toutefois, elle est *conditionnée*, et finalement dépendante de l'appréciation de

---

[884] Cette conséquence de la primauté de la conservation est particulièrement explicite à propos de l'obligation d'ouverture chez Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. I, lvi-234 p., I, III, I-II et VI, pp. 48-49, et pour les nations *ibid.*, t. III, IX, III, I, pp. 267-268 ; Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, Préliminaires, §§ 10 et 14, pp. 43 et 45.

[885] Vitoria (Fr. de), « Leçon sur les Indiens », *op. cit.*, pp. 83-85 (§§ 233-236, 245-246, 248, 250).

[886] Gentili (A.), *Les trois livres sur le droit de la guerre (1598)*, *op. cit.*, I, XIX, pp. 171-183 ; Suárez (Fr.), *Des lois et du Dieu législateur (1612)*, II, XIX, 7 (*op. cit.*, p. 626) ; Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, II, II, XI, et III, XII (*op. cit.*, pp. 188 et 203), déjà établi dans *La liberté des mers – Mare Liberum (1609)*, V, 41 (*op. cit.*, p. 91) ; Pufendorf (S.), *Le droit de la nature et des gens (1672)*, III, III, III, V et VII (*op. cit.*, t. I, pp. 322-323, 325-329 et 334-335) ; Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, II, IX, §§ 129-130, et X, § 131, pp. 359-361.

[887] Pufendorf (S.), *Le droit de la nature et des gens (1672)*, III, III, VI (*op. cit.*, t. I, pp. 329-330).

[888] V. le panorama dressé par Chetail (V.), « Théorie et pratique de l'asile en droit international classique : étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés », *R.G.D.I.P.*, t. 115 (2011), pp. 625-652, qui pousse l'étude jusqu'au début du XXe s.

son innocuité vis-à-vis de la conservation de l'être qu'elle atteint, soit ici l'État territorial. Or comment encadrer cette appréciation où se rencontrent les deux principes de la conservation et de la circulation ? La pensée des fondateurs semble ici s'épuiser dans l'établissement des deux pôles du contrôle frontalier, conservation (emprise) et circulation (mouvement), car sans la précision nécessaire à une articulation entre eux, le risque est que la relation juridique soit condamnée à une tension irréductible.

B. L'irréductibilité de la tension entre circulation et souveraineté

229. La difficile opposition pratique à laquelle nous sommes arrivés entre conservation et circulation peut encore trouver une solution satisfaisante dans la raison jusnaturaliste, qui accueille l'une et l'autre et les pèse selon ses principes et sa sensibilité. Sur ce plan, chacun peut juger de l'innocuité de la circulation et de la légitimité du refus qui lui est opposé, ce qui oblige au moins à accorder quelque considération à la circulation et constitue ainsi une étape importante de sa protection internationale. Mais le problème persiste quant à l'opposabilité du jugement d'innocuité et quant à ses suites pratiques. La circulation passant à travers le territoire de l'État, c'est à lui qu'il faut pouvoir opposer qu'elle ne menace pas sa conservation et qu'elle doit pouvoir passer. Mais si l'État l'entend différemment ? C'est alors « raison » contre « raison », sans plus de référence commune, et la circulation dépend de la possibilité d'imposer une appréciation à l'État en droit et de perforer sa frontière en fait. Or la souveraineté de l'État exclut qu'une appréciation extérieure puisse s'imposer à lui sans son consentement. Dans l'isolement des principes, chacun s'affirmant unilatéralement contre l'autre, soit la conservation prime pratiquement au nom de la liberté de l'État, soit la circulation l'emporte et brise la décision souveraine. Dans les deux cas, le régime est saturé par les allégations qu'il ne permet pas d'appréhender ni d'articuler, créant une tension irréductible où la victoire de l'une emporte piétinement de l'autre.

230. Deux voies s'ouvrent alors, sans qu'elles soient modérées et liées pour former une relation juridique opératoire : la circulation est soumise à la décision souveraine, ou la souveraineté est perforée sous la nécessité de la circulation. La première voie réside dans la distinction entre droits parfaits, c'est-à-dire juridiquement exigibles, dotés de mécanismes d'application et exécution, et droits imparfaits, qui n'obligent qu'en conscience. La distinction trouve un ancrage en droit des gens dès les écrits de Grotius[889], mais c'est dans les écrits de

[889] Jouannet (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, pp. 164-219. La distinction est appliquée déjà par Pufendorf, qui caractérise les droits imparfaits comme ce qui n'est pas « absolument nécessaire pour l'entretien de la Société » mais plutôt « sert seulement à l'embellir & à lui procurer

Wolff et plus encore de Vattel qu'elle détermine particulièrement la libre circulation et montre toutes les limites qui viennent d'être évoquées. Les États étant des personnes libres dans un état de nature dépourvu de supérieur[890], il faut distinguer les droits imparfaits des droits parfaits[891] car il résulte de l'indépendance étatique que « c'est à chaque Nation de juger de ce que sa conscience exige d'elle, de ce qu'elle peut ou ne peut pas, de ce qu'il lui convient ou ne lui convient pas de faire, et par conséquent d'examiner et de décider si elle peut rendre quelque office à une autre, sans manquer à ce qu'elle se doit à soi-même »[892]. Or l'accueil ouvrant la frontière fait partie de ces « offices », de ces devoirs positifs qui coûtent à l'État. Il atteint possiblement la perfection de l'État en exigeant quelque chose de son territoire, et touche ainsi le devoir premier que l'État a envers lui-même et qu'il est le seul à pouvoir apprécier[893]. En ces matières, la nation « qui a tort pèche contre sa conscience ; mais comme il se pourrait faire qu'elle eût droit, on ne peut l'accuser de violer les lois de la société »[894]. Ainsi aux droits imparfaits de la circulation s'oppose la perfection du devoir envers soi-même autoapprécié[895]. Celui-ci est en outre solidement soutenu par le droit de propriété, lui aussi parfait car attaché à ce « soi-même », qui exclut autrui de la chose[896] et donne le droit de défendre l'entrée du territoire[897]. Partant, l'État peut interdire le commerce[898] ou la venue d'étrangers[899] jusqu'à opter pour la fermeture absolue le cas échéant[900]. Son devoir de perfection envers soi-même exclut que l'Autre puisse l'affecter. Et si cette position peut aujourd'hui heurter un sentiment

---

des commoditez dont elle pourroit se passer » (*Le droit de la nature et des gens (1672)*, I, VII, VII (*op. cit.*, t. I, p. 120)), où il range les offices d'humanité dont l'octroi du passage fait partie.

[890] Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, Préliminaires, § 4, p. 38.

[891] *Ibid.*, Préliminaires, §§ 9 et surtout 16-17, pp. 42 et 46-47 ; Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. I, I, III, XVII-XIX, pp. 51-52.

[892] Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, Préliminaires, § 16, pp. 46-47, et dans le même sens II, I, §§ 8-9, p. 284.

[893] En miroir, la violation d'une obligation négative constitue une *lésion* atteignant positivement la perfection d'autrui, tandis que celle d'une obligation positive n'atteint pas directement la perfection (Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, II, I, § 18, p. 291).

[894] Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, Préliminaires, § 21, p. 48.

[895] *Ibid.*, II, I, §§ 3-4 et 16 (sur les offices d'humanité), II, § 25 (sur le commerce), et IX, § 128, X, § 135 (sur le passage innocent), pp. 279-280, 288-290, 295, 358-359 et 362-363 ; Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. III, IX, IV, XIII, pp. 277-278.

[896] Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, II, VII, § 79, p. 330 ; Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. I, II, II, III-IV et VI-VII, pp. 91-92.

[897] Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, II, VII, § 94, et VIII, § 100, pp. 338-339 et 342-343.

[898] *Ibid.*, I, VIII, §§ 90 et 94, pp. 119 et 122.

[899] *Ibid.*, I, XIX, §§ 230-231, pp. 236-237.

[900] *Ibid.*, II, VII, § 94, p. 339 ; Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. III, IX, IV, XV, p. 278.

d'humanité qui semble sacrifié à l'arbitraire étatique, ce n'est aucunement l'optique de Vattel[901] qui va d'ailleurs jusqu'à parfaire le droit de passage en cas de nécessité pour l'existence même de l'être humain, ce qui cause une difficile contradiction avec l'intérêt de l'État territorial mais témoigne de sa relativité[902]. Plus profondément, la construction vattelienne montre que reconnaître la souveraineté des États et lui opposer un principe général de circulation n'est pas viable en l'absence de mécanisme *inter*subjectif et impose d'aboutir à l'imperfection du passage, souveraineté oblige. Si Vattel, arrivant à son application, semble « rédui[re] à des phrases creuses »[903] la doctrine de ses prédécesseurs sur le passage inoffensif, il ne fait en vérité qu'en tirer les conséquences et révèle ainsi son inopérance selon une lecture de droit positif. L'évolution du « droit fondamental au commerce » en droit de l'État de *décider* sur le commerce[904] a d'ailleurs suivi la même logique, soulignant qu'il n'est qu'une simple *faculté* de l'État, libre de l'exercer ou non[905], et se heurte à l'indépendance et à la conservation des autres États[906]. Une fois de plus, force est d'en arriver à cette solution dès lors que le problème s'épuise dans l'opposition de deux principes et que l'on reconnaît la souveraineté comme récusant toute imposition extérieure, et donc primant en cas de conflit. À l'inverse, la tension est toujours irréductible mais sa solution retournée dès lors qu'on admet l'existence d'une autorité

---

[901] Contre les écrits accusant Vattel d'avoir consacré un positivisme volontariste arbitraire, v. l'analyse bien plus fine de Jouannet (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, pp. 141-164.

[902] Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, *op. cit.*, t. I, II, IX, §§ 123 et 125 (la nécessité du passage fait céder la souveraineté territoriale sauf égale nécessité de l'État/propriétaire, qui prime en vertu du devoir envers soi-même), pp. 355-357. La difficulté du télescopage résultant de différentes nécessités se rencontrant, survie d'exilés et protection de l'État, est déjà visible chez Gentili (A.), *Les trois livres sur le droit de la guerre (1598)*, *op. cit.*, I, XVII, pp. 167-168 ; v. aussi Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, *op. cit.*, t. II, VI, IV, II-III et XXI-XXIII, pp. 333 et 337-338.

[903] Vitanyi (B.), « La navigation fluviale dans la doctrine du droit naturel », *R.G.D.I.P.*, t. 75 (1971), pp. 1060-1076, p. 1069 (sur le ton du reproche, notamment au vu de l'appréciation accordée au souverain).

[904] Calus (A.), « The Right of a State to International Intercourse », *op. cit.*, pp. 229-230.

[905] Certains auteurs y voient ainsi une cause et non une conséquence de l'existence du droit international, v. Bonfils (H.), *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 169 qui qualifie explicitement le commerce de « simple faculté » et se réfère à l'imperfection du droit chez Vattel ; Oppenheim (L.), *International law. A treatise*, vol. I, *op. cit.*, pp. 199-200 ; Hershey (A. S.), *The essentials of international public law and organization*, *op. cit.*, p. 249 (l'auteur hésite sur sa juridicité et ne tranche pas). D'autres l'interprètent comme droit de simple *participation* au commerce, sans le corollaire d'obligation d'ouverture, not. Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, *op. cit.*, t. I, p. 256.

[906] Sur le droit de conservation, v. *supra*, paragraphes 76-77. S'agissant de sa traduction et de l'indépendance s'opposant au commerce mutuel, v. Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, pp. 264, 307 (contrôle migratoire), 368-369 (contrôle commercial) et p. 380 (appréciation par l'État territorial de l'innocuité du passage) ; Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, *op. cit.*, t. I, p. 257 (contrôle commercial) ; Heffter (A.-G.), *Le droit international de l'Europe*, *op. cit.*, pp. 66-67 (avec une limite en cas de nécessité d'un tiers d'atteindre le territoire de l'État, dont l'appréciation revient toutefois à ce dernier) ; Oppenheim (L.), *International law. A treatise*, vol. I, *op. cit.*, pp. 390-391 (contrôle migratoire) ; Bonfils (H.), *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 255 (contrôle migratoire possiblement absolu).

supérieure ou « objective » autorisée à imposer le passage qu'elle juge inoffensif. C'est là la seconde voie.

231. Une prétention de libre passage peut être juridiquement opposée à un État sans pour autant attenter à sa souveraineté : c'est le cas classique de l'allégation en droit international. Il n'en va toutefois pas de même lorsqu'elle entend s'imposer à lui sans accord préalable sur cette liberté, qui plus est jusqu'à l'exécution forcée. Or tel est le cas lorsque l'obligation d'ouverture de la frontière qui est alléguée est fondée sur un principe de sociabilité commandé par la « nature », ou plus tard par la sociologie[907]. Dans les deux cas, comme déduction *logique* d'un état de fait *certain*[908], la construction entend s'imposer d'elle-même en se parant d'objectivité et ainsi s'imposer à la souveraineté, subjective. C'est ce qu'illustre très bien un article de La Pradelle sur l'isolationnisme chinois au XIXe s. Selon l'auteur, c'est une violation du « droit de l'humanité » par la Chine que de conserver ses ressources sans les exploiter, car ladite humanité a droit aux ressources que la nature a posé sur la Terre[909], en vertu d'une « vérité sociale » de commerce mutuel qui commande la « vérité juridique »[910] imposant finalement le « généreux principe de la solidarité universelle »[911]. L'enchaînement est limpide, du moment que la « vérité » originelle n'est pas questionnée. C'est d'ailleurs la même vérité qui scinda le monde entre les civilisés et les autres[912], les premiers étant en partie reconnus par l'ouverture mutuelle de leur territoire, marque d'une sociabilité policée conforme à la nature[913]. Là aussi, l'ouverture

---

[907] V. not. Lapradelle (A. de), « La question chinoise », *R.G.D.I.P.*, t. 8 (1901), pp. 272-340, qui présente l'ouverture comme un devoir social (not. p. 327), ou les travaux de l'I.D.I. à la fin du XIXe, dirigés par l'idée que l'État appartient à une « communauté des nations » et que, « [c]omme tel, il ne lui est pas permis de s'isoler, ni d'isoler son territoire de tout contact avec le reste du monde. En agissant ainsi, il se mettrait lui-même hors la loi et hors la communauté des nations, et il s'exposerait à une expropriation pour cause d'intérêt humanitaire » (*A.I.D.I.*, vol. 10 (1888/1889), Session de Lausanne, Rapport de M. Rolin-Jaequemyns sur l'expulsion des étrangers, p. 231), travaux à propos desquels il faut signaler l'ouvrage fouillé de Rygiel (Ph.), *L'ordre des circulations ? L'Institut de Droit international et la régulation des migrations (1870-1920)*, Paris, Editions de la Sorbonne, Coll. « Histoire contemporaine », 2021, 349 p., qui rapporte ce passage pages 204-205 dans un développement soulignant que l'Institut se pose alors en opposition à la rigidification des frontières sous le coup des nationalismes.

[908] Une vision systématique déductive telle celle de Liszt montre le schéma dans toute son ampleur : après avoir posé la sociabilité et la solidarité qu'elle enjoint comme axiomes, il en découle une véritable obligation d'ouverture dans le droit de commerce, une « obligation de "sociabilité" » pouvant causer un *casus belli* par son refus envers un État en particulier, et une ouverture de principe du territoire à tout flux étranger (Liszt (Fr. von), *Le droit international. Exposé systématique*, *op. cit.*, pp. 74-75 et 204-213).

[909] Lapradelle (A. de), « La question chinoise », *op. cit.*, pp. 330-334.

[910] *Ibid.*, p. 335.

[911] *Loc. cit*.

[912] Sur ce qualificatif dans l'histoire du droit international, v. Obregón (L.), « The Civilized and the Uncivilized », *in* Fassbender (B.) et Peters (A.) (dir.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, xl-1228 p., pp. 917-939.

[913] Sur l'ouverture comme marque de civilisation, v. Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 262 : « Il est évident qu'un État européen ou américain qui voudrait se fermer, s'isoler entièrement, s'exclurait par là même de la Société des nations et se priverait des bienfaits de notre droit des gens » ; Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, *op. cit.*, t. I, p. 256 ; Heffter (A.-G.), *Le droit international de l'Europe*, *op. cit.*, p. 67 ; Liszt

s'impose. Ainsi, continuant son chemin en l'absence du désamorçage du « droit imparfait » de Vattel, la libre circulation « objectivement » opposée à la frontière est dotée d'une pleine juridicité et peut être menée jusqu'à l'exécution forcée. La conséquence est connue depuis l'origine internationale du *ius communicationis* que Vitoria a assorti d'une exécution par guerre juste, objet premier de sa recherche[914]. C'est alors que derrière le voile de la nature objective apparaissent nettement certains intérêts qui peuvent s'en saisir car ils sont en mesure de la traduire en fait, et les théories critiques du droit international ont par exemple pu mettre en lumière la place du droit de communication et de sa sanction par la guerre juste dans le développement de l'économie européenne au détriment des peuples atteints[915]. En contrepoint, les auteurs qui ont défendu le droit d'un État de fermer son territoire doivent aussi être lus dans cette optique de protection face à une imposition extérieure[916]. Sans la fermeté de cette protection, la force se glisse dans les interstices de la pensée incertaine : « Existe-t-il un droit absolu au commerce international ? Le point est fort douteux, il se discute dans nos écoles. En pratique, chaque fois que la question s'est posée, l'Europe l'a résolue dans le sens de l'affirmative, mais elle l'a résolue à coups de canon. »[917]

232. Finalement, c'est l'établissement même de la libre circulation qui est ici fondamentalement instable. Car elle est fondée sur une prétendue objectivité, une nature de la société internationale ou interhumaine, elle apparaît comme profondément incompatible avec

---

(Fr. von), *Le droit international. Exposé systématique*, *op. cit.*, p. 2 (la « famille des nations (…) se manifeste par un commerce permanent »).

[914] Le passage innocent figure de façon générale dans les écrits comme cause matérielle de la guerre juste, ainsi que le Pr Haggenmacher le note à propos de Covarruvias reprenant glossateurs et commentateurs (*Grotius et la doctrine de la guerre juste*, *op. cit.*, p. 173). S'agissant de Vitoria, v. sa « Leçon sur les Indiens », *op. cit.*, p. 88, §§ 258-259, et p. 89 § 262 où est envisagée la soumission des Indiens en cas de persistance du rejet. Le cadre de la conquête espagnole de l'Amérique est incontournable pour une évaluation critique de la pensée de Vitoria, qu'il convient ici de seulement résumer à grands traits : le débat oscille entre d'un côté y voir un effort louable d'entraver la colonisation au vu de l'exigence stricte d'innocuité des rapports pour que leur établissement soit protégé par le droit, ce qui empêcherait de sanctionner le rejet d'une relation néfaste telle celle que produisit très tôt le contact espagnol ; et de l'autre voir une construction éhontée et déférente tendant à la légitimation de la conquête en la fondant sur un titre la justifiant comme exécution d'un (bon) droit, ce qui tend à être nuancé par la répétition de la condition d'innocuité dans la construction vitorienne.

[915] Koskenniemi (M.), « International Law and the Emergence of Mercantile Capitalism: Grotius to Smith », *in The Roots of International Law / Les fondements du droit international.* Liber Amicorum *Peter Haggenmacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, xiii-764 p., pp. 3-37, not. pp. 15-17 à propos de la guerre juste chez Vitoria et Suárez. Dans le même sens, Bonde (A.), *Traité élémentaire de droit international public*, *op. cit.*, pp. 217-219, souligne que le droit de commerce mutuel fut fabriqué en réponse au besoin d'ouverture des frontières pour assurer des débouchés aux grandes puissances économiques. V. aussi Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence…*, *op. cit.*, pp. 177-178.

[916] V. l'appréciation nuancée de Cavallar (G.), « Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans? », *J.H.I.L.*, vol. 10 (2008), pp. 181-209, qui critique un certain plaquage rétrospectif de la pratique sur les écrits et souligne l'anticolonialisme de certains auteurs au vu de la protection du territoire, comme Pufendorf (pp. 198-200) et Wolff (pp. 201-203).

[917] Pillet (A.), *Recherches sur les droits fondamentaux des États…*, *op. cit.*, p. 8.

l'intersubjectivité de l'ordre juridique international, conduisant à une tension irréductible car chacun avance « son » objectivité dans un affrontement stérile. Ce n'est donc pas au niveau du principe, du bloc, que le mouvement peut accéder à une protection juridique internationale effective, car à ce niveau il ne peut que reposer sur une spéculation sur ce que doit être, par essence, la société internationale. La liberté de circulation est certes semée dans le droit international, mais reste inopérante en l'état. Dépasser cette inopérance impose d'étudier le droit positif, qui substitue à la spéculation la protection d'incarnations concrètes de la circulation par un faisceau d'intérêts situés, reconnus par les États qui peuvent au demeurant s'inspirer du droit naturel[918]. Alors seulement la perfection de l'État territorial ne prime plus l'imperfection de la circulation du tiers, car le premier admet sa limitation et la seconde gagne une pleine protection juridique. Quant à la souveraineté territoriale, elle n'est plus perforée dès lors qu'elle admet son ouverture. Par la reconnaissance d'intérêts donnés, qui situe la protection, le régime devient capable de digérer les termes de la dialectique entre l'emprise et le mouvement et ainsi de contenir la tension au lieu de la former sans solution. Si chacun avance encore « son » objectivité en se saisissant de la règle, les allégations se placent désormais dans un mécanisme commun à propos d'une règle admise.

Section 2. Un faisceau contemporain : les intérêts protégés du mouvement en droit positif

233. Les fondateurs du droit international y ont inscrit la protection du mouvement dès ses origines mais ne l'ont pas rendue opératoire faute de la penser dans l'intersubjectivité du droit positif. Enrichie de leurs enseignements, il revient donc à l'étude de poursuivre sa recherche dans le droit positif, où elle ne trouve pour commencer nul fondement général qui y accueillerait tout intérêt à la circulation, qu'il soit lié à la souveraineté[919] ou aux « nécessités de la vie internationale »[920]. En l'absence d'une telle réponse *a priori* en faveur du mouvement, dont les difficultés ont du reste été montrées par la pensée des fondateurs, il faut sonder le droit positif avec plus de précision, afin d'en dégager les intérêts protégés qui s'opposent à l'État contrôlant sa frontière et dessinent le portrait juridique de l'Autre circulant.

---

[918] V. le cas intéressant du passage des vues du droit naturel sur le territoire au droit positif, dont les droits des étrangers et le libre passage sur les fleuves, qui eut lieu aux États-Unis en écho au jusnaturalisme d'un droit des gens alors fort influent, étudié par Fleury Graff (Th.), *État et territoire en droit international*, *op. cit.*, pp. 237-242.
[919] C'est la faille de la « loi du moindre sacrifice » de Pillet qui confronte et pèse tout intérêt lié à la souveraineté sans rechercher s'il est juridiquement consacré, considérant que le lien avec la souveraineté est suffisant (Pillet (A.), *Recherches sur les droits fondamentaux des États…*, *op. cit.*, par exemple à propos de la navigation sur les fleuves pour l'État commerçant (p. 50), déjà dans son étude « Quel doit être le régime juridique des fleuves africains ? », *op. cit.*, p. 830, où il glisse de l' « intérêt politique » au « droit » sans source positive).
[920] On trouve encore ce genre de fondement chez Sibert (M.), *Traité de droit international public*, *op. cit.*, t. I, p. 575, à l'appui d'un prétendu devoir général d'admission des étrangers sur son territoire incombant à l'État, qu'il admet cependant ne pas être de droit positif (p. 577).

234. Or la frontière étant par définition au contact de la vie internationale dans son ensemble et des multiples intérêts qui la parcourent, la substance juridique pertinente est quantitativement importante. Cela, d'autant plus que l'acception large retenue du contrôle frontalier, non comme opération technique mais comme phénomène exprimant l'emprise de l'État sur son territoire vis-à-vis de l'extérieur, conduit à envisager les intérêts protégés du mouvement de façon large, c'est-à-dire à inclure des régimes qui concernent le franchissement de la frontière bien qu'ils ne visent pas directement le contrôle frontalier *per se* – ainsi, par exemple, du droit de transit des États sans littoral, qui suppose que le contrôle frontalier s'ouvre à leur circulation bien qu'il n'en traite pas expressément. Aussi convient-il de préserver l'étude d'une quelconque volonté d'exhaustivité dont l'apport doctrinal serait, du reste, assez limité en lui-même. L'identification des règles est ici nécessaire mais nullement une fin en soi, la présente étude cherchant d'abord la compréhension plus générale du droit international confronté au problème du rapport à l'Autre que contient la frontière. Partant, il suffira de donner une image suffisamment représentative de cet Autre, constituée à la fois par la protection du mouvement lui-même (§ 1) et par la protection de son contenu (§ 2) lorsqu'il se présente à la frontière.

§ 1. La protection du mouvement face au contrôle frontalier

235. Par la protection du mouvement en lui-même, il est entendu ici que l'intérêt protégé par le droit positif exige le *franchissement* de la frontière. Autrement dit, c'est le fait même de circuler qui s'oppose à la frontière et demande ainsi son ouverture. On retrouve ici la dualité du territoire qui fait le fil de cette étude : s'opposant au territoire sous emprise à travers les multiples intérêts dont il sera ici question, le tiers peut concevoir le territoire comme espace de réalisation de ses intérêts. En protégeant ces intérêts, le droit international peut (aussi) voir le territoire comme espace de réalisation d'intérêts internationalement protégés. Le territoire est, dans cette mesure, pris comme espace international, au sens où il est saisi par le droit international en faveur d'activités tierces et à l'encontre de l'État qui y affirme son emprise. Apparaissent alors autant d'aspects du territoire qu'il y a d'intérêts protégés à son accès : il figure pour le tiers comme une route, un espace de réunion, de sauvetage, de marché, etc. Ainsi le territoire apparaît-il comme espace de la société internationale, d'abord vis-à-vis des autres États, qui constituent cette société à travers leur commerce mutuel (A), ensuite vis-à-vis de l'être humain qui vit dans cette société et peut y trouver l'espace de son développement (B).

A. La protection du commerce mutuel interétatique à travers les frontières

236. Le commerce mutuel des États est d'abord à entendre au sens large, comme englobant toutes « relations sociales, amicales ou affectives entre plusieurs personnes »[921]. Sous ce sens, il intéresse la protection des rapports et mouvements internationaux dans leur ensemble, qui font et animent la société internationale (1). Le commerce est ensuite à entendre au sens strict, économique, où la société internationale trouve l'un des vecteurs les plus puissants de la circulation en la figure des marchandises (2).

1. La protection des rapports internationaux

a) *La protection de l'accès aux rapports internationaux*

237. L'accès aux rapports internationaux est une condition *sine qua non* de l'existence effective de l'État qui, matériellement, ne peut ni ne souhaite s'isoler du monde qui l'entoure. Les conditions géographiques lui empêchent-elles un tel accès que l'État voit alors les territoires alentours comme des routes qu'il convient d'emprunter, pour sortir de son territoire ou comme voies de circulation favorables.

i) La protection de l'accès à l'extérieur du territoire

238. C'est le cas du territoire enclavé qui pour commencer pose ici question, car il est entièrement enfermé dans le territoire d'un autre État[922] de sorte que la frontière ne le limite pas tant qu'elle l'étouffe. Ici, le passage à travers cette dernière n'est pas une simple commodité pour l'État : en l'absence d'autarcie viable, il conditionne son existence même[923]. On en revient alors au fondement du droit international que sont la souveraineté et l'idée de conservation de l'État sur lesquelles le contrôle frontalier s'appuie largement, mais cette fois-ci en opposition à ce contrôle et en faveur de la circulation. Déjà dans le cas le moins sérieux, où le territoire enclavé n'est qu'une partie du territoire étatique, la souveraineté risque d'être atteinte dans son étendue spatiale car elle exige que l'État puisse communiquer avec tout fragment de son

[921] Selon la définition du premier sens de « commerce » donnée par le Trésor de la langue française (disponible en ligne : https://cnrtl.fr/definition/commerce).
[922] Raton (P.), « Les enclaves », *A.F.D.I.*, vol. 4 (1958), pp. 186-195, p. 186.
[923] Pillet (A.), *Recherches sur les droits fondamentaux des États…*, *op. cit.*, p. 80, exprime cela en qualifiant d'atteinte au droit de conservation la privation d'une voie de communication indispensable à l'État.

territoire[924] et qu'il puisse être seul maître de son accès par des ressortissants[925]. Sinon, elle serait nécessairement soumise à la contrainte matérielle subie dans l'espace enclavé, donc méconnue à raison de celui-ci. Mais plus encore pour le territoire étatique entièrement enclavé, la souveraineté exige le passage au motif de son existence même, car c'est l'État tout entier qui, en l'absence de droit de passage, serait assujetti à son voisin en dépendant de lui pour toute relation extérieure[926]. Il y aurait en d'autres termes une complète dépendance, qui ne relève pas tant d'une « simple » inégalité de fait que d'un empêchement *a priori* de la liberté. Dans cette optique, la souveraineté elle-même fonde l'intérêt au mouvement de l'État enclavé par l'exigence de respect mutuel qu'elle impose, car « [e]mpêcher [les] communications indispensables ne seraient pas respecter la souveraineté qui en dépend. Ce serait l'étouffer. »[927]

239. Ce raisonnement trouve un écho important dans la question connexe des États sans littoral[928] et de l'accès à la mer dont il font une « préoccupation majeure »[929]. En effet, l'accès est d'abord commandé par l'égalité souveraine dans la jouissance des libertés de la mer entre États dotés et dépourvus d'un littoral[930], car la haute mer est dite « ouverte à tous les États »[931]. Des considérations économiques appelant la participation de tous au commerce maritime ont pu renforcer ce point fondamental[932], qui n'a pas moins mis un certain temps avant de trouver

---

[924] C'était l'argument du Portugal dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* : les territoires portugais en cause étant enclavés dans le territoire de l'Inde, « l'exercice de la souveraineté portugaise sur ces territoires serait donc impossible si le Portugal n'était pas assuré de pouvoir communiquer avec eux en passant par les quelques kilomètres de territoire indien qui les séparent l'un de l'autre » (C.I.J., 1960 (12 avr.), *Droit de passage sur territoire indien*, préc., p. 10).

[925] Ainsi par exemple dans le cas du Basutoland, où le Royaume-Uni dénonça le refus de l'Afrique du Sud d'accorder l'accès aérien à dix étudiants basutos qui souhaitaient regagner leurs terres (Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 70 (1966), pp. 131-137, qui note que cela illustre « les résultats absurdes auxquels mène l'exercice d'une souveraineté discrétionnaire et incontrôlée » (p. 137)).

[926] Opinion individuelle du juge Wellington Koo en l'affaire *Droit de passage sur territoire indien*, préc., p. 66, « il est inconcevable en droit international que l'existence d'une souveraineté dépende de la volonté ou du caprice d'une autre souveraineté ».

[927] Opinion dissidente du juge Fernandes, en l'affaire *Droit de passage sur territoire indien*, préc., p. 137.

[928] La qualification « sans littoral » désigne les États qui n'ont pas accès à la mer au sens d'étendue d'eau salée en communication libre et naturelle, d'une manière tout aussi libre et naturelle (Savadogo (L.), *Essai sur une théorie générale des États sans littoral. L'expérience africaine*, Paris, L.G.D.J., 1997, Coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », xviii-389 p., pp. 7-8, l'auteur insistant sur le critère juridique d'une telle communication, l'accès à la seule « mer » géographique (possiblement fermée comme la Caspienne) ne suffisant pas).

[929] Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral à la mer…*, préc., p. 1, § 5.

[930] Convention sur la haute mer, préc., art. 3, § 1 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 125 § 1.

[931] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 87 § 1 (déjà à l'art. 2 de la Convention sur la haute mer, préc.). Ce point est souligné par Monnier (J.), « Le droit d'accès à la mer et la liberté de transit terrestre », *op. cit.*, p. 442, et dès la Convention de Genève sur la haute mer par Thierry (H.), « Les États privés de littoral maritime », *R.G.D.I.P.*, t. 62 (1958), pp. 610-617, p. 613 : « La mer n'est pas réservée à ses riverains ».

[932] Le « libre accès à la mer et à partir de la mer pour les pays sans littoral » fut considéré comme un élément fondamental des relations économiques internationales (doc. N.U., A/RES/3281(XXIX), 14 déc. 1974, *Charte des*

la consécration du droit positif. Moins évident que pour l'État enclavé car moins essentiel à leur existence et surtout concernant bien plus d'États, le droit d'accès n'a en effet abouti en droit positif qu'à la suite d'un long effort diplomatique des États sans littoral[933]. C'est seulement après un échec relatif dans la Convention sur la haute mer de 1958, où était simplement stipulé que les États sans littoral « devraient » accéder librement à la mer[934], que cet effort a abouti à l'article 125 § 1 de la Convention de Montego Bay[935]. Désormais, les États sans littoral « ont le droit d'accès à la mer et depuis la mer »[936]. Ainsi l'accès à la mer peut-il désormais s'opposer au contrôle frontalier. Non seulement il n'est plus soumis dans son principe à l'autorisation discrétionnaire de l'État de transit, ce qui le fait passer du privilège au droit subjectif[937], mais il comprend en outre un droit corrélatif au libre transit, sans lequel « le droit fondamental des États sans littoral au libre accès à la mer ainsi que leur droit de jouir, sur un pied d'égalité, des profits tirés des utilisations de la mer resteraient sans effet, et seraient dans un *nudum jus* sans

---

droits et devoirs économiques des États, Chapitre premier, *litt*. o)), et comme un « principe indispensable pour l'expansion du commerce international et le développement économique » (*R.T.N.U.*, vol. 597, I-8641, Convention relative au commerce de transit des États sans littoral, 1er principe du Préambule). L'argument économique figure également dans l'arsenal rhétorique des États sans littoral, v. le préambule de la Déclaration de Kampala, reproduite *in* Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral à la mer…*, préc, p. 31, et certaines prétentions étatiques dans la même étude (Mali (p. 41) et Bhoutan (p. 42)).

933 V. la synthèse opérée par le Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral à la mer…*, préc., *passim* et spéc. pp. 31-32 où est reproduite la Déclaration de Kampala qui formule les prétentions des États sans littoral lors de la Troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer.

934 Convention sur la haute mer, préc., art. 3, § 1. Hubert Thierry notait que cet état du droit était alors « assurément en conformité avec la conception intransigeante de la souveraineté qui prévaut dans le monde contemporain » (« Les États privés de littoral maritime », *op. cit.*, p. 617).

935 Cette évolution entre le conditionnel de la Convention de 1958 et l'affirmation de la Convention de 1982 fut jalonnée par une victoire diplomatique des États sans littoral en 1965 dans la Convention relative à leur commerce en transit (préc.), dont l'art. 2 § 1 stipule que leur liberté de transit « sera » assurée, ce qui exprima alors « un changement d'attitude majeur à l'égard de la nature du droit de transit » (Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral à la mer…*, *op. cit.*, p. 11, § 35).

936 Art. 125 § 1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc. En dépit de l'exclusion d'un article au libellé suivant cette position lors de l'élaboration de la Convention de Montego Bay au vu des désaccords travaillant la question (Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral à la mer…*, *op. cit.*, p. 71), l'ensemble de ce régime peut être considéré coutumier au regard des nombreuses prétentions étatiques en ce sens (*ibid.*, pp. 21 (Bolivie), 24 (Afghanistan, Bolivie, Hongrie, Mali, Népal, Tchécoslovaquie, Zambie), 32 (Déclaration de Kampala, dont le paragraphe 1 avance que « Le droit sans restriction de libre accès à la mer et à partir de la mer des États sans littoral est l'un des droits fondamentaux reconnus par le droit international »), 33 (U.R.S.S.) 35 (Mongolie et Yougoslavie), 41 (Ouganda), 48 (Lesotho), 54 (Mali)), et au vu de ce qu'est également admise la qualité coutumière des libertés de la mer dont l'égale jouissance fonde le droit d'accès des États sans littoral, lui-même fondant le droit au transit qui en est dérivé (ainsi de la Mongolie qui fonde explicitement la qualité coutumière du droit d'accès en ce qu'il « découle du principe fondamental de la liberté de la haute mer » (*ibid.*, p. 35)).

937 C.I.J., 1960 (12 avr.), *Droit de passage sur territoire indien*, préc., p. 42, « l'exigence d'une autorisation préalable au passage est la négation même de l'exercice du passage à titre de droit. »

valeur réelle »[938]. L'accès à la mer commande donc le transit et le franchissement de la frontière pour y parvenir. C'est « [à] cette fin » que les États sans littoral « jouissent de la liberté de transit à travers le territoire des États de transit par tous moyens de transport »[939], sauf aériens[940]. Ainsi, l'égalité souveraine conjuguée à la liberté des mers forme-t-elle une « raison impérative [qui] paraît propre à réduire dans la pesée des intérêts en présence l'influence dominante des particularismes souverains »[941]. Dans cette mesure, le territoire est *aussi* une voie d'accès au sens du droit international général.

ii) La protection de l'accès à des voies de circulation

240. Dans la continuité de l'accès à l'extérieur du territoire, l'accès de l'État aux voies de circulation concerne d'abord celles qui le connectent directement à cet extérieur. À cet égard, le droit international fluvial connaît une liberté de passage entre États riverains qui consacre l'intérêt commun constitué par l'unité du cours d'eau qui les relie[942]. Cela se traduit par une protection juridique qui porte principalement sur les flux commerciaux[943] et englobe l'accès

---

[938] Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral à la mer…*, *op. cit.*, p. 58 (reproduction de la note explicative sur le projet d'articles relatif aux pays sans littoral, soumis par dix-sept États sans littoral lors de la Troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer).
[939] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 125 § 1.
[940] *Ibid.*, art. 124 § 1 *litt.* d) i).
[941] Monnier (J.), « Le droit d'accès à la mer et la liberté de transit terrestre », *op. cit.*, p. 451.
[942] C.P.J.I., 1929 (10 sept.), *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, Série A, n° 23, p. 27, parle de « communauté d'intérêts » devenant « communauté de droit ». Certains vont jusqu'à parler d'un « intérêt général » (Institut de droit international, « Projet de règlement international de navigation fluviale », préc., art. 1 (à propos de l'obligation des États riverains de réglementer la navigation sur le fleuve par accord), et Hostie (J.-F.), « Examen de quelques règles du droit international dans le domaine des communications et du transit », *op. cit.*, p. 455, qui parle d'un « droit territorial d'intérêt général »). Selon l'avis très autorisé de McCaffrey (St. C.), *The law of international watercourses*, Oxford, Oxford University Press, 3e éd., 2019, xlv-642 p., p. 193, « While it is subject to important qualifications, such as those relating to cabotage and the security of the territorial state, the principle is mutually advantageous to states sharing a waterway – permitting upstream states access to the sea and downstream states access to markets and resources upstream – and, perhaps largely for that reason, is widely embraced. »
[943] Convention relative au régime de la navigation sur le Danube, préc., art. 1 ; Traité en vue de la coopération amazonienne, préc., art. III ; Convention relative au statut du fleuve Sénégal, préc., art. 6 ; Convention relative au statut du fleuve Gambie, préc., art. 6 ; Convention révisée pour la navigation du Rhin, acte de Mannheim du 17 octobre 1868, disponible en ligne : https://ccr-zkr.org/files/conventions/convrev_f.pdf, art. 1 ; I.L.A., « Helsinki Rules on the Uses of Waters of International Rivers », préc., art. XIX (exclut de son application les navires étatiques non-commerciaux, car « [t]he principle purpose of freedom of navigation is to facilitate commerce » (commentaire, p. 510)). Comme le soulignait la Cour permanente de Justice internationale, l'origine de la réglementation internationale de la circulation fluviale réside notamment dans l'inconfort d'une « situation [qui] nuisait à l'expansion du commerce » en permettant le monopole de chaque État sur les fragments fluviaux tombant sous leur souveraineté (C.P.J.I., 1927 (8 déc.), *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Série B, n° 14, p. 38). En doctrine, v. Bourquin (M.), « L'organisation internationale des voies de communication », *op. cit.*, p. 180, et Vitányi (B.), *The international regime of river navigation*, *op. cit.*, p. 4.

aux ports[944]. Au titre du droit conventionnel[945] mais aussi coutumier[946], la libre navigation fluviale s'oppose ainsi à la frontière qui pourrait l'entraver, au profit des États riverains.

241. Son ampleur reste toutefois restreinte par rapport à son homologue maritime. Au titre de la liberté de passage en mer, ce sont en effet virtuellement tous les États qui, à travers leurs navires, font face à la frontière maritime. Le contrôle frontalier trouve là une sérieuse limite. En effet et malgré l'extension de la puissance à son égard par laquelle le contrôle a pu sembler triompher[947], « la mer est d'abord vue et utilisée comme une sorte d'autoroute mondiale sur laquelle il est extrêmement commode, bien que parfois dangereux, de faire circuler (« naviguer ») des navires, aux fins de transporter hommes et marchandises »[948] . Selon des textes qui pourraient être multipliés à l'envie, la mer est une « voie naturelle »[949], « le lien commun des peuples »[950], l'élément « commun à tous, trop immense pour être possédé par personne, et disposé d'ailleurs merveilleusement pour l'usage de tous »[951]. Il faut pour l'heure

---

[944] C.P.J.I., 1934 (12 déc.), *Oscar Chinn*, Série A/B, n° 63, p. 83 : « La liberté de navigation consacrée par la convention comporte, d'après la notion communément admise, la liberté de mouvement pour les bateaux, la liberté d'approcher des ports, de profiter des ouvrages et docks, de charger et de décharger les marchandises, ainsi que la liberté de transporter des marchandises et des voyageurs. La liberté de navigation, en tant qu'il s'agit des operations commerciales des entreprises de transport fluvial ou maritime implique, à cet égard, la liberté du commerce. » ; I.L.A., « Helsinki Rules on the Uses of Waters of International Rivers », préc., art. XIV *litt.* b) ; I.L.A., « Berlin Rules on Water Resources Law », préc., art. 43 § 5 *litt.* b), et commentaire p. 391.

[945] Un ensemble conventionnel à ce sujet a été établi *supra*, à la note 488.

[946] I.L.A., « Helsinki Rules on the Uses of Waters of International Rivers », préc., art. XIII ; I.L.A., « Berlin Rules on Water Resources Law », préc., art. 43 § 1. Une nuance réside dans ce que le droit international fluvial est principalement développé en Europe où il trouve également ses origines, de sorte que la portée universelle, ou du moins hors du continent européen, de la coutume de libre navigation entre États riverains est incertaine (noté par McCaffrey (St. C.), *The law of international watercourses*, *op. cit.*, p. 192, qui conclut toutefois à une coutume applicable en général). Il semble notamment que les États du continent américain soient réticents à la réception de cette coutume dans la mesure où ils maintiennent expressément une pratique de concession explicite de la liberté de navigation sur les fleuves sous leurs souverainetés respectives (dans ce sens, v. d'abord la position du Commissaire Zuloaga pour le Venezuela dans l'affaire *Faber* qui est exemplaire (S.A., 1903, *Faber*, Commission mixte de réclamations Allemagne – Venezuela, *R.S.A.* vol. X, pp. 438-467, pp. 447-450) ; v. aussi une déclaration d'Alvarez lors de la Conférence de Barcelone en 1921, selon laquelle le droit américain admet le principe de libre navigation « non pas par extension du principe européen, mais comme une concession que les États riverains ont volontairement octroyée dans des accords *inter partes* ou dans des actes législatifs » (cité par Caflisch (L.), « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », *R.C.A.D.I.*, vol. 219 (1989), pp. 9-225, pp. 117-118, qui conclut pp. 119-129 à l'absence de liberté de navigation coutumière en Amérique) ; Vitányi (B.), *The international regime of river navigation*, *op. cit.*, p. 134, qui conclut toutefois comme McCaffrey à une coutume générale (pp. 139-140) ; Thouvenin (J.-M.), « Droit international général des utilisations des fleuves internationaux », *in* Aurescu (B.) et Pellet (A.) (dir.), *Actualité du droit des fleuves internationaux. Actes des journées d'étude des 24 et 25 octobre 2008*, Paris, Pedone, 2010, 308 p., pp. 107-128, p. 120). Cela étant, la distinction entre Europe et Amérique est nuancée par une note du *Legal Bureau* canadien qui se réfère à un régime commun incarné par les règles d'Helsinki (1966) de l'*International Law Association*, reproduite *in* Leir (M.), « Canadian practice in international law in 1999-2000 », *A.Can.D.I.*, vol. 38 (2000), pp. 348-350).

[947] Cela a été vu dans le chapitre 2 du titre 1 de la présente partie.

[948] Thouvenin (J.-M.), « La navigation », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, *op. cit.*, pp. 655-701, p. 655.

[949] Rodière (R.), « La mer, voie naturelle », *A.D.M.*, t. 1 (1974), pp. 19-29.

[950] Ortolan (Th.), *Règles internationales et diplomatie de la mer*, t. I, *op. cit.*, p. 108.

[951] Grotius (H.), *La liberté des mers – Mare Liberum (1609)*, *op. cit.*, p. 75.

en retenir qu'il y a un « principe axial de liberté consacré à la navigation dans l'ensemble de l'espace maritime », qu'il « marque de son empreinte »[952]. Le principe est ici le mouvement, celui des navires qui définit la navigation[953]. Le contrôle frontalier est au sens propre exceptionnel, et même tellement limité par ce principe que ses principaux avatars, les passages inoffensif et en transit, seront étudiés ultérieurement, car leur fermeté ne modère pas tant le contrôle qu'elle le *détermine*[954].

242. Le droit positif constitue ainsi un faisceau protecteur des rapports internationaux quant à leur accès à différents espaces face au contrôle frontalier. Il les protège aussi quant à leur développement *depuis* un espace, lorsque le territoire accueille leur rencontre.

b) *La protection du développement des rapports internationaux*

243. La frontière peut heurter certaines des « fonctions internationales » qui ont pour point commun de constituer « des tâches à la bonne exécution desquelles le développement harmonieux des rapports internationaux est directement intéressé. »[955] Ces rapports ont lieu sur ou depuis le territoire où les États se rencontrent et échangent des vues, et le contrôle frontalier pourrait les entraver. Le droit international limite alors le contrôle et saisit ainsi le territoire comme *forum* des rapports internationaux, à l'accès duquel ces rapports ont intérêt.

244. Le cas le plus marquant est à cet égard celui de l'État qui accueille le siège d'une organisation internationale et devient ainsi, comme État hôte[956], l'assise matérielle d'un tel *forum*. S'il jouit d'un pouvoir discrétionnaire sur l'accueil même de l'organisation[957], une fois cet accueil acté l'État hôte doit s'effacer derrière son statut de tiers dans les relations entre l'organisation et ses agents ou interlocuteurs où il ne saurait interférer. Il doit aussi respecter l'égalité souveraine des autres États membres qu'il ne saurait primer[958], ce qui suppose dans

---

[952] Pancracio (J.-P.), *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 2010, xiv-520 p., p. 65.
[953] Opinion individuelle du juge Anzilotti dans l'affaire *Oscar Chinn*, arrêt rendu par la C.P.J.I. le 12 déc. 1934, *C.P.J.I. Série A/B*, n° 63, p. 111 : la navigation est « le mouvement des navires ».
[954] Cela est étudié dans la 2e partie, Titre 2, Chapitre 1 (section 1 § 2, et section 2 § 1).
[955] Verhoeven (J.), « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 334 (2008), pp. 9-434, p. 295 (à noter que ce passage est un élément de la partie du cours portant sur « Des fondements partagés » de la communauté internationale).
[956] L'expression « État hôte » désigne vis-à-vis d'une organisation internationale l'État sur le territoire duquel elle a un siège ou un bureau, ou s'agissant d'une réunion d'un organe ou d'une conférence l'État sur le territoire duquel elle a lieu (Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., art. 1 § 1, 15)).
[957] L'existence d'un « pouvoir souverain de décision » en la matière est constatée par l'avis de la C.I.J., 1980 (20 déc.), *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, *C.I.J. Rec.* 1980, p. 89, § 37, pouvoir qui peut être considéré comme juridiquement encadré dans la mesure où la participation de l'État à l'organisation exige une coopération avec elle et où l'accomplissement de la mission de celle-ci peut supposer sa présence sur un territoire donné.
[958] Cela est bien souligné par Pancracio (J.-P.), *Droit et institutions diplomatiques*, *op. cit.*, p. 42.

l'un et l'autre cas de ne pas user du contrôle frontalier pour filtrer la participation à l'activité de l'organisation[959]. Comme l'indépendance de l'organisation impose qu'elle ne soit pas tenue ni même entravée par les décisions de l'État hôte, ce dernier doit ouvrir sa frontière en suivant la décision de l'organisation[960], nonobstant la qualification parallèle du flux en cause qu'il retient à son égard[961]. Dans cette mesure, le contrôle frontalier est étroitement déterminé car lié par la décision de l'organisation qui par exemple se traduit par l'octroi d'un laissez-passer[962]. Cet aspect du régime qui *lie* le pouvoir de contrôle sera vu en seconde partie. Pour l'heure, notons qu'en accueillant ainsi une entité intrinsèquement internationale sur son territoire, l'État accepte d'ouvrir celui-ci au monde qui compose cet « international ». C'est là ce qui fait la force de l'opposition à la frontière, mais aussi sa limite. En effet, tous mais seuls les flux empreints d'internationalité au vu des activités de l'organisation sont protégés, car c'est seulement « dans l'intérêt de l'Organisation »[963] que la liberté est assurée. En conséquence, les missions étatiques qui entendent accéder au siège peuvent être obligées quant à leur effectif à « ne (…) pas dépasser les limites de ce qui est raisonnable et normal eu égard aux fonctions de l'Organisation [et] aux besoins de la mission en cause »[964]. Dans le même sens, l'accès des individus liés à l'organisation internationale peut être réduit à la parcelle réservée à celle-ci sur le territoire de

---

[959] Quant aux fondements de droit positif, la pratique conventionnelle ne manque pas dès lors que les organisations internationales étant plus nombreuses que les États et chacune nécessitant un voire plusieurs bâtiments pour s'établir. Le régime onusien sera utilisé comme exemple topique dans les développements. Pour d'autres organisations, v. pêle-mêle et pour les dispositions intéressant particulièrement la circulation : *R.T.N.U.*, vol. 3447, I-56939, Accord de siège entre le Royaume d'Espagne et le Conseil oléicole international, art. 9 ; *R.T.N.U.*, vol. 3420, I-56693, Accord de siège entre le Gouvernement de l'Irlande et la Cour permanente d'arbitrage, art. 12 ; *R.T.N.U.*, vol. 2488, I-44661, Accord entre l'Autorité internationale des fonds marins et le Gouvernement de la Jamaïque relatif au Siège de l'Autorité internationale des fonds marins, art. 26.

[960] Pour un ensemble d'obligations en ce sens, v. not. la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, préc., Sections 11 (accueil des représentants des membres et leurs conjoints) et 18 (*idem* pour les fonctionnaires de l'Organisation), et la commode (bien que non entrée en vigueur) Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (préc.), qui contient tout un faisceau d'obligations d'ouverture comprenant la simple notification à l'État hôte sans accord préalable, aux arts. 5 §§ 1-3, 15, 42 § 1, 47, 71-72, et 79 §§ 1-2.

[961] Par exemple, s'agissant de la participation de l'Organisation de libération de la Palestine à une Conférence des Nations Unies accueillie par le Canada qui qualifie cette organisation d'organisation terroriste, le Gouvernement canadien n'en estime pas moins qu'en acceptant d'être l'hôte de la conférence, le Canada « also assumed an obligation to receive those members invited by the United Nations », et que l'admission de divers représentants « would be entirely up to the invitation list of the United Nations » (De Mestral (A. L. C.), « Canadian practice in international law during 1975 », *A.Can.D.I.*, vol. 14 (1976), pp. 352-353).

[962] V. not. l'étude de Münch (W.), « The UN Laissez Passer: Legal Reflections and Managerial Issues », *in* Fastenrath (U.) *et al.*, *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, xxvi-1346 p., pp. 269-277.

[963] C.I.J., 1989 (15 déc.), *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (avis consultatif)*, *C.I.J. Rec.* 1989, p. 195, §§ 50 et 51 (à propos de la *ratio* fondant le régime d'immunité des experts de l'O.N.U.).

[964] Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., art. 14 et, *mutatis mutandis* pour les délégations à des organes et à des conférences, art. 46.

l'État[965], car ce n'est qu'à raison de cette parcelle que le territoire est saisi comme *forum* international. Sous ces réserves, le droit d'accès au siège n'en protège pas moins un large éventail de personnes dès lors qu'elles animent l'organisation d'une manière ou d'une autre[966], car c'est l'indépendance et donc l'activité de l'organisation avec tout ce qu'elle suppose qui sont ici protégées.

245. Un autre cas de développement des rapports internationaux à travers le territoire concerne enfin les messages et non plus les personnes. C'est la protection des communications diplomatiques, sans lesquelles la diplomatie elle-même ne pourrait guère avoir lieu. En dépit de différences quant aux activités qu'ils touchent, le régime juridique de ces communications est largement unifié[967] et aussi est-il permis de parler ici des communications et documents « diplomatiques » en général. Le principe central en la matière est celui de la liberté des communications de la mission[968]. En vertu de ce principe, tant l'envoi que la réception entre l'État et ses représentants exigent le franchissement de la frontière[969], et ce par tous les modes

---

[965] Ainsi les États-Unis d'Amérique limitaient pendant la Guerre froide le mouvement des délégations d'États communistes à la zone située autour du bâtiment de l'O.N.U., motif pris du « right of sovereign states to control completely the access of foreign diplomatic personnel to their territory » (Kerley (E. L.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 56 (1962), p. 535), ce qui est conforme à l'Accord de siège qui ne protège le droit d'accès qu'au district administratif (*R.T.N.U.*, vol. 11, I-147, art. IV, section 11, définition du district art. I Section 1, *litt.* a)).

[966] L'Accord de siège des Nations Unies en constitue un bon exemple : à côté des représentants étatiques et fonctionnaires de l'Organisation qui sont assez évidents, figurent les experts accomplissant des missions pour l'Organisation, les représentants de la presse, de la radio, du cinéma ou autres agences d'information agréées par l'O.N.U., les représentants d'O.N.G. admises comme organes consultatifs, et enfin d'autres personnes qui pourraient être invitées par l'Organisation (*R.T.N.U.*, vol. 11, I-147, Accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, art. IV, Section 11, §§ 1) à 5) ; dans le même esprit, v. l'Accord entre l'Autorité internationale des fonds marins et le Gouvernement de la Jamaïque relatif au Siège de l'Autorité internationale des fonds marins, préc., art. 26, § 1).

[967] C.D.I., « Statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique », *A.C.D.I.* 1989, vol. II(2), pp. 10-54, p. 12, § 34, et p. 13, §§ 41-45 sur l'identité de régime entre le diplomatique et le consulaire permettant l'unité sous le vocable « diplomatique » *lato sensu*. L'article 1 du projet dispose explicitement ce champ d'application englobant. En outre, le projet a vocation à s'appliquer à toute forme de représentation étatique, et la C.D.I. considère que le régime peut être étiré aux documents des missions spéciales et des organisations internationales en proposant deux protocoles facultatifs annexés au projet d'articles et reprenant son régime respectivement pour chacun de ces objets. V. par exemple l'extension du régime du courrier et de la valise diplomatique à la correspondance de l'Organisation et de ses partenaires par la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (préc., sections 11 et 22 *litt.* b)).

[968] C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., art. 4 § 1, et le commentaire p. 21, § 1, il est « universellement reconnu que le principe de la liberté de communication constitue le fondement juridique du droit diplomatique moderne ». Dans le champ conventionnel, v. Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 27 § 1 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 35 § 1 ; Convention sur les missions spéciales, préc., art. 28 § 1 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., arts. 27 § 1 et 57 § 1. En pratique enfin, le principe est indiscuté au vu du doc. N.U. A/CN.4/417, 7 juin 1988, *Huitième rapport sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, par M. Alexander Yankov, rapporteur spécial*, inclus *in A.C.D.I.*, 1988, vol. II(1), pp. 166-198 : aucune difficulté des États n'est rapportée sur les arts. 10 (p. 180, § 112), 12 (p. 181, § 121), 14 (p. 181, § 129), 20 (p. 185, §§ 162-165) et 25 (pp. 189-190, §§ 204-211), selon la numérotation finale.

[969] C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., art. 1.

disponibles[970]. Mais là encore, la fonction internationale du flux fait autant la force que la limite de sa protection, et le territoire n'est donc saisi qu'en tant qu'espace de développement des rapports *internationaux*, c'est-à-dire ici officiels. Ainsi le bagage *personnel* n'est pas exempt d'inspection et rejet[971], et seul est complètement protégée la correspondance « officielle », c'est-à-dire celle « relative à la mission et à ses fonctions »[972], identifiée en cette qualité par des « marques extérieures visibles »[973] qui « attestent son caractère officiel »[974] et s'imposent à l'État territorial pour franchir sa frontière, sauf aberration sujette à protestation[975]. De même, les colis constituant la valise diplomatique « ne peuvent contenir que des documents diplomatiques ou des objets à usage officiel »[976], car telle est la fonction de transport qui la définit[977].

246. Le droit international protège ainsi le développement d'un commerce interétatique au sens large, garantissant les rapports internationaux par certains points où ils pourraient être vulnérables face au contrôle frontalier. Celui-ci trouve encore une limite de taille dans le commerce au sens strict, celui de la circulation des marchandises.

---

[970] Ainsi pour l'inclusion des cyber-communications dans le régime, v. Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, p. 225, Rule 42.

[971] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 36 § 2 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 50 § 3 ; Convention sur les missions spéciales, préc., art. 35 § 2 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., arts. 35 et 36.

[972] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 27 §§ 1-2 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 35 §§ 1-2 ; Convention sur les missions spéciales, préc., art. 28 §§ 1-2 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., arts. 27 §§ 1-2 et 57 §§ 1-2.

[973] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 27 § 4 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 35 § 4 ; Convention sur les missions spéciales, préc., art. 28 § 5 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., arts. 27 § 4 et 57 § 4 ; C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., art. 24 § 1.

[974] C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., p. 19 § 7.

[975] Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 89 (1985), pp. 179-181 : cas pittoresque mais néanmoins révélateur des limites pratiques de la liberté de l'État, ici s'agissant de la qualification de la valise diplomatique, où l'U.R.S.S. avait qualifié comme telle un camion semi-remorque de 9 tonnes, ce que la Suisse refusa de reconnaître en l'absence de précédent de la sorte. Comme exemple portant sur le comportement de l'État d'accueil devant admettre sans rigueur les documents estampillés, v. les nombreuses protestations contre la position de la Chine lorsqu'elle limita la reconnaissance de la « valise diplomatique » aux seuls papiers officiels transportés dans une serviette à main (même chronique, *R.G.D.I.P.*, t. 86 (1982), pp. 558-559).

[976] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 27 § 4 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 35 § 4, qui ajoute « exclusivement » destinés à un usage officiel ; Convention sur les missions spéciales, préc., art. 28 § 5 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., arts. 27 § 4 et 57 § 4 ; C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., art. 25 § 1 (qui précise à l'instar de la Convention sur les relations consulaires la destination « exclusive » à un usage officiel, afin de « souligner – compte tenu des abus auxquels a récemment donné lieu la valise diplomatique – le caractère officiel des objets admissibles » (commentaire du projet, *ibid.*, p. 44 § 2).

[977] C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., p. 19 § 7.

2. La protection de la circulation des marchandises

247. La frontière trouve l'une de ses principales oppositions dans le commerce international de marchandises. L'étude ouvre ainsi une question très riche mais doit ici se cantonner à établir cette opposition, qui passe par l'idéologie libre-échangiste en ce qu'elle a marqué le droit international de son rejet de principe de la frontière (a), ce qui est traduit en droit positif à travers la limitation du contrôle frontalier dans le système commercial multilatéral (b).

a) L'opposition à la frontière par l'idéologie libre-échangiste

248. « Le commerce possède une tendance naturelle à s'évader du territoire de l'État »[978] car la société internationale n'échappe pas à « ce fait conforme à la nature que les hommes ont parfois plus, parfois moins des choses qu'il leur faut »[979]. Mais si les États connaissent et règlementent ainsi une dimension internationale du commerce depuis longtemps[980], elle a d'abord été cantonnée à un réseau de relations conventionnelles bilatérales parcouru par les tendances contraires du protectionnisme et du libéralisme économiques[981]. Alors, le contrôle frontalier était encore de principe, seulement modéré à travers les ouvertures libérales consenties dans la relation particulière. Les choses changent au niveau de la société internationale dans son ensemble après la Seconde guerre mondiale[982]. D'abord au niveau des idées, les États réagissent à la guerre en prônant la paix par le commerce[983] qu'ils doublent des vertus du libre-échange sur le plan économique[984]. S'ancre alors une perception profonde de

---

[978] Stern (Br.), « Règles et principes directeurs de l'organisation mondiale du commerce : Champ d'application et futur développement dans le contexte de mondialisation », *Law, Democracy and Development*, vol. 3 (1999), pp. 15-30, p. 16.
[979] Aristote, *Les Politiques*, I, 9, 1257a (*op. cit.*, p. 132).
[980] V. Nolde (B. (Baron)), « Droit et technique des traités de commerce », *R.C.A.D.I.* vol. 3 (1924), pp. 291-462, pp. 299-318, qui retrace l'histoire des traités de commerce depuis ses débuts médiévaux.
[981] V. l'état des lieux dressé par Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*, *op. cit.*, pp. 57-64 pour le XVIIIe s., et pp. 178-184 pour l'industrialisation du monde alors dit « civilisé » ; ainsi que Couveinhes-Matsumoto (Fl.), *Droit international économique*, *op. cit.*, pp. 486-496.
[982] Un récit de cela se situe dans l'étude de Schütze (R.), « From the "Closed" to the "Open" Commercial State: A Very Brief History of International Economic Law », *J.H.I.L.*, vol. 19 (2017), pp. 495-524.
[983] Cette idée trouve une expression célèbre dans *L'Esprit des lois* de Montesquieu, XX, II : « L'effet naturel du commerce est de porter à la paix » (Paris, GF Flammarion, t. II, 638 p., p. 10). Sur sa réception internationale v. Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*, *op. cit.*, p. 286, qui mentionne que les développements d'après-guerre répondent à ce que « [l]e protectionnisme, la politique des quotas et les mesures tarifaires nationales sont (…) directement incriminés pour avoir favorisé la montée des fascismes en Europe en créant à la fois de l'instabilité et le repli sur soi ». Un témoignage de cet état d'esprit figure dans l'étude de Lhomme (J.), « L'autarcie, ses survivances probables ou possibles », *R.G.D.I.P.*, t. 50 (1946), pp. 25-48, qui constate un « anathème » général contre l'autarcie associée au national-socialisme et au fascisme par les responsables de l'économie (p. 27) et une « vive répugnance » envers cette doctrine (p. 29), sans que toute *pratique* la suivant soit abandonnée pour autant (p. 32).
[984] V. par ex. l'ouvrage de Bhagwati (J.), *Éloge du libre-échange*, Paris, Éditions d'Organisation, 2005, trad. fr. Destombes (J.), 128 p., préfacé – il faut le noter ici – par Pascal Lamy, alors directeur général de l'O.M.C., qui loue notamment l'ouvrage de « souligne[r] notamment un fait fondamental : l'échange est gage de développement,

l'économie internationale chez les États, de sorte que des décennies plus tard, répondant aux critiques selon lesquelles la conclusion d'un accord de libre-échange constituerait une atteinte à la souveraineté de l'Australie, son ministre des Affaires étrangères pourra rétorquer : « I guess that would be true if we wanted to close our borders completely and maintain some sort of autarkic economic and dictatorial political regime. »[985] Il y a là comme une évidence. Ensuite au niveau des faits, la mondialisation et l'interdépendance des États qu'elle entraîne semblent de toute manière imposer l'ouverture[986]. Le gouvernement australien se montrera alors plus fataliste : « In today's competitive, international market-place, where [Free Trade Agreements] are becoming increasingly common, *it is important for Australia to stay ahead of the game* »[987]. Si le protectionnisme demeure en fait[988] comme en pensée[989], le libéralisme triomphe ainsi comme principe structurant de l'économie mondiale, et à travers lui s'impose la liberté économique de circulation[990]. Celle-ci a imprimé le droit international et a remplacé la seule possibilité d'ouverture que prévoyait la plus neutre « liberté de commercer ». Désormais forte d'une injonction, la libre circulation fait ainsi de la frontière une limite qui « entrave la coopération économique entre les États, et ne peut donc que devenir de plus en plus perméable »[991]. C'est selon cette perception que le système commercial multilatéral a été bâti,

---

aussi bien pour les pays pauvres que pour les pays riches, si, des deux côtés, on se dote des instruments nécessaires pour maximiser le bénéfice mutuel » (p. 9).

[985] Garratt (J.) (dir.), « Australian Practice in International Law 2002 », *A.Y.I.L.*, vol. 23 (2004), p. 320.

[986] Carreau (D.), « Le droit international économique face aux crises », *op. cit.*, p. 107. P. 115, l'auteur réaffirme que « l'interdépendance économique des nations constitue bien la clef de voûte du système, mais aussi la contrainte à laquelle il est illusoire de vouloir échapper ».

[987] Thomas (A.) (dir.), « Australian Practice in International Law 2005 », *A.Y.I.L.*, vol. 26 (2007), p. 343 (nous soulignons).

[988] Cela a été établi dans l'introduction de la présente étude, *supra*, paragraphe 19.

[989] Sur le protectionnisme dans la pensée économique (confrontée aux faits), v. en premier lieu Sapir (J.), *Le protectionnisme*, Paris, PUF, 2022, Coll. « Que Sais-Je ? », 127 p., spéc. pp. 84-119 sur la persistance du protectionnisme en dépit du libre-échangisme imprimé par l'O.M.C. Cette pensée peut aller jusqu'à la recherche de l'autarcie comme le relève chez Rousseau l'étude de Desmons (E.), « Rousseauisme, souveraineté et commerce entre les nations », *Droits*, n° 64 (2016/2), pp. 3-16, où la critique d'une société marchande globalisée a comme fondement l'affirmation de la supériorité de la souveraineté et du politique sur l'économie considérée comme une fin en soi, d'où la faveur pour l'autarcie au sens de l'autosuffisance domestique.

[990] Pour un aperçu historique, v. Rygiel (Ph.), « Liberté économique de circulation. Archéologie d'un énoncé », *in* Bergé (J.-S.) et Giorgini (G. C.), *Le sens des libertés économiques de circulation – The sense of economic freedoms of movement*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 422 p., pp. 195-200.

[991] Carreau (D.) *et al.*, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6e éd., 2017, xiii-941 p., p. 8 ; Couveinhes-Matsumoto (Fl.), *Droit international économique*, Paris, PUF, 2023, 663 p., p. 70 ; de même pour McRae, le droit international du commerce « is about getting rid of the impediments to economic exchange that borders, and nation States, impose », et la matière « has nothing to do with sovereignty » car elle ne doit aucunement concerner les relations interétatiques mais seulement les échanges entre personnes privées (McRae (D. M.), « The contribution of international trade law to the development of international law », *R.C.A.D.I.*, vol. 260 (1996), pp. 99-237, respectivement pp. 111, 116, 123 et 174). Positivement, la Charte des droits et devoirs économiques des États adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies a formulé, en ce sens, un « devoir de coopérer à favoriser une expansion et une libéralisation régulières et croissantes du commerce mondial (…) » (doc. N.U., A/RES/3281(XXIX), chapitre 2, article 14).

et c'est encore lui qui, en dépit de sa remise en cause contemporaine[992] et d'une certaine « hybridation » avec d'autres objectifs moins « croissantiels »[993], régit les relations économiques de la société internationale où il limite le contrôle frontalier.

b) La limitation du contrôle frontalier dans le système commercial multilatéral

249. Au niveau de la société internationale, l'opposition libre-échangiste à la frontière a été consacrée en droit positif par l'adoption de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (ou G.A.T.T.) et la création de l'Organisation mondiale du commerce. Dépassant le seul réseau conventionnel bilatéral, il est ainsi désormais question d'un système commercial multilatéral au sein duquel « il ne s'agit plus tant de commercer que de commercer *d'une certaine manière* »[994], à savoir selon un régime juridique « fortement marqué par l'idéologie libérale »[995] et dont la « valeur fondamentale » est que « l'ouverture des marchés est bonne. »[996] Le contrôle frontalier ne saurait y être que fortement limité.

250. Le principe majeur de cette limitation est celui de l'interdiction des restrictions et prohibitions quantitatives[997], « pierre angulaire du système »[998] qui « curtails the sovereign right of states to take measures at the border in order to influence, limit, or block trade flows crossing the border »[999]. À ce titre, le contrôle frontalier est perçu comme un « instrument

---

[992] La professeure Kessedjian évoque « le sentiment que nous sommes en fin de cycle pour le modèle libéral, sans pourtant qu'aucun modèle plus équilibré ne s'impose » (*Droit du commerce international*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 2013, xvi-565 p., p. 190). Il est en effet devenu commun de constater une « démystification générale, *i.e.* un affaiblissement de la croyance dans les piliers idéologiques qui fondent l'espace de libre-circulation » (Parachkevova-Racine (I.), « Le sens des libertés économiques de circulation aujourd'hui : une lecture de droit économique », *in* Bergé (J.-S.) et Giorgini (G. C.), *Le sens des libertés économiques de circulation*, *op. cit.*, pp. 73-81, p. 76), pour laquelle la promotion du libre-échange a laissé place à la recherche d'un « juste échange » (Thouvenin (J.-M.), « Du libre-échange au juste échange ? Pour une "smart" conditionnalité sociale dans le droit du commerce international », *in* Gherari (H.) (dir.), *Les dérèglements économiques internationaux : crise du droit ou droit des crises ?*, Paris, Pedone, 2014, 286 p., pp. 127-138).

[993] Selon la terminologie employée par Couveinhes-Matsumoto (Fl.), *Droit international économique*, *op. cit.*, spéc. p. 70.

[994] Fleury Graff (Th.), « La protection douanière. Considérations sur l'OMC », *Droits*, n° 64 (2016/2), pp. 97-114, p. 99 (italiques de l'auteur).

[995] Kessedjian (C.), *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 195.

[996] Lamy (P.), « L'OMC est "un laboratoire pour maîtriser la mondialisation" », 2006, Conférence Malcolm Wiener à la John F. Kennedy School of Government de l'Université de Harvard, disponible en ligne : https://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl47_f.htm Sur les fondements de l'O.M.C. dans la pensée économique, v. VanGrasstek (Cr.), *Histoire et avenir de l'Organisation mondiale du commerce*, Genève, Organisation mondiale du commerce, 2016, xix-690 p., pp. 15-22.

[997] Art. XI.1 du G.A.T.T. de 1947.

[998] Groupe spécial de l'O.R.D., 1999 (31 mai), *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, § 9.63, p. 138.

[999] Matsushita (M.), Schoenbaum (Th. J.), Mavroidis (P. C.) et Hahn (M.), *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2015, xci-849 p., p. 240.

anormal et néfaste »[1000] qu'il convient d'éliminer, car il a « un effet de distorsion » sur le commerce en lui posant des « limites absolues »[1001] que le paiement de droits de douane et donc le jeu économique ne peuvent dépasser. C'est là la limitation essentielle du contrôle frontalier en la matière, qui le rend *a priori* illicite. Il faut encore y ajouter une prohibition de la discrimination entre produits étrangers[1002] et avec les produits nationaux[1003], où se trouve là encore l'« objectif fondamental (…) d'éviter le protectionnisme »[1004] et la limite du contrôle frontalier qui pourrait l'appliquer. Ce noyau dur dont on voit la contrainte qu'il pose à la frontière est ensuite décliné par différentes obligations qui s'assurent que le contrôle frontalier soit le plus léger possible dans la mesure où il subsiste[1005], et étendu à d'autres champs à l'instar du commerce des services marchands[1006].

251. Sans aller plus loin dans ces régimes foisonnants, il est donc établi que le contrôle des frontières trouve une opposition dans les intérêts du commerce international, que celui-ci soit entendu comme rapports entre les nations ou échange de marchandises. Il faut désormais dépasser ce cadre strictement inter-national pour obtenir une image correcte des intérêts qui s'opposent au contrôle frontalier, car la considération de l'être humain en droit international a inclus celle du mouvement nécessaire à son développement.

B. La protection du développement de l'être humain à travers les frontières

252. Les circulations internationales n'ont jamais été de l'intérêt des seules personnes étatiques. Ce fait, longtemps resté en grande partie extérieur au droit international, y trouve désormais une traduction par la protection de circulations qui dépassent le seul commerce inter-

---

[1000] Flory (Th.), *Le G.A.T.T. Droit international et commerce mondial*, Paris, L.G.D.J., Coll. « Bibliothèque de droit international », 1968, iv-306 p., p. 24.
[1001] Groupe spécial de l'O.R.D., 1999 (31 mai), *Turquie – Produits textiles*, préc., § 9.63, p. 138.
[1002] Art. I du G.A.T.T. de 1947.
[1003] Art. III du G.A.T.T. de 1947.
[1004] Organe d'appel de l'O.R.D., 2001 (12 mars), *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, § 97 (à propos de l'art. III du G.A.T.T.).
[1005] C'est notamment l'objet de l'Accord sur l'inspection avant expédition et de celui sur la facilitation des échanges.
[1006] C'est l'Accord général sur le commerce des services (A.G.C.S.) qui régit la matière, fonctionnant par des Listes d'engagements spécifiques identifiant les services que les Membres souhaitent inclure dans le régime et ainsi accueillir sur leur marché (art. XVI), le principe étant l'ouverture complète car le tableau constituant la Liste impose la précision des « limitations concernant l'accès au marché », le silence valant ainsi absence de limite. La fourniture de services pouvant nécessiter la présence physique du fournisseur (mode 4 de prestation de services, art. I.2 d) de l'A.G.C.S. et Annexe sur le mouvement des personnes physiques fournissant des services), il faut noter ses conséquences en matière migratoire tout en soulignant leur portée très réduite car étroitement cantonnée à la fonction économique de la migration (v. Jacob (P.), « Les migrations appréhendées par le droit international économique », *in* S.F.D.I., *Migrations et droit international*, Paris, Pedone, 2022, 587 p., pp. 141-153, pp. 144-147).

national. Ainsi d'abord de l'accès aux ressources d'intérêt commun pour l'humanité[1007], du libre passage de peuples autochtones à travers la frontière qui divise l'unité de leur espace de

[1007] Parallèlement à l'affirmation de la souveraineté sur les ressources naturelles en la matière (*R.T.N.U.*, vol. 1760, I-30619, Convention sur la diversité biologique, préambule, al. 4, et art. 15 § 1 ; *R.T.N.U.*, vol. 2400, I-43345, Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, préambule, al. 14, et art. 10 § 1 ; *R.T.N.U.*, vol. 3008, A-30619, Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique, préambule, al. 3, et art. 6 § 1), l'intérêt commun à l'accès à certaines d'entre elles pour diverses raisons recoupant la préservation de l'environnement et les divers besoins humains est noté par la Convention sur la diversité biologique, préc., préambule, *passim*, le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, préc., préambule, al. 3 et 6 (rôle essentiel pour l'amélioration génétique des plantes et « l'adaptation aux changements écologiques et aux évolutions imprévisibles des besoins humains »), et le Protocole de Nagoya, préc., préambule, al. 16 (reconnaît « l'interdépendance de tous les pays en ce qui a trait aux ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture (…) »). Le Traité sur les ressources phytogénétiques est l'élément central au vu des circulations en la matière, par la création d'un système multilatéral d'accès et de partage des avantages (arts. 10-13), instaurant un régime de droit d'accès (art. 12 § 2) mais contrôlé car soumis à un accord entre le fournisseur et le bénéficiaire (art. 12 § 4). La Convention sur la diversité biologique est moins contraignante, soumettant l'accès au consentement préalable en connaissance de cause de l'État fournisseur (art. 15 § 5, et art. 6 § 1 du Protocole de Nagoya) qui doit toutefois être facilité et non refusé en méconnaissance des objectifs de la Convention (art. 15 § 2).

vie[1008], ou encore de la protection de la faune dans ses espèces migratrices[1009]. Parmi ces circulations se dégage celle de l'individu, qui par l'ampleur de sa protection appelle l'attention

[1008] Les peuples autochtones ont cela de particulier que le cadre spatial de leur existence est décalé par rapport aux découpages étatiques : elles ont leur *propre* espace, dont l'acception est intrinsèquement liée à leur ipséité en tant que peuple dès lors qu'ils y trouvent un lien constitutif de leur être (doc. N.U., A/RES/61/295, Annexe, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préambule, al. 7, art. 25 ; *R.T.N.U.*, vol. 1650, I-28383, Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, art. 13 § 1) et plus particulièrement du mode de vie qui l'exprime lorsqu'ils sont mobiles (doc. N.U. A/79/160, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, § 4, qui préfère l'appellation « peuples autochtones mobiles » à celle de « nomade », considérée péjorative (§ 5) bien qu'encore utilisée (par ex. doc. N.U., A/RES/73/165, Annexe, Déclaration des Nations Unies sur les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales, art. 1 § 3)) et incarnent ainsi le négatif de l'existence territorialisée, intrinsèquement faits de mouvement. Dans ces circonstances, la frontière étatique est susceptible de mutiler l'unité de ces espaces où les populations déploient leur existence et donc cette existence elle-même, imposant le cadastre interétatique à des peuplades qui ne se situent pas tant à un niveau *infra*-étatique qu'en marge des États, évoluant sur un plan différent et non inférieur. Il est donc à tout le moins souhaitable que les États s'efforcent d'atténuer l'impact de la frontière à cet égard (C.I.J., 2013 (16 avr.), *Différend frontalier (Burkina Faso c. Niger)*, *C.I.J. Rec.* 2013, p. 90, § 112, « la Cour exprime le souhait que chaque Partie, en exerçant son autorité sur le territoire qui relève de sa souveraineté, tienne dûment compte des besoins des populations concernées, en particulier des populations nomades ou semi-nomades, et de la nécessité de surmonter les difficultés qui pourraient surgir pour ces populations du fait de la frontière »). Plus encore, un fondement positif se trouve dans l'enracinement aux droits de l'homme et à l'autodétermination (*Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., arts. 1 et 3), voies individuelle et groupée qui se conjuguent pour plaider en faveur de la reconnaissance des vies autochtones qui s'y inscrivent et du respect des conséquences que leur impriment leurs exigences propres (*ibid.*, arts. 26 (droit aux terres, territoires et ressources traditionnels, ce qui plaide contre leur séparation frontalière) et 36 § 1 (droit d'entretenir des relations intra- et inter-peuples à travers les frontières) ; *Déclaration des Nations Unies sur les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales*, préc., art. 7 §§ 2-3 (facilitation de la circulation transfrontière des paysans, incluant les nomades) ; Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, préc., arts. 5 (respect des caractéristiques et de l'intégrité du peuple dans l'application de la Convention), 13 § 1 (respect de l'importance de la « relation » à la terre et au territoire), 14 (protection de la propriété des terres), 15 (protection de l'accès aux ressources des terres), et 32 (obligation de faciliter la circulation transfrontalière)), ce qui ne brise pas la frontière mais oppose tout au moins cet Autre juridiquement reconnu à un contrôle débridé qui ne saurait léser indifféremment « [sa] survie, [sa] dignité et [son] bien-être » (*Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., art. 43 (qualification des droits reconnus par la Déclaration)). Des situations contemporaines à propos de la circulation sont données par le Rapport précité du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, doc. N.U. A/79/160, §§ 60-75. Sur le développement contemporain du régime juridique à cet égard et la consécration d'un droit de franchissement de la frontière pour certains peuples, v. la riche étude d'Aumond (Fl.), « La libre circulation transfrontalière des peuples autochtones vivant de part et d'autre des frontières internationales. Un droit en construction », *in* Faberon (Fl.) (dir.), *Les régimes des autochtones et populations locales dans les outre-mers français. Droit et politiques comparés*, Nouméa, Recherches sur la cohésion sociale, 2023, 388 p., pp. 189-203 (nous remercions l'auteur de nous l'avoir transmise, l'ouvrage où elle est située étant difficilement accessible).

[1009] *R.T.N.U.*, vol. 1651, I-28395, Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, arts. II (obligation générale de protection des espèces) et III § 4 *litt.* b) (contre les obstacles posés à la migration de l'espèce). S'il serait peu commun qu'un douanier arrête une gazelle à queue blanche pour lui demander son visa, il faut noter que certaines infrastructures frontalières rigides comme les barrières et murs peuvent *de facto* fermer la frontière aux espèces migratrices, comme l'a constaté la C.O.P. de la Convention de Bonn à propos de l'Asie centrale (doc. UNEP/CMS/Resolution 11.24, al. 2 du préambule et points 1.3 et 2.2 du tableau 1 ; v. le rapport établi par le P.N.U.E. et les organes de la Convention de Bonn, 2019, *Central Asian Mammals and Linear Infrastructure Atlas*, CMS Technical Series Publication n° 41, 95 p., traitant des barrières et murs avec les routes et rails, ainsi que leurs *Guidelines for Addressing the Impact of Linear Infrastructure on Large Migratory Mammals in Central Asia* (2015, doc. UNEP/CMS/COP11/Doc.23.3.2)). En doctrine, v. les brèves analyses de Martínez Pérez (E. J.), « Relevant International Legal Obligations Due to the Environmental Impact of the Construction of Walls and Reinforced Fences », *S.Y.I.L.*, vol. 23 (2019), pp. 376-388, pp. 381-382, et Álvarez Arcá (I.), « Challenges for biodiversity protection stemming from border walls in Slovenia and Korea », *S.Y.I.L.*, vol. 23 (2019), pp. 400-411, pp. 405-406. Plus généralement, v. les intéressants développements de

de l'étude généraliste sur le droit international humanitaire et sur les droits de l'homme qui couvrent aujourd'hui la protection de l'*étranger* et du migrant en les percevant d'abord comme êtres humains[1010]. Le contrôle frontalier y trouve une opposition très large bien qu'un droit général d'accès au territoire comparable au principe du libre-échange en soit encore absent[1011]. A cet égard, le droit international saisit le territoire comme espace de réalisation du développement de l'être humain, s'opposant au contrôle frontalier lorsqu'il menace sa survie (1) ou entrave son épanouissement (2).

1. La protection des voies de survie de l'être humain

253. La survie de l'être humain dépend de circulations lorsqu'il s'agit de lui porter assistance ou de l'accueillir dans sa fuite. Dans les deux cas, elle s'oppose à un contrôle frontalier délétère.

a) L'opposition au contrôle frontalier pour l'assistance humanitaire

254. Embourbé dans une situation critique sans moyen de la fuir, il arrive que l'être humain doive s'en remettre à une aide extérieure pour survivre, et une aide internationale lorsque l'État territorial peine ou ne veut l'assister. Cette aide que l'on qualifie d'assistance humanitaire a d'abord été protégée en situation de conflits armés par le droit international humanitaire, avant de sortir de cette *lex specialis*[1012] pour être étendue aux situations de « catastrophes »[1013]. Dans

---

Jolivet (S.), *La conservation de la nature transfrontalière*, Paris, Mare & Martin, 2015, 641 p., pp. 201-259 qui tissent les linéaments d'une protection du « réseau écologique transfrontalier » en droit international.

[1010] Sur le rapport entre les régimes s'agissant des droits de l'homme, v. Pisillo Mazzeschi (R.), « The Relationship Between Human Rights and the Rights of Aliens and Immigrants », *in* Fastenrath (U.) *et al.*, *From Bilateralism to Community Interest*, *op. cit.*, pp. 552-573, qui observe une substitution de ces droits aux règles classiques du traitement du migrant (spéc. pp. 556-567).

[1011] Hors protection spécifique, l'accès au territoire par l'individu migrant tombe dans le pouvoir absolu de l'État, tel qu'il fut vu *supra*, au paragraphe 123. Sur l'absence de protection directe du franchissement de la frontière, v. par exemple Com.E.D.H., 1957 (20 déc.), *Re Application No. 172/56 (X. v. Kingdom of Sweden)*, *I.L.R.* vol. 24 (1957), pp. 328-337, p. 332 : « the right to enter a country is not, as such, included among the rights and freedoms set forth in the Convention ». Le mécanisme de la protection par ricochet est bien mis en lumière par la Com.E.D.H., 1959 (30 juin), *Re Application No. 434/58 (X v. Government of Sweden)*, *I.L.R.* vol. 28, pp. 242-252, p. 250 : « It is true that a right or freedom to enter the territory of States, Members of the Council of Europe, is not, as such, included among the rights and freedoms guaranteed in Section I of the Convention. *However, a State which signs and ratifies the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms must be understood as agreeing to restrict the free exercise of its rights under general international law, including its right to control the entry and exit of foreigners, to the extent and within the limits of the obligations which it has accepted under that Convention* » (nous soulignons). Il est désormais fermement ancré, v. dans le même sens C.E.D.H., 1985 (28 mai), *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, § 59.

[1012] C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., pp. 31 et 61-62. L'art. 18 § 2 du Projet d'articles précise que ce projet « ne s'applique pas dans la mesure où la réponse à une catastrophe est régie par les règles du droit international humanitaire. »

[1013] Cela en dépit de certaines vues qui cantonnent sa positivité aux conflits armés, comme celle (désormais ancienne) de Dinstein (Y.), « The right to humanitarian assistance », *Karl Vasak amicorum liber. Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, xxxi-1189 p., pp. 183-198, p. 183. Selon la C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., art. 3 *litt.* a), la catastrophe désigne « un événement ou une série d'événements calamiteux provoquant des pertes massives en vies humaines, de grandes souffrances humaines et une détresse aiguë, des déplacements massifs de population, ou des dommages matériels ou

les deux cas, la frontière étatique sépare l'être humain de son moyen de survie, de sorte que son contrôle pourrait léser la protection fondamentale de la dignité humaine[1014]. « [L]'accès aux victimes est indispensable »[1015] et la frontière fermée serait l'étau insupportable d'un territoire désolé, une « ligne rigidifiée jusqu'à l'absurde »[1016].

255. Partant, le droit international protège l'accès de l'assistance humanitaire pour répondre aux « besoins essentiels » des individus concernés[1017], qu'ils relèvent de la nutrition, des soins, des vêtements, du transport ou encore de l'habitat[1018]. Il le fait d'abord directement en exigeant une autorisation « rapide et sans encombre »[1019] des secours dans les situations précitées :

---

environnementaux de grande ampleur, perturbant ainsi gravement le fonctionnement de la société ». Dans la pratique, il est possible d'évoquer les tremblements de terre dévastateurs qui ont frappé la Turquie et la Syrie en février 2023 (Doc. N.U., S/PV.9327 (Resumption 1), 2023 (23 mai) : selon la Turquie, p. 20, il est après ces catastrophes « plus important que jamais de garantir l'acheminement ininterrompu de l'aide humanitaire à travers les frontières vers la Syrie »). L'Institut de droit international tend à encore étendre le régime en défendant son application aux « situations d'urgence et de catastrophes » pouvant naître aussi bien de catastrophes naturelles ou technologiques, de conflits armés, de violences internes ou encore d'activités terroristes (« Résolution sur l'assistance humanitaire », préc., préambule, al. 2), toutes situations où la frontière peut entraver le secours porté à la dignité humaine, juridiquement protégée.

[1014] Doc. N.U., A/RES/43/131, 1989 (20 mars), *Assistance humanitaire…*, préc., préambule, al. 8 ; C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., art. 4 : « La dignité inhérente à la personne humaine est respectée et protégée en cas de catastrophe. » Sur ce caractère fondamental, v. aussi Zanghi (Cl.), « Fondements éthiques et moraux du droit à l'assistance humanitaire », *in* UNESCO, *Le droit à l'assistance humanitaire*, Actes du colloque international organisé par l'UNESCO du 23 au 27 janvier 1995 à Paris, Éditions de l'UNESCO, 1996, v-218 p., pp. 3-10 ; Gros Espiell (H.), « Les fondements juridiques du droit à l'assistance humanitaire », *in* UNESCO, *Le droit à l'assistance humanitaire*, *op. cit.*, pp. 11-21, p. 11 : « Dans le domaine de l'aide humanitaire, la règle morale et la règle de droit découlent de la même conception de l'homme et de la dignité humaine » ; Doc. N.U., S/2014/427, *Rapport du Secrétaire Général sur l'application de la résolution 2139 (2014) du Conseil de sécurité*, §§ 47-48 : le passage humanitaire est autant commandé par le droit international que par « l'attachement le plus fondamental à la décence humaine », et son refus est à la fois « inhumain et illégal ».

[1015] Doc. N.U., A/RES/43/131, 1989 (20 mars), *Assistance humanitaire…*, préc., préambule, al. 10.

[1016] Bettati (M.), « Souveraineté et assistance humanitaire. Réflexions sur la portée et les limites de la résolution 43/131 de l'Assemblée générale de l'O.N.U. », *in Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, xxxiv-382 p., pp. 35-45, p. 39.

[1017] C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., art. 2. Le commentaire précise que les besoins « essentiels » désignent « ceux qui sont liés à la survie ou sont pareillement essentiels au lendemain d'une catastrophe » (p. 29).

[1018] Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV), préc., art. 23 § 1 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), préc., art. 69 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), préc., art. 18 § 2 ; I.D.I., Résolution sur l'assistance humanitaire, préc., art. I § 1 *litt.* a) et b). Une liste ouverte dans laquelle « c'est le besoin qui crée l'autorisation d'acheminer un bien » est défendue par Kolb (R.), « Commentaire article par article de la Résolution de Bruges 2003 sur l'assistance humanitaire », *op. cit.*, p. 19.

[1019] Règle n° 55 du Droit international humanitaire coutumier établi par le Comité international de la Croix-Rouge, disponible en ligne : https://ihl-databases.icrc.org/fr/customary-ihl/v1.

conflits armés[1020] internationaux[1021] ou non-internationaux[1022] s'agissant du droit humanitaire, et pour aider les déplacés internes[1023] ou en cas de catastrophes[1024] dans d'autres régimes existant. Mais outre cette obligation directe, plusieurs obligations renforcent indirectement le passage de l'aide humanitaire en ce que le franchissement de la frontière est, de fait, nécessaire à leur respect, de sorte que le contrôle qui le rejetterait serait susceptible d'arbitraire[1025]. C'est d'abord le cas de la prohibition de la famine comme technique de guerre par le droit humanitaire[1026], et de l'obligation posée par le même droit que les blessés et malades reçoivent des soins médicaux[1027]. Plus largement et dans le même sens, le rejet de l'aide humanitaire par le contrôle frontalier peut violer les obligations de traiter toute personne extérieure aux hostilités « avec humanité »[1028], de respecter la dignité humaine[1029], et de respecter les droits de l'homme[1030]. Le contrôle frontalier se voit ainsi opposer le passage de l'assistance portée à

[1020] L'unanimité à ce sujet peut être sondée dans le doc. N.U., S/PV.9327, 2023 (23 mai), v. la position de la Suisse (p. 9), Finlande (p. 31, au nom également du Danemark, de l'Islande, de la Norvège et de la Suède), et le doc. N.U., S/PV.9327 (Resumption 1) : Croatie (p. 12, au nom du « Groupe des Amis de la responsabilité de protéger » qui compte 55 États membres et l'Union européenne), Rwanda (p. 15), Iran (p. 18), Indonésie (p. 26), Uruguay (p. 29), Estonie (p. 38), Bulgarie (p. 42), Qatar (p. 43), Israël (p. 51), Bangladesh (pp. 53-54), Maroc (p. 57).

[1021] Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV), préc., art. 23 § 1, élargi par le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), préc., art. 70.

[1022] Selon le C.I.C.R., si l'art. 33 du Protocole II qui prévoyait cela ne fut finalement pas retenu dans le texte final, l'art. 18 § 2 contient le passage comme condition *sine qua non* de l'accomplissement de l'obligation qu'il dispose, et l'obligation coutumière d'autoriser du passage englobe les conflits armés non-internationaux (Règle n° 55 des Droit international humanitaire coutumier établi par le Comité international de la Croix-Rouge, préc.).

[1023] *R.T.N.U.*, vol. 3014, I-52375, Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique, art. 5 § 7.

[1024] C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., art. 11.

[1025] Akande (D.) et Gillard (E.-Ch.), *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, publication commandée par le Bureau de la coordination des affaires humanitaires des Nations Unies, 2016, 61 p., p. 23-24, §§ 50-51.

[1026] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), préc., art. 54 § 1 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), préc., art. 14 ; *R.T.N.U.*, vol. 2187, I-38544, Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 8 § 2 *litt.* b) xxv) ; Règle 53 du droit international humanitaire coutumier établi par le Comité international de la Croix-Rouge, préc. La prohibition est largement reprise en pratique, v. not. doc. N.U., S/RES/2417 (2018), préambule et § 5, juste avant la condamnation des « refus illicites d'accès humanitaire » (§ 6) (*idem* dans la résolution 2573 (2021), §§ 4 et 5) ; Doc. N.U., S/PV.9133, 2022 (15 sept.), Irlande (p. 10), Norvège (p. 14) et Ghana (p. 23) ; Doc. N.U., S/PV.9327, 2023 (23 mai), Equateur (p. 21), Arménie (p. 30) ; Doc. N.U., S/PV.9327 (Resumption 1), préc., Grèce (p. 33).

[1027] Règle 110 du droit international humanitaire coutumier établi par le Comité international de la Croix-Rouge (avec ses sources ; préc. ; invoqué par le Conseil de sécurité des Nations Unies à l'appui du passage de l'aide humanitaire (Doc. N.U., S/PRST/2013/15, relayé par Doc. N.U., S/RES/2139 (2014), § 4 ; Doc. N.U., S/RES/2286 (2016), préambule et § 3).

[1028] Art. 3 § 1 commun aux Conventions de Genève (ex. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV), 12 août 1949, préc.) ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), préc., art. 4 § 1 ; Akande (D.) et Gillard (E.-Ch.), *Oxford Guidance…*, *op. cit.*, p. 12, § 14.

[1029] C.D.I., Projet d'article sur la protection des personnes en cas de catastrophe », préc., art. 4.

[1030] *Ibid.*, art. 5. A cet égard, le droit à la vie est « particulièrement pertinent lorsqu'un État refuse d'adopter des mesures positives » pour répondre aux catastrophes causant des décès (*ibid.*, p. 36).

l'individu. À l'inverse, le droit international connaît aussi la protection du passage de l'individu lui-même pour lui porter assistance. Il ne s'agit plus alors d'atteindre un territoire-désolé, mais d'ouvrir un territoire-refuge.

b) L'opposition au contrôle frontalier pour l'accueil de l'être humain

256. La survie de l'être humain peut d'abord se heurter à la frontière en raison du péril que lui fait courir son véhicule, lorsqu'il est dans une situation d'urgence proche du territoire et qui lui impose d'y chercher abri. C'est le cas topique de la détresse de l'aéronef ou du navire en difficulté, d'abord reconnue comme cas de force majeure[1031] ou de détresse[1032] au sens du droit de la responsabilité. Certes, à s'en tenir à ce dernier, il n'y aurait alors pas tant protection de l'accès au territoire qu'exclusion des conséquences de son illicéité. Cependant, les sources du droit de la responsabilité lui-même tendent à reconnaître un intérêt protégé[1033], qui plus précisément et indépendamment de la responsabilité réside dans les considérations élémentaires d'humanité consacrées par le droit coutumier[1034] et dans les règles qui les traduisent en l'espèce. En effet et comme il sera vu s'agissant de la protection de l'individu en lui-même, les considérations élémentaires d'humanité imposent de ne pas le supprimer, ce qui suppose bien de l'accueillir en cas de détresse menaçant sa vie. C'est ce que précisent explicitement les obligations d'admission du véhicule en détresse pour l'aéronef arrivant sur le territoire[1035] et le

[1031] C.D.I., « Commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 82, §§ 5-6.
[1032] *Ibid.*, pp. 83-84, §§ 2-3, où sont envisagés les cas de violation de frontière aérienne et de frontière maritime.
[1033] Ainsi d'une prétention étatsunienne opposant à la Yougoslavie qu'en cas de danger « l'avion *peut* s'écarter de sa route pour se mettre en sécurité » et accéder à un territoire étranger (cité par *ibid.*, p. 83, § 2 (nous soulignons)), ou encore de la C.D.I. commentant la position de l'Islande face à l'entrée de navires britanniques, qui ne contestent pas qu'en cas de détresse « ils *pouvaient* pénétrer dans les eaux territoriales islandaises » (*ibid.*, p. 83, § 3 (nous soulignons)). Dans les deux cas le verbe « pouvoir » suggère l'existence d'un droit corrélatif à l'exclusion d'illicéité, qui seule ne saurait en toute rigueur fonder un droit, l'illicéité étant maintenue et seules ses *conséquences* étant neutralisées.
[1034] La formule est bien sûr attachée à l'arrêt de la C.I.J., 1949 (9 avril), *Détroit de Corfou*, préc., p. 22, reprise en droit de la mer par le T.I.D.M., 1999 (1er juil.), *Navire « Saiga » (No. 2)*, préc., p. 62, § 155 : « Les considérations élémentaires d'humanité doivent s'appliquer dans le droit de la mer, comme dans les autres domaines du droit international. »
[1035] Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., art. 25. L'obligation ne vise que les « aéronefs en détresse sur son territoire » et impose une lecture extensive (quoique fort raisonnée) impliquant que la détresse à la porte du territoire ne peut être rejetée, surtout si cela impose la force. En tout cas, la précision n'impose aucunement de limiter la protection de l'aéronef en détresse à celui qui a été *admis* sur le territoire (contrairement à ce qu'avance Park (K.-G.), *La protection de la souveraineté aérienne*, *op. cit.*, p. 259), mais cantonne simplement l'obligation de secours de l'État à la juridiction territoriale (et à ses alentours immédiats selon la lecture extensive), prenant acte de la pénétration du territoire par l'aéronef sans que sa licéité entre en jeu.

navire près du port[1036], et implicitement l'obligation de sauvetage en mer[1037] qui n'oblige pas l'accueil mais le contient comme condition de réalisation en l'absence d'alternative pour le débarquement en lieu sûr[1038].

257. Il y a ainsi une première protection de la survie de l'être humain à travers la frontière, mais, limitée aux véhicules, on voit qu'elle n'est pas l'essentiel. Faut-il enfin préciser que l'un des enjeux majeurs des circulations internationales est celui de la *fuite* de l'être humain pour sa survie ? Constamment dans leur histoire les circulations internationales ont aussi été celles des malheureux, fuyant désolations et persécutions pour trouver refuge. Là encore est convoquée la protection de la vie et de l'intégrité de l'être humain, dont l'accueil trouve une expression bien connue dans l'institution séculaire de l'asile[1039] et, plus largement, dans l'obligation de non-refoulement. C'est là une question majeure pour étudier le contrôle des frontières au vu de la spécificité de son régime juridique, qui nous mènera à l'étudier dans la seconde partie de cette thèse, car elle ne modère pas tant le contrôle qu'elle le détermine en lui imposant l'accueil de l'individu[1040].

258. Le contrôle frontalier ne peut ainsi librement conditionner la vie même de l'individu, que ce soit en l'enfermant dans un territoire désolé ou en l'excluant d'un territoire refuge. Sa survie étant garantie, il faut désormais chercher la protection de l'épanouissement de l'être humain à travers les voies que lui consacrent le droit international quant à la circulation.

2. La protection des voies d'épanouissement de l'être humain

259. Au-delà d'un lieu de désolation ou d'un refuge, le territoire est plus généralement un lieu de vie pour l'être humain. Pour autant, cette vie n'est pas étroitement coextensive au territoire étatique et son épanouissement peut exiger un accès au monde à travers les frontières.

[1036] Lowe (A.V.), « The Rights of Entry into Maritime Ports in International Law », *op. cit.*, p. 610, avec la pratique citée qui exprime les considérations élémentaires d'humanité.
[1037] *R.T.N.U.*, vol. 1185, A-18961, Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (Convention SOLAS), Annexe, Chapitre V, règles 10 et 15 (numérotation modifiée par la suite à travers les amendements successifs).
[1038] Le débarquement en lieu sûr est commandé par les paragraphes 3.1.9 de l'Annexe à la Convention SAR et 1-1 de la règle V/33 de l'Annexe à la Convention SOLAS telle qu'amendée, tous deux introduits par amendements respectivement adoptés par les résolution MSC.155(78) et MSC.153(78) du Comité de sécurité maritime de l'O.M.I. Pour la possible obligation d'admission en découlant, v. l'étude de Trevisanut (S.), « Le sauvetage en mer : d'une obligation interétatique à un droit individuel », *op. cit.*, p. 154. Il est par ailleurs à noter que le passage des unités de sauvetage des autres États sur le territoire de l'État coopérant est, lui, directement protégé dans le cadre de cette coopération (*R.T.N.U.*, vol. 1405, I-23489, Convention internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage maritimes (Convention SAR), Annexe, § 3.1.2).
[1039] V. la présentation qu'en donne Alland (D.), « Asile », *in* Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 93-97.
[1040] V. les développements de la Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2 § 3.

C'est en tout cas ce que le droit international protège en consacrant l'intérêt de l'être humain à circuler (a), à retrouver sa famille (b), ou encore à se lier aux informations du monde qui nourrissent sa pensée (c).

a) La protection de l'individu circulant

i) L'opposition du droit de quitter tout pays et du droit de retourner dans le sien

260. La première liberté de l'individu circulant est celle de pouvoir quitter le territoire où il se situe. C'est que la frontière est aussi « le signe matériel de [l]a soumission [de l'individu] à un (…) pouvoir de contrainte déterminé »[1041], de sorte que s'opposer au contrôle frontalier au nom de l'émigration est une expression majeure de la liberté individuelle[1042]. Elle protège l'individu jusque dans la fuite lorsqu'elle est nécessaire[1043], et figure plus généralement comme « [a] right of personal self-determination »[1044] qui constitue « l'aspect anti-claustrophobie »[1045] de la liberté de circulation sur le plan international. C'est cela que le droit international consacre en affirmant que « [t]oute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien »[1046], s'inscrivant ainsi dans l'histoire des libertés dont l'émigration est une figure

---

[1041] Lapradelle (P. de), « Théorie de la frontière », *op. cit.*, p. 489.

[1042] V. Fauchille (P.), « Le droit d'émigration et le droit d'immigration », *Revue internationale du Travail*, vol. IX, n° 3 (mars 1924), pp. 333-350, p. 335 : « [D]ans la réalité l'émigration n'est pas autre chose que le développement de la liberté individuelle », et c'est ainsi qu'à une époque où aucun texte général et contraignant ne disposait ce droit, Fauchille le fonde comme une conséquence du droit à la vie et du droit à la poursuite du bonheur. Dans le même sens, v. Hannum (H.), *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, Coll. « International Studies in Human Rights », 1987, xiii-189 p., p. 4, qui parle de « the ultimate means through which the individual may express his or her personal liberty. »

[1043] Dinstein (Y.), « Freedom of Emigration and Soviet Jewry », *I.Y.H.R.*, vol. 4 (1974), pp. 266-274, p. 273 : « Freedom of emigration serves as a safety valve in conditions of high pressure: if a State cannot protect the rights of oppressed individuals or groups, it must at least afford them an opportunity to look elsewhere for their future », et de même lorsque c'est l'État lui-même qui cause la souffrance des individus. Comme Hugo le fait dire à Hernani parlant à Don Carlos : « Il est plus d'un asile où ta puissance tombe » (*Hernani*, Paris, Gallimard, 1995, Coll. « Folio Théâtre », 243 p., p. 84). C'est aussi ce que le droit international entend ici consacrer.

[1044] Doc. N.U., E/CN.4/Sub.2/220/Rev.1, *Study of discrimination in respect of the right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country*, 1963, par José D. Inglés, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, p. 9.

[1045] Jean (P.), « Le contenu de la liberté de circulation », *op. cit.*, p. 26.

[1046] Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 12 § 2. D'abord formulée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (préc., art. 13 § 2), la disposition est reprise *mutatis mutandis* par plusieurs grands textes de protection des droits de l'homme : Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990 (*R.T.N.U.*, vol. 2220, I-39481), art. 8 § 1 ; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*R.T.N.U.*, vol. 660, I-9464), art. 5 *litt.* d) ii) ; Convention relative aux droits de l'enfant (*R.T.N.U.*, vol. 1577, I-27531), art. 10 § 2 ; Convention relative aux droits des personnes handicapées (*R.T.N.U.*, vol. 2515, I-44910), art. 18 *litt.* c) ; Convention européenne des droits de l'homme, article 2 § 2 du Protocole n° 4 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, article 22 § 2 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 12 § 2 ; Charte arabe des droits de l'homme de 2004, art. 27 *litt*. a) ; Déclaration des droits de l'homme de l'ASEAN de 2012, art. 15. Quant à la promotion du droit par les professeurs et praticiens, v. les célèbres déclarations d'Uppsala (adoptée par le Colloque d'Uppsala en Suède le 21 juin 1972, reproduite *in The International Migration Review*, vol. 7/1 (1973), pp. 62-66) et de Strasbourg (adoptée le 26 novembre 1986, reproduite *in A.J.I.L.*, vol. 81 (1987),

éminente[1047]. Ainsi le droit international permet-il de s'opposer à la pratique de fermeture qui a marqué une partie de l'histoire récente, dont le blocage de l'émigration (notamment juive) par l'Union soviétique[1048], l'apartheid sud-africain empêchant les « non-Européens » de partir[1049], et la politique d'enfermement de la République démocratique allemande au mur de Berlin[1050], ne sont pas les illustrations les moins vives. Le contrôle étatique ne peut ainsi garder les frontières comme des « murs de prison »[1051]. Outre l'obligation négative évidente de ne pas fermer arbitrairement la frontière à l'individu, cela se traduit aussi par l'obligation positive d'octroyer les documents de voyage nécessaires au départ[1052], par la maîtrise desquels l'État peut tout aussi bien contrôler sa frontière. C'est l'octroi du passeport qui est ici en jeu, car en

---

pp. 434-438). Le droit est aujourd'hui reconnu comme étant coutumier, notamment depuis la fin des objections persistantes émises par les États communistes (Chetail (V.), *International migration law*, *op. cit.*, pp. 88-90).

[1047] Par exemple, le droit de quitter le territoire anglais figure au point 42 de la Magna Carta de 1215. Disponible en ligne : https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnymede/ V. de manière générale le développement historique des législations internes décrit par Varlez (L.), « Les migrations internationales et leur réglementation », *op. cit.*, pp. 197 s. Il en ressort que la perception qu'avaient les États de l'émigration oscillait entre un appauvrissement de la nation (ce qui les menait à en restreindre le droit, notamment dans les pays d'émigration) et un enrichissement de celle-ci (menant à la promouvoir, dans les pays d'immigration comme les États-Unis au XIXe s. dont le Congrès édicta un « droit d'expatriation » par acte du 27 juillet 1868). V. également Morrow (R. L.), « The Early American Attitude Toward the Doctrine of Expatriation », *A.J.I.L.*, vol. 26, n° 3 (1932), pp. 552-564, qui expose le débat idéologique entre Hamilton (en faveur du contrôle de l'État) et Jefferson (en faveur de la liberté de l'individu). Sur l'évolution jusqu'à l'entrée en droit international, v. McAdam (J.), « An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12 (2011), pp. 27-56.

[1048] S'agissant de l'U.R.S.S., l'Assemblée générale des Nations Unies a pu dénoncer comme contraire à la Charte sa politique consistant à empêcher les femmes soviétiques de quitter le territoire soviétique pour rejoindre leurs maris à l'étranger (doc. N.U., A/RES/285(III), *Violation par l'Union des Républiques socialistes soviétiques des droits fondamentaux de l'homme, des usages diplomatiques traditionnels et des principes de la Charte*) et plusieurs États protestèrent contre les restrictions posées par le même État à l'émigration juive (Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 78 (1974), pp. 844-851 et *R.G.D.I.P.*, t. 79 (1975), pp. 816-818 ; Rovine (A. W.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 69 (1975), pp. 393-394 (refus de relations commerciales avec les États (communistes en pratique) méconnaissant le droit d'émigrer de leurs citoyens). À noter que l'U.R.S.S. protesta contre ces critiques. Selon M. Gromyko, alors ministre soviétique des Affaires étrangères, « the question as such is entirely within the internal competence of our state » (U.R.S.S. – États-Unis d'Amérique. Échange de lettres s'agissant de l'émigration depuis l'U.R.S.S., 18 octobre – 18 décembre 1974, reproduit *in I.L.M.*, vol. XIV-1 (1975), pp. 248-250, spéc. p. 250), ce qui pouvait être fondé à une époque où le droit d'émigrer était encore nouveau dans le droit positif international).

[1049] À l'époque de l'apartheid en Afrique du Sud, le régime juridique empêchant les « non-Européens » de quitter le territoire sans un permis individuel fut dénoncé par le Comité du sud-ouest africain comme étant des « restrictions discriminatoires et oppressives qui limitent la liberté de déplacement des autochtones du territoire » (Doc. N.U., A/4464, §362), et l'oppression continua lorsque le gouvernement sud-africain s'opposa à la sortie d'étudiants autochtones en vue d'études à l'étranger, la frontière devenant dès lors un frein à la connaissance et à l'épanouissement (doc. N.U., A/5212, §§39-40).

[1050] Federal Republic of Germany, Federal Supreme Court (BGH), 1992 (3 nov.), *Border Guards Prosecution Case* (Case No 5 StR 370/92), *I.L.R.* vol. 100, pp. 366-393 : le juge allemand considère que le régime de la frontière à l'époque de la R.D.A. violait l'art. 12 du P.I.D.C.P. Le régime meurtrier de la frontière est-allemande est étudié *infra*, au paragraphe 279.

[1051] Doc. N.U., E/CN.4/Sub.2/220/Rev.1, *Study of discrimination in respect of the right of everyone to leave…*, préc., p. 16.

[1052] Hannum (H.), *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, *op. cit.*, p. 21.

tant que « symbole de la division du monde en États antagonistes »[1053] il incarne le contrôle sur l'individu qui entend les traverser[1054] et particulièrement sur son émigration[1055]. En effet la délivrance du passeport par l'État de nationalité apparaît comme un prérequis de la mobilité de l'individu[1056], le « moyen effectif d'exercer » le droit de partir[1057], et c'est pourquoi sa confiscation[1058], les difficultés posées à son obtention[1059] ou le refus de le délivrer[1060] sont susceptibles de porter atteinte au droit de quitter le pays, qui s'oppose ainsi aux multiples facettes que peut revêtir le contrôle de la frontière.

261. Ainsi assuré de pouvoir quitter un territoire, l'individu peut aussi vouloir y revenir au vu de la « relation spéciale »[1061] qu'il a tissée avec le pays qui s'y situe. Dans cette optique, le territoire étatique est aussi le foyer de l'individu, ce que le droit international reconnaît et protège en affirmant que « [n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays »[1062]. La circulation de l'individu est ainsi protégée dès lors qu'il entend rentrer

---

[1053] Borella (Fr.), « Le passeport », *R.G.D.I.P.* vol. 64 (1960), pp. 301-334, p. 302.

[1054] V. l'état des lieux brossé par Goodwin-Gill (G.), *International law and the movement of persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, xxvii-324 p., pp. 24-50, et l'ouvrage (difficilement trouvable) de Turack (D. C.), *The Passport in International Law*, Lexington, D.C. Heath and Company, 1972, xviii-361 p., dont le titre est en grande partie une métonymie pour traiter des circulations internationales (migrations mais aussi déplacements professionnels des marins ou fonctionnaires par exemple), ce qui fait que l'étude est plus substantielle que celle, sèche, de la seule forme du document passeport. Sur un plan historique, v. la riche étude de Torpey (J.), *L'invention du passeport*, *op. cit*.

[1055] La U.S. Supreme Court, 1958 (16 juin), *Kent et al. v. Dulles, Secretary of State*, *I.L.R.* vol. 26 (1958-II), pp. 131-145, p. 137, a pu par exemple reconnaître à propos du passeport que « [i]ts crucial function today is control over exit ».

[1056] C.D.H., *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation (article 12)*, préc., § 9 : « Etant donné que, pour voyager à l'étranger, il faut habituellement des documents valables, en particulier un passeport, le droit de quitter un pays comporte nécessairement celui d'obtenir les documents nécessaires pour voyager. » De même, la Cour suprême des États-Unis considère que « [t]he denial of a passport, given existing domestic and foreign laws, is a severe restriction upon, and in effect a prohibition against, world-wide foreign travel », 1964 (22 juin), *Aptheker et al. v. The Secretary of State*, *I.L.R.* vol. 35, pp. 89-96, p. 91.

[1057] C.D.H., 2007 (20 juil.), *El Dernawi c. Libye*, CCPR/C/90/D/1143/2002, § 6.2.

[1058] C.E.D.H., 2001 (22 mai), *Baumann c. France*, req. n° 33592/96, §§ 62-63 ; C.E.D.H., 2003 (13 nov.), *Napijalo c. Croatie*, req. n° 66485/01, § 69.

[1059] Pettiti (L.), « The Administrative Practice, the Measures Taken and the Harassments Applied Following the Request for a Visa », *I.Y.H.R.*, vol. 4 (1974), pp. 288-301, à propos des entraves posées par l'U.R.S.S. aux juifs déposant une demande de visa de sortie.

[1060] C.E.D.H., 2006 (21 déc.), *Bartik c. Russie*, req. n° 55565/00, §§ 35-36 ; C.E.D.H., 2014 (2 déc.), *Battista c. Italie*, req. n° 43978/09, § 37.

[1061] C.D.H., *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation (article 12)*, préc., § 19.

[1062] Pacte international des droits civils et politiques, art. 12 § 4. *Mutatis mutandis*, le droit est proclamé par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 13 § 2), et consacré par le Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme (art. 3 § 2), la Charte arabe des droits de l'homme (art. 27 *litt*. b)), la Déclaration des droits de l'homme de l'A.S.E.A.N. (art. 15), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 12 § 2), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (art. 5 *litt.* d) ii)), la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 10 §§ 1 et 2), la Convention américaine des droits de l'homme (art. 22 § 5) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (art. 18 *litt.* d)). Une affirmation particulière porte sur les réfugiés dont le retour est, par hypothèse, compromis, ainsi de l'Organisation de l'unité africaine qui considère que « la meilleure solution demeure le retour librement consenti des réfugiés dans leur pays d'origine » (document d'Addis-Abeba sur les réfugiés et les déplacements forcés de population en Afrique, adopté par le symposium de

dans « son » pays, ce à quoi s'ajoute par ailleurs l'intérêt des États, qui trouvent là l'assurance d'une destination disponible dans le cas où ils seraient amenés à exercer leur droit d'expulser l'étranger ou de l'exclure de leur territoire[1063]. Par cette double protection, le retour s'oppose au contrôle frontalier.

262. Mais encore faut-il préciser le lien entre l'individu et « son propre pays » afin d'identifier l'État dont le contrôle frontalier est visé. Au regard du droit, le lien d'appartenance entre l'individu et l'État est d'abord formalisé par sa nationalité et c'est donc elle qui sera premièrement reconnue comme fondant la « relation spéciale » qui s'oppose au contrôle frontalier. En ce sens, le droit au retour est avant tout « inherent in the concept of citizenship

---

l'OUA et du HCR sur les réfugiés et les déplacements forcés de population en Afrique le 10 septembre 1994, disponible en ligne : https://www.refworld.org/docid/3ae68f438.html, § 19), ou des principes de Bangkok qui affirment le droit au retour du réfugié (Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), 1966 (31 déc.), *Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees*, tels qu'adoptés le 24 juin 2001 à la 40e session de l'organisation à New Delhi, art. VI). Au vu de cette large pratique, le droit peut être considéré comme coutumier selon Sohn (L.) et Buergenthal (Th.), *The movement of persons across borders*, Studies in Transnational Legal Policy, n° 23, 1992, xxii-193 p., p. 39. Dans la pratique, la Cour de justice des Communautés européennes considère dans le même sens qu' « un *principe de droit international*, que le traité CEE ne peut pas être censé méconnaître dans les rapports entre les États membres, s'oppose à ce qu'un État refuse à ses propres ressortissants le droit d'avoir accès à son territoire et d'y séjourner. » (C.J.C.E., 1974 (4 déc.), *Yvonne van Duyn c. Home Office*, aff. C-41/74, point 22, nous soulignons). V. aussi Cour suprême des Philippines, 1989 (15 sept.), *Marcos v. Manglapus* (177 SCRA 668), cité *in As.Y.I.L.*, « State practice – Philippines », pp. 281-282.

[1063] Les pratiques sont multiples : pour le juge interne, v. Brazil, Supreme Court, 1939 (27 sept.), *Feldman v. Justiça Publica*, *Annual Digest of Public International Law Cases* 1938-1940, Case No. 144, pp. 393-394 : « It is an established principle of international law that a nation after admitting a foreigner to its soil, promises to recognize those rights which belong to him as a human being, and to lend him the protection of its laws and authority. (…) The State, however, preserved, as a corollary of its sovereignty, the right to expel the alien for sufficient cause. The country of origin of the alien is not entitled, according to these same principles, to prevent the exercise of that incontrovertible right » ; England, Court of Appeal, 1962 (31 août), *Reg. v. Governor of Brixton Prison,* Ex parte *Soblen*, *I.L.R.* vol. 33, pp. 255-293, p. 282, à propos de l'expulsion d'un individu « the United States, as the applicant's own home country (he is a naturalized US citizen), is the only country which is obliged by international law to receive him ». Dans le champ conventionnel, l'art. 6 alinéa 2 de la Convention interaméricaine concernant la condition des étrangers sur les territoires des parties contractantes stipule que « [l]es États sont obligés à recevoir leurs nationaux qui, expulsés de l'étranger, se dirigent vers leur territoire » (*R.T.S.N.*, vol. 132, n° 3045, convention adoptée par la VIe Conférence internationale américaine, signée à La Havane le 20 février 1928). Les chancelleries vont dans le même sens : selon le *Legal Bureau* canadien, « a government has an obligation toward Canada and toward their nationals to re-admit those who are currently illegally in this country, should they be deported back to their country of nationality » (Lee (E.G.), « Canadian practice in international law during 1973 », *A.Can.D.I.*, vol. 13 (1975), p. 354) ; quant à la Suisse, constatant que la République fédérative de Yougoslavie délivrait des passeports à des ressortissants de la Republika Srpska à des fins de voyage sans les réadmettre, la direction du droit international public du ministère des Affaires étrangères suisse considéra que « [l']attitude équivoque des autorités de Belgrade ne saurait être admise par la Suisse », car la Yougoslavie « délivre des passeports sans en assumer pleinement les conséquences individuelles et contrevient, par là-même, aux principes communément admis du droit international public en matière de passeports et de nationalité » (Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 1998 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 9, n° 4-5 (1999), p. 663). L'effet des protestations est réel comme a pu le montrer le changement de législation étatsunienne, qui admit la réadmission des individus ayant renoncé à la nationalité étatsunienne sans en avoir acquis une autre. Le *Department of State* expliqua avoir adopté ce changement de politique pour deux raisons principales, à savoir « because the previous policy of generally refusing repatriation of stateless renunciants had generated acrimony and long-term irritants in our relations with other countries and because there would be serious adverse implications for the United States if other countries were to adopt the former U.S. policy » (cité *in* Nash Leich (M.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 82 (1988), p. 337).

»[1064] et fonctionne alors selon une approche formelle qui n'impose qu'un examen de la condition juridique de l'individu, et à la limite une certaine souplesse en cas de particularités comme l'apatridie[1065]. La Convention et la Cour européennes des droits de l'homme définissent explicitement le droit au retour par ce seul lien formel, auquel elles le limitent[1066]. Par ailleurs, cette limite peut également être retenue en l'absence de précision textuelle si l'on refuse de penser une quelconque « relation spéciale » en dehors du lien de nationalité, considérant que même s'il a été refusé à l'individu celui-ci doit l'avoir au moins recherché sans quoi il ne peut se prévaloir d'un lien d'*appartenance* au « pays »[1067]. Toutefois, cette dernière interprétation est peu assurée lorsque la notion de « propre pays » est en elle-même juridiquement indéterminée[1068] et ne commande donc pas *a priori* l'exclusivité du lien formel. Par ailleurs, cette exclusivité pèche par l'affaiblissement de la protection dès lors que le lien de nationalité peut être dissout par l'État qui l'a produit[1069], quoique les effets en soient limités par le droit

---

[1064] United States, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1964 (20 fév.), *Worthy v. United States*, *I.L.R.* vol. 35, pp. 131-135, p. 134.

[1065] *R.T.N.U.*, vol. 360, I-5158, Convention relative au statut des apatrides, art. 28 et Annexe, § 13.1 : droit au retour sur le territoire de l'État délivrant le titre de voyage, qui est aussi celui de résidence régulière.

[1066] Le libellé de l'art. 3 § 2 du Protocole n° 4 de la Convention parle du droit de l'individu d'entrer sur le territoire de l'État « dont il est le ressortissant ». La version anglaise de la Convention est plus explicite et laisse peu de place au doute : « No one shall be deprived of the right to enter the territory of the State of which he is a national. » La jurisprudence de la Cour est assez pauvre sur cette disposition, mais elle ne semble pas remettre cette limite en cause, ce qui supposerait de faire franchement violence au texte (v. C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., § 250 : l'État doit « s'abstenir de priver *un national* de son droit d'entrer » (nous soulignons) ; et, plus anciennement, Com.E.D.H., 1997 (20 Mai), *Marangos c. Chypre*, req. n° 31106/96 (décision de recevabilité), § 3).

[1067] La première position du C.D.H. se limita au lien formel. S'agissant du migrant régulier ayant conservé la nationalité de son État d'origine sans acquérir celle de l'État d'accueil, la position première du Comité fut que l'individu ne pouvait en principe considérer l'État d'accueil comme « son propre pays », sauf s'il « posait des obstacles déraisonnables à l'acquisition de la nationalité par les nouveaux immigrants » (C.D.H., 1996 (1er nov.), *Stewart c. Canada*, CCPR/C/58/D/538/1993, § 12.5). Suivant cette jurisprudence, l'État ne peut exciper l'absence de nationalité qui résulterait de sa propre mauvaise volonté envers les étrangers, mais ceux-ci doivent en retour démontrer qu'ils entendent se lier à lui et « assum[er] toutes les obligations qui découlent de la nationalité », car sans cette volonté de l'individu, il est difficile de considérer qu'il s'agit pour lui de « son propre pays » ; il doit au contraire être considéré « comme ayant choisi de demeurer [un] étrang[er] » dans l'État d'accueil (§ 12.8). Dès ce rapport *Stewart*, pas moins de six membres du Comité se disent en désaccord avec une acception jugée « trop étroite », faisant la part belle au lien formel entre l'État et l'individu au détriment de ses « liens personnels et affectifs », et vont jusqu'à dire qu'« [a]u regard des droits énoncés à l'article 12, l'existence d'un lien formel avec l'État n'entre pas en ligne de compte » (CCPR/C/58/D/538/1993, opinion dissidente de Mmes Evath et Medina Quiroga, cosignée par M. Aguilar Urbina (à laquelle Mme Chanet et M. Prado Vallego disent souscrire, et que M. Bhagwati dit approuver pleinement), § 5).

[1068] Cette indétermination juridique est particulièrement notée dans l'opinion individuelle de Christine Chanet (dissidente) sous le rapport du C.D.H., 1997 (3 avr.), *Canepa c. Canada*, doc. N.U. CCPR/C/59/D/558/1993.

[1069] Hannum (H.), *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, *op. cit.*, p. 60 : « [D]eprivation of citizenship is theoretically a way for a government to destroy the right of any individual to enter ». Dans le cas où seule la formalité du lien attachait l'individu à l'État, sa dissolution fait que l'individu est désormais non seulement en fait mais aussi en droit étranger à l'État. S'agissant de ressortissants de l'Ouganda, jadis sous protectorat britannique et désormais indépendant, le juge britannique s'appuie sur la faiblesse voire l'inexistence du lien qui les uni(ssai)t au Royaume-Uni : « They were not born here. They have never lived here. They live thousands of miles away in countries which have no connection with England except that they were once British protectorates. It is to be said that by international law every one of them has a right if expelled to come into these

international[1070]. Il peut donc au moins être considéré que d'autres liens d'appartenance de l'individu à un pays sont possibles, comme le montre par exemple l'*aliya* israélienne dans la pratique étatique[1071]. Le Comité des droits de l'homme a ainsi considéré qu'« il existe des facteurs autres que la nationalité susceptibles de créer des liens étroits et durables entre une personne et un pays, liens qui peuvent être plus forts que ceux de la nationalité »[1072]. Par ces liens, l'individu n'est plus un « *simple* étranger »[1073] : il est *cet* étranger[1074], pour lequel le contrôle frontalier bloque non pas *une* vie, possiblement meilleure mais encore à réaliser, mais *sa* vie, déjà constituée, ancrée sur le territoire dont il se voit privé d'accès. Partant, le Comité considère que l'expression « son propre pays » n'équivaut pas à « pays de nationalité »[1075] mais est « plus vaste »[1076]. Dans cette optique, l'État n'est pas qu'une entité territoriale qui lie

---

small islands? Surely not. » (England, Divisional Court, Queen's Bench Division, 1973 (9 oct.), Court of Appeal, 1974 (4 fév.), *R. v. Secretary of State for the Home Department*, *ex parte Thakrar*, *I.L.R.* vol. 59, pp. 450-471, p. 461).

[1070] La formalité du lien de nationalité ne peut être utilisée par l'État pour écarter des individus substantiellement liés à lui en les en privant. Ainsi les États « ne doivent pas, en privant une personne de sa nationalité (…), priver arbitrairement celle-ci de retourner dans son propre pays », et le droit au retour couvre « le cas de nationaux d'un pays auxquels la nationalité aurait été retirée en violation du droit international » (C.D.H., *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation*, préc., §§ 20 et 21 ; 2011 (21 juil.), *Jama Warsame c. Canada*, CCPR/C/102/D/1959/2010, § 8.6). V. aussi l'art. 10 de la Déclaration d'Uppsala, *The Right to Leave and the Right to Return*, préc., et l'art. 6 *litt.* b) de la Déclaration de Strasbourg, *The Right to Leave and Return*, préc.). Dans le même sens, l'État ne saurait non plus attendre que le passeport de l'individu ne soit plus valable et refuser de le lui renouveler (Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 1998 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 9, n° 4-5 (1999), p. 666 ; C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., § 251, la Cour parle d' « obligations positives inhérentes à l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 », parmi lesquelles « délivrer des documents de voyage aux nationaux en vue de leur garantir le passage à la frontière »).

[1071] V. particulièrement la Loi israélienne n° 5710-1950 du 5 juillet 1950, dite « Loi du Retour », disponible en ligne : https://www.refworld.org/docid/3ae6b4ea1b.html, dont l'art. 1 dispose le droit de l'« aliya », autorisant toute personne juive d'entrer en Israël, comme retour à la terre d'origine d'un peuple fondé non sur la nationalité mais sur une croyance religieuse commune.

[1072] C.D.H., 2011 (21 juil.), *Jama Warsame c. Canada*, préc., § 8.4.

[1073] C.D.H., *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation*, préc., § 20 (nous soulignons). La formule est reprise dans sa jurisprudence, par ex. *Stewart c. Canada*, 1996 (1er nov.), préc., § 12.4.

[1074] C'est dans cette idée qu'en 1925, le juge australien écrivait que « a person who has originally entered Australia as an immigrant may, in course of time and by force of circumstances, cease to be an immigrant and *becomes a member of the Australian community*. He may, so to speak, grow out of the condition of being an immigrant and thus become exempt from the operation of the immigration power » (nous soulignons ; Australia, High Court of Australia, 1925 (18 déc.), *Ex parte Walsh and Johnson; In re Yates*, [1925] 37 CLR 36, p. 64).

[1075] C.D.H., *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation*, préc., § 20. Comme le relève Sir Nigel Rodley dans son opinion dissidente en l'affaire *Jama Warsame c. Canada* (soutenu par M. Michael O'Flaherty et Mme Helen Keller), « tous les exemples donnés dans l'Observation générale concernant l'application de ce concept plus large portent sur des cas où la personne est privée de toute nationalité effective », de sorte que toute référence à cette Observation dans une espèce où l'individu *a* une nationalité perd en pertinence (CCPR/C/102/D/1959/2010, p. 23). Mais il n'en reste pas moins que le Comité y établit de manière générale que l'expression « son propre pays » s'applique « à toute personne qui, en raison de ses liens particuliers avec un pays ou de ses prétentions à l'égard d'un pays, ne peut être considérée dans ce même pays comme un simple étranger » (*ibid.*).

[1076] C.D.H., 1996 (1er nov.), *Stewart c. Canada*, préc., § 12.3. *Contra*, la Cour constitutionnelle d'Espagne interprétant l'art. 12 § 4 du Pacte international sur les droits civils et politiques considère qu'il en ressort « sans l'ombre d'un doute que le droit d'entrée dans un État est seulement reconnu par le P.I.D.C.P. pour les nationaux de cet État » (décision du 4 avril 2005 (CCD 72/2005), reproduite partiellement *in S.Y.I.L.*, vol. 11 (2005) pp. 292-298, p. 296 (notre traduction)).

l'individu, il est aussi un cadre de vie en tant qu'organisation collective située sur un espace – un « pays ». Si la seule résidence n'est pas pour autant suffisante[1077] car un certain lien « propre » doit demeurer, l'admission du lien substantiel protège ainsi plus pleinement l'épanouissement de l'individu en ouvrant la porte à de multiples facteurs[1078], devant en définitive faire voir les « liens puissants »[1079] entre le pays et l'individu qui s'opposent au contrôle frontalier.

ii) L'opposition de l'intérêt au regroupement familial

263. Le droit international des droits de l'homme fait de la famille un « élément naturel et fondamental de la société [qui] a droit à la protection de la société et de l'État »[1080], ce qui prohibe les immixtions arbitraires de l'État dans la vie familiale de l'individu[1081]. Or la frontière est susceptible de constituer une telle immixtion en déchirant l'unité physique de la famille

[1077] C.D.H., 2022 (25 juil.), *Cayzer c. Australie*, doc. N.U. CCPR/C/135/D/2981/2017, § 8.4 : « It is to be noted in this regard that, while in the drafting of article 12 (4) of the Covenant the term "country of nationality" was rejected, the suggestion to refer to the country of one's permanent home was rejected as well. »

[1078] S'il semble toujours lui accorder un poids important, le Comité ne fait pas de (la recherche de) l'obtention de la nationalité un point dirimant en cas de défaillance mais considère au contraire qu'il peut être dépassé en présence de « circonstances particulières » (2018 (6 avr.), *Budlakoti c. Canada*, doc. N.U. CCPR/C/122/D/2264/2013, § 9.3) que n'épuise pas le cas de la pose d'obstacles déraisonnables à l'acquisition de la nationalité. La nuance intervient dès 1997 : « Il ne saurait y avoir d'exception à ce principe que dans certaines circonstances limitées, tenant *par exemple* à l'existence d'obstacles déraisonnables à l'acquisition de la nationalité. » (C.D.H., 1997 (3 avr.), *Canepa c. Canada*, préc., § 11.3, nous soulignons). Ainsi l'absence de recherche de la nationalité sera particulièrement écartée lorsqu'elle résulte d'une erreur de l'individu qui, compte-tenu de son établissement dans l'État d'accueil, pensait déjà avoir sa nationalité (C.D.H., 2018 (6 avr.), *Budlakoti c. Canada*, préc., § 9.3 ; C.D.H., 2011 (18 juil.), *Nystrom et consorts c. Australie*, CCPR/C/102/D/1557/2007, § 7.5), mais il arrive plus largement que l'absence de recherche de la nationalité ne soit pas même mentionnée, le Comité se concentrant sur des éléments de fait rattachant l'individu à son « pays » prétendu (C.D.H., 2011 (21 juil.), *Jama Warsame c. Canada*, préc., §§ 8.4 et 8.5). La situation de l'individu vis-à-vis de l'État d'accueil est alors évaluée au vu d'« éléments comme une résidence de longue durée, des liens personnels et familiaux étroits et l'intention de demeurer dans le pays, ainsi que l'absence d'autres liens du même type ailleurs » (*ibid.*, § 8.4 : en l'espèce, face au fait que l'individu n'avait jamais vécu en Somalie – dont il parlait, de surcroît, mal la langue – et vivait au Canada depuis ses quatre ans (il en avait alors plus de vingt), le Comité « considère que l'auteur a établi que le Canada était son propre pays au sens du paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte, compte tenu des liens forts qui le relient au Canada, de la présence de sa famille au Canada, de la langue qu'il parle, de la durée de son séjour dans le pays et de l'absence de tout autre lien avec la Somalie, si ce n'est des liens au mieux formels de nationalité » (§ 8.5). Dans le même sens, v. C.D.H., 2011 (18 juil.), *Nystrom et consorts c. Australie*, préc., § 7.5).

[1079] C.D.H., 2018 (6 avr.), *Budlakoti c. Canada*, préc., § 9.3.

[1080] Déclaration universelle des droits de l'homme, préc., art. 16 § 3 ; Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 23 § 1 ; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, préc., art. 44 § 1 ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 33 ; Déclaration des droits de l'homme de l'A.S.E.A.N., art. 19 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 18 § 1. Dans le même sens, v. encore la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, préambule, § 5.

[1081] V. not. Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 17 ; Convention européenne des droits de l'homme, art. 8 ; Convention américaine des droits de l'homme, art. 11 § 2 ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 21 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 33 ; Déclaration des droits de l'homme de l'A.S.E.A.N., art. 21 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 18 §§ 1-2.

lorsque celle-ci s'avère éparpillée et ses membres cherchent à se rejoindre[1082]. C'est la situation du regroupement familial, dont il est rare qu'il fasse l'objet d'une obligation explicite en droit positif[1083] mais qui trouve une certaine force dès lors qu'il est admis que « [l]e droit de fonder une famille implique, en principe, la possibilité (…) de vivre ensemble »[1084]. Dans cette configuration, la seule présence de certains membres de la famille sur un territoire n'établit pas *ipso jure* un droit des autres à y accéder, mais fait de leur exclusion une possible atteinte au droit à la vie familiale qu'il s'agira de justifier[1085]. Autrement dit, il n'y a pas de droit d'accès mais tout de même un intérêt – la vie familiale – qui ne peut être absolument rejeté par le contrôle frontalier. Positivement, l'État doit donc s'efforcer de favoriser l'unité familiale[1086], et

---

[1082] Sohn (L.) et Buergenthal (Th.), *The movement of persons across borders*, *op. cit.*, p. 65. Ainsi un représentant de l'Union des nations sud-américaines a pu fustiger les murs bâtis aux frontières à travers le monde, qui affectent les migrants et « détruisent leurs familles » (doc. N.U., A/71/PV.6 A, Assemblée générale, Soixante et onzième session, 6e séance plénière, 19 septembre 2016, Réunion plénière de haut niveau sur la gestion des déplacements massifs de réfugiés et de migrants, p. 23), et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe critiquer les pratiques qui les « déchire[nt] » (Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2243 (2018), *Regroupement familial des réfugiés et des migrants dans les États membres du Conseil de l'Europe*, § 1). En doctrine, Leben écrivit non sans emphase que « [l]e problème de la migration des familles est très certainement le problème le plus grave, du point de vue humain, parmi tous ceux posés par les migrations internationales » (« Le droit international et les migrations de travailleurs », *op. cit.*, p. 90).

[1083] Par exemple, la C.E.D.H. affirme de manière constante dans sa jurisprudence que le regroupement familial n'est pas une obligation générale de l'État (2014 (10 juil.), *Tanda-Muzinga c. France*, req. n° 2260/10, § 65 : « L'article 8 n'emporte pas une obligation générale pour un État de respecter le choix par des immigrants de leur pays de résidence et de permettre le regroupement familial sur son territoire » (avec la jurisprudence citée) ; C.E.D.H., 2014 (3 oct.), *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n° 12738/10, § 107, spécifiquement pour les couples mariés dont l'État n'a pas l'obligation générale de respecter le choix de lieu de vie). V. toutefois les articles 12 de la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant (*S.T.E.* n° 93), et 19 § 6 de la Charte sociale européenne révisée (*S.T.E.* n° 163). Sans grande contrainte, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille s'y montre favorable en son art. 44 § 2 (préc.).

[1084] C.D.H., *Observation générale n° 19 – Protection de la famille (article 23)*, doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.5, § 5.

[1085] C.D.H., 2014 (23 juil.), *Ilyasov c. Kazakhstan*, CCPR/C/111/D/2009/2010, § 7.2 (C.D.H., 2011 (21 juil.), *Jama Warsame c. Canada*, préc., § 8.7 ; C.D.H., 2004 (26 juil.), *Madafferi c. Australie*, doc. N.U. CCPR/C/81/D/1011/2001, § 9.7. Cette position est commune aux autres organes protecteurs, v. par ex. C.E.D.H., 1985 (28 mai), *Abdulaziz…*, préc., § 60.

[1086] C.D.H., *Observation générale n° 19 (article 23)*, préc., § 5. Suivant la même idée, la C.E.D.H. considère dans une affaire de détention automatique de la fille mineure d'une femme accueillie comme réfugiée que « l'État belge avait pour obligation de *faciliter* la réunification familiale » (2006 (12 oct.), *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° 13178/03, § 85 (nous soulignons)). V. aussi l'observation générale conjointe n° 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, qui parle d'une obligation de prendre « des mesures positives visant à maintenir l'unité familiale, y compris le regroupement des membres de la famille qui ont été séparés » (doc. N.U. CMW/C/GC/4 – CRC/C/GC/23, § 27).

l'être humain jouit par ricochet d'une protection de son mouvement en tant que *partie* d'un tout[1087], la « famille »[1088], situé sur le territoire de l'État et dont il est séparé.

264. L'individu peut ainsi s'opposer au contrôle frontalier au nom de sa circulation, directement protégée pour l'émigration et le retour dans son pays, par ricochet à raison du regroupement familial. Il est enfin un cas où la circulation liée à l'intérêt de l'individu s'oppose au contrôle frontalier sans qu'il soit question de migration. C'est alors la pensée qui se heurte à la frontière.

b) La protection de l'individu pensant

265. L'épanouissement de l'individu suppose que la frontière s'ouvre à la circulation de son corps mais aussi de ses idées. À ce titre, selon l'idéal de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, « la vie spirituelle est la fin suprême de l'humanité et sa plus haute catégorie, [de sorte que] l'homme a pour devoir de servir l'esprit »[1089]. Non sans évoquer la vertu kantienne[1090], l'être humain a donc « pour devoir de se cultiver, d'entretenir et d'encourager la culture »[1091], ce que la Déclaration entend permettre en consacrant le « droit à la liberté d'investigation, d'opinion, d'expression et de diffusion de la pensée par n'importe quel moyen »[1092]. Et au-delà de la spécificité de cette Déclaration, les libres expression et

---

[1087] Comme l'exprime bien le juge zimbabwéen, « It is *in the light of the institution of marriage* (…) that the claim by the wives to an infringement of their fundamental right to freedom of movement has to be adjudged » (Zimbabwe, Supreme Court, 1994 (13 juin), *Rattigan and Others v. Chief Immigration Officer, Zimbabwe and Others*, *I.L.R.* vol. 103, pp. 224-234, p. 231 (nous soulignons)).

[1088] Comme elle est annexe (bien que pratiquement essentielle ici) à la question des migrations, il convient de laisser la question de la définition de la « famille » de côté afin de ne pas alourdir les développements, en renvoyant de manière générale à Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2e éd., 2018, 1721 p., pp. 1005-1010. Il est simplement permis d'évoquer les positions spécifiques aux migrations, où l'on trouve une certaine tendance favorable à une acception large de la « famille » et donc des situations où son regroupement peut s'opposer à la frontière : Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Regroupement familial des réfugiés…*, préc., § 3 ; Comité exécutif du H.C.R., 1981, *Conclusion sur le regroupement des familles*, n° 24 (XXXII), doc. N.U. A/36/12/Add.1, § 5 ; Comité exécutif du H.C.R., 1999, *Conclusion sur la protection de la famille du réfugié*, n° 88 (L), doc. N.U. A/54/12/Add.1, *litt*. b) ii) qui parle de « critères libéraux » à cet égard ; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, juin 2017, *Réaliser le droit au regroupement familial des réfugiés en Europe*, p. 5, §§ 3-4 et p. 6 §§ 11-13. L'idée clef, ici, est que « the definition of family should not be restricted by the traditional notion of a couple and their children, because other relatives may also be entitled to the right to family life, such as uncles and aunts, cousins, and grandparents, to name but a few of the possible members of the extended family, provided they have close personal ties », (C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children…*, préc., , § 272), ce qui rejoint le lien substantiel pouvant définir le « propre pays » de l'individu quant à son droit au retour, vu plus haut.

[1089] Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, préambule, al. 4.

[1090] Kant (E.), *Doctrine de la vertu*, I, I, 19 (*in Métaphysique des mœurs II*, Paris, GF Flammarion, trad. fr. Renaut (A.), 1994, 411 p., p. 305) : « La culture (*cultura*) de ses forces naturelles (forces de l'esprit, de l'âme et du corps), comme moyens en vue de toute sorte de fins possibles, est un devoir de l'homme envers lui-même. L'être humain se doit (comme être rationnel) de ne pas laisser se rouiller les dispositions et facultés naturelles dont sa raison peut un jour faire usage (…) ».

[1091] Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, préambule, al. 5.

[1092] *Ibid.*, art. IV.

information restent « des conditions indispensables au développement complet de l'individu »[1093], de sorte que « l'individu – et non l'État – doit pouvoir choisir ce qu'il doit lire ou voir »[1094]. Là se joue son épanouissement comme être pensant et la jouissance des droits qui s'y rattachent comme la liberté d'opinion[1095]. L'enjeu ne s'arrête d'ailleurs pas là, car se joue aussi ici la dimension sociale de la vie de l'individu[1096] dans la mesure où l'accès à l'information favorise son intellect et donc aussi la société à laquelle il participe. La libre circulation de la pensée constitue alors « le fondement de toute société démocratique »[1097] qui suppose « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »[1098]. La société internationale n'est enfin pas étrangère à cet intérêt, et un auteur a pu voir dans une opinion publique mondiale éclairée, constituée d'« *informed publics* », une condition de réalisation du droit international contemporain[1099]. C'est dire si aux niveaux individuel, étatique et international, le droit international est invité à considérer la libre circulation des informations à travers les frontières.

266. Il a répondu à l'invitation en consacrant « le droit de (…) chercher, de recevoir et de répandre, *sans considérations de frontières*, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit »[1100], nuançant ainsi fortement le pouvoir absolu de l'État sur les

---

[1093] C.D.H., *Observation générale n° 34 – Article 19*, préc., § 2. Dans le même sens, v. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique*, 21 oct.-10 nov. 2019, principe 1 § 1.

[1094] Cohen-Jonathan (G.), « Liberté de circulation des informations et souveraineté des États – Rapport général », *in* S.F.D.I., *La circulation des informations et le droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1978, xii-365 p., pp. 3-54, p. 35.

[1095] Strozzi (G.), « Liberté de l'information et droit international », *R.G.D.I.P.*, t. 94 (1990), pp. 947-996, p. 956 ; C.D.H., *Observation générale n° 34 – Article 19*, préc., §§ 4 et 5.

[1096] C.I.D.H., 1985 (13 nov.), *Compulsory membership in an association prescribed by law for the practice of journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights)*, avis consultatif OC-5/85, § 30, repris par C.I.D.H., 2001 (5 févr.), *"The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile*, Série C, n° 73, § 64 (la distinction est légèrement différente de notre propos, car dans le raisonnement de la Cour l'aspect individuel ne vise pas la protection de la pensée propre à l'individu mais son droit de l'exprimer).

[1097] C.D.H., *Observation générale n° 34 – Article 19*, préc., § 2. Dans le même sens, v. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration de principes sur la liberté d'expression…*, préc., principe 1 § 1 ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Declaration of principles on freedom of expression*, 2-20 octobre 2000, principe 1 ; C.E.D.H., 1976 (7 déc.), *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, § 49 ; C.E.D.H., 1999 (8 juil.), *Ceylan c. Turquie*, req. n° 23556/94, § 32 ; C.I.D.H., 2001 (5 févr.), *"The Last Temptation of Christ"*, préc., § 68 ; C.I.D.H., 2009 (28 janv.), *Perozo et al. v. Venezuela*, Série C, n° 195, § 116.

[1098] C.E.D.H., 1976 (7 déc.), *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., § 49 ; C.E.D.H., 1999 (8 juil.), *Ceylan c. Turquie*, préc., § 32 ; C.I.D.H., 2009 (28 janv.), *Perozo et al. v. Venezuela*, préc., § 116.

[1099] Joyce (D.), *Informed publics, media and international law*, Oxford, Hart Publishing, 2020, x-190 p., *passim*, spéc. p. 13 où il défend que « international law depends on informed global publics to function and to address the complex global problems which we face », et pp. 15-26 où il présente le concept d' « *informed publics* » et la place de l'opinion publique en droit international.

[1100] Déclaration universelle des droits de l'homme (préc., art. 19 ; nous soulignons), reprise ensuite sur le plan conventionnel par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 19 § 2 ; Convention européenne des droits de l'homme, art. 10 § 1 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 13 § 1 ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 32 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 11 § 1 ; Déclaration sur les droits de l'homme de l'ASEAN, art. 23 ; et, plus laconique, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose simplement que « Toute personne a droit à l'information » (art. 9 § 1).

communications au plan interétatique[1101]. L'individu peut ainsi s'épanouir, la liberté d'expression et d'opinion incluant aussi la réception des informations exprimées[1102], et donc les deux faces du *logos* grec où la raison s'élève par le dialogue[1103]. Quant au contrôle frontalier, il se voit opposer la libre circulation sous ces deux aspects complémentaires, ici protégés par une disqualification – « sans considération » – des frontières qui traduit « les dimensions internationales de cette liberté »[1104]. Ainsi, la liberté de recevoir des informations « interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui [l'individu] fournir »[1105], et donc « interdit les entraves injustifiées que les États opposent lors du franchissement des frontières. »[1106] Cela à raison d'un champ aussi large que les possibilités de la libre pensée. Hormis quelques informations spécifiquement prohibées[1107], « toute idée ou opinion subjective (…) susceptible d'être communiquée à autrui » est protégée[1108] et peut ainsi être opposée au contrôle frontalier.

267. S'achève ainsi le portrait d'un faisceau d'intérêts qui protège le fait de circuler en droit positif. La limite apposée au contrôle des frontières ne s'arrête toutefois pas là car rejeter la circulation en fermant le territoire est une chose, mais saisir ou frapper le contenu de ce qui circule en est une autre. Or même rejeté du territoire, le tiers existe et exige un respect qui s'oppose au contrôle frontalier.

[1101] Cela a été établi *supra*, au paragraphe 121. Ainsi les États réaffirmèrent en 2012 dans le Règlement des télécommunications internationales « qu'ils s'engagent à mettre en œuvre [ce] Règlement dans le respect de leurs obligations en ce qui concerne les droits de l'homme et conformément à ces obligations » (préc., préambule, al. 2) ; le constat est opéré par Forteau (M.), « Le droit de l'État de communiquer », *op. cit.*, pp. 27-28.

[1102] C.D.H., *Observation générale n° 34 – Article 19*, préc., § 11 ; C.D.H., 2009 (19 mars), *Mavlonov et Sa'di c. Ouzbékistan*, n° 1334/2004, doc. N.U. CCPR/C/95/D/1334/2004, § 8.4 ; C.I.D.H., 1985 (13 nov.), *Compulsory membership in an association…*, préc., §§ 30 et 32 ; C.I.D.H., 2001 (5 févr.), *"The Last Temptation of Christ"…*, préc., § 66 ; C.I.D.H., 2009 (28 janv.), *Perozo et al. v. Venezuela*, préc., § 115 ; C.E.D.H., 2012 (3 avr.), *Gillberg c. Suède*, req. n° 41723/06, § 83.

[1103] Pour une présentation platonicienne, v. Mattéi (J.-Fr.), *Platon*, Paris, PUF, Coll. « Que Sais-Je ? », 4e éd., 2018, 127 p., pp. 25-44.

[1104] Cohen-Jonathan (G.), « Liberté de circulation des informations et souveraineté des États… », *op. cit.*, p. 8.

[1105] C.E.D.H., 1987 (26 mars), *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81, § 74.

[1106] Cohen-Jonathan (G.), « Liberté de circulation des informations et souveraineté des États… », *op. cit.*, p. 36.

[1107] La prohibition de certaines informations oblige en effet le contrôle frontalier à s'exécuter, comme il sera vu *infra* aux paragraphes 608 (paix et sécurité internationales) et 612 (droits de l'homme).

[1108] C.D.H., 1993 (31 mars), *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, doc. N.U. CCPR/C/47/D/359/1989, § 11.3. Le même comité en donne une liste non exhaustive, incluant « le discours politique, le commentaire de ses affaires personnelles et des affaires publiques, la propagande électorale, le débat sur les droits de l'homme, le journalisme, l'expression culturelle et artistique, l'enseignement et le discours religieux » (*Observation générale n° 34 – Article 19*, préc., § 11 (avec sources jurisprudentielles pour chaque type)). Ainsi même les idées pouvant causer quelque inquiétude sont protégées, comme le soutient la jurisprudence (C.E.D.H., 1976 (7 déc.), *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., § 49 ; C.E.D.H., 1999 (8 juil.), *Ceylan c. Turquie*, préc., § 32 ; C.I.D.H., 2009 (28 janv.), *Perozo et al. v. Venezuela*, préc., § 116).

§ 2. La protection du contenu du mouvement face au contrôle frontalier

268. La protection du contenu du mouvement intervient indépendamment de la protection de la circulation. Par exemple, le droit international peut permettre à l'État de rejeter tel navire étatique sans pour autant l'autoriser à le détruire par missiles, de même qu'il peut permettre à l'État de fermer sa frontière à tel migrant sans pour autant être indifférent au sort de ce dernier une fois saisi par le contrôle frontalier. Sans que sa circulation le soit nécessairement, le contenu du flux – soit ce qui circule concrètement – est protégé et ne saurait être atteint en lui-même sans qu'une limite soit posée au contrôle qui le saisit. La distinction des intérêts protégeant la circulation peut être ici reprise, pour d'abord voir la protection qui bénéficie aux États (A) avant d'étudier celle qui couvre l'être humain (B).

A. La protection de l'État tiers visé par le contrôle frontalier

269. Le respect de la souveraineté suppose l'absence d'atteinte injustifiée à l'intégrité des agents ou biens liés à l'État, ce qui pose déjà une limite générale au contrôle frontalier qui saisirait les uns ou les autres. Plus précisément, les deux principaux fondements qui protègent les flux à cet égard sont la limite posée au recours à la force pour s'en défendre (1), et le respect des immunités et inviolabilités qui couvrent les rapports interétatiques (2).

1. L'encadrement du contrôle frontalier ayant recours à la force

270. L'entrée sur le territoire d'un flux lié à un État constitue en principe une violation de la souveraineté de l'État territorial en l'absence de consentement, et appelle une réponse lorsque le flux porte avec lui une certaine menace. C'est évidemment le cas pour l'agression armée, qui donne lieu à la légitime défense où le contrôle de la frontière mue en lutte pour son maintien, mais aussi de diverses incursions sur le territoire. Or tant pour la légitime défense[1109] que pour les réponses aux incursions, qui intéressent davantage le *contrôle*, la réponse de l'État territorial doit être *proportionnée*[1110] et donc rester au même degré d'atteinte envers l'État tiers que celui posé par son incursion, bien souvent inférieure à la gravité d'un recours à la force au sens de la Charte des Nations Unies[1111]. Autrement dit, la frontière ne peut se muer en une surface explosive automatique sous prétexte d'une quelconque attaque. Son contrôle doit être adapté à

[1109] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., pp. 94 et 103, §§ 176 et 194 ; C.I.J., 2003 (6 nov.), *Plates-formes pétrolières* (*République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Rec.* 2003, pp. 183 et 196-197, §§ 43 et 74.
[1110] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 127, § 249 (la Cour évoque des « contre-mesures proportionnées » contre des attaques transfrontières).
[1111] Sur le seuil du recours à la force à cet égard, v. Corten (O.), *Le droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 3e éd., 2020, 903 p., pp. 105-149.

la situation, notamment selon que l'incursion résulte d'une simple erreur[1112] ou d'une hostilité marquée[1113]. Ainsi concernant les aéronefs militaires qui pénètrent le territoire aérien[1114], une certaine diligence procédurale est requise pour identifier le motif et l'ampleur de l'incursion afin d'évaluer la mesure proportionnée à opposer, la destruction le cas échéant[1115].

2. La protection des immunités et inviolabilités face au contrôle frontalier

271. Quant aux circulations interétatiques qui ne convoquent pas la force armée, le principe de l'égalité souveraine récuse que l'État territorial ait l'ascendant sur les biens et agents de l'État tiers situés sous son emprise. Ceux-ci sont ainsi protégés par des immunités et inviolabilités qui s'opposent à la pleine exécution du contrôle frontalier. Le cas est bien connu et ne pose guère de difficultés pour les agents : l'État territorial pourra leur opposer sa frontière[1116], mais non les détenir ni les juger pour infraction de son droit s'ils persistent à la franchir[1117]. En revanche, l'inviolabilité de la communication diplomatique lors du contrôle

---

[1112] Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 69 (1965), p. 166 (soldats suisses arrivant en France par mégarde, à la suite notamment d'un assoupissement dans le train…)

[1113] Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 72 (1968), pp. 157-160, t. 77 (1973), pp. 787-788, t. 89 (1985), p. 403 (gardes-frontière tchécoslovaques pénétrant en Autriche) ; Balmond (L.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 105 (2001), p. 416 (incursion birmane en Thaïlande menant à des coups de feu) ; Alland (D.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 121 (2017), pp. 12-125 (incursions à la *Line of Control* entre l'Inde et le Pakistan) ; Alland (D.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 124 (2020), pp. 614-616 (incursions à la frontière contestée entre l'Inde et la Chine).

[1114] V. par ex. Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 71 (1967), p. 785 (un chasseur de l'armée indienne abat un aéronef prétendument militaire pakistanais, qui s'avéra être un aéronef d'entraînement d'un élève pilote) ; Alland (D.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 120 (2016), pp. 128-129 (la Turquie abat un aéronef de chasse russe qui survolait son territoire).

[1115] Park (K.-G.), *La protection de la souveraineté aérienne*, *op. cit.*, p. 315, identifie une obligation de sommation préalable. V. surtout l'étude de Lissitzyn (O. J.), « The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law », *A.J.I.L.*, vol. 47, n° 4 (1953), pp. 559-589, p. 586, qui est ancienne mais s'appuie sur une pratique révélatrice des comportements étatiques dans une matière pour le moins sensible. L'abattage d'aéronefs militaires sans raison bien fondée (telle une agression claire) génère des protestations de la part de l'État du pavillon, qui dénonce la disproportion d'une réponse à ce qui n'était rien de plus qu'une présence involontaire due à une erreur de navigation ou à des conditions météorologiques peu favorables (v. par ex. Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 67 (1963), pp. 167-168). L'État territorial invoque volontiers sa souveraineté et la défense de sa sécurité en retour, mais sans pour autant alléguer un droit d'abattre aveuglément tout aéronef, tout militaire qu'il soit, qui pénétrerait son espace aérien (v. par ex. même chronique, *R.G.D.I.P.*, t. 68 (1964), pp. 532-533).

[1116] Pour un cas peu commun, v. l'arrêt de la C.J.U.E., 2012 (16 oct.), *Hongrie c. République slovaque*, aff. C-364/10, où la Slovaquie interdit l'accès à son territoire au président hongrois qui était en route pour répondre à l'invitation d'une association slovaque afin d'inaugurer une statue. La Hongrie opposa la libre circulation des ressortissants de l'Union européenne, mais la Commission, qui reçut sa plainte, considéra que « sur la base du droit international, les États membres se réservent le droit de contrôler l'accès d'un chef d'État étranger à leur territoire, que ce chef d'État soit ou non un citoyen de l'Union » (point 15), ce que la Cour confirma en se fondant sur le droit international écartant le régime de droit commun de l'Union, d'où elle conclut à l'absence de manquement (points 50-51).

[1117] Pour en rester aux régimes communs, v. la protection conférée par les Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques (préc., arts. 27 § 5 et 31) et sur les relations consulaires (préc., arts. 35 § 5 et 41), et le droit coutumier constaté par la C.I.J., 2002 (14 févr.), *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (*République démocratique du Congo c. Belgique*), *C.I.J. Rec.* 2002, pp. 20-22, §§ 51-54 à propos des hauts fonctionnaires de l'État et notamment le

frontalier[1118] pose un problème plus épineux car il est impossible de consulter la communication pour en vérifier le caractère officiel, qui conditionne la protection, sans violer cette même protection en levant la confidentialité qui fait sa raison d'être. Force est alors de se satisfaire de l'estampille diplomatique de la valise, qui l'exempte à elle seule « de tout examen, que ce soit directement ou à l'aide de moyens électroniques ou d'autres moyens techniques »[1119]. Partant, le critère de la protection est présumé rempli et la déclenche avant le contrôle, qui est ainsi bloqué et fortement critiqué quand il a tout de même lieu[1120]. La limite pratique du contrôle frontalier est donc totale[1121], et il revient faute de mieux à l'État d'envoi de veiller à ce que la protection des communications ne soit pas utilisée de manière contraire à l'objet et au but du droit diplomatique[1122], en prenant les « mesures appropriées » à cet effet[1123]. Le régime s'efforce ainsi de maintenir l'équilibre entre les intérêts en jeu[1124] par cette « solution pratique

ministre des Affaires étrangères. L'exemption d'inspection du bagage personnel du diplomate motive certains États à admettre des fouilles raisonnables sur leurs agents lors du contrôle douanier (Beesley (J. A.) et Bourne (C. B.), « Canadian practice in international law during 1970 », *A.Can.D.I.*, vol. 9 (1970), pp. 279-280), de même que la sécurité aérienne (« Australian Practice in International Law 1978-1980 », *A.Y.I.L.*, vol. 8 (1983), pp. 402-403), davantage par courtoisie toutefois dès lors que l'inviolabilité exclut toute fouille sans l'accord de l'agent, bien que la prohibition de l'importation illicite par voies diplomatiques soit invoquée pour fonder une telle fouille (Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 2004 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 15, n° 5 (2005), pp. 763-765 ; Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2008 », *C.J.I.L.*, vol. 8 (2009), pp. 532-541). À la limite, l'utilisation de détecteurs de métaux est avancée par certains comme « fouille » licite car sans contact avec l'agent ni identification précise de ce qu'il détient (Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 2016 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 27, n° 4 (2017), pp. 605-606).

[1118] La protection de ces communications a été établie ci-dessus, au paragraphe 245. Sur l'inviolabilité, v. Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 27 §§ 2-3 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 35 § 2 ; Convention sur les missions spéciales, préc., art. 28 §§ 2 et 4 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., arts. 27 §§ 2-3 et 57 §§ 2-3 ; C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., art. 28.

[1119] C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., art. 28 § 1. Au paragraphe 6 de la page 47 du commentaire, la Commission précise que « ce membre de phrase est nécessaire, le progrès technique ayant créé des moyens d'examen très perfectionnés qui peuvent aboutir à la violation du caractère confidentiel de la valise, moyens dont ne disposent par surcroît que les pays les plus développés ».

[1120] La limitation stricte du contrôle frontalier sur ce point est développé *infra*, au paragraphe 490, en ce qu'elle fait du contrôle un pouvoir lié, cantonné à ouvrir la frontière face à un document diplomatique.

[1121] À cet égard, l'Espagne, le Royaume-Uni et la Thaïlande ont pu s'opposer à l'« inviolabilité » de la communication dès lors que l'adjectif « inviolable » est ainsi perçu comme incompatible avec la protection des intérêts légitimes de l'État de réception (doc. A/CN.4/417, 7 juin 1988, *Huitième rapport sur le statut du courrier diplomatique…*, préc., p. 192, § 225).

[1122] C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », art. 5 § 1.

[1123] *Ibid.*, art. 25 § 2.

[1124] *Ibid.*, p. 21 § 1.

au problème »[1125], mais cache mal l'impasse – indépassable dans cette configuration[1126] – à laquelle il mène dès que la bonne foi et la confiance sont mises en doute.

272. L'État territorial ne peut donc contrôler sa frontière absolument comme il l'entend quand il s'agit de saisir les flux émanant de ses pairs, car il rencontre leur souveraineté dont le respect s'oppose au contrôle. Pareille limite est également présente face aux individus circulant, qui quant à eux opposent leur dignité au contrôle frontalier.

B. La protection de l'être humain saisi par le contrôle frontalier

273. L'individu jouit d'une protection limitée quant à son mouvement mais complète quant à son être, de sorte que le contrôle frontalier ne peut en aucun cas le saisir sans limite. Un temps seulement protégé à travers le droit des étrangers et le ferment de la dignité humaine[1127], le migrant est en effet aujourd'hui couvert face au contrôle frontalier au regard de sa liberté (1), de son intégrité (2) et de sa vie (3).

[1125] *Ibid.*, p. 44 § 3. Les difficultés sont bien réelles dans la pratique internationale, v. pour plusieurs illustrations : Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 87 (1983), pp. 193-194 (souci du gouvernement français face à l'utilisation de valises diplomatiques pour introduire de la littérature de propagande, des armes ou explosifs) ; Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 89 (1985), p. 157-159 (utilisation de la valise diplomatique par le Nigéria afin d'enlever un opposant au régime et le transporter de Londres à Lagos) ; Marston (G.), « United Kingdom materials on international law 1985 », *B.Y.I.L.*, vol. 56 (1985), pp. 446-449 (questionnement du gouvernement britannique pour lutter contre les abus de la valise diplomatique, avec ce constat révélateur : « There is widespread concern internationally to prevent improper use of the bag and a number of states are anxious about threats to their own security arising from it. But there is a marked reluctance to take any action that could endanger the security of communications » (p. 447, § 45).

[1126] Seul le cas de la valise consulaire offre une voie de sortie en sacrifiant la protection absolue de l'État accréditant : en cas de « sérieux motifs de croire que la valise contient d'autres objets » que ceux destinés exclusivement à un usage officiel, elles peuvent demander l'ouverture de la valise en leur présence par un représentant autorisé de l'État d'envoi, dont le refus mène au renvoi de la valise à son lieu d'origine (Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 35 § 3 ; C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., art. 28 § 2).

[1127] S.A., 1903, *Maal*, Commission mixte de réclamations Pays-Bas – Venezuela, *R.S.A.* vol. X, pp. 730-733 : un individu rejeté à la frontière vénézuélienne avait fait l'objet d'une humiliation, les autorités l'ayant dénudé sans raison valable. L'arbitre s'insurge : « From all the proof he came here as a gentleman and was entitled throughout his examination and deportation to be treated as a gentleman, and whether we are to consider him as a gentleman or simply as a man his right to his own person and to his own undisturbed sensibilities is one of the first rights of freedom and one of the priceless privileges of liberty » (p. 732).

1. La protection de la liberté de l'individu saisi par le contrôle frontalier

274. La liberté individuelle est fermement ancrée dans le droit international[1128] qui la protège « contre toute atteinte arbitraire de l'État »[1129], y compris donc à la frontière. Cela est particulièrement important s'agissant de la pratique de la détention comme mesure de contrôle migratoire, affirmation de la puissance territoriale[1130] qui connaît aujourd'hui une ampleur très large par son utilisation banalisée[1131] et multiforme, mêlant « zones », « camps »[1132] et « espaces » d'accueil ou transit des migrants, avec des conditions qui varient au-delà de leurs appellations.

275. Mais s'ils participent d'un même phénomène de contrôle, ces cas doivent être distingués dès lors que la protection de la liberté individuelle est limitée au cas de sa privation, et non simple restriction, qui seule permet de qualifier la détention qu'il s'agit de limiter[1133]. Pour

---

[1128] Déclaration universelle des droits de l'homme, arts. 3 et 9 ; Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, arts. I et XXV ; Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 9 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 6 ; Convention européenne des droits de l'homme, art. 5 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 6 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, art. 7 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 6 ; Charte arabe des droits de l'homme de 2004, art. 14 ; Déclaration des droits de l'homme de l'ASEAN de 2012, art. 12. La prohibition de la détention arbitraire est également fondée en droit coutumier comme le montre un *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire* (doc. N.U., A/HRC/22/44, 24 déc. 2012, §§ 37-85). La qualification de cette prohibition comme règle coutumière résulte d'une analyse du Groupe du travail englobant ses travaux, le droit conventionnel, la jurisprudence des mécanismes de protection des droits de l'homme, et la pratique de vingt-neuf États (§§37-39). Le Groupe de travail relève à cet égard la « pratique étatique quasiment universelle » en faveur de la prohibition de la détention arbitraire, notamment portée par la très large participation au Pacte international sur les droits civils et politiques qui comprend la prohibition, ainsi que par la présence de celle-ci dans de nombreux droits internes (§§43 et 46). Dans le même sens, la Cour internationale de Justice a estimé qu'une privation abusive de liberté était incompatible avec les principes de la Charte des Nations Unies (1980 (24 mai), *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran), C.I.J. Rec.* 1980, p. 42, § 91), principes qui font partie du socle du droit international général contemporain. Pour une position similaire du juge interne, V. United States, District Court, District of Kansas, 1980 (31 déc.), *Fernandez v. Wilkinson*, préc., p. 458, « arbitrary detention is prohibited by customary international law ».

[1129] C.E.D.H., 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, req. n° 16483/12, § 88.

[1130] Pour une approche critique de la territorialité de la détention de migrants, convoquant notamment Foucault et Arendt, v. Cornelisse (G.), *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, ix-388 p., pp. 238-246.

[1131] Chetail (V.), *International migration law*, *op. cit.*, p. 134 ; Teitgen-Colly (C.), « La détention des étrangers et les droits de l'homme », *in* Chetail (V.) (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme…*, vol. II, *op. cit.*, pp. 571-618, p. 577. Pour des exemples, v. Fleury Graff (Th.), « Bangladesh, possibilité d'une île pour les réfugiés Rohingyas », *in* Alland (D.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 124 (2020), pp. 586-587, et Cornelisse (G.), *Immigration Detention and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 7-22 à propos de l'Europe.

[1132] V. sur cette question Rodier (Cl.) et Saint-Saëns (I.), « Contrôler et filtrer : les camps au service des politiques migratoires de l'Europe », *in* Chetail (V.) (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme…*, vol. II, *op. cit.*, pp. 619-663.

[1133] Ainsi, seule la privation de liberté déclenchera le régime de l'art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, et la disposition est inapplicable aux simples restrictions à la liberté de circuler, comme l'a établi la C.E.D.H. à de nombreuses reprises, v. 1980 (6 nov.), *Guzzardi c. Italie*, req. n° 7367/76, § 92 ; 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, préc., § 64 ; 2018 (25 jan.), *J.R. et a. c. Grèce*, req. n° 22696/16, § 83. De même, la privation de liberté au sens de l'art. 9 du Pacte international sur les droits civils et politiques « représente une restriction plus sévère à la circulation, et dans un espace plus étroit, que la simple interférence avec la liberté de déplacement

autant la limite posée au contrôle frontalier n'est pas cantonnée au recours à l'emprisonnement car la liberté individuelle s'oppose à d'autres formes de privation[1134]. La distinction n'étant pas nette[1135], il faut évaluer la mesure de contrôle en cause à l'aune d'« une approche pragmatique et réaliste tenant compte des conditions et défis actuels », parmi lesquels figure, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la reconnaissance du « droit pour les États (…) de contrôler leurs frontières et de prendre des mesures contre les étrangers qui contournent les restrictions posées à l'immigration » [1136]. Une marge est ainsi laissée au contrôle frontalier avant qu'il ne soit qualifié de détention. Dans ce cadre, la qualification devra être appuyée sur un faisceau d'indices qui comprend la position des requérants[1137] et notamment ceux en quête d'asile[1138],

consacrée à l'article 12 » (C.D.H., *Observation générale n° 35*, préc., §5, avec les références données par le Comité).

[1134] Dès 1980, la C.E.D.H. note qu'il existe « maintes autres formes de privation de liberté » que la détention classique en prison, dont « [l']évolution des normes juridiques et des idées tend à (…) accroître la diversité » (1980 (6 nov.), *Guzzardi c. Italie*, préc., §95). Dans l'affaire *Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, la Cour internationale de Justice indique quant à elle que « [l]es dispositions de l'article 9, paragraphes 1 et 2, du Pacte [international sur les droits civils et politiques], ainsi que celles de l'article 6 de la Charte africaine, s'appliquent en principe à toute forme (…) de détention décidée et exécutée par une autorité publique, quelles que soient sa base juridique et la finalité qu'elle poursuit », ce qui comprend en l'espèce les « mesures privatives de liberté prises dans le cadre d'une procédure administrative, telles que celles qui peuvent être nécessaires dans le but de mettre à exécution une mesure d'éloignement forcé d'un étranger du territoire national » (*C.I.J. Rec.* 2010, p. 668, § 77).

[1135] Selon la position classique de la C.E.D.H., 1980 (6 nov.), *Guzzardi c. Italie*, préc., § 93 : « Entre privation et restriction de liberté, il n'y a (…) qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence. Le classement dans l'une ou l'autre de ces catégories se révèle parfois ardu, car dans certains cas marginaux il s'agit d'une pure affaire d'appréciation »

[1136] C.E.D.H., 2019 (21 nov.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15, § 213. La Cour ajoute à cet égard qu'il importe en particulier « de reconnaître le droit pour les États (…) de contrôler leurs frontières et de prendre des mesures contre les étrangers qui contournent les restrictions posées à l'immigration. »

[1137] Le Comité des droits de l'homme considère ainsi que la privation de liberté implique qu'il y ait « absence de consentement libre », *Observation générale n° 35*, préc., §6.

[1138] Selon le H.C.R., il y a détention en dépit de la liberté de l'individu de quitter la zone concernée lorsque cette liberté permet uniquement de quitter le territoire (*Principes directeurs du H.C.R. sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile*, disponible en ligne : https://www.refworld.org/docid/3b1f7cc44.html, principe directeur 1). La C.E.D.H. abonde en déclarant que « [l]a simple possibilité pour des demandeurs d'asile de quitter volontairement le pays où ils entendent se réfugier ne saurait exclure une atteinte à la liberté », notamment car elle « revêt un caractère théorique si aucun autre pays offrant une protection comparable à celle escomptée dans le pays où l'asile est sollicité, n'est disposé ou prêt à [accueillir les individus] » (C.E.D.H., 1996 (25 juin), *Amuur c. France*, req. n° 19776/92, § 48). La question a été discutée dans l'importante affaire *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, où la Cour considéra que deux Bangladais arrivés dans un camp hongrois avaient « demandé de leur propre chef » cette entrée restreinte sur le territoire (préc., §§ 221 et 223), ce que critiquèrent les juges Bianku et Vučinić rétorquant que la démarche de demandeurs d'asile ne relève jamais d'un « choix », « mais plutôt d'une fatalité » (p. 82), quoique la Cour ne semblait pas qualifier de « choix » la recherche de l'asile *per se* mais sa recherche *en Hongrie*, le territoire serbe étant accessible aux requérants (ce qui là encore peut-être contesté, la Cour ayant établi que les requérants pouvaient craindre des défaillances dans le fonctionnement du système d'asile serbe au regard de l'article 3 (not. § 158), bien qu'elle écarte la pertinence de ce point pour l'art. 5 (§ 246)).

la nature et le degré des restrictions qui leur sont imposées[1139], ou encore la durée[1140] du maintien dans la zone. Autant d'éléments de la situation du migrant pour lesquels la liberté individuelle s'oppose au contrôle frontalier, en le cantonnant en-deçà d'un certain seuil de restriction à la liberté ou en déclenchant son régime protecteur si ce seuil vient à être dépassé.

2. La protection de l'intégrité de l'individu saisi par le contrôle frontalier

276. Sauf à procéder par rejet de visa, le contrôle frontalier opère en principe une saisie physique de l'individu, exposant dès lors son intégrité à la puissance de l'État. Le contrôle frontalier (se) heurte ainsi (à) « l'expression la plus essentielle et la plus absolue des valeurs de l'humanité »[1141], que le droit international protège en prohibant absolument[1142] toute torture et

---

[1139] Dans *J.R. et a. c. Grèce*, préc., la C.E.D.H. qualifie de privation de liberté une première période où les requérants n'avaient pas la possibilité de sortir du centre, et de simple restriction de liberté une autre où le centre était devenu semi-ouvert, leur laissant la possibilité de sortir la journée (§§ 86-87). Dans le même sens, la Cour relève la surveillance d'un centre par les autorités italiennes et l'interdiction de s'en éloigner pour qualifier la situation de privation de liberté dans son arrêt *Khlaifia et a. c. Italie*, préc., § 65.

[1140] C.E.D.H., 25 juin 1996, *Amuur c. France*, préc., § 43 : le maintien de l'individu dans une zone d'attente (en l'espèce dans un aéroport) « ne doit pas se prolonger de manière excessive car il risquerait de transformer une simple restriction à la liberté – inévitable en vue de l'organisation matérielle du rapatriement de l'étranger ou, si celui-ci a sollicité l'asile, pendant l'examen de la demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile – en privation de liberté »

[1141] Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 865. La Cour européenne des droits de l'homme qualifie également cette prohibition de « valeur fondamentale des sociétés démocratique » et de « valeur de civilisation étroitement liée au respect de la dignité humaine », (C.E.D.H., 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, préc., § 158), tandis que la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants parle de sa violation comme d'un « un outrage à la dignité humaine [qui] doit être condamné[e] comme un reniement des buts de la Charte des Nations Unies » (doc. N.U., A/RES/3452 (XXX), art. 2).

[1142] La prohibition est absolue : elle n'admet aucune exception, suspension ou dérogation (outre l'absence de limite au sein des dispositions protectrices, v. not. les arts. 15 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, 4 § 2 du Pacte international sur les droits civils et politiques, 4 *litt.* b) de la Charte arabe des droits de l'homme, 27 § 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, 5 de la Convention interaméricaine pour la prévention de la torture (*Série sur les traités*, O.E.A., n° 67) ; ou encore l'affirmation du caractère impératif de l'obligation par la C.E.D.H., 2001 (21 nov.), *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, § 61), la C.I.D.H., 2004 (7 sept.), *Tibi c. Équateur*, Série C, n° 114, § 143, et la C.A.D.H.P., 2024 (3 sept.), *Habyalimana Augustino et Muburu Abdulkarim c. Tanzanie*, req. n° 015/2016, § 152. Pour la détention, v. « Règles Nelson Mandela », Doc. N.U., A/RES/70/175, Annexe, Règle 1 ; C.D.H., *Observation générale n° 20 (Article 7)* reproduite *in* Doc. N.U., HRI/GEN/1/Rev.1, pp. 34-37, § 3, et *Observation générale n° 29 – État d'urgence (Article 4)*, doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 13 *litt.* a) ; C.E.D.H., 2006 (12 oct.), *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, préc., § 55 ; réaffirmée en cas d'afflux massifs par la C.E.D.H., 2011 (21 jan.), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., §§ 223-224 et 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, préc., § 184 ; et en cas de difficultés économiques, C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, préc., § 198 ; C.D.H., *Observation générale n° 21 (article 10)*, préc., pp. 37-39, § 4.

traitement inhumain ou dégradant contre l'être de l'individu[1143], dans sa dimension physique ou morale[1144].

277. Il est surtout et là encore question du recours à la détention et autres mécanismes de fixation de l'individu par le contrôle des frontières. En effet, ceux-ci génèrent des espaces de stagnation où les conditions de vie sont susceptibles de porter atteinte à l'intégrité de l'être humain, par des actes qualifiables de tortures ou de mauvais traitements[1145]. Quant à la torture, elle est caractérisée par un élément d'intentionnalité[1146] et ne peut donc être établie lorsque les mauvaises conditions résultent d'une négligence, mais il est des cas où la mutilation de l'individu par l'État contrôlant sa frontière est nettement intentionnelle[1147], et d'autres où cette intention peut être établie au vu de l'effet dissuasif que la détention et ses avatars cherchent à produire sur les migrations[1148]. L'intégrité humaine s'oppose fondamentalement à ce contrôle frontalier hostile. Quant aux (autres) mauvais traitements, ils sont caractérisés de façon plus souple[1149] et n'exigent pas l'intention de l'État. L'intégrité humaine pourra ainsi être opposée

---

[1143] Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 5 ; Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 7 ; Convention européenne des droits de l'homme, art. 3 ; 15 Convention relative aux droits des personnes handicapées, art. 15 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, art. 5 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, arts. 4 et 5 ; Charte arabe des droits de l'homme de 2004, art. 8 ; Déclaration des droits de l'homme de l'ASEAN de 2012, art. 14.

[1144] C.D.H., *Observation générale n° 20 (Article 7)*, doc. N.U., HRI/GEN/1/Rev.1, pp. 34-37, § 5 : la prohibition des mauvais traitements concerne tant la « douleur physique » que la « souffrance mentale » ; C.A.D.H.P., 2024 (3 sept.), *Habyalimana…*, préc., § 175.

[1145] Le tableau dressé par le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est glaçant : « Selon le contexte, les problèmes peuvent aller du surpeuplement extrême au maintien prolongé à l'isolement et de l'accès insuffisant à la nourriture, à l'eau et aux soins médicaux aux violences infligées délibérément par des fonctionnaires, des gardiens engagés par des sociétés privées ou des codétenus. Il est fait état notamment d'actes de torture et de mauvais traitements, d'extorsion systématique, d'atteintes sexuelles et même de cas de réduction en esclavage. Il a été signalé que les enfants migrants étaient eux aussi victimes d'actes de torture et de mauvais traitements généralisés, notamment de diverses formes de violence sexuelle et de pratiques consistant à les attacher, les bâillonner, les rouer de coups de bâton, les brûler avec des cigarettes, leur envoyer des décharges électriques ou les placer à l'isolement, ce qui leur causerait de graves troubles anxieux et mentaux » (doc. N.U., A/HRC/37/50, 23 nov. 2018, § 18). Dans un rapport plus récent, le Rapporteur spécial constate amèrement qu' « en dépit de l'énorme crise humanitaire mondiale touchant environ 65 millions de migrants forcés et provoquant quotidiennement d'innombrables décès et de graves violations des droits de l'homme, 191 des 193 États (99 %), y compris ceux ayant récemment reçu des appels urgents ou des lettres d'allégation concernant des actes de torture ou des mauvais traitements commis dans le contexte des migrations, ne semblent pas considérer le rapport thématique sur cette question [c'est-à-dire le rapport A/HRC/37/50] comme pertinent dans leur contexte national » (doc. N.U., A/HRC/49/50, 28 déc. 2021, § 62).

[1146] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, préc., art. 1 § 1 : la douleur ou les souffrances aiguës sont « *intentionnellement* infligées à une personne », dans des buts définis par la disposition. Dans le même sens, la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (préc.) définit la torture comme des souffrances « *délibérément* infligées à une personne » (art. 1 § 1). L'art. 1 § 2 de cette déclaration précise que la torture constitue une forme « *délibérée* de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants » (nous soulignons).

[1147] V. la citation du Rapport A/HRC/37/50, § 18, deux notes au-dessus.

[1148] La torture fait alors partie d'une *stratégie* de contrôle des flux, v. par ex. la critique du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (*ibid.*, §§ 7 et 19).

[1149] Non seulement ne sont-ils pas conditionnés à l'intention de leur auteur, mais ils constituent en tout une catégorie relativement indéterminée. Comme le notent Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit*

à toute atteinte causée par le contrôle frontalier, car en tant que maître de la situation des migrants détenus il revient en premier lieu à l'État de protéger leurs droits[1150] en assurant des conditions « humaines »[1151]. Outre la brutalité aisément qualifiable, les mauvais traitements prohibés au contrôle frontalier seront à chercher dans des éléments objectifs, propres à la situation créée par le contrôle, et subjectifs, propres à l'individu qui le subit. Les éléments objectifs sont contenus dans les conditions générales d'accueil[1152], dont principalement la salubrité, la sécurité, et le (sur)peuplement[1153] qui rend les deux premières plus précaires[1154]. S'y ajoute la durée de la détention, qui hausse le curseur d'atteinte à l'intégrité en rendant intolérables à la longue des conditions d'abord seulement rudes pour l'individu[1155]. Quant aux éléments subjectifs, ils caractérisent la vulnérabilité de l'individu. Il faut aussi s'intéresser à ce versant du contrôle frontalier car outre le fait que la détention cause objectivement une vulnérabilité dès lors qu'elle « porte en elle-même son lot de souffrances et d'humiliations »[1156],

---

international des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 870, « vu que les différences de catégories dépendent de l'analyse globale du cas et s'appuient sur des éléments évolutifs et subjectifs, il est difficile, voire infondé au plan méthodologique, de prétendre identifier des critères objectifs déterminés, car la qualification est précisément subjective, en ce sens qu'elle dépend des circonstances, des intentions et du sujet ». V. aussi la position du Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 20*, préc., § 4, « le Comité n'estime pas (…) nécessaire (…) de fixer des distinctions très nettes entre les différentes formes de peines ou traitements interdits ».

[1150] C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., § 172, qui rappelle « the special position of guarantor assumed by the State with regard to persons who are in their custody or care ».

[1151] Comité exécutif du H.C.R., 1986 (13 oct.), *Conclusion n° 44 (XXXVII). Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile*, reproduite *in* Doc. N.U., A/41/12/Add.1, pp. 31-33, *litt*. f).

[1152] C.E.D.H., 2011 (21 jan.), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, § 230 ; C.E.D.H., 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, req. n° 16483/12, § 190 ; C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, Série C n° 218, §§ 211-227, la Cour s'intéresse particulièrement à l'accès à l'eau et à des soins médicaux. Les conditions peuvent être améliorées par le libre accès d'associations et organismes humanitaires qui devient ainsi un critère à prendre en compte, comme le note la C.E.D.H., 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, préc., § 190. Dans le même sens, le Groupe de travail sur la détention arbitraire considère que l'accès libre au lieu de détention doit être donné au H.C.R., au C.I.C.R. et aux autres organisations pertinentes (doc. N.U., A/HRC/39/45, § 47), ce qui est également exigé par le H.C.R. pour ce qui est des demandeurs d'asile (Comité exécutif du H.C.R., 1986 (13 oct.), *Conclusion n° 44 (XXXVII)*, préc., *litt*. g)).

[1153] Sur ce dernier point, v. not. sa prise en compte par la C.E.D.H., 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, préc., § 164 ; la C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, préc., § 202, considère que la surpopulation devient dangereuse passée vingt pourcents au-dessus de la capacité maximale.

[1154] C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, préc., § 204.

[1155] C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, req. n°s 15670/18 et 43115/18, § 199, « the passage of time is of primary significance ». Dans ce sens également, le juge note la brièveté du séjour de migrants pour conclure à l'absence de violation de l'article 3 dans C.E.D.H., 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, préc., § 195. En revanche, il prend en compte la *perception* de la durée par l'individu concerné au regard de sa vulnérabilité, de sorte qu'une détention puisse être illicite en ce qu'elle « *must have been* perceived *by the applicant children as a* never-ending situation » (C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, préc., § 201 (nous soulignons) ; dans le même sens, C.E.D.H., 2012 (19 jan.), *Popov c. France,* req. n°s 39472/07 et 39474/07, § 100, constate que la période de quinze jours qui n'est pas « excessive en soi peut être *ressentie* comme infiniment longue par [les enfants] compte tenu de l'inadéquation des infrastructures à leur accueil et à leur âge » (nous soulignons)).

[1156] Perrakis (St.), « La protection internationale au profit des personnes vulnérables en droit international des droits de l'homme », *R.C.A.D.I.*, vol. 420 (2021), pp. 9-497, p. 264 (la formule est de l'auteur bien que son texte l'attribue à la jurisprudence). Dans le même sens, le C.D.H. considère que l'art. 10 § 1 du Pacte impose aux États parties une « obligation positive en faveur des personnes *particulièrement vulnérables du fait qu'elles sont privées*

la situation juridique ou personnelle de l'être humain peut l'accentuer. Les obligations de protection qui incombent à l'État territorial en seront accrues[1157], car le seuil de gravité pour qu'il y ait mauvais traitement est abaissé à mesure de la vulnérabilité[1158]. Or la vulnérabilité est omniprésente dans le contrôle frontalier, d'abord comme vulnérabilité de condition, des migrants[1159] et particulièrement des demandeurs d'asile[1160], à laquelle s'ajoute une vulnérabilité de l'être concernant les porteurs de handicap, personnes âgées, victimes de torture ou de traumatismes, femmes et enfants[1161]. En pratique, ces derniers appellent particulièrement l'attention d'une protection spéciale face au contrôle migratoire[1162].

3. La protection de la vie de l'individu saisi par le contrôle frontalier

278. La dernière atteinte que le contrôle frontalier peut porter à l'individu concerne sa vie. Au début du XXe siècle déjà, les tirs mortels qui accompagnaient le contrôle de la frontière

---

de liberté » (nous soulignons), *Observation générale n° 21 (article 10)*, doc. N.U., HRI/GEN/1/Rev.1, pp. 37-39, § 3.

[1157] C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, préc., § 98 ; C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., § 66.

[1158] Doc. N.U., A/HRC/37/50, 23 nov. 2018, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, § 19 ; C.E.D.H., 2014 (4 nov.), *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12, §§ 118-119 (à propos des réfugiés et enfants).

[1159] Sur la vulnérabilité des migrants, v. Perrakis (St.), « La protection internationale au profit des personnes vulnérables… », *op. cit.*, spéc. pp. 244-293.

[1160] C.E.D.H., 2011 (21 jan.), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., §§ 233 et 251 ; C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, préc., § 207.

[1161] *Principes directeurs du H.C.R. sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile*, préc., recommande des alternatives à la détention pour ces personnes (principes directeurs 6 à 8) et souligne la nécessité d'effectuer un examen pour identifier les victimes de traumatismes ou de torture afin de leur accorder un traitement conforme à leur vulnérabilité (principe directeur 10, i)). Dans le même sens, Recommandation Rec(2003)5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile (16 avril 2003), §§12-13.

[1162] Reprenant la Déclaration sur les droits de l'enfant de 1924, le préambule de la Convention de 1989 souligne que « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance ». Sur la vulnérabilité de l'enfant en droit international, v. Perrakis (St.), « La protection internationale au profit des personnes vulnérables… », *op. cit.*, spéc. pp. 163-198. En pratique, la C.E.D.H. parle ainsi de l'enfant comme étant « extrêmement vulnérable » dans des affaires de migration (2006 (12 oct.), *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, préc., § 55 ; C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, préc.,, § 184). Sur la détention d'enfants migrants en particulier, v. notamment la critique émise par François Crépeau envers les pratiques de contrôles frontaliers recourant à la détention de mineurs menées par les États membres de l'Union européenne, estimant que « les mineurs non accompagnés et les familles avec enfants devraient toujours relever de solutions autres que la détention », la détention n'étant en aucun cas dans l'intérêt supérieur de l'enfant (doc. N.U., A/HRC/29/36, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, 8 mai 2015, § 44). Par exemple, les conditions de détention doivent être adaptées à l'âge de l'enfant afin d'assurer qu'elles ne puissent pas engendrer « une situation de stress et d'angoisse et avoir des conséquences particulièrement traumatisantes sur leur psychisme » (C.E.D.H., 2012 (19 jan.), *Popov c. France*, préc., § 102 ; C.E.D.H., 2014 (4 nov.), *Tarakhel c. Suisse*, préc., § 119 ; C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, préc., § 185). Ainsi le juge pourra observer l'existence de commodités propres à la vie enfantine (C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, préc., § 186 et la jurisprudence à laquelle il y est fait référence) ; les *Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté* indiquent que le mineur détenu doit bénéficier de locaux tenant compte de son besoin de stimulants sensoriels (doc. N.U., A/RES/45/113, § 32) et d'un nombre d'heures approprié d'exercice libre par jour sur des installations et équipements adaptés (§ 47).

mexico-étatsunienne le long du fleuve Rio Grande ont pu faire déplorer à une Commission arbitrale que « Human life, in these parts [of the Rio Grande], on both sides, seems not to be appraised so highly as international standards prescribe. »[1163] En l'absence de droits de l'homme, le droit international s'opposait déjà sur ce point au contrôle frontalier par les considérations élémentaires d'humanité, latentes dans cette jurisprudence[1164] et encore aujourd'hui présentes comme principe essentiel du droit international. À l'œuvre dans la création du droit international qui a pu prohiber les mines antipersonnel qui servaient comme dispositif de contrôle frontalier[1165], ces considérations élémentaires ont aussi été à l'œuvre pour s'opposer à l'interception destructrice de véhicules. L'usage d'armes contre les aéronefs civils est ainsi condamné[1166], ce qui fut précisé sous l'impulsion de l'affaire de la *K.A.L.*[1167] par un

---

[1163] S.A., 1926 (16 nov.), *J. W. and N.I. Swinney (U.S.A.) v. United Mexican States*, *R.S.A.* vol. IV, pp. 98-101, p. 100.

[1164] V. dans la série d'affaires sur la frontière mexico-étatsunienne, S.A., 1926 (2 nov.), *J. and O. L. B. Nason and Aubrey Williams (U.S.A.) v. United Mexican States*, *R.S.A.* vol. IV, pp. 81-82 ; S.A., 1926 (16 nov.), *J. W. and N.I. Swinney (U.S.A.) v. United Mexican States*, préc., spéc. pp. 99-100 ; S.A., 1926 (26 nov.), *D. Guerrero Vda. De Falcón (United Mexican States) v. United States of America*, *R.S.A.* vol. IV, pp. 104-106 ; S.A., 1926 (3 déc.), *Teodoro García and M. A. Garza (United Mexican States) v. United States of America*, *R.S.A.* vol. IV, pp. 119-134, spéc. pp. 120-122 ; S.A., 1929 (30 avr.), *James H. McMahan (U.S.A.) v. United Mexican States*, *R.S.A.* vol. IV, pp. 486-496.

[1165] *R.T.N.U.*, vol. 2056, I-35597, Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, art. 1 *litt.* a). En pratique, v. Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 76 (1972), p. 1122 (retrait des mines à la frontière par la Hongrie à la suite d'un accord avec l'Autriche) ; Balmond (L.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 108 (2004), p. 189 (accord gréco-turc pour déminer la frontière conformément à la Convention d'Ottawa/Oslo).

[1166] O.A.C.I., Conseil, Résolution du 17 mars 1989, reproduite *in I.L.M.*, vol. XXVIII-4 (1989), pp. 898-899 (à la suite de l'abattage d'un aéronef civil de la compagnie Iran Air par des missiles semblant être étatsuniens, le Conseil au point 6 réaffirme « *the fundamental principle of general international law* that States must refrain from resorting to the use of weapons against civil aircraft » (nous soulignons)). Plus flou, v. Kiss (A.-Ch.), *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. III, Paris, Editions du C.N.R.S., 1965, xii-670 p., pp. 177-178, n° 283, discours du représentant de la France au Conseil de sécurité des Nations Unies : « Il n'est pas admissible que le fait, certainement regrettable, mais souvent inévitable, pour un avion se trouvant en temps de paix à proximité ou même au-dessus du territoire d'un pays étranger, puisse être sanctionné par sa destruction et par des pertes de vies humaines. »

[1167] Dans cette affaire, un aéronef de transport civil de la *Korean Air Lines* (K.A.L.) ayant dévié de sa route jusqu'à pénétrer fort avant dans l'espace aérien soviétique fut abattu par l'U.R.S.S., causant la mort de plus de 250 personnes. V. Dutheil de la Rochère (J.), « L'affaire de l'accident du Boeing 747 de Korean Airlines », *A.F.D.I.* vol. 29 (1983), pp. 749-772, spéc. pp. 758-759 à propos de la proportionnalité de la mesure : « Dans la présente espèce, il est parfaitement inutile de se livrer à des appréciations subtiles : le fait de provoquer la mort de deux cent soixante-neuf civils est sans aucune proportion avec la menace que le passage fautif d'un avion de ligne dans l'espace aérien soviétique faisait peser sur la sécurité de l'U.R.S.S. » L'affaire généra de nombreuses protestations de la part des États, v. De Mestral (A. L. C.), « Canadian practice in international law during 1983 », *A.Can.D.I.*, vol. 22 (1984), pp. 350-355 ; Oda (Sh.) et Owada (H.), « Annual review of Japanese practice in international law – 1983-84 », *J.A.I.L.*, vol. 31 (1988), p. 140 ; Chiu (H.), Chen (R.-J.), « Contemporary practice and judicial decisions of the Republic of China relating to international law, 1983-1984 », *C.T.Y.B.I.L.A.*, vol. 4 (1984), p. 265.

protocole additionnel à la Convention de Chicago[1168] et par une procédure d'interception[1169]. Pareillement pour le navire en mer, l'usage de la force doit être l'ultime recours[1170] et les considérations d'humanité s'y appliquent comme ailleurs[1171]. Il y a ainsi un ferment d'humanité au fondement du droit international qui y protège la vie humaine *a priori* face au contrôle frontalier dans les divers cas où il pourrait la supprimer.

279. Mais c'est le droit à la vie qui, aujourd'hui, est le principal élément de protection de l'individu à ce stade[1172], car plus précis que les considérations élémentaires d'humanité, il est en outre doté de la mécanique d'application des droits de l'homme. À cet égard, le droit à la vie limite la force étatique aux frontières au strict domaine de sa nécessité[1173]. Ainsi, il semble laisser au contrôle une marge difficile à accepter, en admettant qu'une telle nécessité puisse exister et donc que le contrôle frontalier puisse, en droit, être meurtrier[1174]. Mais l'hypothèse

---

[1168] Protocole du 10 mai 1984 à la Convention A.C.I., adopté par l'Assemblée de l'O.A.C.I. à sa 25e session et entré en vigueur le 1er octobre 1998, insérant l'art. 3 *bis* dans la Convention de Chicago, dont le *litt.* a) stipule : « Les États contractants reconnaissent que chaque État doit s'abstenir de recourir à l'emploi des armes contre les aéronefs civils en vol et qu'en cas d'interception, la vie des personnes se trouvant à bord des aéronefs et la sécurité des aéronefs ne doivent pas être mises en danger. »

[1169] O.A.C.I., Annexe 2 à la Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., Appendice 1, §§ 2.1 et 2.2 (signaux de communication pour l'interception), Appendice 2, §§ 1.1, *litt.* a) et b) (interception mesurée et de dernier ressort), et 1.2 avec Supplément A, § 3.1 (interception selon une « méthode normalisée (…) conçue de façon que l'aéronef intercepté ne soit exposé à aucun risque »)

[1170] T.I.D.M., 1999 (1er juil.), *Navire « Saiga » (No. 2)*, préc., pp. 61-62, §§ 155, et 156 : « La pratique normale à laquelle il est fait recours pour stopper un navire en mer est, tout d'abord, d'émettre un ordre sonore ou visuel de stopper, en utilisant des signaux reconnus internationalement. Lorsque cela s'avère insuffisant, un certain nombre de mesures peuvent être prises, y compris des coups de feu tirés par-dessus l'étrave du navire. C'est uniquement lorsque ces mesures s'avèrent insuffisantes que le navire poursuivant peut, en dernier ressort, faire usage de la force. Même dans un tel cas, un avertissement adéquat doit être émis en direction du navire et tout doit être mis en œuvre pour veiller à ne pas mettre de vie en danger » (en l'espèce, le Tribunal constate un usage excessif de la force, § 158).

[1171] *Ibid.*, p. 62 § 155.

[1172] Pour rester aux textes généraux, v. Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 3 ; Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 6 ; Convention européenne des droits de l'homme, art. 2 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 2 ; Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, art. I ; Convention américaine des droits de l'homme, art. 4 ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 5 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 4 ; Déclaration des droits de l'homme de l'ASEAN, art. 11.

[1173] V. not. C.D.H., *Observation générale n° 36*, préc., § 12, « [l']emploi d'une force potentiellement létale dans le cadre du maintien de l'ordre est une mesure extrême à laquelle il devrait être recouru que lorsque cela s'avère strictement nécessaire pour protéger la vie ou prévenir un préjudice grave découlant d'une menace imminente ». Le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, précise que la seule autre situation acceptable que la salvation d'une vie humaine est celle où une personne sera grièvement blessée (*Rapport sur la protection du droit à la vie dans le contexte des opérations de maintien de l'ordre*, 1er avril 2014, doc. N.U. A/HRC/26/36, § 58) ; v. aussi C.I.D.H., 2012 (24 oct.), *Nadege Dorzema et al. c. République dominicaine*, Série C, n° 251, §§ 85-91, et C.I.D.H., 2020 (3 juin), *Roche Azaña et al. c. Nicaragua*, Série C, n° 403, §§ 53 et 61-69, où la Cour souligne notamment que « respect for human rights must be at the heart of all border protection measures » (§ 64).

[1174] C.D.H., *Observation générale n° 36 (Article 6 : droit à la vie)*, doc. N.U. CCPR/C/GC/36, § 10 : en prohibant la privation de vie *arbitraire*, le droit international laisse entendre *a contrario* qu'il existe des privations de vie ne l'étant pas et donc permises, ce que précisent plusieurs conventions citées *supra*, notamment l'art. 2 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

de nécessité de la force létale est ici extrêmement ténue, car sauf attaque armée à la frontière – et encore faudrait-il voir la nature de l'attaque – le contexte migratoire ne saurait être perçu comme convoquant l'usage de cette force, y compris en cas d'agitations nées de la détresse alliée à l'exaspération. Autrement dit, la nécessité en la matière est étroitement comprise et *a priori* la situation ne la concerne pas. En résulte que l'État doit s'abstenir de recourir à la privation de la vie comme moyen de contrôler sa frontière[1175], et s'efforcer d'encadrer les opérations de contrôle afin qu'elles n'aboutissent pas à un usage excessif de la force[1176] en dépit des tensions qu'il peut y avoir sur le terrain. Quoique le contrôle frontalier s'avère encore meurtrier dans certaines pratiques contemporaines[1177], il trouve ainsi une limite fondamentale dans le droit international qui lui interdit la force létale, dont la frontière est-allemande a pu fournir par le passé une funeste illustration. C'est sur elle qu'il convient de conclure, pour penser la frontière à travers son complet dysfonctionnement au regard du droit international contemporain, qui ne peut décidément pas penser le contrôle frontalier sans l'Autre qui lui fait face[1178]. En effet, en République démocratique allemande, le régime de la frontière prévoyait l'arrestation ou « l'anéantissement »[1179] – mines antipersonnel, systèmes de tir automatique et

---

[1175] Pour une formulation spécifique au contexte migratoire, v. C.I.D.H., 2003 (17 sept.), *Juridical condition and rights of undocumented migrants*, avis OC-18/03, Série A, n° 18, p. 28 (position du Costa Rica) ; Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, *Mort illégale de réfugiés et de migrants*, 15 août 2017, doc. N.U. A/72/335, §§ 14-21. Dans un cas d'espèce, v. C.I.D.H., 2012 (24 oct.), *Nadege Dorzema et al. c. République dominicaine*, préc., §§ 85-97 (tirs meurtriers par des soldats dominicains sur un camion transportant des demandeurs d'asile haïtiens) et C.I.D.H., 2020 (3 juin), *Roche Azaña et al. c. Nicaragua*, préc., §§ 53-72 (tirs meurtriers d'agents nicaraguayens sur un fourgon transportant des migrants).

[1176] C.D.H., 2019 (3 sept.), *Observation générale n° 36*, préc., §§ 13 (encadrement normatif des opérations) et 14 (cas des armes « à létalité réduite ») ; Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, *Rapport sur la protection du droit à la vie dans le contexte des opérations de maintien de l'ordre*, préc., §§ 47-53 ; C.I.D.H., 2012 (24 oct.), *Nadege Dorzema et al. c. République dominicaine*, préc., §§ 80-82.

[1177] Outre la jurisprudence citée dans ces développements, v. Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, *Mort illégale de réfugiés et de migrants*, préc., § 22 ; Groupe d'expert créé par la résolution 1973 (2011) du Conseil de sécurité, Rapport final, 1er juin 2017, doc. N.U., S/2017/466, §§ 104-105, rapporte des violences (exécutions, tortures, privation de nourriture, esclavagisme) sur des migrants impliquant des agents libyens, notamment des garde-côtes ayant sabordé des bateaux de migrants par arme à feu (§ 105) ; Lettre conjointe à l'Arabie saoudite du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, du Groupe de travail sur la détention arbitraire, du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, du Rapporteur spécial sur la traite des êtres humains, du Rapporteur spécial sur la violence contre les femmes et les filles, et du Groupe de travail sur la discrimination contre les femmes et les filles, doc. AL SAU 9/2022, 3 octobre 2022 (allégations de la tuerie de plusieurs centaines de migrants à coup d'artillerie et de calibres légers par les forces saoudiennes (pp. 1-3), qui ferait partie d'une politique systématique du Gouvernement saoudien envers les migrants à la frontière avec le Yémen (p. 4), information relayée *in* Fleury Graff (Th.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 127 (2023), pp. 863-864, et niée par l'Arabie saoudite qui affirme respecter les droits de l'homme dans le contrôle de sa frontière (réponse adressée au Comité des droits de l'homme, réf. 413/1827)

[1178] Cette lecture de la frontière est-allemande comme cas limite est suggérée par Forteau (M.), « Le statut des territoires sur lesquels se trouvent les murs », *in* Sorel (J.-M.) (dir.), *Les Murs et le droit international*, Paris, Pedone, Coll. « Cahiers internationaux », 2010, 202 p., pp. 91-115, pp. 113-115.

[1179] C.E.D.H., 2001 (22 mars), *K.-H.W. c. Allemagne*, req. n° 37201/97, § 13 et *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, préc., §§ 14-15 (restituent le droit interne de l'époque).

ordre de recours à la force à l'appui –, sans grande distinction, de tout individu franchissant illégalement la frontière. La saisie de la situation par les droits de l'homme n'a eu lieu que rétrospectivement, par la poursuite de certains garde-frontières après la réunification. Le juge allemand les accusa d'avoir appliqué un droit qui contenait « un fait justificatif qui plaçait l'interdiction de franchir la frontière au-dessus du droit à la vie » et « méconn[aissait] de manière flagrante et insupportable les principes élémentaires de justice et la protection internationale des droits de l'homme »[1180]. Ce droit inhumain aurait donc dû être contourné et même rejeté. Toujours selon le juge allemand, ce droit meurtrier ne saurait en tout cas justifier le contrôle frontalier qui l'a appliqué, et ce en dépit du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale car celui-ci étant fondé sur l'État de droit, il s'efface devant un régime « violant (…) gravement les droits de l'homme reconnus généralement par la communauté internationale », un régime « à ce point contraire à la justice qu'il ne peut survivre qu'aussi longtemps que subsiste *de facto* l'autorité étatique qui en est responsable »[1181]. Saisie de recours des anciens garde-frontières condamnés et alléguant une violation du principe de non-rétroactivité, la Cour européenne des droits de l'homme conclut qu'il n'avait pas été méconnu. D'abord, car le droit à la vie figurait formellement dans le droit interne de la R.D.A.[1182], bien que sa négligence eut été encouragée par les autorités selon une pratique qui, elle, ne saurait être qualifiée de « droit »[1183]. Mais surtout, la Cour souligna que le droit international des droits de l'homme prévoit et prévoyait déjà au moment des faits que « le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme »[1184]. En conséquence, la République démocratique allemande existerait-elle encore, elle « serait responsable des actions en cause du point de vue du droit international »[1185], et les individus y ayant participé ne sauraient bénéficier d'une protection de leurs actes par le

---

[1180] C.E.D.H., 2001 (22 mars), *K.-H.W. c. Allemagne*, préc., § 18 (se référant à l'arrêt de la Cour fédérale de justice en l'affaire ; un autre arrêt de cette juridiction dans le même sens et sur la même situation peut être trouvé *in I.L.R.,* vol. 100, pp. 366-393 (Federal Republic of Germany, Federal Supreme Court (BGH), 1992 (3 nov.), *Border Guards Prosecution Case* (Case No 5 StR 370/92)).

[1181] C.E.D.H., 2001 (22 mars), *K.-H.W. c. Allemagne*, préc., § 20 et *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, préc., § 22 (reproduisent l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale sur l'affaire, qui compare ensuite la situation à celle du jugement *a posteriori* d'actes commis sous l'empire du droit nazi).

[1182] C.E.D.H., 2001 (22 mars), *K.-H.W. c. Allemagne*, préc., §§ 66-88.

[1183] *Ibid.*, § 90 et *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, préc., § 87 : « La Cour considère qu'une pratique étatique telle que celle de la RDA relative à la surveillance de la frontière, qui méconnaît de manière flagrante les droits fondamentaux et surtout le droit à la vie, valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international, ne saurait être protégée par l'article 7 § 1 de la Convention. Cette pratique, qui a vidé de sa substance la législation sur laquelle elle était censée se fonder, et qui était imposée à tous les organes de l'État y compris ses organes judiciaires, ne saurait être qualifiée de « droit » au sens de l'article 7 de la Convention. »

[1184] C.E.D.H., 2001 (22 mars), *K.-H.W. c. Allemagne*, préc., § 96.

[1185] *Ibid.*, § 103, et *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, préc., § 104.

droit international, étant même possiblement coupables de crimes contre l'humanité selon d'autres règles et devant d'autres juridictions[1186].

280. On mesure ainsi l'ampleur salutaire des limites qui sont aujourd'hui posées au contrôle frontalier par le développement du droit international substantiel.

[1186] C.E.D.H., 2001 (22 mars), *K.-H.W. c. Allemagne*, préc., § 106 et *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, préc., § 106, et opinion concordante du juge Loucaides, pp. 40-42 (sous *K.-H.W.*) et pp. 42-44 (sous *Streletz*).

Conclusion du chapitre

281. En faisant face au contrôle frontalier établi dans son seul fondement étatique par le précédent titre, l'Autre a ici complété et donné l'ampleur de la relation qui peut lier le contrôle en lui opposant un intérêt juridiquement protégé. Le territoire sous emprise est aussi saisi par le droit international comme espace de réalisation de tels intérêts : le contrôle qui incarne le premier aspect se voit opposer le second, qui le modère.

282. À l'emprise s'oppose ainsi le mouvement, dans une tension que l'on peut dire inhérente à la substance du droit international dans la mesure où elle parcourait déjà les écrits des fondateurs. La circulation internationale trouve en effet ses premières conceptualisations juridiques dans une pensée fondatrice lancée par le *ius communicationis* de Vitoria, où elle est à la fois rattachée à la sociabilité naturelle des êtres humains, qui suppose leur circulation, et à la communauté primitive de l'espace terrestre, qui rend les frontières secondaires. Ainsi la libre circulation a-t-elle été établie comme principe par la pensée internationaliste des origines, mais elle y apparaît finalement empêtrée dans une pensée jusnaturaliste qui ne permet pas de l'arbitrer avec son opposé dialectique, l'emprise territoriale défendue par la conservation de l'État. La pensée classique a ainsi pu éclairer les termes de la réflexion mais s'est épuisée dans la question de leur confrontation, faute de situer la circulation dans les intérêts protégés par le droit positif ce qui permet de les articuler à l'État qui les a reconnus.

283. Il a alors fallu plonger dans ce droit international positif, contemporain, où *le* mouvement n'est protégé qu'à travers *des* mouvements, par un faisceau d'intérêts dont la réalisation se heurte à la frontière et permet de s'opposer à son contrôle. Par les différentes protections de la circulation et du contenu du flux, couvrant à la fois le commerce entre les États, avec par exemple l'accès au siège de l'organisation internationale ou le libre-échange de marchandises, et le développement des individus, supposant notamment le droit de quitter tout pays et l'accès libre à l'information, le visage de l'Autre circulant reconnu par le droit international a été tracé à grands traits. Autant de traits qui s'opposent au contrôle et à la liberté pratique de l'État qui n'est décidément, et au moins à tous ces égards, pas seul.

284. La puissance du contrôle frontalier est ainsi limitée par l'altérité qui lui fait face, d'autres intérêts que ceux de l'État territorial étant protégés par le droit international. Celui-ci montre ainsi sa capacité à reconnaître et protéger la diversité qui compose la société internationale à côté des emprises territoriales. Il s'agit enfin d'éprouver sa capacité à assurer la *coexistence* effective de cette diversité, ce qui suppose que le droit international soit apte à articuler les différents intérêts qui la composent, sans quoi ceux-ci s'entre-détruiraient en se rencontrant à

la frontière dont le contrôle serait, en dépit de la protection de l'Autre, encore réduit à la force quant à la réponse pratique à apporter aux flux.

Chapitre 2. L'articulation des intérêts opposés dans le contrôle des frontières

285. L'étude a désormais posé les deux « notions juridiques fondamentales » du problème du contrôle frontalier[1187]. D'un côté, l'intérêt défendu par l'État territorial, qui exerce le contrôle frontalier fort de sa souveraineté. De l'autre, les intérêts tiers, que le droit protège et dont la réalisation suppose que le contrôle les respecte. Ces deux côtés font les deux faces du territoire entre lesquelles il oscille, à la fois sous emprise souveraine et espace de réalisation d'intérêts internationalement protégés. Nous arrivons ici au point où ces deux intérêts protégés entrent en contact, et où en conséquence la relation juridique est constituée au sein du contrôle qui est manié par l'État mais doit respecter le tiers. Le droit international protégeant simultanément ces intérêts divergents, il doit bien les limiter car « tout droit a pour but d'assurer la coexistence d'intérêts dignes de protection légale »[1188], or ici ces intérêts « forment les deux données constantes du problème : on peut modifier leurs rapports, mais il ne saurait être question de sacrifier complètement l'u[n] à l'autre. »[1189] Pour que la relation entre intérêts soit viable, la modération du contrôle est nécessaire.

286. Encore faut-il que cette modération puisse être opérée. Or pour l'heure, nous avons établi une relation exigeant la modération, mais point comment « *[r]éaliser* en un juste équilibre la conciliation de ces principes naturellement antagonistes ». Encore faut-il, en d'autres termes, articuler les intérêts entre eux pour éviter leur destruction mutuelle en pratique. C'est là qu'aboutit « la tâche du droit international »[1190]. La seconde partie de cette étude connaîtra de cas où le régime juridique évite cette difficile question en protégeant l'intérêt tiers de manière telle qu'il s'impose à l'État, ne souffrant aucune exception voire dérogation, ce qui résout la confrontation par la détermination du contrôle frontalier qui n'a d'autre choix que de céder. C'est toutefois là un cas limite dû au développement du droit international, et la configuration de celui-ci voit bien plutôt le tiers s'opposer à l'État qui conserve un pouvoir et une marge de décision. Il y a alors une indétermination qui appelle l'articulation sans laquelle la modération serait inopérante : deux intérêts s'opposent, et tant leur régime juridique que la large absence de hiérarchie normative en droit international font qu'on ne peut donner une solution *a priori* par l'imposition juridique de l'un sur l'autre. La protection simultanée est garantie, mais sa

---

[1187] Visscher (Ch. de), *Le droit international des communications*, *op. cit.*, p. 6, s'agissant de la protection de la souveraineté et de la libre circulation.
[1188] S.A., 1925 (1er mai), *Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, *R.S.A.*, vol. II, pp. 615-742, p. 640.
[1189] Visscher (Ch. de), *Le droit international des communications*, *op. cit.*, p. 7.
[1190] *Loc. cit.* pour cette citation et celle qui la précède (nous soulignons).

tension encore irrésoluble. Resterait alors en pratique la solution de la force qui imposera sa vue, où l'on retrouve les difficultés auxquelles nous avaient laissé les fondateurs du droit international en protégeant le mouvement de manière générale sans le doter d'un mécanisme d'articulation opératoire[1191].

287. La dernière étape de la possibilité de modérer le contrôle frontalier en droit international se situe dans un tel mécanisme. Il faut articuler les subjectivités dans l'*inter*subjectivité née du contact à la frontière, sans quoi le contrôle frontalier ne trouverait pas de solution à son problème pratique. Autrement dit, la relation au contrôle frontalier a été établie, mais il faut maintenant la rendre viable. La rationalité du droit international consistant « précisément dans sa prise en compte à la fois du moi et de l'autre, en l'essentielle "altérité" de la règle juridique, qui régit toujours un rapport social »[1192], il en va aussi, et à cet égard, de la viabilité d'un droit international *en action*. En contient-il la clef ?

288. Pour répondre, il conviendra dans un premier temps d'établir le fondement d'un tel mécanisme, c'est-à-dire ce qui, en droit international, le rend *nécessaire*. En effet, les régimes juridiques qui encadrent le contrôle frontalier sont plus ou moins développés, de la primitivité du régime de l'assistance humanitaire à la sophistication de celui du libre-échange, de sorte qu'il convient de chercher une exigence *minimale* en ce sens avant de plonger dans la réponse fournie donnée par tel régime. Que répondre, en d'autres termes, *dès qu'*un intérêt protégé fait face au contrôle frontalier, indépendamment de l'élaboration que la réponse peut *ensuite* trouver dans le régime applicable ? Trouver la nécessité d'un mécanisme d'articulation en droit positif permet de garantir ladite articulation, et dans le même temps de fournir au contrôle frontalier une solution minimale à son problème pratique. Il faudra alors s'intéresser à l'arbitraire, car là où l'absence d'articulation laisserait possible une solution destructrice de l'intérêt tiers par le contrôle frontalier, cette possibilité est rejetée par la prohibition de l'arbitraire, dès lors, et par cela seul, que cet intérêt est juridiquement protégé. En tant qu'elle exprime une protection minimale garantie à l'intérêt tiers, la prohibition de l'arbitraire fournit ainsi le fondement de

---

[1191] Cela a été défendu *supra*, aux paragraphes 229-232. C'est aussi ce que Mérignhac opposait à Pillet et sa « loi du moindre sacrifice » (Pillet (A.), *Recherches sur les droits fondamentaux des États…*, *op. cit.*, pp. 41-42), selon laquelle en cas d'opposition entre intérêts contraires, l'État doit sacrifier le sien s'il subit le moins de tort. Selon Mérignhac, cela revient, faute de règle précise, à laisser la pesée des intérêts aux États qui immanquablement privilégieront le leur (Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, t. I, *op. cit.*, pp. 167-168, « ce serait la volonté prépondérante de quelques États principaux qui jugerait en dernière analyse »).

[1192] Kolb (R.), *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 295, note 463, à propos du nationalisme qui par contraste « se distingue par son caractère essentiellement irrationnel et par l'exaltation du moi isolé. De là une tension avec l'idée du droit : le "moi" radical s'oppose à l'altérité ; la singularité à la règle ; l'unilatéralisme à la réciprocité » (p. 295).

l'exigence de l'articulation du contrôle frontalier (section 1). C'est sur la base de ce fondement que le second temps de la réflexion devra chercher l'*opérabilité* de l'articulation ainsi exigée. Cette articulation réagissant à la prohibition de l'arbitraire, il est naturel qu'elle y trouve les éléments de son fonctionnement, en ce sens qu'elle est constituée par l'encadrement de ce qui rendrait le contrôle frontalier arbitraire (section 2).

Section 1. L'articulation du contrôle frontalier exigée par la prohibition de l'arbitraire

289. La notion d'arbitraire permet d'éclairer les exigences minimales de la réglementation du contrôle frontalier car elle en est un négatif : l'arbitraire est l'anti-droit, ce qui est profondément antinomique au droit et doit donc être prohibé dès qu'une relation juridique est établie. À ce titre, il donne à voir l'exigence d'équilibre entre les intérêts dans le contrôle frontalier réglementé (§ 1), exigence confirmée par la nécessité d'articulation qu'exprime la prohibition de l'arbitraire dans la règlementation du contrôle frontalier (§ 2).

§ 1. La notion d'arbitraire, négatif de l'équilibre des intérêts dans le contrôle frontalier

290. Comme il a été annoncé, l'arbitraire est une notion définie négativement par rapport au droit et donc à la règlementation du contrôle frontalier, de sorte que son étude se retrouve dans un jeu de miroir où le droit définit le non-droit et inversement. Comme la définition négative d'une notion suppose la compréhension de ce à quoi elle s'oppose, le propos sera mieux compris en commençant par une caractéristique fondamentale de la règlementation du contrôle frontalier, à savoir la recherche d'un équilibre (A). Ce n'est qu'une fois cette caractéristique établie qu'elle pourra être perçue comme exigence nécessaire de cette règlementation, dès lors que l'arbitraire brise cette recherche et que celui-ci est l'anti-règlementation (B).

A. La recherche d'un équilibre par la réglementation du contrôle frontalier

291. La recherche d'un équilibre par la réglementation du contrôle frontalier paraît inhérente à la relation juridique, dont on a dit la place constitutive qu'elle occupe selon nous pour le droit et donc pour la saisie juridique du contrôle (1). Un peu théorique, cet élément est appuyé par sa formulation pratique dans les régimes juridiques qui participent de cette réglementation (2).

1. Une recherche inhérente à la relation juridique du contrôle frontalier

292. Nous avons ouvert ce chapitre par l'idée que dès lors que le droit international protège également deux intérêts qui se confrontent à la frontière, l'un prétendant la franchir et l'autre la fermer, il doit modérer le contrôle frontalier et donc chercher à établir un certain équilibre entre ces intérêts. Cela ne présume en rien que le droit international trouve *le bon* équilibre, ce qui

relève du jugement de chacun[1193]. Plutôt, le droit international est ici présumé chercher *un* équilibre, qui donne à chaque intérêt son juste poids et au moins la considération requise par sa protection juridique.

293. Cette recherche est soutenue par le maintien de l'altérité, qui constitue la raison d'être du droit au sens où celui-ci porte sur la *co*existence d'intérêts multiples où le sujet de droit ne peut être compris que dans sa situation juridique vis-à-vis d'autrui[1194]. Autrement dit, le droit international ne saisit le contrôle frontalier que lorsqu'un intérêt tiers juridiquement protégé lui fait face. Dès lors que cette coexistence des intérêts se traduit par leur protection *simultanée*, la recherche d'équilibre est traduite en une nécessité logique de non-contradiction, ou exigence rationnelle de cohérence, selon laquelle le droit ne peut pas à la fois protéger certains intérêts et admettre indifféremment leur « destruction ». Ce dernier terme, justement fort, est ainsi employé comme ligne rouge par le Pacte international sur les droits civils et politiques, dont la protection des migrations envers le contrôle frontalier est essentielle[1195]. Une fois saisi par le droit, le contrôle frontalier est donc enjoint par une « nécessité de concilier les intérêts variés »[1196], car « [l]e droit ne peut être l'amplification d'une unilatéralité ; c'est nécessairement une mesure d'ajustement de conflits qu'il doit considérer dans leur bi- ou multilatéralité ; le droit est toujours tourné vers l'autre »[1197]. Partant, la recherche *a priori* d'un équilibre dans le contrôle frontalier réside dans le fondement même du droit international qui l'encadre. Peut-être plus précisément, et honnêtement, elle réside dans une certaine compréhension de ce droit. En effet, loin de concevoir le droit comme instrument unilatéral de domination[1198], nous

---

[1193] V. par ex. les votes de rejet du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, opposés par certains États alléguant qu'il « n'instaure pas le bon équilibre » (États-Unis d'Amérique) ou « ne crée pas l'équilibre nécessaire qui répondrait à nos préoccupations » (Singapour) (doc. N.U., A/73/PV.60, Assemblée générale, Soixante-treizième session, 60e séance plénière, Mercredi 19 décembre 2018, respectivement pp. 9 et 15).

[1194] Nous bâtissons ici sur les acquis de l'introduction, III).

[1195] Plus précisément, le Pacte emploie l'expression pour disposer que rien en son sein ne peut être utilisé pour alléguer « un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte » (art. 5 § 1).

[1196] C.I.J., 2010 (20 avr.), *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *C.I.J. Rec.* 2010, p. 74, § 177 (à propos de l'opposition d'intérêts de deux États riverains dans un contexte transfrontière).

[1197] Kolb (R.), *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, p. 455. Dans le même sens, Oppetit écrit que le droit « est d'essence relationnelle : il doit respecter la liberté et les intérêts de chacun » (*Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, xii-156 p., p. 142), ce dont Roubier tire l'impossibilité d'un droit absolu, négatrice de l' « harmonie des droits » que suppose tout ordre juridique (*Théorie générale du droit*, *op. cit.*, pp. 281-282, l'affirmation étant à nuancer au vu de droits absolus comme celui de l'individu de ne pas subir la torture et donc de ne pas être refoulé). En pratique, la Cour internationale de Justice note par exemple que l'utilisation des eaux d'un fleuve « ne pourrait être jugée équitable et raisonnable [au sens juridique de ces termes, découlant de l'application d'un traité,] *s'il n'était pas tenu compte des intérêts de l'autre* État riverain (…) » (2010 (20 avr.), *Usines de pâte à papier…*, préc., p. 75, § 177 (nous soulignons)).

[1198] Leben (Ch.), « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *Droits*, n° 11 (1990), pp. 35-40, p. 37, souligne dans ce sens la distinction essentielle à ses yeux « entre un système juridique véritable et ce [qu'il

maintenons ici et tirons les conséquences d'une compréhension du droit international comme relationnel, qui « sous-tend notre réflexion et notre pratique juridiques »[1199]. Il faut donc encore étayer cette position par le contenu en droit positif de la réglementation du contrôle frontalier, dont dépend la valeur heuristique de la position défendue.

2. Une recherche exprimée par la réglementation du contrôle frontalier

294. La recherche d'équilibre qui vient d'être située au fondement de la réglementation du contrôle frontalier se trouve exprimée par les grands régimes qui la composent : le droit international du commerce, les droits de l'homme, et jusqu'aux relations interétatiques elles-mêmes.

295. Le droit international du commerce, d'abord, est imprégné d'une recherche d'équilibre entre intérêts divergents, certes interne au système commercial multilatéral et dans cette mesure biaisée par l'objectif du libre-échange[1200]. La réserve est importante car elle fait de l'équilibre un « fragile compromis entre un matérialisme dominant et des tempéraments plus ou moins durables »[1201], et il convient de renvoyer à la doctrine spécialisée quant à l'idée d'un équilibre général décentré du libre-échange[1202]. Sous cette réserve, donc, la recherche d'équilibre est essentiellement contenue dans le droit international du commerce en ce qu'il voit les relations commerciales comme un *moyen* en vue de l'accomplissement de divers intérêts également souhaitables[1203]. En conséquence le libre-échange peut heurter des intérêts qui le dépassent, et

---

appelle] un *système de commandements* qui ne remplit effectivement que la fonction de transmission de la violence brute des gouvernants » (italiques de Leben).

[1199] Leben (Ch.), « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *op. cit.*, p. 35, évoquait pour le choix d'une définition du droit le besoin d' « afficher ouvertement quelles sont nos convictions personnelles (…) qui commandent pour nous notre définition *préférée* du droit, peut-être pas la meilleure mais celle qui sous-tend notre réflexion et notre pratique juridiques. »

[1200] Guèvremont (V.), *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2013, Coll. « Mondialisation et droit international », xi-640 p., pp. 157-158. L'Organe d'appel de l'O.R.D. se défend toutefois de verser dans une sorte de favoritisme libéral, affirmant que la volonté de maintenir le système commercial multilatéral est « forcément un principe fondamental et constant qui sous-tend l'Accord sur l'OMC », mais n'est « ni un droit ni une obligation, ni une règle d'interprétation pouvant être utilisée pour évaluer une mesure donnée au regard du texte introductif de l'article XX » (1998 (12 oct.), *États-Unis – Crevettes*, préc., § 116).

[1201] Oppetit (Br.), « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », *in Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, xxvi-790 p., pp. 309-319, p. 319, qui ajoute que « le droit moderne tend à instaurer une *conciliation* plus qu'une *subordination*, ou une *hiérarchisation*, entre les intérêts du commerce international et les intérêts non économiques, entre les valeurs utilitaristes et les valeurs non patrimoniales » (souligné par l'auteur). Couveinhes-Matsumoto (Fl.), *Droit international économique*, *op. cit.*, souligne sur ce point la pesanteur du système commercial multilatéral pour les mesures écologiques (pp. 231-253) et sociales (pp. 369-370) qui peinent à remplir les exigences élevées qui leur y sont posées.

[1202] V. not. l'ouvrage de Guèvremont (V.), *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, *op. cit.*, qui parle à cet égard d'un « défi majeur » (p. 162), notamment les chapitres 3 et 4 de la Partie 2 qui dressent l'épure prospective d'une évolution de l'O.M.C. dans cette optique.

[1203] Le préambule du G.A.T.T. pose d'abord l'objectif de l'élévation du niveau de vie et du plein emploi avec la vitalité du commerce (al. 2), ce à quoi l'Accord instituant l'O.M.C. ajoute la préservation de l'environnement et

sa réglementation suppose l'équilibre entre ces intérêts dès lors qu'ils peuvent entrer en conflit, ce que le système commercial multilatéral traduit par des « mécanismes de flexibilité »[1204]. Le contrôle frontalier est le lieu de cet équilibre en pratique, où s'opposent la défense d'un territoire-marché, auquel il faut accéder, et celle d'un territoire participant d'autres intérêts comme la santé (phyto)sanitaire de sa population ou la protection de la nature.

296. Le droit international des droits de l'homme, ensuite, « implique (…) un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers »[1205]. L'affirmation est classique et constante pour tous les droits relatifs, opposés au pouvoir étatique qui les limite en

---

l'objectif de développement durable (préambule, al. 2). Comme le note Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*, *op. cit.*, p. 288, « cette relation de moyen à fin, et donc de subordination du libre-échange à certains objectifs keynésiens énoncés dans le préambule, est importante en son principe car elle laisse une possibilité d'aménagement des règles commerciales et douanières au vu de l'évolution des circonstances internationales et de ce qui est nécessaire au bien-être et au plein emploi – les deux préambules étant pris en compte dans l'interprétation juridique des dispositions des Accords ». Le constat de l'auteur est cependant nuancé au vu de l'occultation de l'équilibre par la marche implacable du profit comme fin en soi (p. 289). Dans un sens similaire, v. Guèvremont (V.), *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, *op. cit.*, pp. 157-163. Dans la pratique de l'O.M.C., v. par exemple l'énoncé de l'Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (30 janv.), *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/AB/R (aussi WT/DS395/AB/R et WT/DS398/AB/R), § 306 : son préambule montre que « l'Accord sur l'OMC, dans son ensemble, reflète l'équilibre établi par les Membres de l'OMC entre les considérations d'ordre commercial et celles autres que d'ordre commercial ».

[1204] V. Rosso (C.), *Les mécanismes de flexibilité dans le droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 637 p., qui en dresse un catalogue, spéc. pp. 29 s. sur la notion de « mécanismes de flexibilité », qui n'est pas juridique mais constitue un « outil méthodologique (p. 29) désignant les « clauses échappatoires » du droit de l'O.M.C. (p. 32). Ces mécanismes tendent à rechercher un équilibre entre le droit d'un Membre de les employer et le droit des autres au respect du libre-échange, comme cela est constamment exprimé par l'Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.), *États-Unis – Crevettes*, préc., § 156 ; Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (22 mai), *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400/AB/R et WT/DS401/AB/R, § 5.297 (répété ensuite dans le raisonnement de l'Organe) ; Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (4 avr.), *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/AB/R, § 96 (à propos de l'Accord O.T.C., similaire sur ce point au G.A.T.T.).

[1205] C.E.D.H., 1968 (23 juil.), *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au principal)*, req. n° 1474/62 et a., I) B) § 5, p. 29. Contrairement au droit de l'O.M.C., l'idée d'équilibre se trouve moins dans les préambules des conventions de droits de l'homme car ils insistent sur la protection plus que sur la limitation de l'être humain. Il y en a tout de même un aperçu dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, lorsqu'elle établit que « la jouissance des droits et libertés implique l'accomplissement des devoirs de chacun » (préambule, al. 6).

retour[1206]. Ainsi la protection des droits de quitter tout territoire, au retour[1207], à la vie[1208] et le regroupement familial[1209] exige-t-elle la recherche d'un équilibre avec les intérêts défendus par le pouvoir de contrôle frontalier.

297. Les exemples d'une recherche d'équilibre par les réglementations du contrôle frontalier pourraient ici être multipliés à l'envi[1210], et il convient pour finir d'étudier l'expression fondamentale que cette recherche trouve au niveau des relations interétatiques, où les souverainetés se heurtent directement par le mouvement et par l'emprise. En l'absence de régimes sophistiqués, la configuration élémentaire du droit international est alors nettement visible. C'est l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* qui donne à voir cela, où l'effectivité de la souveraineté du Portugal sur des territoires enclavés supposait la circulation à travers le contrôle frontalier de l'Inde. Dans une déclaration sous l'arrêt de la Cour internationale de Justice, Basdevant écrivit ceci :

> « [D]ans le cas présent, deux souverainetés territoriales, reconnues de part et d'autre, sont en présence. Un devoir de respect mutuel s'impose à elles. Le problème est de définir et de préciser au regard des faits critiqués par le Portugal la portée de ce devoir, de le faire pour le cas d'espèce en tenant compte aussi exactement que possible des droits de chacune

---

[1206] La difficile coexistence des droits de l'homme est ainsi notée par Mourgeon (J.), *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, Coll. « Que Sais-Je ? », 8e éd., 2003, 127 p., p. 9, qui situe ensuite leur « problématique » dans leur relation avec le Pouvoir, dont l'être humain a besoin en même temps qu'il le craint (pp. 10-14), avant de placer la « politique des droits de l'homme » dans une « dualité de tendances majeures et simultanées : la tendance de la revendication des droits à l'encontre du Pouvoir, et la tendance à l'organisation des droits par le Pouvoir », et de la formuler en conséquence comme « une tentative permanente de combinaison des tendances antagonistes à la revendication des droits et à l'organisation des droits, des besoins simultanés et contraires de liberté et de Pouvoir », « effort constant de coexistence de la personne et du Pouvoir » (pp. 17-18).

[1207] Pour les droits de quitter tout territoire et au retour, v. Hannum (H.), *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, *op. cit.*, pp. 4-6, et C.E.D.H., 2006 (23 mai), *Riener c. Bulgarie*, req. n° 46343/99, § 109.

[1208] Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, *Rapport sur la protection du droit à la vie dans le contexte des opérations de maintien de l'ordre*, préc., § 65.

[1209] C.E.D.H., 2014 (3 oct.), *Jeunesse c. Pays-Bas*, préc., § 106, repris notamment par C.E.D.H., 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, req. n° 6697/18, § 132.

[1210] V. encore en matière sanitaire, Pooter (H. de), *Le droit international face aux pandémies : vers un système de sécurité sanitaire collective ?*, Paris, Pedone, 2015, xiii-562 p., p. 19-20 : « Les pandémies mettent donc la sécurité de l'État et la liberté des échanges en conflit puisque la protection de la première peut conduire à porter atteinte à la seconde et vice-versa. S'ils cloisonnent leurs frontières afin de garantir leur sécurité face à une pandémie, les États portent atteinte à la liberté des échanges. Inversement, l'ouverture des frontières s'accompagne d'une augmentation du risque d'importation d'agents pathogènes portant atteinte à la sécurité de l'État. » Dès lors, les États ne peuvent sacrifier absolument une valeur au profit de l'autre : « Leur comportement doit nécessairement osciller entre ces deux valeurs, au plus proche de l'équilibre, lequel consisterait à porter un minimum d'atteinte aux échanges tout en garantissant une sécurité maximale à l'État ». Pour les circulations au sein de l'Union européenne, v. CJUE, 2022 (26 avr.), *NW contre Landespolizeidirektion Steiermark et Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, C-368/20 et C-369/20, point 72. Sur le droit de la mer, à propos de l'accès à la mer par les États sans littoral, v. Caflisch (L. C.), « Land-locked states and their access to and from the sea », *op. cit.*, spéc. p. 87). Sur le régime de passage de la valise diplomatique, v. C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., p. 21 § 1.

des Parties, sans exagérer, d'un côté, les besoins de la souveraineté portugaise sur les enclaves ni, de l'autre, ceux de la souveraineté indienne sur le territoire intermédiaire. La conciliation entre les exigences de ces deux souverainetés a été longtemps réalisée, compte tenu des particularités de l'espèce, par la pratique établie entre les Parties. »[1211]

298. La recherche d'équilibre, cette « conciliation », est bien la première exigence posée au droit international pour répondre aux conflits entre les intérêts qu'il protège. C'est là une exigence aussi banale[1212] qu'essentielle pour la réglementation du contrôle frontalier s'il doit être apte à faire de la frontière, lieu du conflit, un lieu d'harmonie. Cette exigence primordiale trouve son antagoniste dans l'arbitraire, qui brise *a priori* toute chance de la réaliser.

B. L'arbitraire en négatif de l'équilibre de la réglementation du contrôle frontalier

299. Assimilable à l'illicite sur le plan technique, l'arbitraire présente l'intérêt heuristique d'exprimer l'essence de l'illicéité dans le sens où non seulement contraire au droit international, il exprime son négatif, autrement dit ce que la réglementation du contrôle frontalier *n'est* fondamentalement *pas* (1). On comprend alors que la définition de l'arbitraire est dépendante de l'état du droit, et aussi est-il qualifié en fonction du développement de la réglementation du contrôle frontalier. La réglementation la plus développée donne ainsi à voir une prohibition exigeante de l'arbitraire, qui permet d'éclairer par analogie ce que pourrait impliquer une réglementation plus rudimentaire si elle venait à déployer son régime protecteur (2).

1. La définition de l'arbitraire en négatif de la réglementation du contrôle frontalier

300. Neutre ou péjoratif en théorie du droit[1213], l'arbitraire ne fait pas l'objet d'une définition générale en droit international[1214], ce qui peut soucier les États qui le rencontrent comme limite

---

[1211] Déclaration du juge Basdevant en l'affaire *Droit de passage sur territoire indien* (C.I.J., préc.), pp. 48-49.
[1212] Dans son opinion individuelle dans la même affaire, le juge Wellington Koo note lui que la situation « n'est pas (…), en droit international, un phénomène exceptionnel. Dans l'extrême complexité des rapports entre nations il est souvent impossible d'éviter qu'une situation de ce genre se crée. Mais le problème n'est pas insoluble non plus. Il exige seulement une adaptation et un accommodement. » (*Ibid.*, p. 66).
[1213] V. l'état doctrinal dressé par Goltzberg (St.), « À la recherche de l'arbitraire. Du droit à la sémiotique et retour », *Revue internationale de sémiotique juridique*, vol. 26 (2013), pp. 543-554, pp. 548-551, où l'acception neutre de l' « arbitraire » renvoie finalement à une part de liberté irréductible dans le droit, et par Desmoulins (Th.), *L'arbitraire, histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'antiquité à nos jours*, Th. Paris II, dir. Saint-Bonnet (Fr.), 2018, 628 p., *passim.*, qui souligne que l'acception péjorative est une altération du sens originellement neutre du terme, ayant trouvé une force de développement (critiquée) dans la doctrine de l'État de droit depuis ses prodromes anti-absolutistes.
[1214] Ni d'ailleurs en droit tout court, comme le souligne Desmoulins (Th.), *L'arbitraire, histoire et théorie*, *op. cit.*, p. 31.

fondamentale de leur contrôle frontalier et appellent ainsi à sa précision[1215]. Il n'est toutefois pas dénué de sens et, par une acception uniquement péjorative, exprime en droit international l'idée de la négation du droit, de ce qui lui est profondément antithétique. Il est, profondément, ce qui *n'est pas*, au vu de ce qui *doit être* en droit[1216]. Ce qui *n'est pas*, et donc informe sur ce qui *doit être*, pour la réglementation du contrôle frontalier[1217]. La Cour internationale de Justice a très bien exprimé cela en énonçant que « [l]'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi. (…) Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui *heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique* »[1218]. Partant, prohiber l'arbitraire « n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi »[1219], car tous deux se situent à ce niveau minimal sans lequel le droit est difficilement concevable et qui n'est autre que le respect *a priori* de l'intérêt tiers. En effet, la réglementation du contrôle frontalier étant faite de relations juridiques, la nier consiste en premier lieu à nier l'Autre qui fait la relation. Il n'y a pas de place pour l'intérêt tiers face à un contrôle frontalier arbitraire : celui-ci sort du droit, niant l'Autre dans un pur unilatéralisme,

---

[1215] Doc. N.U., A/CN.4/697, 17 mars 2016, *Huitième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe*, onze États et l'Union européenne expriment leur questionnement sur la teneur de la notion (p. 70, § 257, p. 72, § 265, et p. 73, § 268).

[1216] V. l'analyse de Goltzberg (St.), « À la recherche de l'arbitraire… », *op. cit.*, spéc. pp. 549-553, qui souligne en ayant principalement recours à la pensée de Perelman que l'arbitraire en théorie du droit a une fonction disqualifiante qui le prive d'un contenu positif, l'arbitraire étant ce qui *n'est pas* motivé, ce qui *n'est pas* juridiquement admissible. Dans une perspective tout autre, affranchie de la caractérisation péjorative de la notion l'opposant au droit, Desmoulins (Th.), *L'arbitraire, histoire et théorie*, *op. cit.* (spéc. pp. 32-35 pour de belles lignes exprimant la position de l'auteur, et pp. 73-83 pour son établissement), place l'arbitraire dans l'absence non de droit mais de règles, dans une étude très riche qu'il convient cependant d'isoler ici car fondamentalement étrangère à la présente, tant par son prisme historico-théorique (pp. 38-39) que par sa matière qui ignore totalement le droit international.

[1217] À propos d'une autre réglementation, mais au fond sur *toute* réglementation, v. C.I.J., 1948 (28 mai), *Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)* (avis), *C.I.J. Rec.* 1948, p. 63 : reconnaître aux Membres « un pouvoir discrétionnaire indéterminé et pratiquement sans limites dans l'exigence de conditions nouvelles », soit consacrer une volonté débridée, arbitraire, « serait *incompatible avec le caractère même d'une réglementation* qui (…) constitue clairement une réglementation juridique en matière d'admission d'États » (nous soulignons).

[1218] C.I.J., 1989 (20 juil.), *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie), C.I.J. Rec.* 1989, p. 76, § 128 (nous soulignons). Dans un sens similaire mais un peu plus faible, le *Dictionnaire Salmon* définit l'arbitraire comme le « [c]aractère d'une décision qui heurte les principes d'égalité et de justice, car elle ne peut être fondée sur aucun critère légal ou raisonnable et défie toute prévisibilité » (Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 78). Le droit international des droits de l'homme en définissant l'arbitraire avant tout comme ce qui est « inapproprié et injuste » (C.D.H., 1997 (3 avr.), *A. c. Australie*, CCPR/C/59/D/560/1993, § 9.2 ; C.D.H., 2014 (23 juil.), *Ilyasov c. Kazakhstan*, préc., § 7.4 (qui ajoute « imprévisible » et « contraire à la légalité »)).

[1219] Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.), *États-Unis – Crevettes*, préc., § 158. De même, la C.D.I. lie expressément la prohibition de l'arbitraire à l'obligation de bonne foi qui a « pour objet d'établir des limites admissibles à l'exercice des droits et du pouvoir discrétionnaire » (C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., p. 55). À son tour, la Cour internationale de Justice écarte implicitement l'arbitraire lorsqu'elle énonce que même un « très large pouvoir discrétionnaire (…) demeure soumis à l'obligation de bonne foi codifiée à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités » (*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, préc., p. 229, § 145).

ferme la frontière sans considération autre que son bon vouloir et ainsi « érod[e] ou *réduit] à néant* les droits (…) [des] autres »[1220]. En dernière conséquence, l'arbitraire est intrinsèquement injustifiable car il incarne l'injustifié. Une fois qualifiée, nulle possibilité de justifier par exemple la détention arbitraire de migrants, car « les arguments qu'un État pourrait invoquer pour déroger à l'interdiction sont déjà écartés par le critère de l'arbitraire lui-même »[1221].

301. L'arbitraire est donc ce dont la réglementation du contrôle frontalier doit s'éloigner en premier lieu, car il exprime ce que fondamentalement elle ne doit pas être. Là est son intérêt heuristique, et donc la valeur de la place qui lui est ici donnée, en quête de l'exigence d'articulation qui s'impose au contrôle frontalier *dès qu'*un intérêt protégé lui est opposé. À la réponse donnée en premier lieu par la recherche d'équilibre s'ajoute tout le poids de la condamnation de l'arbitraire. Non seulement la réglementation semblait bien devoir rechercher un équilibre, mais elle y est en outre nécessairement enjointe sous peine de tomber dans son négatif, l'arbitraire, qui nie la relation juridique et donc nie la recherche d'équilibre qui la permet. En exprimant l'anti-réglementation par la négation de la recherche d'équilibre, l'arbitraire confirme donc que la réglementation – quelle qu'elle soit – porte en elle une telle recherche. Mais encore faut-il préciser ce qui qualifie cet arbitraire. Où se situe le curseur du profondément anti-juridique, de l'anti-réglementation du contrôle frontalier ? Tout dépend de l'état de développement de cette réglementation.

2. La qualification évolutive de l'arbitraire selon l'état de la réglementation du contrôle frontalier

302. Comme l'arbitraire est entièrement défini par ce qu'essentiellement *n'est pas* la réglementation du contrôle frontalier, sa qualification dans un cas donné dépend de ce *qu'est*, essentiellement, la réglementation concernée à cet instant, selon les exigences élémentaires qui en ressortent. Autrement dit, le seuil de l'arbitraire varie en fonction du degré de développement de la protection de l'intérêt qui s'oppose au contrôle frontalier. Là où le contrôle frontalier sera fort susceptible d'arbitraire lorsqu'il entrave un intérêt finement protégé, assorti d'un

[1220] Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.), *États-Unis – Crevettes*, préc., § 156 (à propos de l'usage abusif des exceptions de l'article XX du G.A.T.T. ; nous soulignons).
[1221] Doc. N.U., A/HRC/22/44, 24 déc. 2012, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, § 48. Le Groupe du travail en conclut que l'interdiction de la détention arbitraire « constitue une norme de *jus cogens* » (§§ 51 et 79), mais il peut être considéré que l'impérativité relève davantage de la nécessité logique que de la consécration normative.

mécanisme d'articulation précis et nourri de jurisprudence, à l'instar du libre-échange[1222] ou du droit au retour[1223], cette qualification demandera un comportement plus manifestement négateur de l'intérêt tiers si la protection est moins équipée, l'État territorial disposant d'une plus grande marge de manœuvre dans l'imprécision du régime à l'instar de l'assistance humanitaire ou de l'accès à la mer. La qualification de l'arbitraire est donc variable, d'autant plus que sa généralité (comme corollaire négatif de toute protection juridique) empêche de l'enfermer dans une liste exhaustive de critères définis[1224], même si son contenu peut être identifié à grands traits comme le développera la prochaine section.

303. Pour l'heure, il importe de noter deux points pour la suite de l'étude. Le premier est que l'arbitraire est une notion unie, irriguant la réglementation du contrôle frontalier dans son ensemble comme étant son négatif, et partant est susceptible de contenir les mêmes éléments structurants, c'est-à-dire les éléments qui permettent de le cerner comme « anti-réglementation ». Mais le second point qui apparaît ici est que ces éléments ne se trouvent pleinement épanouis que dans les régimes particulièrement développés, droit du commerce et droits de l'homme en tête, qui ont précisé l'arbitraire à coup d'applications répétées d'un corpus normatif étoffé. C'est dans ces régimes que l'on trouve le seuil le plus haut de la protection des intérêts, et donc le seuil le plus bas de la qualification de l'arbitraire. Ces régimes montrent, en d'autres termes, jusqu'où peut aller l'exigence d'articulation imposée au contrôle frontalier par la prohibition de l'arbitraire. Tous les régimes qui font la réglementation du contrôle frontalier ne sont toutefois pas aussi développés, et la précision de la prohibition de l'arbitraire n'est donc pas applicables *de lege lata* à tous les régimes. Il reste toutefois que cette prohibition les marque tous. Faute de prétendre proposer un modèle de l'arbitraire applicable à tous les régimes, dont les exigences pour le contrôle frontalier seraient ainsi « révélées » sans plus de fondement en droit positif, il est ainsi possible de voir dans les développements de l'arbitraire une trame que sa commune prohibition peut suivre avec l'évolution de la réglementation du contrôle frontalier. Autrement dit, s'il ne semble « pas rare que des droits ou des valeurs se heurtent sans qu'aucune

---

[1222] V. not. le chapeau de l'article XX du G.A.T.T., qui use de l'arbitraire pour qualifier la discrimination qui vicie l'exception prétendant élever la frontière. La jurisprudence mobilisée dans la seconde section du présent chapitre montrera la forte élaboration du mécanisme qui développe l'arbitraire dans ce cadre.

[1223] L'art. 4 du Pacte international des droits civils et politiques stipule ainsi : « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». Là encore, la jurisprudence mobilisée dans la prochaine section montrera, comme pour d'autres intérêts protégés par les droits de l'homme, l'élaboration du mécanisme.

[1224] V. les différentes hypothèses soulevées par les membres de l'Institut de droit international relevées par Kolb (R.), « Commentaire article par article de la Résolution de Bruges 2003 sur l'assistance humanitaire », *op. cit.*, pp. 16-47, pp. 40-41, qui en conclut que « l'arbitraire est une clause générale qui permet à divers chefs d'interdiction de venir faire corps avec elle sans tomber dans l'ornière de l'exhaustivité, qui n'aurait pas sa place ici » (p. 41).

règle ait prévu comment les départager (…) »[1225], les régimes plus développés qui contiennent ce type de règle donnent à voir ce que *peut* devenir le mécanisme d'articulation de la réglementation lorsqu'elle en semble dépourvue.

304. Pour l'heure, la notion d'arbitraire est désormais posée comme fondement de l'exigence d'un tel mécanisme. Déjà largement entendue au vu de la charge négative de l'arbitraire, une réponse minimale peut dès lors être clairement donnée au contrôle frontalier qui se voit opposer, en pratique, n'importe quel intérêt protégé : l'arbitraire lui est prohibé.

§ 2. La prohibition de l'arbitraire, expression de l'équilibre entre intérêts dans le contrôle frontalier

305. L'arbitraire a été posé comme anti-droit de sorte que sa prohibition par toute réglementation du contrôle frontalier est d'ores et déjà admise. Il convient toutefois de renforcer le propos en soulignant que la valeur de cette prohibition est particulièrement nette dans les régimes peu développés, qui protègent un intérêt donné mais le laissent pour ainsi dire dépourvu de mécanisme d'articulation lorsqu'il se confronte au contrôle frontalier. En effet, l'inhérence de la prohibition de l'arbitraire à la relation juridique est confirmée dès lors qu'elle est présente dans la relation réduite à l'essentiel, dès qu'un intérêt s'oppose à un autre. Il y a bien là une réponse minimale au contrôle frontalier *dès que* celui-ci est pris dans une relation juridique. Cette traduction pratique des développements précédents trouve une expression dans la prohibition du refus arbitraire du passage illustrée par le régime de l'assistance humanitaire (A), et dans celle du refus de conclure un accord en vue du passage illustrée par le régime de l'accès à la mer (B).

A. La prohibition du refus arbitraire du passage de l'assistance humanitaire

306. La prohibition du refus arbitraire du passage trouve d'abord une application élémentaire lorsque deux souverainetés s'opposent, l'une ne pouvant nier et ainsi détruire les intérêts protégés de l'autre en raison du principe de l'égalité souveraine. Ce raisonnement généraliste fut toutefois omis dans l'affaire précitée du *Droit de passage sur territoire indien*, au profit d'une *lex specialis* dont la licéité même aurait dû être questionnée et confrontée à la prohibition de l'arbitraire[1226], première exigence du contrôle frontalier. Mais laissant là la controverse et

---

[1225] Virally (M.), *La pensée juridique (1960)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas – L.G.D.J., 2010, Coll. « Les introuvables », xli-225 p., pp. 170-171.

[1226] Le droit international général protégeant le droit de passage inclut dans l'existence même de la souveraineté qu'il conditionne, l'accord d'un tel droit aurait dû constituer une prémisse et non l'objet du raisonnement de la Cour qui aboutit à le nuancer au vu d'une pratique admise comme formatrice d'une coutume et non évaluée à l'aune du droit. Ainsi que le releva le juge Wellington Koo dans son opinion individuelle, « il existe pour l'une et

d'autres régimes de circulation plus spécifiques qui expriment également la prohibition de l'arbitraire comme exigence minimale de la protection d'un intérêt[1227], il convient de se concentrer sur le régime de l'assistance humanitaire[1228] pour trouver une illustration particulièrement nette du présent propos. En effet l'intérêt humanitaire est profondément ancré dans le droit international, mais son application pratique est peu précisée par le droit positif consacrant l'assistance. La prohibition de l'arbitraire y apparaît alors comme réponse minimale contraignant le contrôle frontalier, tant dans la structure du régime (1) que dans sa formulation (2).

1. La prohibition du refus arbitraire dans la structure du régime

307. S'agissant de l'assistance humanitaire, l'équilibre d'intérêts auquel enjoint la prohibition de l'arbitraire réside d'abord dans l'obligation qui fait pendant à la souveraineté territoriale : l'État est maître du territoire, mais aussi protecteur des personnes qui s'y

---

l'autre Partie à côté d'un droit une obligation – celle pour l'Inde d'accorder le passage et pour le Portugal de respecter les règles de procédure relatives à la demande d'autorisation de passage et à l'octroi de cette autorisation. (…) En d'autres termes, les droits et les obligations des deux Parties sont concomitants et corrélatifs » (*C.I.J. Rec.* 1960, p. 63). Partant, il faut suivre le juge Spender lorsqu'il note dans son opinion dissidente que l'Inde ne disposait pas d'un « pouvoir absolu et arbitraire de refuser ou de retirer son autorisation à tout moment » (*C.I.J. Rec.* 1960, p. 103). Au contraire, le droit d'accorder ou de refuser l'autorisation devait être interprété « non pas comme une discrétion absolue mais comme une discrétion contrôlable, dont l'usage doit être raisonnable et non pas capricieux, et [qui] doit être exercé en toute bonne foi » (*ibid.*, p. 107). Ainsi, s'agissant du passage, l'Inde « pouvait le soumettre à sa réglementation et à son contrôle ; elle ne pouvait l'empêcher ni le rendre nul ou illusoire » (*ibid.*, p. 110). Dans le même sens, le juge Wellington Koo considère qu'il y avait bien un droit coutumier de passage militaire en l'espèce, car l'exigence d'autorisation préalable n'était « qu'une mesure plus stricte de contrôle et de réglementation *et ne signifiait pas nécessairement que les Britanniques jugeaient pouvoir refuser cette autorisation à leur gré* et ne considéraient pas le Portugal comme habilité à exercer le passage » (*ibid.*, p. 62 (nous soulignons)). De même, le juge Armand-Lugon considère qu'il y avait un droit de passage, simplement soumis à une autorisation « qui n'était pas abandonnée au pouvoir discrétionnaire illimité du Gouvernement indien » (*ibid.*, p. 85). En conséquence, il conviendrait également d'écarter la piste de la distinction par types de flux *ratione materiae* (commercial, militaire…) retenue comme critère de l'octroi ou non du passage (*C.I.J. Rec.* 1960, pp. 40-43 ; le critère est jugé utilisable par Charpentier pour la recherche d'une coutume générale (« Le problème des enclaves », *in* S.F.D.I., *La frontière*, *op. cit.*, pp. 41-56, p. 45)), pour privilégier une approche d'évaluation de l'équilibre entre les intérêts conformément à l'exigence de proportionnalité contenue dans la prohibition de l'arbitraire (v. développements *infra*, section 2 § 2 B) du présent chapitre), le type de flux n'étant qu'un indice de degré d'atteinte aux intérêts. La solution perd certes en certitude mais elle gagne autant en souplesse, en conciliation et en conformité à l'ordre juridique international.

[1227] Ainsi en matière d'accès aux ressources génétiques dont la protection est très fruste dans la Convention sur la diversité biologique (établie *supra*, au paragraphe 252), les instruments nourrissant le régime posent dans le cadre de contrainte la prohibition de l'arbitraire dans l'appréciation de l'octroi d'accès (Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, doc. N.U. UNEP/CBD/COP/6/24 (décision VI/24 de la Conférence des Parties de la Convention sur la diversité biologique), II) C) c) ii) ; Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique, préc., art. 6 § 3 *litt.* b)), où elle est principalement structuré par l'exigence de fondement sur un droit clair et certain et le respect des objectifs de la Convention. Pour une formulation comme exigence minimale de la protection d'un droit conventionnel, v. C.I.J., 2009 (13 juil.), *Droits de navigation et droits connexes,* préc., § 86 (accord de principe entre les parties sur ce point).

[1228] L'assistance humanitaire a été établie *supra* comme intérêt juridiquement protégé s'opposant au contrôle frontalier, aux paragraphes 254-255.

trouvent[1229]. Par hypothèse, les intérêts sont mutuellement respectés car l'État apporte assistance à sa population, de sorte qu'il n'est pas possible en droit d'imposer une intervention extérieure à son contrôle frontalier. Cet équilibre est toutefois rompu dès que l'État territorial n'assure pas ou plus l'assistance humanitaire. Alors, l'intérêt humanitaire est mis en péril, et l'État territorial le nierait s'il venait à refuser absolument que toute aide extérieure franchisse sa frontière. C'est ce que lui rappelle l'intérêt humanitaire en s'opposant, en droit, à l'État fermant sa frontière : ce dernier est dans une *relation* juridique, caractérisée par « la double nature de la souveraineté, qui comporte à la fois des droits et des obligations », de sorte que « le droit de l'État touché de refusé une offre *n'est pas illimité* »[1230]. C'est en ce sens que la structure du régime donne à voir la prohibition de l'arbitraire, en ce qu'il repose sur un équilibre qui, une fois rompu, s'oppose à celui qui le rompt et lui interdit nécessairement la négation de l'intérêt tiers. Ainsi est préservé l'intérêt humanitaire, et ainsi seulement le régime aboutit-il, en réponse à la rupture du premier équilibre où l'État protège sa population, à « une conception équilibrée de la doctrine moderne de la souveraineté »[1231], à un « équilibre entre des intérêts et des valeurs contradictoires. »[1232] Partant, le régime ne saurait que formuler la prohibition de l'arbitraire comme exigence minimale et, ainsi, nécessaire, qui s'impose au contrôle frontalier.

2. La prohibition du refus arbitraire dans la formulation du régime

308. Le régime de l'aide humanitaire trouve son premier fondement textuel dans la prohibition seulement implicite du droit de Genève. Elle y est tirée de la protection de l'accès humanitaire, conjuguée au principe de l'effet utile qui commande qu'elle ne soit pas vidée de son sens[1233]. En effet si l'art. 70 § 1 du Protocole additionnel I soumet l'accès humanitaire à

[1229] C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., p. 48 ; Akande (D.) et Gillard (E.-Ch.), *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 11, § 10. Dans la doctrine, v. Schindler (D.), « Humanitarian assistance, humanitarian interference and international law », *Essays in honor of Wang Tieya*, Dordrecht, M. Nijhoff Publishers, 1993, pp. 689-701, p. 695. En conséquence, le devoir de l'État territorial de venir en aide à sa population au premier chef est solidement établi, v. doc. N.U., A/RES/43/131, 1989 (20 mars), *Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre*, préambule, al. 2 ; doc. N.U., A/RES/45/100, 1990 (14 déc.), *Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre*, § 2 ; doc. N.U., A/RES/46/182, 19 déc. 1991, *Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence de l'O.N.U.*, Annexe, I) § 4 ; doc. N.U., S/RES/2165 (2014), préambule, al. 12 ; doc. N.U., S/RES/2573 (2021), préambule, al. 4 ; C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., préambule (al. 5) et article 10 ; I.D.I., Résolution sur l'assistance humanitaire, préc., art. III § 1.

[1230] C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., p. 53.

[1231] Doc. N.U., A/CN.4/697, 17 mars 2016, *Huitième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe*, p. 68 § 251 (position du Chili).

[1232] *Loc. cit.* (position de la Colombie).

[1233] Akande (D.) et Gillard (E.-Ch.), *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 21, § 45.

« l'agrément des Parties concernées par ces actions de secours »[1234], le contrôle frontalier qui réside dans cet « agrément » est limité par l'art. 70 § 2 qui stipule que les États « autoriseront » le passage[1235]. Dans cette configuration où l'intérêt humanitaire est opposé au contrôle frontalier, le commentaire du régime en tire que la demande d'« agrément » faite au contrôle ne saurait couvrir les refus « arbitraires ou capricieux », mais seulement ceux fondés sur des motifs « valides »[1236]. Pareillement, l'article 18 § 2 du Protocole II soumet l'aide au « consentement de la Haute Partie contractante concernée »[1237], mais le contexte humanitaire de la disposition écarte là encore l'idée que cela puisse couvrir un refus arbitraire de l'État au vu des intérêts qui en seraient lésés[1238].

309. Cette architecture du régime, où le rejet arbitraire de l'aide est prohibé dès lors qu'elle véhicule un intérêt protégé, trouve une confirmation explicite dans les propositions normatives savantes qui saisissent et formulent sa logique sous-jacente. En ce sens, tout en subordonnant la fourniture de l'assistance extérieure au consentement de l'État touché, l'article 13 du projet de la Commission du droit international sur la protection des personnes en cas de catastrophe précise que ce consentement « ne saurait être refusé arbitrairement »[1239]. De même, l'Institut du droit international, en écho à une résolution qui déjà en 1989 indiquait que les États victimes de situations de détresse « ne refuseront pas arbitrairement » les offres de secours

---

[1234] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), préc., art. 70 § 1.

[1235] *Ibid.*, art. 70 § 2. Le paragraphe 2 de la disposition ne mentionne pas la condition de l'accord de l'État visé, mais impose que les Parties autoriseront et faciliteront le passage de l'aide fournie « conformément aux prescriptions de la présente Section », ce qui inclut l'agrément des Parties concernées protégé par le paragraphe 1 de la même disposition. Il peut, en première approche, en découler une contradiction, selon laquelle la protection du consentement étatique par le paragraphe 1 est illusoire, puisque ce consentement doit être donné selon le paragraphe 2. Une lecture conciliatrice réside dans la prohibition de l'arbitraire et la faveur pour l'accès que véhicule le texte : si l'aide est soumise à l'agrément des États (§ 1), celui-ci doit en principe être donné (§ 2). Le paragraphe 2 pose donc un principe de passage, qui ménage le consentement de l'État par renvoi au paragraphe 1 tout en le contraignant en donnant une direction humanitaire au régime établi. Ainsi les deux intérêts défendus par le régime établi sont préservés, au terme d'une harmonie et non d'une opposition irrésoluble. Cette lecture est également défendue par Akande (D.) et Gillard (E.-Ch.), *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 39-40, §§ 104-105.

[1236] Sandoz (Y.), Swinarski (Chr.) et Zimmermann (Br.) (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève – Dordrecht, C.I.C.R. – Martinus Nijhoff, 1986, xxxv-1647 p., p. 841, § 2805 (se référant à la position unanime sur ce point émise lors de l'élaboration du Protocole).

[1237] *R.T.N.U.*, vol. 1125, n° 17513, Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adopté à Genève le 8 juin 1977, art. 18 § 2.

[1238] Sandoz (Y.), Swinarski (Chr.) et Zimmermann (Br.) (dir.), *Commentaire des Protocoles…*, *op. cit.*, pp. 1501-1502, § 4885 (parle de l'absence de « pouvoir discrétionnaire d'appréciation » mais il s'agit plutôt de l'absence d'un pouvoir arbitraire de décision).

[1239] C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., art. 13 § 2.

humanitaire[1240], énonce dans une importante résolution de 2003 l'obligation des États affectés de « ne pas refuser de façon arbitraire et injustifiée une offre de bonne foi »[1241].

310. La pratique confirme enfin tout cela. Le refus arbitraire est fréquemment condamné par les États[1242], et sa prohibition activement soutenue par certains[1243] de sorte qu'elle peut être considérée comme étant communément admise[1244]. Très peu d'États opposent frontalement la souveraineté à l'accès humanitaire pour que la première puisse *absolument* s'opposer de manière licite au second[1245], et l'opposition à l'aide humanitaire est accompagnée de justifications[1246] qui témoignent encore de l'*opinio juris* sur la prohibition de l'arbitraire dont elles entendent se dédouaner[1247]. Sous tous ces aspects, la prohibition du refus arbitraire de

---

[1240] I.D.I., Résolution sur la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989 (Rapporteur : Sperduti (G.)), art. 5.
[1241] I.D.I., Résolution sur l'assistance humanitaire, préc., art. VIII § 1.
[1242] Parmi d'innombrables exemples, v. doc. N.U., S/PV.7216, 14 juillet 2014, s'agissant de la Syrie, l'Australie critique la « politique calculée de refus arbitraire des secours humanitaires » (p. 4), les États-Unis d'Amérique dénonce l'utilisation du déni de l'aide comme « une arme de plus dans son arsenal cruel et destructeur contre les zones contrôlées par l'opposition » (p. 7) ; Doc. N.U., S/PV.8822, 2021 (16 juillet), Norvège (p. 24) ; Doc. N.U., S/PV.9327, 2023 (23 mai), Malte (p. 12) ; Doc. N.U., S/PV.9327 (Resumption 1), 2023 (23 mai), Croatie (p. 12, au nom du « Groupe des Amis de la responsabilité de protéger » qui compte 55 États membres et l'Union européenne) ; Doc. N.U., S/RES/2417 (2018), § 6 et S/RES/2573 (2021), § 5, condamnation particulièrement informative sur l'état du droit dans la mesure où le Conseil de sécurité dans sa pratique estime *appliquer* le droit humanitaire et non *créer* des obligations *ad hoc*, comme cela appert d'une référence constante au droit international humanitaire et à l'importance de son respect, précisément traduite par l'injonction aux États de « s'acquitter de *l'obligation que leur impose le droit international humanitaire* de tout faire pour protéger les civils et faciliter le passage sans obstacle ni contretemps des secours » (doc. N.U., S/RES/1894 (2009), § 15 *litt.* a) ; nous soulignons).
[1243] Doc. N.U., A/CN.4/697, 17 mars 2016, *Huitième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe*, positions émises par le Chili, l'Autriche, le Royaume-Uni, l'Irlande, le Soudan et le Portugal (pp. 69-70, § 255), et par la Finlande, le Danemark, la Suède, la Norvège et l'Islande (p. 72, § 265).
[1244] *Ibid.*, p. 74, § 274, le rapporteur spécial relève que la disposition prohibant le refus arbitraire de l'aide humanitaire n'est pour ainsi dire pas contestée dans son principe.
[1245] Dans de récents procès-verbaux du Conseil de sécurité sur la question (doc. N.U., S/PV.9133, 15 sept. 2022 ; doc. N.U., S/PV.9327 et S/PV.9327 (Resumption 1), 2023 (23 mai), où plus de 80 États participèrent), aucun État ne supporte explicitement une telle thèse ni n'attaque l'aide humanitaire dans son principe. Seule une poignée d'États tendent à soutenir l'absoluité du consentement requis et à remettre en cause la positivité de la prohibition de l'arbitraire, parmi lesquels la Russie (doc. N.U., S/PV.8822, préc., p. 23 et doc. N.U., A/CN.4/697, 17 mars 2016, *Huitième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe*, p. 70, § 256), la Chine (*ibid.*, p. 70, § 256 ; Wu (X.), « Chinese practice in public international law : 2016 », *C.J.I.L.*, vol. 16 (2017), p. 595), et l'Australie (doc. N.U., A/CN.4/697, 17 mars 2016, *Huitième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe*, p. 72, § 263).
[1246] Accusé par l'Arménie d'effectuer un blocus dans le corridor de Latchine asphyxiant les habitants d'origine arménienne du Haut-Karabakh, l'Azerbaïdjan invoque d'abord sa souveraineté territoriale, son droit de créer un poste de contrôle frontalier comme exercice « d'un droit souverain indéniable de la République d'Azerbaïdjan, le même que celui de tout autre État, de sécuriser et de protéger ses frontières, et de mettre en place un contrôle à ses frontières » ; mais il ajoute immédiatement une dénégation du comportement qui lui est reproché, qui ne serait donc pas justifié par la *seule* invocation de la souveraineté, rétorquant qu'il « n'a jamais entravé (…) l'utilisation [des routes] pour l'approvisionnement en aliments et en médicaments ou pour toute autre fin humanitaire, ni pour l'accès du Comité international de la Croix-Rouge » (doc. N.U., S/PV.9327 (Resumption 1), préc., pp. 59-60).
[1247] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 98, § 186 : « Si un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier en fait sur cette base. »

passage apparaît comme une évidence. Enrichie des développements théoriques préalables, elle apparaît de plus comme une nécessité. C'est encore le cas lorsque l'application de la modération au contrôle frontalier suppose la conclusion d'un accord.

B. La prohibition du refus arbitraire de conclusion d'un accord de passage pour l'accès à la mer

311. Par rapport à la décision au cas par cas illustrée par l'aide humanitaire, la conclusion d'un accord est une étape supplémentaire qui tend à inscrire le passage dans un régime stable et plus précis que la seule application répétée du régime général. Mais assurément avantageuse pour modérer le contrôle frontalier, la conclusion d'un tel accord ne s'impose pas par la seule présence de deux intérêts conflictuels[1248], et doit être indiquée comme voie à suivre par une obligation plus précise que celle, minimale, de respect mutuel des intérêts. Ce n'est qu'ainsi que l'exigence de la prohibition de l'arbitraire peut être transportée sur le terrain des sources qui lient le contrôle frontalier. L'accès à la mer des États sans littoral en est un cas important : consacré comme droit, sa traduction pratique est renvoyée à la conclusion d'un accord avec l'État de transit[1249].

312. La prohibition de l'arbitraire montre alors que l'exigence d'accord préalable ne traduit aucunement un pouvoir *absolu* de l'État territorial pour l'accorder ou non[1250], mais prévoit plutôt que l'État sans littoral sera, pour ainsi dire, « autorisé sur sa demande »[1251] à franchir le contrôle frontalier de l'État de transit. Sans qu'il y ait pour autant une obligation de conclure opposable à ce dernier au sens où il serait obligé de se lier quels que soient les termes de l'accord[1252], la prohibition du refus arbitraire garantit ici la conclusion d'*un* accord en posant

---

[1248] Dès le stade de la négociation, la seule possibilité de protection de l'intérêt par la voie d'un accord, qui serait ainsi sécurisée, ne permet pas d'opposer à l'État une obligation automatique de négocier comme cela ressort d'une analyse concernant l'intérêt le plus vif pour les États, celui de leur conservation, menée par Dudant (J.-B.), *La conservation de l'État en droit international*, *op. cit.*, pp. 357-362.

[1249] Art. 125 § 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc.).

[1250] Monnier (J.), « Le droit d'accès à la mer et la liberté de transit terrestre », *op. cit.*, p. 456, y voit ainsi une conciliation d'intérêts. *Contra*, v. la thèse critique de L. Savadogo qui considère en substance que la condition de l'accord permet *de facto* à l'État de transit de bloquer le passage faute de précision sur les conséquences juridiques du refus, selon une approche qui semble toutefois confondre l'inaptitude intrinsèque d'un régime à obtenir la conciliation et l'aptitude à ce faire qui n'est que pratiquement limitée et que l'étude peut œuvrer à rendre opératoire (*Essai sur une théorie générale des États sans littoral*, *op. cit.*, pp. 122-123).

[1251] Cette formulation est issue de la Convention de Paris du 10 septembre 1919 relative au contrôle du commerce des armes et des munitions, reproduite *in* Colliard (Cl.-A.), *Droit international et histoire diplomatique. Documents choisis*, Paris, Domat Montchrestien, 2e éd., 1950, xiii-784 p., pp. 83-94, art. 10 § 1.

[1252] Même si l'argumentation revendicative peut employer une telle formule, comme dans le cas de l'Uruguay défendant l'accès à la mer : « [L]'octroi effectif de ces droits [d'accès] sera garanti dans la convention, qui mettra les États de transit dans l'obligation de conclure ces accords (…) » (Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral à la mer…*, préc., p. 56).

une obligation de moyen de négocier en vue de respecter l'intérêt tiers dont la réalisation suppose l'accord[1253].

313. En effet, contrairement à l'exigence procédurale de négociations préalables simplement épuisée par « un *non possumus* ou (…) un *non volumus* péremptoire de l'une des Parties »[1254], l'obligation de négocier impose ici une démarche de bonne foi, l'ouverture mutuelle des prétentions[1255]. Certes, l'engagement de négocier est *a priori* étranger à la conclusion de l'accord car il « n'implique pas celui de s'entendre »[1256]. Mais il est susceptible de contenir ce dernier engagement comme exigence de respect de l'intérêt opposé. En effet, l'obligation de négocier consistant essentiellement en ce que « chaque partie tienne raisonnablement compte de l'intérêt de l'autre »[1257], elle peut dans certaines conditions contenir l'obligation de conclure l'accord dès lors que la réalisation dudit intérêt est entièrement conditionnée à l'existence d'un tel accord. Dans ce cas, l'absence d'accord est comme une négation de l'intérêt, qui continue ainsi de s'opposer au contrôle frontalier jusqu'à ce qu'il obtienne l'accord qui les liera. En d'autres termes, un droit de passage peut être dit « imparfait » en ce que son exercice effectif est conditionné à un accord, mais aucunement vide ni suspendu car « il n'en est pas moins un droit, dont la violation arbitraire serait un acte délictueux »[1258]. Partant, le refus absolu de conclure un accord ouvrant le contrôle frontalier au passage est illicite, de même que sa soumission à des conditions déraisonnables qui le videraient de son objet car tous deux sont arbitraires, niant l'intérêt à respecter par le rejet de toute conciliation le ménageant[1259]. C'est là

[1253] Cette analyse recoupe celle de Clarenc (N.), « L'affaire de l'obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (*Bolivie c. Chili*) », *A.F.D.I.*, vol. 64 (2018), pp. 301-337, pp. 311-312 qui souligne l'intrication des obligations de moyen et de résultat dans le cas d'une obligation de négocier « en vue d'un objectif déterminé », où « le droit détermine plutôt la base des négociations que leur résultat. Ainsi, l'obligation de négocier en vue d'un accès souverain au Pacifique ne comporte pas d'obligation de conclure un accord ayant tel contenu, mais une obligation d'entamer et de poursuivre des négociations sur cette base. » Dans une logique similaire, v. C.I.J., 1996 (8 juil.), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, préc., pp. 263-264, § 99.

[1254] C.P.J.I., 1924 (30 août), *Concessions Mavrommatis en Palestine* (*Grèce c. Royaume-Uni*), Série A, n° 2, p. 13.

[1255] V. le récolement des règles opéré par l'arrêt de la C.I.J., 2011 (5 déc.), *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995* (*Ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce*), *C.I.J. Rec.* 2011, p. 685, § 132, avec la jurisprudence à l'appui.

[1256] C.I.J., 2018 (1er oct.), *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique* (*Bolivie c. Chili*), *C.I.J. Rec.* 2018, p. 538, § 87 (et la jurisprudence de la Cour citée). Reuter (P.), « De l'obligation de négocier », *in Il processo internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, *Comunicazioni e studi*, vol. 14 (1975), pp. 711-733, p. 719 y voit la « limite *maxima* à l'obligation de négocier ».

[1257] C.I.J., 2011 (5 déc.), *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995*, préc., p. 685, § 132, se référant à son arrêt du 25 juillet 1974, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *C.I.J. Rec.* 1974, p. 33, § 78, qui prévoit lui la prise en compte raisonnable des « droits » de l'autre dans le cadre du droit de la mer.

[1258] Kaufmann (E.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 54 (1935), pp. 309-620, p. 390 (à propos du droit fluvial international entre riverains).

[1259] En ce sens, v. la position de Caflisch (L. C.), « Land-locked states and their access to and from the sea », *op. cit.*, p. 87. S'agissant de l'illicéité des conditions vidant l'accord de son objet, il faut noter la correspondance avec le régime des réserves conventionnelles qui récuse celle qui est « incompatible avec l'objet et le but du traité »,

une figure particulièrement poussée de ce que Reuter appelait « les obligations de négocier liées », où « les intéressés ont accepté conventionnellement (…) que d'autres conditions [que celle d'engager la négociation] faisaient déjà partie de leurs obligations respectives, ou bien devaient en faire partie dans l'accord à conclure »[1260].

314. En somme, dès lors qu'un intérêt protégé lui est opposé, le contrôle frontalier ne peut le mépriser car ce serait nier la relation juridique, autrement dit nier le droit lui-même et donc verser dans l'arbitraire, l'anti-droit que la réglementation du contrôle frontalier ne peut, en tant que droit, admettre. Force est donc pour cette réglementation de rechercher un équilibre, d'articuler le contrôle frontalier au tiers qui lui est opposé, car c'est là la condition de la considération mutuelle et de l'existence de la relation juridique. Une exigence d'articulation est ainsi posée au contrôle frontalier, comme réponse minimale à donner quel que soit l'intérêt protégé qui s'y oppose. Encore faut-il développer cette exigence. Le contrôle frontalier doit considérer l'intérêt opposé et donc chercher un équilibre dans la confrontation pratique, mais comment le droit international encadre-t-il cette recherche ? S'il ne le fait pas, l'injonction de recherche d'un équilibre sera sans écho pratique, laissée *de facto* à l'appréciation du plus fort sans critères pour la contrôler. Sommé de l'opérer, le droit international doit encore rendre l'articulation opératoire.

Section 2. L'articulation du contrôle frontalier opérée contre les éléments de l'arbitraire

315. L'exigence d'articulation des intérêts se rencontrant dans le contrôle frontalier est désormais établie, mais encore faut-il la rendre opératoire par des critères juridiques qui permettent d'évaluer la réponse donnée. Sans cela l'encadrement du contrôle frontalier serait inachevé, ne parvenant pas à traiter l'étape finale, concrète, où le contrôle rejette tel migrant, tel convoi d'aide, ou telle marchandise. Il faut donc chercher des *moyens* de réponse qui, formels[1261], ne donnent pas de solution *a priori* aux cas concrets en les ciblant directement, mais permettent de traiter tous ces cas en fournissant un guide à leur évaluation, quelles que

---

c'est-à-dire « si elle porte atteinte à une disposition essentielle du traité, nécessaire à son économie générale, de telle manière que sa raison d'être se trouve compromise » (v. avec son commentaire le « Guide de la pratique sur les réserves au traité » établi par la C.D.I., *A.C.D.I.* 2011, vol. II (3), pp. 217-225, sur les §§ 3.1.3-3.1.5 du *Guide* (citation tirée du paragraphe 3.1.5)).

[1260] Reuter (P.), « De l'obligation de négocier », *op. cit.*, p. 720.

[1261] Corten (O.), « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du "raisonnable" », *A.F.D.I.*, vol. 44 (1998), pp. 187-208, pp. 207-208, souligne ce formalisme à l'égard de l'établissement rationnel du raisonnable, proche de celui de l'arbitraire, et trouve notamment son mérite dans l'écho fait au rôle pacificateur de la règle de droit selon l'École de Reims, selon laquelle la règle accueille les antagonismes et déplace leur affrontement (autrement physique) dans le discours juridicisé.

soient leurs données[1262]. L'exigence première de la prohibition de l'arbitraire trouve alors une grande fécondité car elle indique ces règles : l'articulation des intérêts s'inscrit *contre* l'arbitraire, qui nie la relation juridique, et elle doit donc être opérée contre les éléments de cet arbitraire, qui indiquent ce qui, dans la décision, constitue une telle négation. C'est par ces éléments fondamentaux que le contrôle frontalier peut être pleinement saisi, au-delà de la variabilité de ses différents régimes mais aussi par ces régimes lorsque la prohibition de l'arbitraire y a été développée et, avec elle, les éléments qui permettent d'articuler le contrôle frontalier aux intérêts tiers qui s'y opposent[1263]. En suivant leur enseignement – qui recoupe par ailleurs celui de la notion du « raisonnable »[1264], à bien des égards « anti-arbitraire » –, il conviendra dans un premier temps de voir l'exigence de motivation du contrôle frontalier, selon laquelle il ne peut rejeter un intérêt tiers sans fonder en droit ce que lui-même défend (§ 1). Une fois le contrôle ainsi motivé, il faudra encore mesurer sa nécessité[1265], où il trouve son aboutissement dans l'évaluation de sa confrontation concrète avec l'intérêt tiers (§ 2). Ce sont là les clefs d'une réponse à l'exigence d'articulation, étant entendu qu'à cette distinction didactique succède ultimement « une opération holistique qui consiste à réunir toutes les

[1262] Il est significatif à cet égard que l'essentiel des éléments qui constitueront cette section se retrouve dans l'arrêt de la C.I.J., 2009 (13 juil.), *Droits de navigation et droits connexes*, préc., § 87, comme équipement d'un régime conventionnel plutôt fruste nécessaire à l'articulation qu'il prévoit entre un pouvoir de réglementation de la navigation et un droit à la liberté de celle-ci.

[1263] Les régimes juridiques pertinents servent ainsi de trame au développement de la prohibition de l'arbitraire et donc de la manière d'articuler les intérêts à la frontière par le droit, selon l'idée formulée *supra*, au paragraphe 303. Les éléments ainsi développés sont employés y compris lorsque le texte ne mentionne que la prohibition de l'arbitraire, ce qui montre bien qu'ils y sont directement incorporés. Ainsi s'agissant du droit au retour, la seule « prohibition de l'arbitraire » (art. 12 § 4 du Pacte international sur les droits civils et politiques) se traduit par l'examen détaillé classique en droits de l'homme : la pratique reprend les critères de l'art. 12 § 3 du Pacte (C.D.H., 2011 (18 juil.), *Nystrom et consorts c. Australie*, préc., § 7.6 : l'immixtion doit être « prévue par la loi », « conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte » et « être dans tous les cas raisonnable eu égard aux circonstances particulières »), ce qui le fait converger avec sa formulation par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 12 § 2) qui énumère classiquement le triptyque limitatif des exceptions, d'où il appert un fond communément admis chargeant la notion d'arbitraire.

[1264] V. les éléments identifiés par Corten (O.), « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du "raisonnable" », *op. cit.*, qui trouvent un écho dans l'arrêt de la C.I.J., 2023 (30 mars), *Certains actifs iraniens* (*République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Rec.* 2023, p. 46, §§ 147-149 : une mesure est déraisonnable « si elle ne vise pas un but d'utilité publique légitime », « s'il n'existe pas de lien adéquat entre le but poursuivi et la mesure adoptée », et « si son incidence négative est manifestement excessive par rapport au but poursuivi ».

[1265] Cet ordre d'analyse s'impose dès lors que la proportionnalité dépend en partie du motif identifié. Il est en ce sens explicitement adopté par l'O.R.D. de l'O.M.C. (Organe d'appel de l'O.R.D., 1996 (29 avr.), *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, p. 24 ; Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.), *États-Unis – Crevettes*, préc., §§ 149-150 ; Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (22 mai), *CE – Phoque*, préc., § 5.169).

variables de l'équation et à les évaluer les unes en relation avec les autres après les avoir examinées individuellement, afin d'arriver à un jugement global. »[1266]

§ 1. L'exigence de motivation du contrôle frontalier

316. Prétendant rejeter un intérêt tiers qui s'y oppose, le contrôle frontalier doit tout d'abord être motivé. C'est là la première condition du fonctionnement de leur articulation à la frontière, car cette motivation est le pendant de l'opposition du tiers : le droit au retour, le libre échange ou l'assistance humanitaire s'oppose au contrôle frontalier ; que *répond*-il ? Ainsi confronté, le contrôle frontalier doit lui aussi s'opposer *en droit*, c'est-à-dire atteindre l'intérêt tiers protégé fort d'un intérêt également protégé. Sinon, son opposition serait purement factuelle, non reconnue en droit et donc arbitraire, car rejeter ainsi un tiers « sans raison valable »[1267] revient à nier la relation juridique qui oblige à le traiter selon le droit. Là où la motivation du contrôle frontalier était simple courtoisie en l'absence d'atteinte d'un intérêt protégé[1268], elle devient une exigence pour fonder les prétentions du contrôle face à un tel intérêt.

317. D'où l'apparition d'une obligation de motivation, non comme condition formelle de la validité de l'acte de contrôle[1269] mais comme vérification de sa licéité substantielle, opérée le cas échéant après la formulation de la décision[1270]. Cela, car la motivation ne peut être opposée que si elle est exprimée. Comme l'écrivait déjà Vattel, une nation refusant le passage « doit

---

[1266] Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, § 182.

[1267] Les Pays-Bas proposèrent de substituer cette expression au terme « arbitrairement » dans le projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection des personnes en cas de catastrophe (Doc. N.U., A/CN.4/697, 17 mars 2016, *Huitième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe*, p. 71, § 258), ce à quoi le Rapporteur spécial répondit qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir une telle suggestion dans la mesure où les expressions « sans motif valable » ou « sans justification » « ne sont en fait que des éléments de ce que l'on entend communément par "arbitrairement" » (*ibid.*, p. 74, § 275).

[1268] Bonfils (H.), *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 255 : dans l'hypothèse où l'État peut interdire absolument l'immigration, « pour n'être pas discourtoise envers les autres États, l'interdiction (ou la restriction) doit être motivée par les intérêts légitimes de l'État, par des raisons économiques et politiques. »

[1269] L'hypothèse est exceptionnelle en droit international, en l'absence d'une obligation générale de motivation formelle (Gounelle (M.), *La motivation des actes juridiques en droit international public. Contribution à une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, 292 p., p. 26).

[1270] Comme le relève le Pr Corten dans le cas similaire de l'appréciation du raisonnable, « [c]e qui importe, c'est de pouvoir justifier *a posteriori* l'action ou l'omission dont le caractère raisonnable est mis en doute, et non d'émettre une motivation expresse au moment de l'acte en cause » (*L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, *op. cit.*, p. 389). Il y a là un fonctionnement inverse à celui de l'obligation formelle de motivation qui pèse sur les juridictions : tandis qu'ici il faut d'abord qu'une raison fonde le contrôle frontalier et l'expression de cette raison est secondaire, l'obligation formelle repose plutôt sur l'idée que « si motiver une décision, c'est en exprimer les raisons, "c'est par là même obliger celui qui la prend à en avoir" », où la motivation est première et entraîne la recherche de raisons (la citation est de Cahin (G.), « La motivation des décisions de la Cour internationale de Justice », *in* Ruiz Fabri (H.) et Sorel (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, Coll. « Contentieux international », 2008, 286 p., pp. 9-90, pp. 9-10, citant lui-même Sauvel (H.), « Histoire du jugement motivé », *R.D.P.*, 1951, p. 5). Cela étant entendu que l'existence de raisons et l'exigence de motivation sont, en fait, intimement liés.

alléguer ses raisons, ne pouvant priver les autres de leur droit par pur caprice », et « celui qui juge doit avoir des raisons, et il faut qu'il les dise, s'il veut *paraître* juger, et non point agir par caprice ou par mauvaise volonté »[1271]. Ce « paraître » est essentiel, car l'atteinte à un intérêt tiers ne saurait être présumée fondée sans que soit vidée la protection dudit intérêt. Bien plutôt, le silence trahit l'arbitraire[1272]. L'obligation de motivation est donc propre à la réglementation du contrôle frontalier, qu'elle soit implicite en raison de l'exigence d'articulation ou explicitement prévue[1273]. Il convient dès lors d'identifier les motifs qui peuvent justifier le contrôle frontalier (A), avant de voir les motifs qui, à l'inverse, le disqualifient, car ils sont condamnés (B).

A. La justification du contrôle frontalier par les motifs légitimes

318. Fondé sur la souveraineté territoriale, le contrôle frontalier n'y trouve pas pour autant sa motivation une fois qu'un intérêt protégé lui est opposé car il se situe alors sur un autre plan, où il est confronté à un intérêt substantiel – un individu veut rejoindre sa famille, un autre veut quitter le territoire – et doit répondre par un intérêt du même ordre. La souveraineté, elle, tourne à vide en l'absence de réalité tangible qui la rattache à ce plan concret, et ne saurait en elle-même justifier le contrôle *in concreto*. Ce n'est donc pas la souveraineté mais plutôt les motifs « légitimes »[1274] qui expriment ici le contenu substantiel et juridiquement reconnu de la vie

---

[1271] Vattel (E. de), *Le droit des gens…*, t. I, *op. cit.*, II, IX, § 130, pp. 359-360 (nous soulignons).

[1272] C'est ainsi par exemple que l'absence de motivation soutenant le refus d'une assistance humanitaire permet de le frapper d'illicéité. Privé de justification explicite, il « give rise to a lack of predictability and would make it impossible to assess whether there are valid reasons underlying the withholding of consent » (Akande (D.) et Gillard (E.-Ch.), *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 25, § 54). Partant, « il pourrait être justifié d'en déduire que le refus du consentement est arbitraire » (C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., p. 54. Dans le même sens, Kolb (R.), « Commentaire article par article de la Résolution de Bruges 2003 sur l'assistance humanitaire », *op. cit.*, p. 41, estime possible de soutenir qu'un refus est « présumé arbitraire » en l'absence de motivation.)

[1273] Ainsi par exemple dans l'article 12 de l'Accord sur les sauvegardes de l'O.M.C., qui poursuit un but de transparence et d'information (Organe d'appel de l'O.R.D., 1999 (14 déc.), *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, § 111). En exigeant une notification immédiate de l'ouverture d'une enquête, de la constatation d'une situation permettant l'application d'une mesure de sauvegarde puis de la décision d'appliquer une telle mesure, il permet à l'Organisation et à ses Membres de passer au crible les fondements raisonnés de la mesure de contrôle des frontières et de la contester le cas échéant à toutes les étapes de sa formulation. Dans ce cadre, « tous les renseignements pertinents » doivent être communiqués et l'accord précise les éléments que doivent comprendre ces renseignements transmis, qui constituent un minimum (*ibid.*, § 107) auquel peuvent être ajoutés des « renseignements additionnels » exigés par les organes compétents de l'Organisation, tels la désignation précise du produit en cause, la mesure projetée, ou encore les éléments de preuve de l'existence d'un dommage grave requise pour adopter la mesure, ce dernier point incluant par renvoi implicite toutes les données que le Membre doit établir dans son enquête en vertu de l'article 4.2 *litt.* a) (*ibid.*, § 108 ; selon ce raisonnement, l'article 12.2 agit comme une disposition gigogne au sein de laquelle se logent les exigences de l'article 4.2 *litt.* a) du même accord). En somme et par-delà la technicité des exigences ici ramassées, il faut surtout voir ici que le développement du régime par des exigences plus poussées multilatéralise et étend *ex ante* l'obligation de motivation jusqu'à à la phase d'élaboration de la décision de l'État.

[1274] À propos de l'emploi du terme « légitime » qui peut interroger le juriste davantage habitué au « licite », il est repris ici en harmonie tant avec la jurisprudence internationale qu'avec les textes, notamment conventionnels, qui

étatique, donc l'intérêt de l'État territorial dans la relation juridique[1275]. Celui-ci oppose ainsi sa position à l'intérêt tiers, et crée le conflit que la mesure du contrôle frontalier devra enfin résoudre, faisant par exemple de la marchandise portée par le libre-échange un danger phytosanitaire, ou de l'individu souhaitant retrouver sa famille un poids pour l'économie nationale.

319. Il convient donc d'établir les motifs légitimes que l'État territorial peut opposer au tiers. Même si ceux-ci sont matériellement indéterminés dans la mesure où ils dépendent de la révélation du fait qu'ils visent, ainsi par exemple la sécurité apparaît-elle concrètement face à un danger qui la menace[1276], ils permettent de saisir quels intérêts sont reconnus et articulés par le droit international avec ceux qui sont protégés face au contrôle. À cet égard, relever ces motifs permet de brosser un portrait-type de l'État contrôlant sa frontière, qui, sans pouvoir être plaqué à des régimes qui identifient précisément les motifs légitimes[1277], aura l'avantage de

---

l'utilisent largement dans ce cadre et où « motifs ou intérêts légitimes » a tout de l'expression consacrée, mécaniquement reprise sans grand questionnement critique. Par exemple, sans grande rigueur conceptuelle, l'O.R.D. de l'O.M.C. considère qu'est légitime le motif qui poursuit « une visée ou une cible qui est licite, justifiable ou juste » (Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (16 mai), *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (Thon II)*, WT/DS381/AB/R, § 313). Bien que cet emploi du terme entend seulement viser le vocabulaire employé dans l'ordre juridique lui-même et se distingue des innombrables textes doctrinaux, surtout anglophones, débattant de la légitimité du droit international sous bien des aspects, il semble tout de même bon de noter la charge axiologique qui distingue le légitime de la licéité en ce qu'elle montre bien ici l'aspect *disqualifiant* de l'absence de motif y répondant. Si les risques de subjectivité de la notion et de corrosion du droit causés par cet arrimage axiologique sont connus (v. not. Crawford (J.), « The Problems of Legitimacy-Speak », *Amercian Society of International Law Proceedings*, vol. 98 (2004), pp. 271-273, écrit à l'occasion de l'invasion de l'Irak de 2003 où la légitimité fut mobilisée par les armes), ils sont ici sérieusement jugulés par la liste identifiée et relativement fermée des motifs y répondant, comme peut l'appuyer là encore la jurisprudence de l'O.M.C. qui dépasse le voile axiologique pour raccorder la légitimité à la lettre du droit positif en soulignant que l'action est légitime seulement car « les politiques internes incorporées dans [l]es mesures [consacrées comme exception dans le régime] ont été reconnues comme ayant un caractère important et légitime » (Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.), *États-Unis – Crevettes*, préc., § 121). Du reste, il ne paraît guère plus précis ni moins sujet à l'interprétation subjective, en dépit de son apparente rigueur, d'adopter une formulation plus rare et selon laquelle « [a]ucune des mesures contre le passage ne se fond[a] sur des *arguments juridiques* » (op. diss. du juge Armand-Lugon en l'affaire *Droit de passage sur territoire indien*, préc., p. 84 (nous soulignons)).

[1275] Le vocabulaire international utilise ainsi indifféremment l'expression d' « intérêts légitimes » au soutien de la justification d'un comportement donné (par ex., v. S.A., 1957 (16 nov.), *Lac Lanoux*, préc., p. 305).

[1276] Cassella (S.), *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff, 2011, xiii-577 p., p. 198, évoque ainsi la qualité de standards à propos de la détermination matérielle des intérêts invoqués à l'appui de la nécessité, qui ne peut se faire que par le contact du cas concret qui les éclaire. C'est que ces termes étant plongés dans la réalité qu'ils ont pour objet de signifier, ils s'imprègnent de toute sa complexité et de toute sa contingence, important l'une et l'autre dans l'ordre juridique où ils sont formulés, lourds de leurs racines plantées dans le vocabulaire commun : la « santé » répond à l'état sanitaire à un instant t, de même *mutatis mutandis* que la sécurité, la moralité, etc. (v. les réflexions de Reuter (P.), « Quelques réflexions sur le vocabulaire du droit international », reproduit *in Le développement de l'ordre juridique international. Écrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, ix-643 p., pp. 3-22, spéc. pp. 4-8).

[1277] Par exemple, par une « "conventionnalisation", *à vocation universelle*, des restrictions aux échanges commerciaux internationaux », le G.A.T.T. puis le régime de l'O.M.C. ont multilatéralisé les exceptions à ce système dont les États peuvent exciper afin de s'opposer à la circulation des biens, évinçant « la souveraineté de l'État grâce à laquelle celui-ci est fondé à organiser sa frontière de telle manière à protéger certains secteurs,

donner un étalon d'évaluation pour les régimes qui mentionnent mais ne précisent pas ces motifs, comme c'est le cas de l'accès à la mer des États sans littoral[1278]. Dans cette optique du portrait-type, les motifs légitimes justifient le contrôle frontalier par des intérêts propres à l'État (1), mais aussi par des intérêts internationaux protégés par l'État (2).

1. La justification du contrôle frontalier par les intérêts reconnus de l'État

320. En reprenant les termes d'Eisenmann, les intérêts reconnus de l'État peuvent ici être rattachés à ses fonctions « politico-sociales », autrement dit « les rôles qu[e l'État] assume au regard de la collectivité étatique »[1279]. Ces fonctions, plus précisément de police et de prestation[1280], peuvent justifier le contrôle frontalier en étant admises comme relevant de l'activité de l'État territorial, légitime comme État-gendarme (1) et comme État-providence (2)[1281].

a) Le contrôle frontalier justifié par les intérêts de l'État-gendarme

321. L'État-gendarme entend assurer le maintien de l'ordre que l'institution politique doit maintenir pour la sécurité de ses membres, et le droit international reconnaît cette fonction

certaines valeurs, certains intérêts – *que l'État est seul à définir* » (Fleury Graff (Th.), « La protection douanière. Considérations sur l'OMC », *op. cit.*, pp. 97-114, p. 98 (souligné dans l'original) et p. 102 (nous soulignons)). Ainsi le droit de l'O.M.C. unifie les règles régissant le contrôle des frontières dans le cadre d'une lutte contre l'unilatéralisme (Ruiz Fabri (H.), « La contribution de l'Organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », », *in* Loquin (E.) et Kessedjian (C.), *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec-CREDIMI, 2000, 612 p., pp. 347-380, p. 360), en limitant les motifs légitimes.

[1278] À ses termes, les États de transit ont le droit de « prendre toutes mesures nécessaires » pour s'assurer que les droits et facilités dont jouissent les États sans littoral « ne portent en aucune façon atteinte à leurs intérêts légitimes » (art. 125 § 3 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc.) ; déjà au 5e principe et à l'article 11 de la Convention relative au commerce de transit des États sans littoral (préc.)). Comme le note Scalieris (E.), *L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État côtier en droit de la mer*, Paris, Pedone, 2011, 485 p., p. 323, cette indétermination laisse un terrain privilégié pour l'abus de droit, qui put par ailleurs soucier le Lesotho, selon lequel : « « Il ne fait aucun doute que l'exercice des droits de transit ou d'accès ne devrait pas porter atteinte aux 'intérêts légitimes' des États de transit, mais ces intérêts devraient être précisés et définis. Il est d'une extrême importance que les États de transit ne puissent pas les définir unilatéralement et refuser ou gêner ainsi le transit vers des pays sans littoral ou l'accès à ces pays » (Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des États sans littoral à la mer*, *op. cit.*, p. 49). Dans une autre matière, v. une telle indétermination dans les règlements techniques du droit de l'O.M.C., qui doivent poursuivre des « objectifs légitimes » seulement précisés par une liste non-exhaustive fournie par l'Accord (Accord O.T.C., préambule (al. 6-7) et art. 2.2. L'Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (16 mai), *États-Unis – Thon II*, préc., § 313, précise que « les objectifs expressément énumérés constituent un point de référence permettant de déterminer quels autres objectifs peuvent être considérés comme légitimes au sens de l'article 2.2 ». La non-exhaustivité ne permet donc pas d'accueillir toutes les prétentions, les objectifs allégués doivent se situer dans le sillage de ceux expressément consacrés).

[1279] Eisenmann (Ch.), « Les fonctions de l'État », 1960, rééd. *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, 668 p., pp. 183-220, p. 210.

[1280] *Ibid.*, pp. 213-215.

[1281] Eisenmann admet ces expressions pour ces fonctions, quoiqu'il les qualifie d'« imagée[s] et outrancière[s] » (*ibid.*, p. 215).

comme étant inhérente à l'État, de l'arbitre Huber qui parlait de « but primordial »[1282] à un Groupe spécial de l'O.M.C. évoquant les « fonctions primordiales de l'État »[1283].

322. Cette fonction est d'abord assurée par le contrôle frontalier lui-même qui peut ainsi apparaître, en soi, comme un motif légitime, même si le cas est limité car autrement le contrôle s'auto-motiverait par sa mission d'ordre, de sorte que toute limitation par l'exigence de motivation serait vaine à son encontre. C'est la détention de migrants que le contrôle frontalier motive ainsi, dans la mesure où elle est admise par le droit international des droits de l'homme en tant que moyen à la disposition des États pour assurer le contrôle[1284], y compris pour les demandeurs d'asile[1285] et les enfants[1286]. La détention est ainsi comprise comme un « corollaire

---

[1282] S.A., 1925 (1er mai), *Biens britanniques au Maroc espagnol*, préc., p. 642 : le principe de non-intervention suppose notamment « la volonté de l'État de réaliser son but primordial : le maintien de la paix intérieure et de l'ordre social. »

[1283] Les « intérêts essentiels de … sécurité » désignent en droit de l'O.M.C. « les intérêts liés aux *fonctions primordiales* de l'État, à savoir la protection de son territoire et de sa population contre les menaces extérieures » selon le Groupe spécial de l'O.R.D., 2019 (5 avr.), *Russie – Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512/R, § 7.130 (nous soulignons).

[1284] La détention est expressément prévue comme moyen de contrôle des frontières par la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose à son article 5 § 1 *litt.* f) que nul ne peut être privé de sa liberté sauf « s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire (…) ». Le Pacte international sur les droits civils et politiques est silencieux sur les motifs de la détention, mais le Comité des droits de l'homme considère que la détention aux fins de contrôle de l'immigration « n'est pas en soi arbitraire » (C.D.H., *Observation générale n° 35*, préc., § 18 ; C.D.H., 1997 (3 avr.), *A. c. Australie*, préc., § 9.3). La position est partagée au niveau régional par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, préc., §§ 97 et 169) et au niveau universel par le Groupe de travail sur la détention arbitraire qui souligne toutefois que si cette détention « n'équivaut pas en soi à une détention arbitraire, son application dans la pratique est trop large et, dans la majorité des cas, elle n'est pas conforme aux garanties minimales d'une procédure régulière » (Doc. N.U., A/HRC/22/44, 24 déc. 2012, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, § 74 ; préoccupations également partagées s'agissant de la détention des étrangers notamment à la frontière *in* doc. N.U., A/HRC/7/4, pp. 18-22).

[1285] V. les positions du C.D.H. (*A. c. Australie*, 1997, préc., « l'auteur n'est pas fondé à affirmer qu'il est en soi arbitraire de placer des demandeurs d'asile en détention », et le Comité « ne peut pas non plus souscrire à l'idée qu'il existe une règle de droit international coutumier qui rendrait toute détention de ce type arbitraire », § 9.3 ; *Observation générale n° 35*, préc., §18) et du Comité exécutif du H.C.R. (1986 (13 oct.), *Conclusion n° 44 (XXXVII)*, préc., pp. 31-33, admet la détention au *litt*. b) (même s'il considère que la détention doit « normalement être évitée », et qu'elle est « indésirable en soi » (H.C.R., *Principes directeurs du H.C.R. sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile*, préc., § 1 et principe directeur 2)). Cette solution a pu être mise en doute au regard de l'art. 31 de la Convention de 1951 (Chetail (V.), « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », *op. cit.* p. 86), mais la disposition commande seulement que la détention ne vise pas à sanctionner l'exercice du droit d'asile, ce qui rejoint la distinction entre détentions administrative et pénale et permet toujours la première (doc. N.U., A/HRC/39/45, Annexe, *Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*, § 9 ; dans le même sens, v. not. la Recommandation Rec(2003)5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile (16 avril 2003), § 3).

[1286] Convention relative aux droits de l'enfant, préc., art. 37 b) ; C.E.D.H., 2006 (12 oct.), *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, préc., § 100, et C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, préc., § 237 ; Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 35 (article 9 – liberté et sécurité de la personne) (cent-douzième session, 2014)*, Doc. N.U., CCPR/C/GC/35, § 18. Il faut donc admettre avec la Pre Teitgen-Colly que « [l]a force du principe de souveraineté est telle qu'aucune des situations pourtant protégées, comme celles de demandeur d'asile ou de mineur, ne constitue un obstacle de principe à leur mise en détention » (« La détention des étrangers et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 587).

indispensable »[1287] du droit de prévenir les entrées irrégulières, dans une logique « administrative » et non punitive[1288]. On voit donc que le contrôle des frontières n'est finalement ici un motif légitime que comme traduction d'un motif plus profond, celui de la possibilité pour l'État d'exécuter ses décisions en matière de migrations, qui devront quant à elles être justifiées par d'autres motifs, au vu de la situation de l'individu.

323. Le premier motif que l'État pourra alors invoquer en lien avec sa fonction de police est la défense de sa sécurité. C'est là l'essence de l'État-gendarme et donc des « fonctions primordiales » de l'État, de sorte que le motif présente une sorte d'évidence[1289]. À travers des acceptions variables selon l'appréciation casuistique[1290] et le régime qui peut la définir de

---

[1287] C.E.D.H., 2008 (29 jan.), *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03, § 64. Le lien est opéré par le juge international dans de nombreux arrêts, v. not. C.E.D.H., 25 juin 1996, *Amuur c. France*, préc., §§ 41, et 43 où les jugent parlent du « souci légitime des États de déjouer les tentatives de plus en plus fréquentes de contourner les restrictions à l'immigration ». Les occurrences dans la pratique étatique ne manquent pas, v. par ex. la reconnaissance par le juge étatsunien du pouvoir de l'exécutif de détenir les étrangers arrivant aux États-Unis à Ellis Island « as a fundamental sovereign attribute » (United States Supreme Court, 1953 (16 mars), *Shaughnessy v. United States*, préc., p. 265), ou la position britannique de la High Court of Justice, Queen's Bench Division, 1962 (24 août), *Reg. v. Governor of Brixton Prison,* préc., p. 277 : « By international law, every State has the power to prevent aliens, whether friendly or enemy, from entering its territory, and the power to expel them on arrival (…). And *that power includes the ancillary powers of detention within its jurisdiction* (…), which are necessary to the effective exercise of that power of expulsion » (nous soulignons). L'Australie, quant à elle, a pu défendre que la détention fondée sur le contrôle migratoire est, à ce titre, « *unobjectionable* » (Reilly (T.) (dir.), « Australian Practice in International Law 1993 », *A.Y.I.L.*, vol. 15 (1994), p. 548), ce à quoi il est tout de même possible d'objecter quant à la nécessité de ce faire et à la proportionnalité des conséquences.

[1288] V. par exemple l'avis du conseiller juridique du Gouvernement australien, Reilly (T.) (dir.), « Australian Practice in International Law 1993 », *A.Y.I.L.*, vol. 15 (1994), p. 545, qui précise que ce type de détention n'est pas en lui-même prohibé par le droit international ; C.I.D.H., 2013 (25 nov.), *Pacheco Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia*, Série C, n° 272, § 131, et C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., § 147 (la détention administrative est licite par opposition à la détention du migrant comme sanction pénale). La détention de migrants est donc, limitée à l'administration, juridiquement couverte face aux critiques déplorant sa pratique alors que la migration irrégulière n'est « aucunement constitutive d'une infraction pénale » (doc. N.U., A/HRC/29/36, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, 8 mai 2015, § 42). Pour un cas d'illicéité de détention pénale de l'individu motif pris de son statut migratoire, v. C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, préc., § 169 (la détention pénale, punitive, ne poursuit pas en ce cas un but légitime).

[1289] Cela fut bien formulé par le juge sud-africain dans une affaire pittoresque : alors que l'Afrique du Sud avait arrêté à la frontière un individu suspecté de terrorisme malencontreusement arrivé sur son territoire à la suite d'une panne d'aéronef, il écrit qu'il « cannot imagine the international community agreeing to a proposition that, no matter how much the safety or security of a State may be endangered by allowing such a passenger to continue on his journey, the State concerned is not entitled to take him into custody and try him for the crime which he is reasonably suspected to have committed » (South Africa, Supreme Court, Orange Free State Provincial Division, 1980 (7 mars), *Nkondo v. Minister of Police and Another*, *I.L.R.* vol. 82, pp. 358-375, p. 364).

[1290] Christakis (Th.), « L'État avant le droit ? L'exception de "sécurité nationale" en droit international », *R.G.D.I.P.* t. 112 (2008), pp. 5-47, pp. 15-16. Des exemples en sont donnés *infra*, au paragraphe 350.

manière plus ou moins large quant à son objet[1291] et à son degré d'atteinte[1292], la sécurité imprègne ainsi les différentes branches du droit international[1293] et peut fonder l'opposition de la frontière aussi bien en matière de droits de l'homme[1294] qu'en droit du commerce, où elle a d'abord pu trouver une expression notable dans l'exclusion du commerce avec l'ennemi[1295] et irrigue tant les régimes sectoriels[1296] que le système commercial multilatéral[1297]. De même la sécurité justifie le contrôle frontalier face à l'assistance humanitaire[1298] ou à la navigation

---

[1291] Un exemple très net d'une acception large de la « sécurité » réside dans la pratique de l'Organisation des États américains, qui favorise une approche « multidimensionelle » de la notion, exprimée dans une *Declaration on security in Americas* qui énonce notamment que « the traditional concept and approach [of security] must be expanded to encompass new and nontraditional threats, which include political, economic, social, health, and environmental aspects » (doc. OEA/Ser.K/XXXVIII CES/DEC.1/03 rev. 1, § 4 *litt.* i)), et organiquement appuyée par un *Secretariat for Multidimensional Security*.

[1292] Une acception restreinte, qualifiée apparaît dans le droit de l'O.M.C. où l'art. XXI du G.A.T.T. qui circonscrit le danger aux « intérêts essentiels de sécurité » à certains cas définis, dont la situation de guerre ou « de grave tension internationale » (art. XXI *litt.* b) iii)). La disposition a été appliquée par le Groupe spécial de l'O.R.D., 2019 (5 avr.), *Russie – Trafic en transit*, préc., qui interprète la « grave tension » comme « une situation de conflit armé, ou de conflit armé latent, ou de tension ou crise aggravée, ou d'instabilité générale embrasant ou entourant un État » (§ 7.76) (pour un commentaire, v. not. Tomkiewicz (V.), « L'affaire Russie – Mesures concernant le trafic en transit : un Groupe spécial à l'épreuve de l'article XXI du GATT de 1994 », *J.D.I.* 2020/1, pp. 121-141 ; Voon (T.), « Russia – Measures Concerning Traffic in Transit », *A.J.I.L.*, vol. 114/1 (2020), pp. 96-103 ; Boklan (D.) et Bahri (A.), « The first WTO's ruling on national security exception: balancing interests or opening Pandora's box? », *W.T.R.*, vol. 19 (2020), pp. 123-136).

[1293] Pour une réflexion générale, v. l'étude de Christakis (Th.), « L'État avant le droit ? L'exception de "sécurité nationale" en droit international », *op. cit*.

[1294] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, arts. 12 § 3 (droit de quitter tout pays), 19 § 3 *litt.* b) (droit à l'information) ; Convention européenne des droits de l'homme, arts. 8 § 2 (vie familiale) 10 § 2 (droit à l'information), art. 2 § 3 du Protocole n° 4 (droit de quitter tout pays) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, arts. 13 § 2 *litt.* b) (droit à l'information), 22 § 3 (droit de quitter tout pays) ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 32 (droit à l'information) ; Charte africaine des droits de l'homme, art. 12 § 2 (droit de quitter tout pays) ; Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, p. 203, § 5.

[1295] V. l'exemple éloquent de l'Acte final de la conférence interaméricaine sur les systèmes de contrôle économique et financier, adopté à Washington le 10 juillet 1942, où les États conviennent d'empêcher toutes relations économiques avec ceux ayant commis une agression contre le continent américain (reproduit *in A.J.I.L.*, vol. 37 (1943), pp. 9-21 ; v. aussi la législation étatsunienne du *Trading with the Enemy Act*, 50 U.S.C. § 4301, avec le commentaire de Hackworth (G. H.), *Digest of International Law*, Washington, United States Government Printing Office, 1943, vol. VI, pp. 238 s.).

[1296] La sécurité figure comme clause de sauvegarde faisant exception à des engagements concernant tant le libre-échange (*R.T.S.N.*, vol. 30, n° 775, Convention internationale pour la simplification des formalités douanières, art. 17 ; *R.T.N.U.* vol. 1409, I-23583, Convention internationale sur l'harmonisation des contrôles des marchandises aux frontières, art. 11) que la liberté du transit (Convention et Statut sur la liberté du transit, préc., art. 5, al. 1 ; Convention relative au commerce de transit des États sans littoral, préc., art. 11).

[1297] La sécurité se trouve par exemple au 7e alinéa du préambule de l'Accord O.T.C., qui reconnaît que « rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité », mais c'est l'art. XXI du G.A.T.T. qui incarne le motif, tout entier porté sur les « *Exceptions concernant la sécurité* ».

[1298] L'accord de libre passage de vivres, médicaments et autres matériel nécessaire peut être refusé lorsque les envois risquent d'être détournés de leur destination ou, surtout, si l'ennemi peut « en tirer un avantage manifeste pour ses efforts militaires ou son économie » (Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV), préc., art. 23 § 2, *litt.* a) et c)). L'argument de sécurité est particulièrement sujet à dérives dans les situations de conflits qui déclenchent ce régime et menacent la sécurité par définition (v. son invocation par la Syrie pour rejeter l'assistance, par ex., doc. N.U., S/PV.7216, préc., p. 14 ; le Yémen, lui, accueille l'aide humanitaire mais souligne que dans les faits les Houthistes la captent et entravent son passage (doc. N.U., S/PV.9327 (Resumption 1), préc., pp. 44-46)). Les textes de la C.D.I. et de l'I.D.I. ne le mentionnent pas, peut-être pour éviter qu'il soit brandi trop aisément. Il y semble toutefois impliqué dans la prohibition de l'arbitraire

maritime, qui elle l'inclut dans la formulation même du régime en ne protégeant que le passage « inoffensif »[1299].

324. Le contrôle frontalier de l'État-gendarme peut enfin être justifié par le maintien de l'ordre public, qui vise de façon très générale la tranquillité de la sphère interne. Il contient d'abord la poursuite du respect du droit interne et justifie par exemple le maintien sur le territoire d'un individu n'ayant pas payé ses dettes fiscales[1300] ou faisant l'objet d'une procédure judiciaire en cours[1301]. S'y rattache ainsi la protection des droits d'autrui[1302], que le contrôle frontalier peut poursuivre en s'opposant par exemple à la circulation de propos homophobes[1303] ou xénophobes[1304], ou au départ d'un individu qui entraînerait la méconnaissance du droit des enfants à recevoir une pension alimentaire[1305], du droit des travailleurs à être rémunérés[1306], d'une banque à être remboursée[1307] ou encore d'une victime à obtenir réparation[1308]. Dans son rapport à l'extérieur, l'ordre public peut par ailleurs trouver une déclinaison propre à la matière migratoire dans la recherche d'une cohésion nationale[1309], notamment lorsqu'un État entend justifier l'exigence d'écoulement d'un certain délai avant d'ouvrir sa frontière au regroupement

---

qu'ils contiennent, qui admet qu'un refus non-arbitraire soit possible, motif pris de la sécurité pourrait-il être argué ; du moins est-ce une possibilité laissée par les enseignements de droit international général tirés du portrait-type ici brossé.

[1299] Ce régime est développé *infra* en seconde partie, titre 2, chapitre 1, section 1 § 2.

[1300] C.E.D.H., 2006 (23 mai), *Riener c. Bulgarie*, préc., §§ 114-117 ; C.E.D.H., 2021 (14 oct.), *Democracy and Human Rights Resource Centre and Mustafayev c. Azerbaïdjan*, req. n° 74288/14 et 64568/16, § 92.

[1301] C.D.H., 2021 (2 juil.), *Petromelidis v. Greece*, CCPR/C/132/D/3065/2017, § 9.9 ; C.E.D.H., 2006 (31 oct.), *Földes et Földesné Hajlik c. Hongrie*, req. n° 41463/02, § 33 ; C.E.D.H., 2012 (24 jan.), *Miażdżyk c. Pologne*, req. n° 23592/07, § 31.

[1302] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, arts. 12 § 3 (droit de quitter tout pays), 19 § 3 *litt.* a) (droit à l'information) ; Convention européenne des droits de l'homme, arts. 8 § 2 (vie familiale) et 10 § 2 (droit à l'information), art. 2 § 3 Protocole n° 4 (droit de quitter tout pays) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, arts. 13 § 2 *litt.* a) (droit à l'information), 22 § 3 (droit de quitter tout pays) ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 32 ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique*, préc., principe 9 § 3 *litt.* a) ; Charte africaine des droits de l'homme, art. 12 § 2 (droit de quitter tout pays).

[1303] C.E.D.H., 2012 (9 févr.), *Vejdeland et a. c. Suède*, req. n° 1813/07, § 49.

[1304] C.E.D.H., 2009 (16 juil.), *Féret c. Belgique*, req. n° 15615/07, § 59 ; C.E.D.H., 2008 (4 nov.), *Balsytė-Lideikienė c. Lituanie*, req. n° 72596/01, § 73.

[1305] C.E.D.H., 2 décembre 2014, *Battista c. Italie*, préc., § 40.

[1306] Le droit chinois prévoit parmi les motifs de maintien de l'étranger sur le territoire le cas où il n'a pas été autorisé à quitter le territoire en raison de la non-rémunération des travailleurs qu'il a employés (Zhu (L.) et Chengyuan (M.), « Chinese practice in international law : 2012 », *C.J.I.L.*, vol. 12 (2013), p. 391).

[1307] C.E.D.H., 2021 (11 mai), *Stetsov c. Ukraine*, préc., § 27.

[1308] C.E.D.H., 2012 (24 jan.), *Miażdżyk c. Pologne*, préc., § 31.

[1309] Moine (A.), « Contrôle de l'immigration, politique d'intégration et protection internationale des droits de l'homme », in S.F.D.I., *L'État dans la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 401-425, spéc. pp. 415-424, et sur la notion de cohésion nationale l'exemple donné par le Pacte européen sur l'immigration et l'asile du 24 décembre 2008 (doc. n° 13440/08 ASIM 72), al. 4 du Préambule et *litt.* d) et g) du premier engagement fondamental. Aussi en matière migratoire, un cas atypique a pu voir le juge néerlandais reconnaître que la protection de la démographie au vu de l'exiguïté du territoire était une composante de l'ordre public (Benelux, Court of Justice, 1988 (20 déc.), The Netherlands, Council of State (Judicial Division), 1989 (1 juin), *MABK and Another v. Minister for Foreign Affairs*, *I.L.R.* vol. 99, pp. 38-43, p. 42)).

familial afin de pouvoir réguler l'afflux sur son territoire et assurer l'intégration du membre de la famille déjà présent sur son territoire[1310]. On peut enfin lier à cette question la protection de la moralité publique, qui participe de cet ordre bien qu'elle fasse généralement l'objet d'une mention distincte. Par ce motif, le contrôle frontalier pourra par exemple s'opposer à l'importation de marchandises dérivées du phoque au nom de la protection animale[1311], ou restreindre certaines circulations en matière de droits de l'homme[1312]. Le motif est toutefois des plus malaisés à cerner car s'approcher de la question de la morale mène à toucher au plus intime et donc au plus relatif, là où s'exprime le plus la particularité de chaque État[1313], de sorte que l'invocation en sera aisément admise[1314].

[1310] Ce sont les faits de l'arrêt de la C.E.D.H., 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, préc., où le Danemark rattachait par ailleurs le besoin d'intégration au bien-être économique du pays et à la sécurité dans l'argumentation, §§ 94-95), et fut appuyé par la Suisse comme tiers intervenant (§ 122). Son motif a été admis par la Cour (§§ 165 et 171-178), comme dans l'affaire similaire de 2022 (20 oct.), *M.T. and others v. Sweden*, req. n° 22105/18, §§ 65-66. Toutefois, l'opposition formulée par la défense des migrants soulignait que l'intégration suppose l'admission et donc que celle-ci doit prioritairement être accordée (C.E.D.H., 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, préc., c'est la position du requérant (§ 83) et de la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (§ 103, par ailleurs mentionnée par la Cour, § 165), qui s'est d'ailleurs exprimée dans ce sens dans un document de juin 2017, *Réaliser le droit au regroupement familial des réfugiés en Europe*, pp. 9-10 ; v. aussi la position du H.C.R., 2007, *Note on the integration of refugees in the European Union*, spéc. §§ 35-39).

[1311] V. le rapport de l'Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (22 mai), *CE – Phoque*, préc., appliquant l'article XX a) du G.A.T.T. (en matière de services, v. l'art. XIV a) de l'A.G.C.S.) qui confirme la position du Groupe spécial selon laquelle la mesure était *a priori* justifiée sous cet angle (§ 5.290.

[1312] En matière de droits de l'homme, v. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, arts. 12 § 3 (droit de quitter tout pays), 19 § 3 *litt.* b) (droit à l'information) ; Convention européenne des droits de l'homme, arts. 8 § 2 (vie familiale) et 10 § 2 (droit à l'information), art. 2 § 3 du Protocole n° 4 (droit de quitter tout pays) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, arts. 13 § 2 *litt.* b) (droit à l'information), 22 § 3 (droit de quitter tout pays) ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 32 (droit à l'information) ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 12 § 2 (droit de quitter tout pays).

[1313] Monnier (P.) et Ruiz Fabri (H.), « Chronique du règlement des différends 2004 », *J.D.I.*, vol. 132, n° 3 (2005), § 10.6, notent à propos d'une affaire de droit de l'O.M.C. que tant la moralité que l'ordre public « renvoient à des éléments "intimes" de l'identité d'un État (c'est à la moralité publique que l'on peut rattacher tout un langage de valeurs, y compris religieuses et c'est d'ailleurs sous ce couvert que certains pays musulmans justifient le refus d'importer de l'alcool) ou à des éléments liés étroitement à la souveraineté (la notion d'ordre public met en jeu une certaine conception de l'ordre social). »

[1314] En matière commerciale, la moralité sera aisément admise car elle « peut varier dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes » (Groupe spécial de l'O.R.D., 2004 (10 nov.), *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, WT/DS285/R, § 6.461 ; notons d'ailleurs cette acception large pallie l'absence d'exceptions protégeant les valeurs ou l'identité culturelles du Membre que certains États proposèrent d'ajouter lors du cycle de négociation de l'Uruguay, comme l'évoque Guèvremont (V.), *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, *op. cit.*, p. 65). Même son de cloche en matière de droits de l'homme, et ainsi la C.E.D.H. établit qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale". L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière » (1976 (7 déc.), *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., § 48).

b) Le contrôle frontalier justifié par les intérêts de l'État-providence

325. Parallèlement à la police, l'État assume aussi « le développement économique et la protection sociale » en tant qu'État-providence[1315].

326. L'économie nationale est alors la première préoccupation du contrôle frontalier. Elle est d'abord reconnue par le droit international économique, dans le tissu conventionnel du droit des investissements[1316] mais aussi dans le système commercial multilatéral qui, en dépit de son hostilité au protectionnisme, ménage la justification de l'économie nationale tout en l'encadrant[1317]. Cela notamment[1318] à travers le mécanisme des sauvegardes, qui permet d'apporter des restrictions à un commerce parfaitement licite[1319], « alors que les échanges sont libéralisés »[1320], en raison de la menace que celui-ci présente pour l'économie interne de l'État.

[1315] Chevallier (J.), *L'État*, *op. cit.*, p. 89.

[1316] Un simple coup de sonde suffit à trouver des stipulations prévoyant la restriction de la circulation des capitaux en cas de difficultés économiques à travers des mesures de sauvegarde (v. par ex. l'art. 66 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, transposé à l'article « Temporary Safeguard Measures » des *EU Model Clauses for BITs 2023*, l'art. 15 du modèle de traité bilatéral d'investissement du Maroc de 2019, ou encore l'art. 6.4 du modèle indien de 2015).

[1317] L'usage du mécanisme des sauvegardes a d'abord dévié dans le protectionnisme en raison de l'imprécision du cadre posé par le seul article XIX du G.A.T.T. (Carreau (D.) *et al.*, *Droit international économique*, *op. cit.*, pp. 365-366), ce qui mena à sa correction par l'adoption complémentaire d'un Accord sur les sauvegardes (selon son préambule, l'Accord sur les sauvegardes répond à la « nécessité de clarifier et de renforcer » l'article XIX, « de rétablir un contrôle multilatéral sur les sauvegardes et d'éliminer les mesures qui échappent à ce contrôle ». Il n'a donc pas vocation à se substituer à l'article XIX, mais bien à le *compléter* (Organe d'appel de l'O.R.D., 1999 (14 déc.), *Argentine – Mesures de sauvegardes à l'importation de chaussures*, WT/DS121/AB/R, § 84)). Du reste, le libre-échange est également préservé par l'exigence de stabilité du niveau général des concessions (art. 8.1 de l'Accord sur les sauvegardes) qui oblige le Membre élevant la frontière à « compenser » cette restriction en s'ouvrant davantage dans d'autres secteurs (v. la présentation par Carreau (D.) *et al.*, *Droit international économique*, *op. cit.*, p. 375).

[1318] D'autres dispositions concernent la protection de l'économie nationale : l'art. XX *litt.* i) du G.A.T.T. permet sous certaines conditions des restrictions à l'exportation de matières premières « nécessaires pour assurer à une industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières premières », et le *litt.* j) prévoit une exception liée « à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale ». L'utilisation protectionniste de cette dernière disposition est toutefois fortement limitée, l'Organe d'appel considérant « qu'une absence de "capacité" de production nationale "suffisante" » ne constitue pas nécessairement une pénurie de produits sur un marché (Organe d'appel de l'O.R.D., 2016 (16 sept.), *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et modules solaires*, WT/DS456/AB/R, § 5.74) de sorte que l'exception ne peut être utilisée pour favoriser le *développement* de l'économie nationale et encore moins ses velléités d'autonomie. L'Organe d'appel défend ainsi la structure même du commerce international, fondée sur l'import-export, lorsqu'il rejette un argument de l'Inde qui voudrait que « toutes les importations, en elles-mêmes et à elles seules, comportent des risques liés à l'approvisionnement et, en ce sens, ne sont pas "disponibles" pour répondre à la demande », et que « ces risques sont inacceptables tant que la capacité de production nationale (…) n'a pas atteint un niveau suffisant, de sorte qu'une situation de "pénurie" existe tant que la capacité de production nationale est inférieure à ce niveau » (*ibid.*, § 5.77). Enfin, l'art. XII du G.A.T.T., permet des restrictions à l'importation destinées à protéger l'équilibre de la balance des paiements.

[1319] L'Organe d'appel dit « loyal » (1999 (14 déc.), *Corée – Produits laitiers*, préc., § 87 ; 2002 (15 févr.), *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, WT/DS202/AB/R, § 80).

[1320] Organe d'appel de l'O.R.D., 2002 (15 févr.), *États-Unis – Tubes et Tuyaux*, préc., § 82.

Le contrôle frontalier protège ainsi un territoire où se situent des producteurs[1321] dont l'État se fait le « porte-parole »[1322], et auxquels il donne « suffisamment de temps pour s'adapter aux nouvelles conditions de concurrence causées par l'accroissement des importations »[1323]. Quant au droit international des migrations, outre l'inclusion questionnable de la protection de l'économie dans l'ordre public[1324], la Convention européenne des droits de l'homme prévoit expressément que le droit à la vie familiale – et donc le regroupement qu'il peut inclure – peuvent être limités au nom du « bien-être économique du pays »[1325]. À ce titre, les États opposent leur frontière au nom des aides sociales qui grèvent leurs finances[1326] et il est reconnu sur ce fondement, non sans critiques[1327], que le regroupement familial puisse être en partie

[1321] Ceux-ci sont identifiés d'abord à raison du territoire. Selon l'art. 4.1. *litt.* c) de l'Accord sur les sauvegardes, la « branche de production nationale » que protègent les mesures de sauvegarde désigne « l'ensemble des producteurs des produits similaires ou directement concurrents *en activité sur le territoire d'un Membre* » ou ceux qui ensemble produisent « une proportion majeure de la production nationale totale de ces produits » (nous soulignons).

[1322] Rosso (C.), *Les mécanismes de flexibilité dans le droit de l'OMC*, *op. cit.*, p. 387.

[1323] Organe d'appel de l'O.R.D., 1999 (14 déc.), *Corée – Produits laitiers*, préc., § 87.

[1324] Federal Republic of Germany, Supreme Administrative Court (*Verwaltungsgerichtshof) of Baden-Württemberg*, 1971 (20 déc.), *Greek National Residence Permit Case*, *I.L.R.* vol. 72, pp. 570-573, p. 572 : le juge parle du « municipal economic order » inclus dans la notion d'« ordre public » qui lui permet d'exclure la requérante de son territoire en vertu du traité applicable en l'espèce.

[1325] Art. 8 § 2 de la Convention ; v. sa reprise par la Cour not. dans les arrêts de 2006 (12 oct.), *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, préc., § 79 et 2022 (20 oct.), *M.T. and others v. Sweden*, préc., § 59, « the Swedish State had an interest in serving the general interests of the economic well-being of the country by regulating immigration and controlling public expenditure ». Il est à noter que sa mention précise pour le droit à la vie familiale tend à exclure l'inclusion du bien-être économique dans d'autres motifs que les dispositions de la Convention contiennent.

[1326] V. not. les arguments du Danemark dans C.E.D.H., 2016 (24 mai), *Biao c. Danemark*, req. n° 38590/10, § 80 et C.E.D.H., 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, préc., § 94.

[1327] Certains défenseurs des droits de l'homme opposent une obligation de l'État de pallier la faiblesse économique de l'individu, sur le fondement de la Charte sociale européenne révisée (préc., considérants 16 et 17, arts. 17 § 1 *litt.* c) et 19) ou par l'effet d'une exhortation non contraignante (Comité exécutif du H.C.R., 1981, *Conclusion sur le regroupement des familles*, préc., § 9) dont il résulterait que « le regroupement familial ne saurait dépendre de la situation financière d'un parent migrant ou réfugié » (Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2243 (2018), *Regroupement familial des réfugiés et des migrants dans les États membres du Conseil de l'Europe*, § 10) et que les États devraient « fournir un soutien financier adéquat et d'autres services sociaux [aux] enfants et à leurs parents et frères et sœurs et, s'il y a lieu, à d'autres membres de leur famille » (Observation générale conjointe n° 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, doc. N.U. CMW/C/GC/4 – CRC/C/GC/23, § 38, et §§ 49-53 sur le droit à un niveau de vie suffisant des enfants). Suivant cette logique, la faiblesse économique des migrants ne saurait être invoquée par l'État car elle résulte de l'absence d'aide de ce dernier ; elle ne relèverait pas d'un motif d'exclusion mais d'une obligation d'intégration. Toutefois, ces obligations ne concernent en droit positif que les individus déjà présents sur le territoire, de sorte que l'État devra le cas échéant fournir de l'aide à l'individu selon ses besoins, et non selon les besoins d'une famille qui n'est pas (encore) présente sur son territoire. L'argument repose ainsi sur une acception très extensive du droit positif. Il est en outre à double tranchant car il est possible que l'État invoque ces obligations d'assistance pour souligner davantage la charge pesant sur son économie du fait de l'accueil de migrants (v. par ex. C.E.D.H., 2022 (20 oct.), *M.T. and others v. Sweden*, préc., § 61, la Cour suppose que « the Swedish government experienced a significant increase in expenditures relating to social benefits and allowances, housing, language training and employment initiatives for those granted international protection in Sweden »).

conditionné à l'existence d'un revenu stable et d'un logement adéquat garantissant que les individus concernés ne deviendront pas une charge économique pour l'État[1328].

327. Quant au versant social de l'État-providence, le contrôle frontalier se prévaut de protéger la vie et la santé de la population située sur le territoire. Le droit international le reconnaît largement, les régimes protecteurs de circulations admettant les limites opposées au motif de la protection sanitaire[1329] ou phytosanitaire[1330], à l'instar de la fermeture de la frontière à l'importation de pommes motif pris de leur contamination par le feu bactérien[1331]. La

---

[1328] Admis par C.E.D.H., 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, préc., § 134 : « De manière générale, conformément aux principes susmentionnés, la Cour hésite à conclure que les États contractants ont une obligation positive d'autoriser un regroupement familial lorsque sont présentes une ou plusieurs des circonstances suivantes (…) : (…) iv) La personne qui demande à être rejointe (candidat) n'est pas en mesure de démontrer qu'elle dispose de revenus personnels stables indépendants, ne provenant pas de prestations sociales, lui permettant de pourvoir aux besoins fondamentaux des membres de sa famille ». Pour un exemple dans la pratique étatique, v. Siekmann (R.C.R.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 1992-1993 », *N.Y.I.L.*, vol. 25 (1994), p. 394. Pour un exemple conventionnel, v. la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant (préc.), art. 12 §§ 1 et 2.

[1329] En droit international du commerce, v. particulièrement l'art. XX *litt.* b) du G.A.T.T., dont l'intérêt est manifeste au vu de la dangerosité des maladies possiblement transmises par le commerce : dans l'affaire *CE – Amiante*, il était question du cancer du poumon et du mésothéliome ; dans *Brésil – Pneumatiques rechapés*, de la fièvre dengue et du paludisme. En matière de droits de l'homme, v. Pacte international relatif aux droits civils et politiques**,** arts. 12 § 3 (droit de quitter tout pays), 19 § 3 *litt.* b) (droit à l'information) ; Convention européenne des droits de l'homme, arts. 8 § 2 (vie familiale) et 10 § 2 (droit à l'information), art. 2 § 3 Protocole n° 4 (droit de quitter tout pays) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme**,** arts. 13 § 2 *litt.* b) (droit à l'information) et 22 § 3 (droit de quitter tout pays) ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 32 (droit à l'information) ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique*, préc., principe 9 § 3 *litt.* b) (droit à l'information) ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 12 § 2 (droit de quitter tout pays) ; Fleury Graff (Th.), « Santé et migrations internationales », *in* S.F.D.I., *Santé et droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2019, 510 p., pp. 247-261, spéc. p. 258.

[1330] En droit du commerce, la matière est régie par l'Accord S.P.S. comme *lex specialis* par rapport au régime général du G.A.T.T (Groupe spécial de l'O.R.D., 2014 (14 oct.), *Inde – Mesures concernant l'importation de certains produits agricoles*, WT/DS430/R, § 7.121) auquel il est particulièrement lié par son art. XX b) dont il « explique en détail » l'application (Groupe spécial de l'O.R.D., 2010 (29 sept.), *États-Unis – Certaines mesures visant les importations de volaille en provenance de Chine*, WT/DS392/R, §§ 7.471-7.479). L'Accord pose d'emblée qu'« aucun Membre ne devrait être empêché d'adopter ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux » (préambule**,** al. 1). L'objectif de cette protection est de pouvoir se prémunir de risques sanitaires et phytosanitaires, soit d'une « possibilité de survenue d'événements indésirables » dans ces domaines (Groupe spécial de l'O.R.D., 1998 (12 juin), *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/R, § 8.81), exigeant un contrôle de la frontière par une mesure édictée « pour protéger, *sur le territoire du Membre*, la santé et la vie des animaux ou préserver les végétaux des risques découlant de l'*entrée*, de l'établissement ou de la dissémination de parasites, maladies, organismes porteurs de maladies ou organismes pathogènes » (Annexe A de l'ASPS, *litt*. a), et *litt.* c) sur la vie des personnes et d) pour les autres dommages (nous soulignons)). Pour un régime hors le système commercial multilatéral v. *R.T.N.U.*, vol. 2367, A-1963, Convention internationale pour la protection des végétaux (nouveau texte révisé à Rome du 17 novembre 1997), art. VII § 1 (les États ont le « pouvoir souverain de réglementer » l'importation d'organismes nuisibles, notamment par l'adoption de mesures phytosanitaires).

[1331] Cette maladie était en cause dans l'affaire *Japon – Mesures visant l'importation de pommes* (Groupe spécial de l'O.R.D., 2003 (15 juil.), WT/DS245/R, § 2.1 pour une description de la maladie). Pour un autre exemple en matière phytosanitaire, v. la liste des mesures adoptées par l'Australie pour lutter contre diverses maladies affectant les pommes en provenance de Nouvelle-Zélande, parmi lesquelles l'inspection préalable des vergers et le traitement de désinfection des pommes (Organe d'appel de l'O.R.D., 2010 (29 nov.), *Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande*, WT/DS367/AB/R, § 125)).

protection du bien-être de la population est particulièrement appuyée dans le droit de l'O.M.C. lorsqu'il permet que le contrôle frontalier use de restrictions quantitatives « appliquées temporairement pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation »[1332]. Le critère de l'essentiel restreint le champ d'opposition du contrôle[1333], mais celui-ci pourra être opposé pour conserver des ressources naturelles épuisables[1334], un intrant destiné à une branche de production importante du Membre[1335] ou indispensable dans un contexte de crise[1336], ou encore de produits devenant vitaux lorsqu'une pandémie frappe tels les masques, vaccins ou oxygène médical[1337].

328. Sous tous ces aspects, l'État gendarme ou providence protège ses intérêts sur son territoire. Mais le territoire est aussi partie de la société internationale, vis-à-vis de laquelle le contrôle frontalier peut alors être justifié en défense d'intérêts internationaux que l'État entend protéger.

[1332] Art. XI.2 *litt.* a) du G.A.T.T. de 1994.

[1333] Le terme « essentiel » désigne ici des produits qui sont « par ailleurs absolument indispensables ou nécessaires » (Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (30 jan.), *Chine – Matières premières*, préc., § 326 ; Groupe spécial de l'O.R.D., 2022 (30 nov.), *Indonésie – Mesures relatives aux matières premières*, WT/DS592/R, § 7.94). Le caractère essentiel « pour la partie exportatrice » ne permet pas à un Membre de « simplement affirmer qu'un produit est essentiel pour lui » afin de déclencher la limitation, mais cela signifie que « les types de produits qui sont essentiels peuvent varier d'un Membre à un autre » (Groupe spécial de l'O.R.D., 2022 (30 nov.), *Indonésie – Mesures relatives aux matières premières*, WT/DS592/R, § 7.94), ce qui permet une adaptation du mécanisme à la situation concrète à laquelle le Membre fait face, au regard de ses circonstances propres.

[1334] Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (30 janv.), *Chine – Matières premières*, préc., § 337 ; Groupe spécial de l'O.R.D., 2022 (30 nov.), *Indonésie – Matières premières*, préc., § 7.95.

[1335] Groupe spécial de l'O.R.D., 2022 (30 nov.), *Indonésie – Matières premières*, préc., § 7.95. En revanche, l'intrant ne peut relever de la catégorie des produits essentiels « pour protéger des aléas de la concurrence ou des conditions normales du marché concernant l'accès aux intrants, ni pour créer une branche de production qui n'existe pas encore » (*ibid.*, § 7.100).

[1336] Doc. O.M.C. G/MA/QR/N/UKR/6/Add.5, 8 mai 2023, *Notification présentée par l'Ukraine conformément à la décision sur les procédures de notification des restrictions quantitatives*, afin de conserver l'essence dans le contexte du conflit armé avec la Russie, sur le fondement des articles XI.2 a) et XXI du G.A.T.T.

[1337] Doc. O.M.C., WT/MIN(22)/31, 17 juin 2022, *Déclaration ministérielle sur la réponse de l'OMC à la pandémie de Covid-19 et la préparation aux pandémies futures*, § 8 : les Membres reconnaissent en pareil cas le droit d'adopter des restrictions à l'exportation, même s'ils évoquent le besoin de « faire preuve de modération » ce faisant.

2. La justification du contrôle frontalier par les intérêts internationaux protégés par l'État

329. Au regard de la société internationale, l'État qui contrôle sa frontière peut agir comme un « État-citoyen »[1338], protégeant les intérêts de ses pairs[1339] mais surtout les intérêts communs qui le lient à cette société et qu'il invoque pour justifier son comportement[1340]. Ainsi par exemple de la sécurité *internationale*, qui étend le motif sécuritaire[1341]. Ces intérêts communs sont surtout importants quant à l'obligation de contrôler la frontière, qui sera vue dans la seconde partie de cette étude. À ce stade de la seule motivation, modérant le contrôle frontalier entre le tiers et l'État territorial, l'intérêt commun trouve surtout application dans le droit international du commerce, parmi les « valeurs non marchandes »[1342] protégées par les

[1338] L'expression est de René-Jean Dupuy, forgée pour désigner le comportement étatique idéal voulu par le modèle de l'organisation internationale en son sein (affranchissement des intérêts particuliers au profit du seul intérêt général), elle est ici employée dans le contexte plus large de la participation à la « communauté internationale » et à ses enjeux (nous renvoyons pour l'analyse et les références à notre étude, « Un chemin vers l'empyrée ? L'expression de la volonté générale et l'organisation internationale selon René-Jean Dupuy », *in Les grandes pages du droit international. Vol. 10 : Les organisations internationales*, Paris, Pedone, 2024, 300 p., pp. 31-57, spéc. pp. 38-40).

[1339] Sur le respect de la législation migratoire d'un État tiers, v. C.E.D.H., 2012 (27 nov.), *Stamose c. Bulgarie*, req. n° 29713/05, §§ 32 et 36, où la Cour s'annonce disposée « à admettre qu'une interdiction de quitter son propre pays, infligée pour une infraction à la législation sur l'immigration d'un autre État, peut passer pour justifiée », seulement toutefois dans « certaines situations impérieuses » qu'elle ne précise pas.

[1340] Cette opposition d'intérêts communs à un tiers intérêt se reflète dans le mécanisme de l'état de nécessité, qui selon la Commission du droit international peut jouer « dans un péril grave menaçant soit les intérêts essentiels de l'État soit ceux de la communauté internationale dans son ensemble » (*A.C.D.I.* 2001, vol. II (2), pp. 85, § 2, et 88, § 15) ; v. également Cassella (S.), *La nécessité en droit international*, *op. cit.*, pp. 188-190.

[1341] Le C.D.H. considère en effet que « l'obligation de se conformer aux décisions du Conseil de sécurité prises en vertu du Chapitre VII de la Charte peut constituer une 'restriction' visée par le paragraphe 3, de l'article 12, qui est notamment nécessaire pour protéger la sécurité nationale ou l'ordre public » (2008 (22 oct.), *Sayadi et Vinck c. Belgique*, CCPR/C/94/D/1472/2006, § 10.7). Dans le même ordre d'idée s'agissant d'un individu condamné pour trafic de stupéfiants, le juge néerlandais notant le caractère international du crime et les obligations assumées par les Pays-Bas au regard de la Convention de New York sur les stupéfiants de 1961 a pu considérer que le retrait du passeport ne méconnaissait pas l'article 12 du P.I.D.C.P (The Netherlands, Council of State (Judicial Division), 1983 (11 nov*.), MvdV v. Minister for Foreign Affairs*, *I.L.R.* vol. 101, pp. 406-409). Ainsi encore le droit de quitter tout pays peut-il être limité si le voyage est à but terroriste, ce que montre bien le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme qui la pénalisation d'un tel voyage ou de l'assistance à sa tenue (*R.T.N.U.*, vol. 3205, A-44655, Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, arts. 4-6).

[1342] Selon la terminologie employée dans sa célèbre étude par Oppetit (Br.), « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », *op. cit.*, 309-319. « Valeur », car « il faut bien désigner les choses par leur nom afin d'aborder lucidement les tensions croissantes qu'affronte le système commercial multilatéral au fur et à mesure de son développement », selon la Pre Ruiz Fabri dans sa préface à l'ouvrage de Guèvremont (V.), *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, *op. cit.*, p. iii. « Non marchandes » car elles se détachent du marché pour poursuivre des fins plus hautes, moins utilitaristes que l'avantage immédiat du gain économique (sur la distinction entre valeur marchande et valeur non-marchande, v. Jourdain-Fortier (Cl.), *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Dijon – Paris, CREDIMI – LexisNexis, 2006, xvii-699 p., pp. 4-8 qui se réfère à la distinction kantienne entre valeur relative et valeur absolue).

exceptions qui ménagent le contrôle frontalier face au libre-échange[1343], en la figure des droits de l'homme et de la nature.

a) La motivation du contrôle frontalier par la protection des droits de l'homme

330. Outre la protection des droits d'autrui qui relève de l'ordre public interne, le contrôle frontalier peut être justifié par la protection des droits de l'homme. Il est alors exercé par les États comme citoyens de la société internationale, dans la mesure où ils n'y « ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être [du régime] »[1344]. En effet ces fins supérieures qui convergent dans la dignité humaine peuvent être lésées par le commerce international et la frontière qui s'y ouvre, notamment par la prospérité de marchandises produites par des violations de la dignité des travailleurs. D'où l'idée que le contrôle frontalier puisse s'y opposer. C'est avant tout le motif de la moralité qui sera alors convoqué[1345], encore ancré dans les sentiments particuliers d'une population mais cette fois-ci enrichi de cette humanité commune qui éprouve la souffrance où qu'elle soit. Si l'utilisation du motif dans cette optique est encore largement prospectif sur le plan contentieux, il agit déjà dans les relations intergouvernementales[1346] et ainsi par exemple de l'Union européenne lorsqu'elle presse le Bangladesh d'améliorer les conditions de travail de ses producteurs[1347]. Plus encore, l'utilisation du motif à cette fin est quoiqu'il en soit largement permise au vu de la plasticité de

[1343] Les exceptions au libre-échange sont bien des outils protecteurs de valeurs (V. Sands (Ph.), « Unilateralism, Values, and International Law », *E.J.I.L.*, vol. 11 (2000), pp. 291-302), juridiquement traduites en intérêts communs heurtés par l'intérêt économique (Ruiz Fabri (H.), « La contribution de l'Organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », *op. cit.*, p. 376 : « Ce sont des débats menés en termes de valeurs et tout le monde admet que la mondialisation ne doit pas en être dépourvue. Il s'agit de traduire ces valeurs en intérêts communs (…) »).

[1344] Transposition de la position de la Cour internationale de Justice à propos de la Convention contre le génocide, dont le « but purement humain et civilisateur » rejoint celui du droit international des droits de l'homme (C.I.J., 1951 (28 mai), *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (avis)*, *C.I.J. Rec.* 1951, p. 23).

[1345] La moralité publique et d'autres motifs pouvant être invoqués à l'appui des droits de l'homme en matière commerciale sont évalués par Ghérari (H.), « Les droits de l'homme et l'Organisation mondiale du commerce », *in* Boy (L.), Racine (J.-B.) et Siirainen (F.) (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, 710 p., pp. 167-202, pp. 195-202.

[1346] Charnovitz (St.), « The Moral Exception in Trade Policy », *V.J.I.L.*, vol. 38 (1998), pp. 689-745, pp. 698-699 compile des mesures étatsuniennes à cet effet. Pour une politique juridique ciblée, v. Slawotsky (J.), « The Weaponization of Human Rights in US-China Trade Policy: Impacts and Risks », *J.W.T.*, vol. 56 (2022/4), pp. 547-570.

[1347] L'exemple est cité par Thouvenin (J.-M.), « Du libre-échange au juste échange ?... », *op. cit.*, p. 134.

la moralité publique[1348], que rien n'empêche voire tout indique qu'elle accueille des préoccupations aussi éthiquement chargées que celles liées aux droits de l'homme[1349].

b) La justification du contrôle frontalier par la protection de la nature

331. Quant à la protection de la nature, sa préoccupation peut certes être locale, défendue par l'État contre le danger qui menace l'état de « *son* environnement naturel », et le droit international l'admet sans difficulté[1350]. Mais en fait comme en droit, l'intérêt dépasse la seule situation de l'État et touche l'intérêt commun car du fait de son interdépendance, la nature importe pour l'État, pour les États, et finalement « pour l'ensemble du genre humain »[1351].

332. Conscient de ce que les marchandises peuvent affecter la nature au cours de leur cycle de vie, de leur production à leur consommation, le droit de l'O.M.C. prévoit ainsi que ses Membres peuvent adopter des mesures de contrôle « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux », ou « se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables »[1352] ce qui inclut les ressources renouvelables dont la pérennité est compromise[1353]. Et concernant la conservation des

---

[1348] Notée *supra*, dans les développements 1) a) du présent A).

[1349] L'ouverture et les potentialités protectrices de la morale à cet égard sont communément soulignées par la doctrine, not. Witmeur (R.), « L'article XX a) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international », *R.I.D.E.*, t. XXVI (2012/3), pp. 237-268, p. 259 ; Barreto Santana de Andrade (D.), *Les droits de l'homme dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce : vers la cohérence. Le cas des droits économiques, sociaux et culturels*, Th. Aix-Marseille Université, 2018, dir. Ghérari (H.), 619 p., pp. 284-293, qui souligne l'indétermination de la « morale » ; Charnovitz (St.), « The Moral Exception in Trade Policy », *op. cit.*, pp. 740-742 à propos du travail infantile ; Thouvenin (J.-M.), « Du libre-échange au juste échange ?... », *op. cit.*, pp. 133-136

[1350] C.I.J., 1997 (25 sept.), *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, *C.I.J. Rec.* 1997, p. 41, § 53 (nous soulignons) : « [L]a Cour ne voit aucune difficulté à reconnaître que les préoccupations exprimées par la Hongrie en ce qui concerne son environnement naturel dans la région affectée par le projet Gabčikovo-Nagymaros avaient trait à un "intérêt essentiel" de cet État » au sens de l'état de nécessité.

[1351] *Loc. cit.*. Dans l'affaire plus récente des *Droits de navigation et droits connexes* (2009, préc.), la Cour accepte la protection de l'environnement comme objectif légitime sans précision qu'il s'agit de l'environnement *du Nicaragua*, ce qui peut être lu comme percevant la nature en tant qu'objet à protéger en lui-même.

[1352] Art. XX respectivement *litt.* b) et g) du G.A.T.T. L'Organe de règlement des différends a pu souligner (sans grande valeur technique) que la protection de l'environnement ainsi exprimée était « importante » (Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., § 179) ; v. aussi art. 2.2 de l'Accord O.T.C. (appliqué à cet égard par le Groupe spécial du rapport de 2024 (5 mars), *Union européenne et certains États membres – Certaines mesures visant l'huile de palme et les biocarburants dérivés du palmier à huile*, WT/DS600/R, § 7.317, à propos de l'émission de gaz à effet de serre). Pour un panorama de la (possible) protection de l'environnement en droit de l'O.M.C., v. les voies recensées par Lanfranchi (M.-P.) et Truilhe-Marengo (E.), « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 130-100, §§ 27-68.

[1353] Cette position fut affirmée dans l'affaire bien connue *États-Unis – Crevettes*, (Organe d'appel de l'O.R.D., préc.). Avec l'outil de l'interprétation évolutive à l'appui (§ 130), l'Organe d'appel y considère que peuvent être incluses les ressources « renouvelables » dans la mesure où celles-ci peuvent tout à fait « se raréfier, s'épuiser ou disparaître, bien souvent à cause des activités humaines » (§ 128). Déjà dans l'affaire *États-Unis – Essence*, le Groupe spécial avait considéré que l'air pur était une ressource naturelle épuisable par pollution nonobstant son caractère renouvelable (1996 (29 janv.), WT/DS2/R, § 6.37). Cette interprétation trouve une caisse de résonance particulière dans le contexte du changement climatique et de la crise de la biodiversité, en ce qu'elle couvre la « conservation » de diverses réalités, allant de la préservation d'une ressource épuisable par l'arrêt de son

ressources spécifiquement, la communauté de l'intérêt environnemental est traduite par une « obligation d'*impartialité* »[1354] pour l'État qui oppose sa frontière à la pollution. « Impartial », le contrôle frontalier ne prétend plus défendre les intérêts *nationaux* mais ceux de tous, en protégeant la nature elle-même. Dans le même sens, il semble pouvoir découler de la communauté de l'intérêt défendu que les ressources protégées par le contrôle frontalier ne sont pas limitées à celles situées sur le territoire de l'État[1355]. L'État territorial se prévaut donc de l'intérêt commun, dont il se fait le protecteur à l'aide de sa frontière.

333. De nombreux aspects de l'activité des États sont ainsi couverts par les motifs pouvant justifier le contrôle frontalier. Il est toutefois des cas où rien ne paraît justifier le contrôle, qui est ainsi disqualifié comme reposant sur un motif condamné.

B. La disqualification du contrôle frontalier par les motifs condamnés

334. Nous avons ouvert la question de la motivation en soulignant que le silence de la mesure de contrôle frontalier valait arbitraire, faute de raison fondant l'atteinte à l'intérêt tiers. Partant, l'absence de motif légitime semble suffire pour opérer la modération du contrôle en le

---

extraction jusqu'à « une aide au renouvellement » d'une espèce menacée (Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (7 août), *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS314/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, § 5.89), mais couvrant aussi « les terres présentant un important stock de carbone » pouvant être dévastées par l'expansion des cultures (Groupe spécial de l'O.R.D., 2024 (5 mars), *UE – Huile de Palme (Malaisie)*, préc., § 7.1076).

[1354] Organe d'appel de l'O.R.D., 1996 (29 avr.), *États-Unis – Essence*, préc., p. 23 (souligné dans l'original) ; Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (7 août), *Chine – Terres rares*, préc., § 5.93. Toutefois, l'Organe d'appel nuance cette disposition en soulignant la difficulté dans ce cadre de donner un sens utile à l'exception vis-à-vis de l'art. III:4 du G.A.T.T. qui dispose l'obligation de traitement national : si l'art. XX *litt.* g) obligeait à conférer un traitement *identique* aux produits nationaux et aux produits importés, alors il n'y aurait pas d'incompatibilité avec l'art. III:4 de sorte que l'exception n'aurait plus lieu de jouer. Il s'agit donc en réalité de l'obligation du Membre d'imposer corrélativement « une restriction "réelle" à la production ou à la consommation nationales qui renforce et complète la restriction au commerce international », (Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (7 août), *Chine – Terres rares*, préc., § 5.92, et § 5.127 qui précise que l' « obligation d'impartialité » exprime simplement la logique de l'art. XX *litt.* g) et ne lui ajoute pas une obligation distincte).

[1355] Cette position fut soutenue par un panel du G.A.T.T. dans son rapport de 1994 (16 juin), *États-Unis – Restrictions à l'importation du thon (dit « Thon II »)*, DS29/R, §§ 5.15-5.20 (avec la jurisprudence à l'appui), et contredite par le panel l'ayant précédé en l'affaire *Thon I* (1991 (3 sept.), DS21/R, §§ 5.31-5.34). Dans le rapport de l'Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.) *États-Unis – Crevettes*, la question est explicitement laissée de côté (§ 133) mais trouve toutefois une esquisse de réponse positive dans la mesure où il est considéré que le motif est fondé alors même que la mesure des États-Unis vise les méthodes de pêche adoptées en dehors de son territoire et donc la protection des tortues marines qui s'y situent, et alors même qu' « il n'est pas allégué que *toutes* les populations de ces espèces migrent vers des eaux relevant de la juridiction des États-Unis, ou les traversent, à un moment ou à un autre », même si l'Organe d'appel recherche tout de même un « lien suffisant » entre les États-Unis et l'objet de l'intérêt protégé (*ibid.*, c'est l'Organe qui souligne). À tout le moins, imposer une limitation spatiale s'arrêtant à la frontière serait méconnaître le sens profond de l'intérêt environnemental, y compris dans une acception purement égoïste car la raréfaction des ressources est vouée à toucher à terme même celui qui en est le plus nanti. Dans ce sens enfin de l'absence de limitation territoriale de l'intérêt environnemental, la Commission du droit international donne une lecture de l'affaire des *Phoques à fourrure russe* dans son commentaire sur l'état de nécessité : « Lors de la controverse de 1893 concernant les phoques à fourrure russes, l'"intérêt essentiel" à protéger d'un "péril grave et imminent" était l'environnement naturel dans une région qui n'était soumise à la juridiction d'aucun État ni à aucune réglementation internationale » (*in A.C.D.I.* 2001, vol. II (2), p. 86, § 6).

condamnant dès lors qu'il porte atteinte à un intérêt juridiquement protégé sans motivation. Cela étant, il convient tout de même de chercher ce qui, positivement, peut-être trouvé dans ce silence, afin de renforcer la modération du contrôle en nommant ce qui est reproché à l'État au-delà de l'absence de raison. Qu'est-ce qui en droit est visé comme viciant le contrôle frontalier lorsqu'il n'est pas motivé, outre et derrière l'absence de motivation elle-même ? Qu'est-ce qui, en d'autres termes, est considéré comme injustifiable ? L'activité juridiquement reconnue de l'État fondant la légitimité de son action et celui-ci étant une institution publique, c'est d'abord l'intérêt privé du décisionnaire, par définition non reconnu comme participant de l'activité de l'État, qui peut se situer dans cette absence de motivation[1356]. C'est là une dérive propre à l'exercice humain du pouvoir[1357] que le droit international ne peut que condamner, même si sa pratique la tait largement en se cantonnant à constater l'absence de motif légitime. La diplomatie vigoureuse qui, au Conseil de sécurité, peut s'opposer sur le contrôle frontalier, fait à cet égard figure d'exception[1358]. Mais à côté de cet intérêt privé, le droit international permet de saisir ce qui est injustifiable dans le contrôle frontalier en ce que celui-ci est fait de *distinctions*. C'est le propre du contrôle : l'un peut entrer ou sortir, l'autre est bloqué. Or en l'absence de motivation, ces distinctions deviennent des discriminations qui minent l'égalité de protection garantie par le droit international. Ici se situe une notion clef pour opérer l'articulation des intérêts opposés dans le contrôle frontalier, comme pendant des motifs légitimes qui disqualifie le contrôle. En effet la réglementation du contrôle frontalier interdit

---

[1356] Il est notable à cet égard que même les tenants de l'indétermination matérielle des fonctions étatiques posent l'(unique) étalon de la poursuite du bien public comme déterminant la finalité de l'État (Beaud (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, 146-147 (sur la pensée d'H. Krüger)).

[1357] Montesquieu, pour qui « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser » (*De l'esprit des lois*, XI, IV), a capturé ces dérives dans le concept du gouvernement despotique, où « un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices » (*De l'esprit des lois*, II, I (les deux citations se trouvent respectivement aux pages 293 et 131 de l'édition de Paris, 1979, GF Flammarion, t. I, 507 p.). Le despote est ainsi la figure du mal politique absolu, brisant l'institution pour ne montrer que l'individu, privé, qui s'y substitue et démolit l'édifice téléologique du Bien commun propre au politique (Goyard-Fabre (S.), *Philosophie politique*, *op. cit.*, p. 312, sur Montesquieu). L'art a donné des expressions innombrables de ces sombres arcanes du pouvoir, dont les glaçantes *Eight Songs for a Mad King* composées par Sir Peter Maxwell Davies s'inspirant du roi Georges III d'Angleterre. Le droit international les rejette mécaniquement par l'exigence de motifs légitimes ; les droits de l'homme en particulier, par la promotion de la démocratie qui fait par exemple que le rejet d'informations servant les valeurs démocratiques et les droits de l'homme au vu de leur seul contenu, opposé au pouvoir par hypothèse, est illégitime, donc illicite (C.D.H., *Observation générale n° 34*, préc., § 23).

[1358] Un exemple suffit, qui concerne l'assistance humanitaire en Syrie. Là où les États-Unis d'Amérique plaidaient pour un renouvellement du mécanisme tel quel, la Russie entendait l'empêcher afin d'obtenir une modification du mécanisme et un renouvellement moins étendu sur la durée, plus protecteurs des intérêts syriens. Peu importe le fond du débat, il faut ici noter la teneur des accusations : les États-Unis estiment « incompréhensible qu'un membre du Conseil de sécurité, la Russie, ait fait passer ses intérêts politiques avant les besoins humanitaires du peuple syrien », tandis que la Russie rétorque que la déclaration étatsunienne est « particulièrement sournoise, hypocrite et trompeuse » et forme « une expression flagrante de cynisme politique et une tentative de tromper l'opinion publique mondiale » (8 juillet 2022, doc. N.U. S/PV.9087, p. 5).

les discriminations (1), ce qui suppose de pouvoir les identifier dans la décision de contrôle à travers la perception variable des différences qu'il peut opérer (2).

1. La disqualification du contrôle frontalier par l'interdiction de la discrimination

335. La discrimination étant définie comme une distinction *injustifiée*[1359], irrationnelle au sens du droit international qui ne reconnaît pas ses « raisons »[1360], son interdiction est d'abord une nécessité car elle rend ainsi « *ipso facto* de nature arbitraire »[1361] le comportement en cause. Plus précisément, discrimination et arbitraire sont liés car le contrôle frontalier qui discrimine nie la relation juridique qui le lie à l'intérêt tiers, refusant de considérer ce dernier *en droit* – par exemple un individu ayant droit au retour, auquel peut être opposée la sécurité nationale – dès lors qu'il l'enferme dans la perception non reconnue qu'il en a – l'individu est rejeté car ayant telle religion, ou telle origine nationale. Le contrôle frontalier porte ainsi atteinte à l'intérêt tiers distingué sans raison valable, ce que le droit international ne peut que condamner[1362].

336. Cette position fondamentale est confirmée par la réglementation du contrôle frontalier, qui comprend des dispositions explicites à travers lesquelles sont précisés la portée de

---

[1359] Groupe spécial de l'O.R.D., 2010 (29 sept.), *États-Unis – Volaille*, préc., § 7.291, « une détermination de l'existence d'une "discrimination" dépen[d] toujours de la question de savoir si le traitement différent appliqué était "justifié" ». Sur la séparation de sens des termes « distinction » et « discrimination », souhaitable afin de conserver une certaine rigueur conceptuelle en dépit de leur usage indifférencié dans certaines conventions, v. Bossuyt (M.), *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, xi-262 p., pp. 12-27, et Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 751-752.

[1360] Sohn (L.) et Buergenthal (Th.), *The movement of persons across borders*, *op. cit.*, p. 17 : la discrimination est qualifiée en ce qu'il manque « *some rational basis* » à la décision du contrôle frontalier.

[1361] C.D.H., *Observation générale n° 36*, préc., § 61 (à propos de la privation de la vie fondée sur une discrimination). De même le C.D.H. souligne que les restrictions de l'art. 12 § 3 du Pacte doivent être compatibles avec « les principes fondamentaux de l'égalité et de la non-discrimination » (*Observation générale n° 27*, préc., § 18), et sur la détention considère qu'elle est en principe arbitraire si elle est fondée sur des motifs discriminations en violation des arts. 2 § 1, 3 ou 26 du Pacte (*Observation générale n° 35*, préc., § 17 ; v. aussi doc. N.U., A/HRC/39/45, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Annexe, *Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*, § 21). Le droit de l'O.M.C. contient expressément cela en visant la « discrimination arbitraire ou injustifiable », où il ne faut pas voir l'idée que la discrimination pourrait être justifiée mais plutôt un pléonasme révélateur de ce qu'en dernière instance, sans les exceptions qui pourraient la sauver comme simple distinction, la discrimination *est* « arbitraire » (sur ce fonctionnement de l'art. XX du G.A.T.T., v. not. Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.), *États-Unis – Crevettes*, préc., § 150). En conséquence, la discrimination revêt la même péjoration que l'arbitraire, tous deux étant profondément condamnés par le droit (Groupe spécial de l'O.R.D., 2010 (29 sept.), *États-Unis – Volaille*, préc., § 7.289 ; Hernu (R.), « Égalité et non-discrimination », *in* Andriantsimbazovina (J.) *et al.*, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, Coll. « Dictionnaire Quadrige », xviii-1074 p., pp. 357-360, p. 357).

[1362] C'est donc en toute logique qu'elle a pu être qualifiée de *ius cogens* par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (C.I.D.H., 2003 (17 sept.), *Juridical condition and rights of undocumented migrants*, préc., §§ 100-101 ; C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, préc., § 248) et qu'elle relève de l'absolu et de l'indérogeable dans les textes (Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 4 § 1 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 27 § 1 ; Charte arabe des droits de l'homme, art. 4 *litt.* a).

l'interdiction et les motifs qui sont bannis de l'appréciation des flux par traduction de certaines valeurs[1363]. Ainsi d'abord du rattachement national du flux dans un régime interétatique, dont le contrôle frontalier ne peut en principe se prévaloir sans méconnaître le principe de l'égalité souveraine dès lors que la distinction a lieu entre États liés par la même protection[1364]. C'est toutefois à raison des êtres humains que la prohibition de la discrimination est particulièrement développée, en miroir de l'égalité affirmée au cœur des droits de l'homme[1365]. Elle y précise la contrainte pesant sur le contrôle frontalier en étendant les droits de circulation qu'elle protège (a), jusqu'à constituer elle-même un intérêt autonome et ainsi condamner le contrôle dès qu'il frappe certaines caractéristiques de l'être humain (b).

a) L'interdiction de la discrimination liée aux droits de circulation

337. La discrimination peut d'abord disqualifier le contrôle des frontières lorsqu'il l'opère en s'opposant à la jouissance d'un droit de circulation. Alors, l'interdiction de la discrimination

---

[1363] Hernu (R.), « Égalité et non-discrimination », *in* Andriantsimbazovina (J.) *et al.*, *Dictionnaire des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 358, parle, en se référant à Perelman, de « déterminants métajuridiques » qui écartent certaines données de la différenciation dans l'infinie diversité du réel.

[1364] Par exemple pour la navigation fluviale, la non-discrimination marque le régime parmi les États (riverains par hypothèse) en jouissant, v. not. I.D.I., « Projet de règlement international de navigation fluviale », préc., art. 4, et « Règlement pour la navigation des fleuves internationaux », préc., art. 3 ; Convention relative au régime de la navigation sur le Danube, préc., arts. 1 et 26 ; Statut de Barcelone sur le régime des voies navigables d'intérêt international, préc., art. 4 ; ou en matière diplomatique, Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., art. 83. Comme précisions de la non-discrimination dans l'application de la règle liant également les membres du groupe, ces dispositions sont des lapalissades exprimant le principe de l'égalité souveraine. La non-discrimination sur ce fondement est encore décuplée dans des régimes qui multilatéralisent tout avantage, soit la substance de l'intérêt protégé au stade de sa formation *ratione personae*. C'est le cas du droit de l'O.M.C., dont deux des piliers sont constitués par la clause de la nation la plus favorisée de l'art. I et la clause du traitement national de l'art. III du G.A.T.T., qui prohibent la discrimination opérée au niveau du traitement de produits étrangers entre eux ou avec les produits nationaux.

[1365] Comme l'indiquait le juge Tanaka dans une importante opinion dissidente écrite au début du développement du droit international des droits de l'homme, la question de l'existence de la prohibition de la discrimination en droit international « est intimement liée à l'essence même et à la nature des droits fondamentaux de l'homme » (op. diss. Tanaka sous C.I.J., 1966 (18 juil.), *Sud-Ouest africain*, préc., p. 287, et plus généralement pp. 287-300). Dans le même sens, la C.I.D.H., 2003 (17 sept.), *Juridical condition and rights of undocumented migrants*, préc., § 87, considère que la prohibition de la discrimination est le corollaire du principe de l'égalité des êtres humains, qui « springs directly from the oneness of the human family and is linked to the essential dignity of the individual » (réitéré *in* C.I.D.H., 2018 (30 mai), *The institution of asylum and its recognition as a human right in the inter-American protection system…*, préc., § 170 ; dans le même sens sur le droit international des droits de l'homme dans son ensemble, v. Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 743-744). V. aussi dans la pratique étatique la Déclaration de Durban où les États se disent déterminés, « dans une ère où la mondialisation et la technologie ont grandement rapproché les peuples, à concrétiser la notion de "famille humaine" reposant sur l'égalité, la dignité et la solidarité », et affirment « toute l'importance [qu'ils attachent] aux valeurs de solidarité, de respect, de tolérance et de multiculturalisme » (Conférence mondiale de Durban contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance, tenue du 31 août au 8 septembre 2001 à Durban (Afrique du Sud), préambule, § 33). Enfin, et pour rester au niveau universel, l'égalité ou non-discrimination est notamment affirmée dans la Charte des Nations Unies (préambule, al. 2), la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 1), et le Pacte international sur les droits civils et politiques (art. 2 § 1).

« n'a pas d'existence indépendante »[1366], dans la mesure où elle n'est appliquée qu'*à raison* d'un droit distinct. Ici, l'individu n'a donc pas d'intérêt autonome à la non-discrimination qu'il pourrait opposer au contrôle frontalier dès qu'un autre individu, dans la même situation, passerait le contrôle. C'est en premier lieu la protection de sa circulation qui récuse que le contrôle frontalier puisse rejeter l'individu sur un motif discriminatoire, car cela serait contraire à l'égale jouissance de la protection, elle-même fondée sur l'égalité des êtres humains qui en bénéficient[1367]. Mais si l'interdiction de la discrimination est ainsi restreinte car elle est rendue dépendante d'un droit auquel elle peut se greffer, cette dépendance élargit l'interdiction dans la mesure où celle-ci s'applique ainsi lorsque l'atteinte à un intérêt protégé est déjà établie et, partant, dans un cas où elle n'a plus qu'à questionner la motivation d'une telle atteinte (ainsi déjà établie) et la qualifier de violation dès qu'un motif légitime fait défaut. En effet l'interdiction de la discrimination est ici secondaire, elle ne forme pas la relation juridique en constituant un intérêt autonome mais s'applique à une relation préexistante – par exemple, entre l'État contrôlant sa frontière et l'individu se prévalant du regroupement familial – pour questionner l'atteinte, déjà établie, à un tel intérêt. Partant, il n'est techniquement pas nécessaire de préciser le motif de discrimination prohibé (race, religion, opinion…) et encore moins justifié de l'enfermer dans une liste exhaustive, car l'existence préétablie d'un intérêt protégé permet d'exiger que seul un motif *légitime* s'y oppose, et donc de récuser tout motif non reconnu, quel qu'il soit, comme discriminant car soutenant une atteinte par une distinction injustifiée[1368]. L'interdiction de la discrimination est ainsi étendue à celle de toute distinction sans motivation positive.

338. À cette extension s'ajoute celle du champ de protection des droits de circulation eux-mêmes à travers la non-discrimination. En effet selon la Cour européenne des droits de l'homme, en étant couplée à l'intérêt protégé par le droit subjectif et non seulement à ce que ce

---

[1366] C.E.D.H., 2016 (24 mai), *Biao c. Danemark*, préc., § 88. V. aussi l'explication de Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 752.

[1367] Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 752. Elle figure notamment aux arts. 2 § 1 du Pacte international sur les droits civils et politiques, 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, 3 *litt.* a) de la Charte arabe des droits de l'homme, 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 2 de la Déclaration de l'A.S.E.A.N. sur les droits de l'homme.

[1368] Les conventions citées à la note ci-dessus expriment cette logique en ouvrant la liste de motifs prohibés à « toute autre situation » (« toute autre condition sociale » pour la Convention américaine, « other status » pour la Déclaration de l'A.S.E.A.N.), à l'exception de la Charte arabe qui enferme les motifs dans une liste exhaustive. Comme le relève la C.E.D.H., l'expression reçoit généralement une interprétation large, dépassant les seules caractéristiques « personnelles » inhérentes à l'individu, (2016 (24 mai), *Biao c. Danemark*, préc., § 89 ; v. par ex. C.E.D.H., 2012 (6 nov.), *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, req. n° 22341/09, § 47 qui inclut le statut migratoire, notamment de réfugié).

droit exige isolément, la non-discrimination permet de couvrir les cas dans lesquels « un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, *même si la Convention ne requiert pas le traitement le plus favorable* »[1369]. Il suffit pour cela que les faits tombent « sous l'empire »[1370] du droit auquel l'interdiction est rattachée. Partant, si comme nous l'avons vu le droit à la vie familiale n'inclut pas en lui-même de droit d'entrée de l'individu sur le territoire de l'État pour l'unification de sa famille, cette entrée reste un intérêt lié à sa réalisation de sorte que combiné à l'interdiction de la discrimination, le droit à la vie familiale pourra s'opposer au contrôle frontalier qui rejette le regroupement familial *de certaines personnes seulement* en l'absence de motif légitime[1371].

b) L'interdiction de la discrimination autonome à raison de certains critères

339. Parallèlement à sa place dans la protection d'autres droits de l'homme, la discrimination est aussi interdite de manière autonome, non à raison d'un autre droit mais en elle-même, constituant ainsi un intérêt propre de l'être humain face au contrôle frontalier : non à raison d'un droit de circulation, mais à raison de caractéristiques que le contrôle ne saurait frapper[1372].

[1369] C.E.D.H., 2016 (24 mai), *Biao c. Danemark*, préc., § 90 (nous soulignons). Par un effet similaire, la prohibition de la discrimination en droit de l'O.M.C. condamne une mesure édictée unilatéralement contre un Membre en parallèle de la conclusion d'un accord sur la question avec d'autres Membres, si elle n'a pas été précédée d'une offre de négociation pour un accord similaire avec le Membre visé. Aucune disposition ne prescrit une quelconque obligation de préférer l'accord à la mesure unilatérale adoptée au titre de l'art. XX, mais l'offre de négociation faite à certains emporte l'obligation d'étendre une telle préférence aux autres visés dans le même cas, sans qu'il y ait toutefois obligation de *conclure* l'accord (Organe d'appel de l'O.R.D., 2001 (22 oct.), *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes. Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS58/AB/RW, §§ 122 et 124).

[1370] C.E.D.H., 2016 (24 mai), *Biao c. Danemark*, préc., § 88.

[1371] *Ibid.*, § 118, « des mesures de contrôle de l'immigration qui peuvent passer pour compatible avec l'article 8 § 2 [de la Convention européenne des droits de l'homme], au regard notamment du critère du but légitime, peuvent néanmoins s'analyser en une discrimination injustifiée contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8. » La Cour européenne en infère par exemple que « if the domestic legislation in the United Kingdom confers a right to be joined by spouses on certain categories of immigrant, it must do so in a manner which is compliant with Article 14 of the Convention », donc ne pas priver certains individus de façon discriminatoire du franchissement de la frontière par leur épouse (C.E.D.H., 2012 (6 nov.), *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, préc., § 43).

[1372] Certes la Convention contre la discrimination raciale définit celle-ci comme affectant « la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, préc., art. 1 § 1), mais cet arrimage aux droits de l'homme est on ne peut plus général et ne saurait conditionner la prohibition à sa combinaison à *un* droit de l'homme en particulier, si ce n'est le droit à la dignité qui les englobe tous et les dépasse dans sa généralité (*ibid.*, préambule, al. 1, 2 et 4 ; *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, doc. N.U., A/RES/36/55, art. 3 ; Convention relative aux droits des personnes handicapées, préambule *litt.* h) ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, préambule al. 7). Ainsi la Commission européenne des droits de l'homme a admis qu'une politique migratoire discriminatoire pouvait constituer un traitement dégradant au sens de l'art. 3 de la Convention, disposition qui incarne au plus haut point la protection de la dignité humaine (1978 (6 mars), *Asiatiques d'Afrique orientale*, req. n° 4715/70, 4783/71 et 4827/71, §§ 3-4)). Dans ce sens, sur la discrimination raciale mais valable pour les autres motifs, v. déjà Meron (Th.), « The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination », *A.J.I.L.*, t. 79 (1985), pp. 283-318, p. 291, qui note que la formulation de l'art. 1 a précédé celle du reste de la Convention et aurait été plus en accord avec

Elle forme alors *en elle-même* un intérêt qui s'oppose à la frontière[1373], celui de l'individu de ne pas être rejeté à raison de sa différence. Cela nécessité toutefois d'identifier les critères que la discrimination interdit à cet égard, car elle n'est pas étendue à toute distinction qui serait opérée sans motif légitime. Plus précisément, le droit positif interdit des discriminations contre l'individu à raison de « caractéristiques inhérentes à la personne à la naissance »[1374], de sa déficience physique[1375], ou encore de certaines de ses pensées[1376]. Tout cela est exclu des paramètres de tout contrôle frontalier car l'interdiction vise *toute action étatique* qui se rattacherait à ces motifs[1377], sans limite spatiale ou personnelle[1378], de sorte qu'elle est

---

celle-ci en omettant complètement l'effet sur les droits de l'homme comme élément de définition, et Thornberry (P.), *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016, xxix-535 p., p. 128, qui sans prendre nettement position souligne le caractère particulièrement ouvert de la référence aux droits de l'homme affectés.

[1373] Si elle peut apparaître ici comme un intérêt protégé en faveur du mouvement, c'est seulement indirectement, dans la mesure où la frontière peut tout à fait être fermée aux individus qui ne détiendraient que cet intérêt mais seulement si elle ne les rejette pas *motif pris d'un critère prohibé*.

[1374] C.I.J., 2021 (4 févr.), *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (*Qatar c. Emirats arabes unis*), *C.I.J. Rec.* 2021, p. 98, § 81. La Cour qualifie ici les motifs visés par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de la discrimination raciale (préc., art. 1 § 1 ; pour des précisions sur la teneur juridique de ces motifs, v. Thornberry (P.), *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination…*, *op. cit.*, pp. 117-128 et 134-138), et sa position la mène à écarter la nationalité des motifs prohibés, celle-ci n'étant pas inhérente à l'individu (sur la licéité du contrôle frontalier opérant des distinctions de nationalité, v. aussi C.E.D.H., 1985 (28 mai), *Abdulaziz…*, préc., § 84). Par ailleurs, le motif sexué est dans le même ordre d'idée spécialement condamné par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (*R.T.N.U.*, vol. 1249, I-20378, *passim.*, spéc. al. 7 du préambule et art. 2). Enfin, il est à noter que la discrimination raciale fait l'objet d'études pléthoriques au sein des *Critical Legal Studies* à propos du contrôle frontalier, qu'il convient de seulement mentionner ici tant leur approche est étrangère à celle de la présente étude : v. not. l'ouvrage de Desautels-Stein (J.), *The Right to Exclude. A Critical Race Approach to Sovereignty, Borders, and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2023, x-353 p., spéc. pp. 161-188 sur la politique migratoire étatsunienne.

[1375] Convention relative aux droits des personnes handicapées, préambule *litt.* h), et arts. 3 *litt.* b) et 5. La formulation de l'art. 18 *litt.* d) de la Convention, stipulant que les personnes handicapées ne doivent pas être privées de leur droit au retour « arbitrairement *ou* en raison de leur handicap » (nous soulignons), est malheureuse en ce qu'elle disjoint les deux cas et sous-entend donc que la discrimination en raison du handicap ne serait pas arbitraire.

[1376] Le motif religieux est particulièrement indiqué à cet égard, bien qu'il ne bénéficie pas de convention propre. La discrimination est spécifiquement condamnée par la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction* (doc. N.U., A/RES/36/55, 1981), et au-delà semble davantage se rattacher aux différents textes énonçant la liberté de religion (v. le panorama dressé par le Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, *Rapporteur's Digest on Freedom of Religion or Belief*, Genève, Nations Unies, 2e éd., 2023, 192 p., pp. 74-75).

[1377] Cette prohibition complète découle de la formulation générale de la prohibition dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées et dans la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction* (doc. N.U., A/RES/36/55, 1981) ; elle apparaît explicitement dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (préc., art. 2 § 1 *litt.* a) à c)), qui tient sa complétude de l'obligation de mener une « politique », dans toute la généralité de ce terme, visant à éliminer la discrimination raciale, dont l'article 2 englobe « all aspects » selon les mots du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale (doc. N.U. E/CN.4/2004/WG.21/10/Add.1, p. 13, § 48). *Mutatis mutandis*, v. aussi la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (préc., art. 2 *litt.* d)).

[1378] L'art. 2 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale ne contient aucune précision sur une limitation de sa portée au territoire ou à la « juridiction » de l'État, ce qui a été interprété par la Cour internationale de Justice comme permettant, au vu de la nature humanitaire de la Convention, son application extraterritoriale (quoiqu'au vu de l'espèce ce soit simplement lorsque l'État « agit hors de son territoire », C.I.J., 2008 (15 oct.),

susceptible de s'appliquer à l'ensemble des politiques migratoires[1379]. Ainsi, le pouvoir de contrôle frontalier – jusqu'ici laissé absolu en la matière, sauf intérêt spécifique protégeant la circulation[1380] – trouve une limite générale, qui ne s'oppose pas à son exercice mais lui impose de ne pas distinguer à raison d'un motif prohibé[1381]. Partant, même en l'absence d'un intérêt protecteur du mouvement, la pratique peut critiquer le contrôle frontalier lorsqu'il exige par exemple une attestation de non-judéité[1382], et tant le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale[1383] que le Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme[1384] se saisissent ainsi du contrôle frontalier lorsqu'il contient de tels paramètres. Sa motivation permet ainsi de disqualifier le contrôle, ce qui suppose encore de pouvoir identifier la discrimination derrière les distinctions qu'il prétend opérer.

2. La disqualification du contrôle frontalier par l'identification de la discrimination

340. L'identification de la discrimination au sein du contrôle frontalier questionne car c'est l'essence même de celui-ci que d'opérer des différences, de distinguer untel d'un autre dans

---

Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*Géorgie c. Russie*) (ordonnance), *C.I.J. Rec.* 2008, p. 386, § 109 ; également souligné par Thornberry (P.), *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination…*, *op. cit.*, pp. 171-173).

[1379] V. par ex. la Déclaration de Durban, préc. : « [L]es politiques adoptées face à la migration ne doivent pas être fondées sur le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée » (§ 12), et le texte dénonce « *toutes* les politiques et les pratiques discriminatoires à l'égard des migrants » (§ 38 (nous soulignons) ; v. aussi le Programme d'action de Durban adopté simultanément, spéc. § 30 *litt.* b)). En jurisprudence des droits de l'homme, une lecture extensive affranchissant la non-discrimination des droits conventionnels *ut singuli* et l'appliquant aux politiques migratoires est donnée par la C.I.D.H., 2003 (17 sept.), *Juridical condition and rights of undocumented migrants*, préc., §§ 163-169, par le truchement d'une interprétation large de l'article 2 qui oblige les États à conformer leur droit interne aux droits protégés.

[1380] Selon les développements *supra*, au paragraphe 123.

[1381] Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 2014 (18 févr.), *A. M. M. c. Suisse*, communication n° 50/2012, CERD/C/84/D/50/2012, § 4.11, selon la Suisse (implicitement confirmée par le Comité), « [l]e contrôle de l'immigration n'est pas un objectif contraire à la Convention et n'en serait une violation que si les mesures cachaient en fait une discrimination raciale. »

[1382] Siekmann (R.C.R.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 1980-1981 », *N.Y.I.L.*, vol. 13 (1982), p. 193 : indépendamment de tout droit subjectif de l'individu à l'accès des territoires concernés, les Pays-Bas considérèrent que la pratique de l'Arabie saoudite ou du Yémen d'exiger des demandeurs de visa la production d'une attestation de non-judéité se heurtait aux « spirit and purport » de la Convention contre la discrimination raciale, et était « generally felt to be contrary to public policy and good morals as laid down in the Convention », car « to request or to issue so-called 'non-Jew' declarations, *in whatever form or context*, amounts to an act of racial discrimination » (nous soulignons).

[1383] Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : *Recommandation générale XXVII concernant la discrimination à l'égard des Roms* (57e session, 2000), § 5 ; *Recommandation générale XXX concernant la discrimination contre les non-ressortissants* (65e session, 2005), § 9 ; 2015, *Déclaration concernant l'actuelle crise des migrants*, doc. N.U. A/70/18, § 1 *litt.* d) ; 2022, *Déclaration 1 (2022) sur la discrimination raciale à l'égard des personnes qui fuient le conflit armé en Ukraine*, doc. N.U. A/77/18, §§ 1-2.

[1384] Doc. N.U. A/75/590, 2020, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée (à propos des technologies numériques employées dans le contrôle des frontières) ; doc. N.U. A/HRC/38/52, 2018, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, spéc. § 21 ; doc. N.U., A/65/295, 2010, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, § 32.

une situation concrète qui contient toute la complexité du réel. Qu'est-ce qui relève de la distinction licite inhérente au contrôle, et qu'est-ce qui relève de la discrimination ? Pour répondre, il faut établir les faits de la situation et les apprécier afin de voir si la distinction n'y trouve pas quelque motif légitime, et la discrimination dépendra tant du cas d'espèce que d'une certaine acception de la justice guidant son interprétation[1385]. Sans tomber dans cette question très riche, il convient de préciser ce point en dégageant les lignes d'identification de la discrimination dans le contrôle frontalier, ce qui suppose de trouver une différence opérée à raison de situations similaires (a) dont aucune autre explication ne ressort pour écarter la suspicion de discrimination (b).

a) La différence du contrôle frontalier à raison de situations similaires

341. C'est un truisme que de souligner que la discrimination résulte d'abord d'une différence opérée par le contrôle frontalier entre différents flux qui s'y présentent, mais ce truisme convoque la question difficile de la pertinence de la différence trouvée. Le contrôle frontalier distingue toujours, mais à partir de quand la différence rompt-elle une égalité que le droit commande face au contrôle ? Autrement dit, à partir de quand devrait-il y avoir égalité de sorte que la distinction est susceptible de constituer une discrimination ? Le tiers doit en effet alléguer une telle égalité pour rendre la comparaison pertinente et fonder la discrimination *par rapport à* un autre, ce qui suppose que les termes de la comparaison soient « placé[s] dans des situations analogues ou comparables »[1386]. Sinon, l'action tierce ne peut être opposée au contrôle frontalier car ce serait l'obliger à une égalité qui n'aurait pas lieu d'être.

342. Il faut alors chercher les critères de la similarité pour confronter le contrôle frontalier sur ce point. Cela impose d'abord de questionner la perception qu'a le régime des objets qu'il protège face au contrôle frontalier, car c'est cette perception qui fait leur existence juridique et donc la similarité de cette existence dans une situation donnée. À titre d'exemple, la similarité qui permet d'identifier une discrimination en droit de l'O.M.C. porte sur la situation des marchandises *par rapport à la concurrence*, car leur protection est comprise dans une optique néolibérale qui, notamment, exclut que leur rapport à des valeurs non-marchandes puisse en

---

[1385] Hernu (R.), « Égalité et non-discrimination », *in* Andriantsimbazovina (J.) *et al.*, *Dictionnaire des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 357, « [l']égalité et la non-discrimination sont des concepts évolutifs et malléables dont le sens varie suivant l'acception donnée à leur déterminant principal : le concept de justice. »

[1386] C.E.D.H., 2016 (24 mai), *Biao c. Danemark*, préc., § 89 (et la jurisprudence citée). La Cour a souligné dès l'arrêt de la *Linguistique belge* l'aberration qu'il y aurait à convoquer la prohibition de la discrimination pour toute distinction quelle qu'elle soit, le droit étant en grande partie fait de distinctions (1968 (23 juil.), *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique"…*, préc., p. 31, I) B) § 10).

lui-même les différencier[1387]. En raison de cette perception, choisie par le régime et critiquée par la doctrine[1388], le contrôle frontalier pourra sans problème distinguer deux marchandises perçues tout à fait différemment par le consommateur, mais sera *a priori* injustifié dès lors qu'il opèrera la différence quant au respect des droits de l'homme au moment de leur production. À cette option première du régime protecteur s'ajoute ensuite la difficulté de saisir la complexité du réel, rétive à l'établissement de critères précis et systématisés assimilant les individus[1389] ou les choses. Toujours en droit de l'O.M.C., une fois admise la défense de la santé sur le territoire et la séparation corrélative des produits selon leur nocivité, il faudra encore d'établir au gré des cas si les produits sont similaires ou non au vu des mesures sanitaires mises en place dans leur région d'origine[1390] ou des « conditions territoriales », par exemple écologiques, qui y règnent[1391]. De même en matière de droits de l'homme, à admettre la défense de l'économie nationale encore faut-il déterminer s'il est permis d'apprécier et séparer les individus dans les voies d'admission non seulement au vu de leur situation financière, mais en fonction en outre de la catégorie juridique qui les protège[1392] ou du phénomène migratoire dont ils font partie[1393]. C'est donc à la fois l'essence du régime et la complexité des faits qui confrontent le contrôle frontalier qui permettront de rapprocher deux situations et d'invoquer en conséquence une

---

[1387] La similarité est ainsi appréciée au niveau des règles primaires de non-discrimination (arts. I et III) et non de celle-ci dans les limites (v. not. le rapport du Groupe spécial de l'O.R.D., 2024 (5 mars), *UE – Huile de palme*, préc., spéc. §§ 7.425 et 7.450 où les termes de l'argumentation apparaissent bien). Cela est notamment pointé par Stoppioni (E.), *Le droit non écrit dans le contentieux international économique. Une analyse critique de discours*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2022, Coll. « Études de droit international », xi-681 p., pp. 520-523, et pp. 523-525 où l'auteur montre qu'une autre approche, décentrée par rapport au marché, est concevable au vu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

[1388] L'ouverture du test de similarité aux valeurs véhiculées par les biens et services est avancée à juste titre comme une voie à privilégier par l'O.M.C. pour répondre aux critiques de négligence des valeurs non marchandes (*ibid.*, pp. 528-529 ; Guèvremont (V.), *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, *op. cit.*, p. 579 ; Barreto Santana de Andrade (D.), *Les droits de l'homme dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce…*, *op. cit.*, pp. 269-273).

[1389] La difficulté est notamment évoquée par Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 764. La Cour européenne des droits de l'homme précise prendre en compte l'objet et le but des mesures (C.E.D.H., 2022 (20 oct.), *M.T. and others v. Sweden*, préc., § 97), mais cela relève davantage d'une « méthode » commune d'interprétation juridique (en l'occurrence des faits) que du critère précis.

[1390] Le critère est soulevé par le Groupe spécial de l'O.R.D., 2015 (24 juil.), *États-Unis – Mesures affectant l'importation d'animaux, de viandes et d'autres produits d'origine animale en provenance d'Argentine*, WT/DS447/R, § 7.580.

[1391] Organe d'appel de l'O.R.D., 2019 (11 avr.), *Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides*, WT/DS495/AB/R, §§ 5.63-5.76 (non-discrimination selon l'Accord S.P.S.). En l'espèce, où la Corée tentait de se prémunir contre les conséquences sur les flux de marchandises de la catastrophe nucléaire de Fukushima, l'Organe d'appel infirma l'absence de nuance du Groupe spécial qui avait considéré qu'au regard de la portée planétaire des radiations, tous les produits provenant de quelque territoire que ce soit pouvait être contaminé, ce « sans faire état d'un quelconque *degré* de contamination ni différencier les *possibilités relatives* de contamination sur différents territoires » (§ 5.73).

[1392] C.E.D.H., 2022 (20 oct.), *M.T. and others v. Sweden*, préc., §§ 98 et 100-105 (différence de statut, notamment en droit de l'Union européenne, entre le réfugié et l'individu bénéficiant de la protection temporaire).

[1393] *Ibid.*, §§ 99-100 et 105 (nombre d'individus concernés entre le réfugié subissant des persécutions singularisées et l'individu fuyant une situation généralisée).

différence discriminante à son encontre. Si l'État territorial ne parvient pas à dissocier les situations à ce stade, son contrôle sera disqualifié, sauf à trouver un motif légitime qui lui permet de rétablir, en droit, la distinction.

b) L'absence de justification du contrôle frontalier distinguant les situations similaires

343. La différence entre situations similaires étant établie, les flux sont *en droit* semblables et donc ne sont séparés qu'en fait. Le droit qui les protège postule l'égalité de leur traitement. En conséquence, l'État doit expliquer la différence de traitement par un motif légitime, sous peine de laisser son contrôle frontalier sans justification et confirmer ainsi qu'il porte atteinte à un intérêt sans fondement valable. En effet, nous avons établi que l'absence d'un motif légitime suffit à identifier la discrimination, par défaut, lorsque sa prohibition est arrimée à un intérêt distinct : l'individu a droit au retour, il a été rejeté sans motif valable tandis que l'État accueille d'autres individus dans sa situation, et il y a donc discrimination dans la jouissance du droit. Et si en théorie la seule absence de motif légitime ne suffit pas à identifier la discrimination prohibée de façon autonome, car celle-ci doit être positivement identifiée à travers un critère prohibé, en pratique le silence s'avèrera aussi déterminant car il conduit *de facto* à pointer le critère prohibé qui paraît, en l'absence d'autres, motiver le contrôle[1394].

344. Face à l'accusation de discrimination, le cas échéant qualifiée par un critère explicitement prohibé, l'État territorial devra donc démontrer qu'elle apparaît de façon purement fortuite dans son contrôle frontalier, le motif condamné étant au pire utilisé comme simple facteur pour la récolte d'informations utilisées au profit du vrai motif, licite, qu'il se trouve recouper. Les situations sont certes égales en apparence, aux yeux du régime protecteur, mais elles sont dissemblables au vu de l'intérêt reconnu de l'État. Ainsi accusé d'opérer une discrimination sexuelle en excluant les hommes du regroupement familial, le Royaume-Uni pu répondre qu'il ne les excluait pas *en tant qu'hommes*, mais en tant que parce qu'ils sont hommes, ils ont davantage tendance à chercher un emploi, et donc qu'il leur fermait sa frontière en réalité au motif de la protection du marché du travail[1395]. On retrouve la difficulté de

---

[1394] Une ancienne sentence exprime parfaitement cela, bien que sur un point particulier. S'agissant du traitement préjudiciable de biens ennemis par l'Italie, la mesure est discriminatoire si « aucun motif objectif ne peut raisonnablement être invoqué pour la justifier, *de sorte qu'il faut en conclure qu'elle a été déterminée uniquement par la qualité ennemie des biens en question* » (S.A., 1954 (6 juil.), *Société anonyme de Filatures de Schappe – Décision n° 174* (Commission de conciliation franco-italienne), *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 598-611, p. 607, § 4 (nous soulignons)).

[1395] C.E.D.H., 1985 (28 mai), *Abdulaziz…*, préc., § 76, l'argument est rejeté comme infondé en l'espèce. Un autre exemple figure dans la pratique néerlandaise d'exemption de certaines nationalités d'un examen d'aptitude à l'intégration à sa société motif pris de leur plus grande proximité avec sa culture, critiquée par Human Rights Watch dans un rapport intitulé « Discrimination in the name of integration » qui y voit une discrimination indirecte

l'appréciation des situations dont il s'agit de vérifier si elles étaient *vraiment* similaires, et il s'agit alors de sonder le but et l'effet de la mesure de contrôle. Avec son but, sont examinés « [sa] cause ou [sa] raison d'être »[1396], par exemple la volonté de distinguer les conditions du regroupement familial au bénéfice de ses nationaux expatriés[1397], ainsi que le lien de la distinction opérée avec l'objectif allégué[1398]. Le contrôle frontalier résiste alors mal à l'analyse lorsqu'il vise généralement des individus à raison d'une provenance donnée, par exemple des mesures anti-terroristes sur des personnes originaires du Moyen-Orient[1399]. Il est rare en effet qu'une distinction généralisée soit nécessairement liée à un motif légitime, même si cela peut se présenter en cas de danger ambient indépendant de la volonté de l'individu à l'instar des pandémies[1400]. Pour son effet, il faut étudier l'application variable d'une même mesure de contrôle[1401] et surtout ses conséquences, bien qu'il puisse être malaisé quant à ces dernières de distinguer la discrimination du seul effet collatéral simplement dû à l'intrication du contrôle frontalier dans une configuration géographique et sociologique du monde largement imposée à l'État. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre deux positions à cet égard. D'un côté, en présence d'une immigration importante provenant largement d'une seule région du monde, la Cour considère que le fait que des règles de restriction migratoire

---

contre les migrants turcs et marocains, ce qui est contesté par le Gouvernement néerlandais (Tange (P.C.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 2007-2008 », *N.Y.I.L.*, vol. 40 (2009), pp. 280-282).

[1396] Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., § 225.

[1397] C'est ce que la C.E.D.H. tire de l'étude des travaux préparatoires de la loi danoise en l'affaire *Biao c. Danemark* (2016 (24 mai), préc., §§ 99-100).

[1398] Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., § 232 (en l'espèce, l'application d'une décision d'un tribunal arbitral du Mercosur est certes une décision rationnelle par le Brésil car il respecte ainsi ses obligations internationales, mais elle mène à une discrimination arbitraire ou injustifiable car elle laisse entrer certains pneumatiques et en exclut d'autres sans que la distinction opérée ait de lien avec l'objectif de protection de la santé et de l'environnement fondant l'exclusion), et 2014 (22 mai), *CE – Phoque*, § 5.306, qui exige que les deux soient « rationnellement lié[s] ». Dans une affaire d'expulsion, un tribunal arbitral a pu relever que la mesure ayant frappé les individus soutenait la défense de l'ordre et de la sécurité publics sans que rien ne les y lie apparemment, d'où il tire que l'État paraît les avoir expulsés « seulement parce qu'ils avaient la qualité de citoyen libyen », sans motif légitime donc (S.A., 1991 (4 mars), *LAFICO c. Burundi*, publiée *in R.B.D.I.*, vol. 23 (1990), pp. 517-562, p. 543, § 48).

[1399] Le Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme souligne que les mesures antiterroristes restreignant la liberté de circulation « touchent de manière disproportionnée les personnes originaires du Moyen-Orient » (doc. N.U. A/72/287, 2017, § 25).

[1400] Une mesure excluant du territoire les individus provenant de certains États ou d'une certaine région du globe motif pris qu'y sévit une maladie hautement infectieuse semblerait ainsi licite, sous réserve toutefois que la mesure soit scientifiquement fondée et ne résulte pas « des stéréotypes racistes associant le virus à une région, une nationalité ou un groupe en particulier » (comme le condamne le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale dans sa *Déclaration 3 (2020) sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et ses effets sous l'angle de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, doc. N.U. A/76/18, II) *litt.* c)).

[1401] Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.), *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, § 160 ; Organe d'appel de l'O.R.D., 2005 (7 avr.), *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, § 354 (des poursuites sélectives à partir d'une mesure neutre constitueraient une discrimination).

frappent « moins de blancs que d'autres gens (…) ne constitue pas un motif suffisant pour qu'on leur attribue un caractère raciste : c'est là une conséquence non de leur contenu, mais de la prédominance numérique de certains groupes ethniques parmi les personnes souhaitant immigrer »[1402]. Mais de l'autre, s'agissant d'une condition d'ancienneté de la nationalité qui figurait dans le droit danois sur le regroupement familial, la distinction a été présumée discriminante sur le motif d'ethnicité dès lors qu'elle avait « pour conséquence indirecte de favoriser les Danois d'origine ethnique danoise et de désavantager les personnes d'origine ethnique étrangère »[1403]. Par-delà leurs spécificités, ces affaires montrent les différentes appréciations que le droit international permet pour articuler le contrôle frontalier à l'intérêt tiers qu'il entrave, et finalement la force qui peut être donnée à la limite posée au contrôle à travers l'exigence de motivation, ici doublée d'une exigence d'égalité.

345. Sans motivation, l'opposition de l'État tombe et il ne reste que le blocage de sa frontière, injustifié et le cas échéant disqualifié comme opérant une distinction discriminante. L'articulation des intérêts peut alors s'arrêter là, en ce qu'elle fournit une réponse en défendant l'intérêt protégé se heurtant à la frontière. L'articulation doit toutefois encore continuer en cas de motivation, lorsqu'un motif légitime est allégué et l'opposition des intérêts mène ainsi à leur confrontation concrète. Maintenant justifié dans le discours, le contrôle frontalier doit encore l'être dans les faits.

§ 2. L'exigence de mesure du contrôle frontalier par la nécessité

346. En raison de « l'énorme potentiel d'abus »[1404] que recèlent les motifs[1405], laisser l'articulation à la seule argumentation des intérêts et motifs – même restreints aux « légitimes » – la rendrait inopérante, car dépendante d'un blanc-seing susceptible de couvrir l'écrasement effectif de l'intérêt tiers par ce qui n'est qu'une *formule* légitime. L'État invoquerait-il sa

---

[1402] C.E.D.H., 1985 (28 mai), *Abdulaziz…*, préc., § 85.

[1403] C.E.D.H., 2016 (24 mai), *Biao c. Danemark*, préc., §§ 112-113. Cela fut critiqué par quatre juges dissidents, qui considérèrent en l'espèce que rien ne permettait de trouver un critère ethnique dans la législation danoise, et que « la Cour devrait se garder de conclure qu'une différence de traitement fondée sur l'ancienneté de la nationalité s'analyse automatiquement en une différence de traitement indirecte fondée sur l'origine nationale ou ethnique *lorsque pareille conclusion ne trouve aucun appui dans le libellé de la disposition en cause ou dans le but poursuivi par elle* » (opinion dissidente commune aux juges Villiger, Mahoney et Kjølbro, auxquels se rallie la juge Jäderblom, sous *Biao*, préc., § 14 (nous soulignons)).

[1404] Christakis (Th.), « L'État avant le droit ? L'exception de "sécurité nationale" en droit international », *op. cit.*, p. 35 (à propos de la sécurité).

[1405] Par exemple à propos du droit de quitter tout pays, v. doc. N.U., E/CN.4/Sub.2/220/Rev.1, *Study of discrimination in respect of the right of everyone to leave any country…*, préc., p. 19. En 1927, Louis Varlez observait railleusement que « quand l'émigration vers un pays se développe trop au gré du gouvernement, on découvrira sans peine une particularité quelconque : un parasite heureux ou un microbe nocif, moral ou physique qu'on baptisera de peste, ou d'anarchie, pour fermer hermétiquement la frontière » (« Les migrations internationales et leur réglementation », *op. cit.*, pp. 261-262).

sécurité nationale contre un flux qu'il n'y aurait plus de prise possible sur le contrôle frontalier, celui-ci étant motivé et prévalant dans la recherche d'équilibre fort de la souveraineté où il prend racine. L'insatisfaction est manifeste, et aussi l'argumentation de principe (l'État a droit à défendre sa sécurité…) doit-elle encore être confrontée à son application pratique (… et sa sécurité est bien en jeu de sorte à fonder la nécessité du contrôle frontalier). Une fois établis les deux intérêts qui se rencontrent dans le contrôle, admis en droit et formant ainsi la relation juridique entre le tiers et l'État territorial, il faut donc en dernier lieu articuler leur confrontation pratique, dans les faits, car c'est dans ces faits on ne peut plus concrets qu'est l'aboutissement de la réglementation du contrôle. L'intérêt tiers n'est protégé qu'au vu des faits qui l'incarnent, ainsi de *tel* individu souhaitant quitter *tel* territoire, de même que les motifs pouvant être opposés par l'État territorial, et ainsi de la santé à raison de *telle* maladie qui comporte *tel* symptôme et pose *tel* risque dans *tel* contexte épidémiologique. Le droit international tire sa recherche d'équilibre jusqu'ici, où les intérêts qu'il protège simultanément se rencontrent physiquement, porteurs de toute la consistance de leur incarnation concrète.

347. Il faut donc tirer l'opération d'articulation jusqu'au fait, où le contrôle de la frontière doit finalement être *mesuré* dans sa relation à l'intérêt tiers, c'est-à-dire ménager cet intérêt dans toute la mesure du possible, « au regard des circonstances »[1406]. C'est la dernière exigence du respect du tiers qu'impose la relation juridique, qui trouve une formulation dans l'exigence de *nécessité* du contrôle posée par différents régimes[1407]. Là est le principal outil opératoire des « obligations susceptibles de recevoir des limites et dont la mise en œuvre implique une pondération d'intérêts conflictuels »[1408], qui peut faire figure d'archétype de l'articulation ici visée et parfois exprimée sous des termes plus lâches[1409]. La nécessité opère cette articulation

---

[1406] C.E.D.H., 2014 (2 déc.), *Battista c. Italie*, préc., § 42.

[1407] Différents régimes mobilisés *infra* fourniront des illustrations. Qu'il suffise ici de relever l'art. XX *litt.* a), b) et d) du G.A.T.T. (qui expriment *l'idée* de nécessité ici évoquée le plus directement en employant le terme lui-même), les arts. 12 § 3 et 19 § 3 du Pacte international sur les droits civils et politiques, 8 § 2 et 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que 2 § 3 de son Protocole n° 4, ou encore dans l'interprétation d'un régime se limitant explicitement à la prohibition de l'arbitraire afin de le rendre opératoire, les critères de nécessité/proportionnalité avancés par Akande (D.) et Gillard (E.-Ch.), *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 24, § 52 (repris par la C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., p. 54).

[1408] Cassella (S.), *La nécessité en droit international*, *op. cit.*, p. 13, et p. 21 où l'auteure précise que l'application de l'état de nécessité – que l'auteur étudie dans une approche transversale très heureuse pour l'étude non cloisonnée du droit international – met en évidence une catégorie d'obligations qui « sont appliquées au moyen d'une pondération des intérêts conflictuels en présence, ce qui permet d'intégrer de nouveaux intérêts sans pour autant recourir systématiquement aux procédures caractérisant les différents modes de production du droit international. L'état de nécessité permet ainsi une flexibilité dans l'adaptation du droit aux réalités. »

[1409] Il est possible de songer à d'autres termes répondant au mécanisme, comme cela appert notamment du droit de l'O.M.C. où les qualificatifs variables entre les alinéas de l'art. XX du G.A.T.T., de « nécessaire » à « se rapportant à », expriment différentes intensités du lien exigé entre la mesure et le motif défendu (Organe d'appel

par une double détente. D'abord, la frontière ne peut s'opposer à l'intérêt tiers que lorsqu'il est nécessaire de répondre à une menace effective qui frappe le motif légitime invoqué – c'est une question de principe (A). Une fois cette première nécessité établie, la frontière ne peut encore s'opposer que dans la mesure du nécessaire, au vu de la menace présentée, dernière pondération qui aboutit sur un équilibre effectif – c'est, ultimement, une question de nuance (B).

A. La nécessité du contrôle frontalier en réponse à une menace

348. L'exigence de nécessité posée au contrôle frontalier exige d'abord que le motif qu'il invoque à son appui trouve quelque écho en fait, sans quoi sa justification sera vidée et le contrôle jugé arbitraire à peine la situation observée[1410]. Le fait même d'agir est ainsi questionné : la situation justifiait-elle *a priori* l'atteinte portée à l'intérêt tiers ? Ainsi confronté dans la pratique, le contrôle frontalier doit ici puiser dans l'existence en fait d'une « situation de nécessité »[1411], soit d'une menace reconnue qui le fonde à agir en l'espèce (1). Une fois cette situation établie, le contrôle frontalier doit encore montrer sa propre aptitude à répondre à la menace afin de s'inscrire dans la nécessité (2).

1. L'existence d'une menace fondant le contrôle frontalier

349. On l'aura compris, il faut qu'existe une menace effective pour que le contrôle frontalier puisse opposer au tiers l'invocation d'un motif légitime. Autrement dit, après avoir constaté la légitimité du motif *dans l'absolu* (il *peut* être invoqué par l'État à l'appui de son contrôle frontalier), il faut établir son atteinte dans les faits en identifiant la menace (a). Autrement, le contrôle frontalier sera vidé de justification et ainsi qualifié d'arbitraire au vu de l'innocuité du flux auquel il porte atteinte (b).

---

de l'O.R.D., 1996 (29 avr.), *États-Unis – Essence*, préc., p. 19). À l'exception d'expressions comme « essentielles à » qui sont assimilées à la nécessité (Organe d'appel de l'O.R.D., 2016 (16 sept.), *Inde – Cellules solaires*, préc., § 5.57), ces autres termes apparaissent comme en étant une version dégradée, plus lâche, moins exigeante aux deux étapes qui seront ci-dessous développées (menace entendue plus largement ; proportionnalité avec plus de jeu dans le déséquilibre supporté). Il convient de les laisser de côté afin de dresser le mécanisme dans une version pure, comme un « modèle » dans l'approche transversale généraliste retenue ici.

[1410] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 141, § 282 : la menace n'est pas invocable « [f]aute du moindre élément d'information indiquant comment les politiques suivies par le Nicaragua seraient devenues en fait une menace pour les intérêts vitaux de sécurité [des États-Unis d'Amérique] » ; la nécessité et la licéité de la mesure sont donc rejetées sans plus d'examen.

[1411] Cassella (S.), *La nécessité en droit international*, *op. cit.*, pp. 157-212, qui dans son approche du sujet caractérise la situation de nécessité par l'existence du « risque d'un coût individuel excessif » que subirait l'État.

a) L'identification de la situation constitutive de la menace

350. La plupart des régimes répercutent l'indétermination substantielle des motifs légitimes[1412] sur l'identification de la menace susceptible de peser sur eux, les deux faisant l'objet d'une définition relationnelle co-dépendante : le motif est défini par ce qui lui porte atteinte en frappant la frontière, ce qui lui porte atteinte est défini au vu du motif qui justifie le contrôle. Pour se limiter à un exemple, en l'absence de précision, la menace à la sécurité qui rend un contrôle frontalier nécessaire pour l'endiguer sera définie au coup par coup comme couvrant le blocage de la frontière lié à la désinformation déstabilisant la population en situation de conflit armé[1413] ou constituant une ingérence[1414], la détention d'informations sensibles ou secrets d'États[1415], l'obligation d'effectuer le service militaire[1416], la lutte contre le terrorisme[1417], l'hostilité envers l'État territorial[1418], l'hostilité d'un autre État[1419] ou encore le

---

[1412] Cette indétermination a été vue *supra*, au paragraphe 319.

[1413] Un exemple frappant du contrôle des frontières s'agissant du droit à l'information est fourni par un décret présidentiel ukrainien de 2017 bloquant l'accès sur le territoire ukrainien à des réseaux sociaux, un service de courriel et un moteur de recherches d'origine russe motif pris qu'ils véhiculaient la propagande russe et favorisaient la collecte de données et les cyberattaques dans une situation à risque marquée par un conflit armé entre les deux États (la mesure est décrite par Holland (N.), « Freedom of expression and opinion in wartime: assessing Ukraine's Ban on Citizen Access to Russian-Owned Websites », *American University International Law Review*, vol. 33/4 (2018), pp. 943-976, pp. 944-950, qui contrairement à nous exclut l'invocation de la sécurité en raison de la liberté d'opinion (pp. 966-970), ce qui semble méconnaître l'atteinte portée ici à l'État à travers sa population et dans un contexte de conflit armé).

[1414] Ainsi des « opérations informationnelles » (sur ce phénomène comme possible ingérence perçue par les États et leurs réactions en fonction, v. Norodom (A.-Th.), « La lutte contre les ingérences étrangères dans la vie publique », *in* Pooter (H. de) et They (M.), *Les enjeux contemporains des communications numériques*, *op. cit.*, pp. 109-124). L'atteinte constituée par la désinformation est jugée par certains insuffisante pour déclencher un motif légitime tel celui de sécurité nationale (Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, 12 août 2022, *Désinformation et liberté d'opinion et d'expression pendant les conflits armés*, doc. N.U. A/77/288, § 38), ce qui est difficilement tenable au vu de la menace en cause (v. par ex. Hoorickx (E.), « La désinformation, un enjeu sécuritaire majeur pour l'UE et l'Otan », *Revue Défense Nationale*, n° 845 (2021/10), pp. 95-100) et de ce que la liberté reste par ailleurs protégée par l'exigence de proportionnalité.

[1415] S'agissant de la restriction du droit de quitter tout pays, v. Siekmann (R.C.R.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 1986-1987 », *N.Y.I.L.*, vol. 19 (1988), pp. 346-347 (le gouvernement néerlandais ajoute pour motiver sa décision que si individuellement ces connaissances peuvent paraître bénignes, leur conjugaison peut donner « a clear picture of the defence »). L'intérêt légitime de la sécurité nationale est admis par la Cour européenne des droits de l'homme en pareille hypothèse (par ex. : 2006 (21 déc.), *Bartik c. Russie*, préc., § 43 ; C.E.D.H., 2011 (10 févr.), *Soltysyak c. Russie*, req. n° 4663/05, §§ 44-45 ; 2018 (27 mars), *Berkovich et autres c. Russie*, req. n° 5871/07 et neuf autres, § 85). À noter toutefois que le Comité des droits de l'homme considère qu'est illicite l'interdiction de quitter le territoire qui frappe une personne « au seul motif qu'elle détiendrait des "secrets d'État" » (C.D.H., *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation*, préc., § 16), ce qui ne préjuge pas de la possible interdiction pour *certains* secrets.

[1416] S'agissant du droit de quitter tout pays (C.D.H., 1994 (21 juil.), *Peltonen c. Finlande*, préc., § 8.3).

[1417] C.E.D.H., 2008 (2 oct.), *Leroy c. France*, req. n° 36109/03, § 36 (liberté d'expression) ; C.E.D.H., 2010 (6 juil.), *Gözel et Özer c. Turquie*, req. n°s 4353/04 et 31098/05, § 45 (liberté d'expression) ; C.E.D.H., 2012 (12 sept.), *Nada c. Suisse*, req. n° 10593/08, § 174 (refus d'entrée de l'individu).

[1418] Israel, Supreme Court sitting as High Court of Justice, 1952 (7 juil.), *I.L.R.* vol. 19 (1952), Case No. 125, pp. 587-591 (refus d'octroi de visa à un individu d'origine palestinienne et résidant au Liban dont la famille vie en Israël, motif pris de sa collusion avec des « ennemis » contre lesquels Israël doit défendre ses frontières).

[1419] V. par ex. s'agissant de Cuba, de la Corée du Nord et du Nord Vietnam avec un exposé des motifs des restrictions au vu de chaque situation où la sécurité nationale est sous-jacente à la conduite des relations

danger que ce dernier présente envers les nationaux de l'État territorial[1420], jusqu'aux flux liés à la guerre où la sécurité de l'État est évidemment menacée[1421].

351. On le voit, la question est on ne peut plus casuistique. Il est toutefois des cas où le régime précise la situation concrète qui rend nécessaire la protection du motif et raffine ainsi sa définition. À cet égard, le droit de l'O.M.C. appose à certains motifs des « dispositions qualificatives limitatives »[1422] qui énoncent précisément les circonstances où l'État peut élever sa frontière. C'est le cas pour la sécurité[1423], mais surtout pour la protection de l'économie interne qui n'existe comme motif qu'à travers des protections spécifiques à l'instar des mesures de sauvegarde. Celles-ci ne voient une menace justifiant le contrôle frontalier que dans des « situations d'urgence »[1424], où l'évolution massive et imprévue des importations menace de causer un dommage grave aux producteurs nationaux[1425]. La nécessité de l'action répond au caractère *critique* de la situation, le contrôle frontalier ne pouvant répondre qu'à un changement « assez récent, assez soudain, assez brutal et assez important, à la fois en quantité et en qualité, pour causer ou menacer de causer un "dommage grave" »[1426]. Ces précisions montrent la finesse que la réglementation du contrôle frontalier peut atteindre sur ce point, comme l'établissement de la « pénurie » en est encore un exemple[1427].

---

internationales invoquée : Rovine (A. W.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 67 (1973), pp. 538-539 ; Kerley (E. L.) (dir.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 57 (1963), p. 907. V. aussi United States, District Court, Connecticut, 1964 (20 fév.), Supreme Court, 1965 (3 mai), *Zemel v. Rusk, I.L.R.*, vol. 38, pp. 100-111 : la Cour suprême constate que « [t]he United States and other members of the Organization of American States have determined that travel between Cuba and the other countries of the Western Hemisphere is an important element in the spreading of subversion, and many have therefore undertaken measures to discourage such travel » (p. 105).

[1420] Ainsi des États-Unis d'Amérique limitant le droit de quitter tout pays en en excluant l'Iran (Nash Leich (M.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 74 (1980), pp. 658-660, le *Secretary of State* va jusqu'à souligner l'existence d'un « imminent danger to the physical safety of United States nationals in Iran » (p. 658)) ou le Liban (Torrelli (M.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 101 (1997), p. 1033 sur la levée de l'interdiction qui datait de 1987 en raison d'une série d'enlèvements de ressortissants étatsuniens) des destinations possibles.

[1421] Groupe spécial de l'O.R.D., 2019 (5 avr.), *Russie – Trafic en transit*, préc., § 7.137 : la gravité de la situation la rapprochant d'une guerre, les intérêts essentiels de sécurité de la Russie sont bien en jeu.

[1422] *Ibid.*, § 7.65.

[1423] Art. XXI *litt.* b) i) à iii) du G.A.T.T.

[1424] Organe d'appel de l'O.R.D., 2002 (15 févr.), *États-Unis – Tubes et tuyaux*, préc., § 80 ; Organe d'appel de l'O.R.D., 1999 (14 déc.), *Corée – Produits laitiers*, préc., qualifie la mesure de sauvegarde de « mesure corrective exceptionnelle » (§ 86). ; Organe d'appel de l'O.R.D., 1999 (14 déc.), *Argentine – Chaussures*, préc., parle de « mesures d'urgence » (§ 93).

[1425] Art. XIX.1 *litt.* a) du G.A.T.T. Cela est repris par l'art. 2.1 de l'Accord sur les sauvegardes, qui précise quant aux « quantités tellement accrues » qu'elles peuvent être qualifiées comme telles « dans l'absolu ou par rapport à la production nationale ».

[1426] Organe d'appel de l'O.R.D., 1999 (14 déc.), *Argentine – Chaussures*, préc., § 131. Le dommage grave est défini comme « une dégradation générale notable de la situation d'une branche de production nationale » ou son « imminence évidente » par l'art. 4.1. *litt.* b) de l'Accord sur les sauvegardes.

[1427] Sur ce point, l'exigence est plus forte pour l'invocation de l'art. XI.2 *litt.* a) que pour l'art. XX *litt.* j) car le premier exige que la situation soit « critique ». Selon l'Organe d'appel, cela implique des « insuffisances en

b) L'innocuité du flux exclusive de la menace

352. L'existence d'une menace est bien entendu exclue lorsque rien ne permet de l'établir au vu des circonstances, comme lorsque la circulation de l'individu est sans danger[1428] ou les opinions émises « n'incitent pas à la violence »[1429].

353. Mais ce rejet mécanique peut s'accompagner d'une étude plus poussée, qui établit positivement l'innocuité du flux à travers certains critères selon lesquels il *ne peut* présenter une menace. C'est le cas pour l'aide humanitaire, particulièrement contrainte dans les faits de présenter des garanties pour l'État territorial. Ce dernier peut certes opposer sa sécurité dès lors que l'aide n'est pas strictement humanitaire[1430], mais l'invocation sera creuse et le rejet par le contrôle frontalier non-nécessaire dans le cas inverse. L'innocuité est ainsi contenue dans le caractère « strictement humanitaire » de l'aide, défini par les principes de l'action humanitaire[1431] qui confèrent de la sorte une précision juridique à l'innocuité, notamment à travers le principe de neutralité qui écarte toute action contre l'État territorial[1432].

---

quantité qui sont cruciales, qui correspondent à une situation d'une importance décisive, ou qui atteignent une étape décisive ou d'une importance vitale, ou un tournant » (Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (30 jan.), *Chine – Matières premières*, préc., § 324), telles celles pouvant résulter d'une catastrophe naturelle (*ibid.*, § 337 ; Groupe spécial de l'O.R.D., 2022 (30 nov.), *Indonésie Matières premières*, préc., § 7.138).

[1428] C.D.H., 2014 (23 juil.), *Ilyasov c. Kazakhstan*, préc., § 7.7 (individu arrêté à la frontière et empêché de rejoindre sa famille par le Kazakhstan, motif pris d'informations « classées secrètes » transmises par la Russie s'agissant des activités de l'individu : le Comité fait fi du secret des informations, et considère qu'il n'a à aucun moment été établi que l'individu présentait un quelconque danger, « en l'absence de toute procédure formelle tendant à en vérifier la crédibilité » (§ 7.5)). V. aussi C.E.D.H., 2012 (12 sept.), *Nada c. Suisse*, préc., § 187 (soupçons d'activité terroriste infondés) ; C.E.D.H., 22 mai 2001, *Baumann c. France*, préc., § 66 (les besoins de la justice ne sont pas compromis par la circulation de l'individu car il n'est aucunement impliqué dans l'enquête judiciaire excipée).

[1429] C.E.D.H., 2010 (6 juil.), *Gözel et Özer c. Turquie*, préc., § 55 ; 2011 (1er févr.), *Faruk Temel c. Turquie*, req. n° 16853/05, § 62. À l'inverse, sera justifiée une mesure censurant un propos « susceptible de favoriser la violence », en y incitant et en en faisant l'apologie (C.E.D.H., 2006 (7 mars), *Hocaogullari c. Turquie*, req. n° 77109/01, § 39).

[1430] C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., p. 54 ; I.D.I., Résolution sur l'assistance humanitaire, préc., art. VIII § 1, la prohibition du refus arbitraire ne concerne que l'« offre de bonne foi, exclusivement destinée à fournir une assistance humanitaire ».

[1431] Les principes figurent parmi les *Principes directeurs de l'aide humanitaire* des Nations Unies (doc. N.U., A/RES/46/182, préc., Annexe, I) § 2), et comportent l'humanité, la neutralité et l'impartialité. Ils font figure de référence dans le discours de nombreux acteurs du droit international (v. par ex. doc. N.U., S/PRST/2013/15 (relayé par Doc. N.U., S/RES/2139 (2014), § 4)), et figurent parmi les principes fondamentaux de la Croix-Rouge auxquels la Cour internationale de Justice eut l'occasion de se référer (C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *préc.*, p. 125, § 242) et qui furent repris par la Commission du droit international (« Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., art. 6).

[1432] Pour reprendre les mots de Dominicé, l'acte d'assistance est dans sa logique propre « l'acte du bon Samaritain, c'est l'acte de secours, de générosité, et cet acte est parfaitement neutre » (« Intervention », *in* UNESCO, *Le droit à l'assistance humanitaire*, Actes du colloque international organisé par l'UNESCO du 23 au 27 janvier 1995 à Paris, Éditions de l'UNESCO, 1996, v-218 p., pp. 89-92, p. 89). Le principe exige donc que l'assistance soit fournie « abstraction faite de toute considération politique, religieuse, ethnique ou idéologique » (C.D.I., « Protection des personnes en cas de catastrophe », préc., p. 37), ce qui est crucial au vu de l'insistance des États sur l'apolitisation dont doit faire preuve l'assistance humanitaire (Doc. N.U., S/PV.8822, 2021 (16 juillet), Niger (p. 20) ; Doc. N.U., S/PV.9133, 2022 (15 sept.), Inde (p. 16) ; Doc. N.U., S/PV.9327, 2023 (23 mai), Chine (p. 8 :

L'indétermination de la qualification de la menace qui fonde le contrôle frontalier en est d'autant réduite, car d'un côté ces critères conditionnent la licéité[1433] et l'effectivité[1434] du flux d'assistance, mais de l'autre leur présence neutralise toute invocation d'une menace en en attestant précisément l'absence. Aucun motif lié à la protection de la sécurité voire de la souveraineté territoriale ne pourra alors rendre le contrôle frontalier nécessaire au contact du flux, car l'application des principes « garanti[t] le strict respect de la souveraineté, de l'indépendance et de l'intégrité territoriale »[1435] de l'État visé, de même qu'elle garantit que le flux ne constitue ni une ingérence[1436], ni un acte hostile[1437].

354. La menace est alors juridiquement exclue et la modération du contrôle frontalier finit par le déterminer, dans le sens où il est lié à l'ouverture selon l'idée qui occupera la seconde partie de l'étude. Pour l'heure, l'effort de modération doit encore être poursuivi dans le cas où la menace est établie, ce qui exige d'abord que le contrôle frontalier s'inscrive bien dans la nécessité de la contrer.

« L'aide ne doit pas être utilisée comme un levier politique »), Doc. N.U., S/PV.9327 (Resumption 1), 2023 (23 mai), Ethiopie (p. 61)).

[1433] Dans la mesure où l'assistance non strictement humanitaire est assimilée à une intervention (v. not. C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., pp. 124-125, §§ 242-243). S'agissant des États, v. Doc. N.U., S/PV.7216, 14 juillet 2014, relevé par la Chine (p. 8) ; Doc. N.U., S/PV.9133, 2022 (15 sept.), relevé par l'Inde (p. 16) ; Doc. N.U., S/PV.9327 (Resumption 1), 2023 (23 mai), Rwanda (p. 15, souligne le défi de « préserver la neutralité de l'aide humanitaire »), Algérie (p. 18), Ethiopie (p. 61). Pour les Nations Unies, v. la position de l'Assemblée générale (Doc. N.U., A/RES/45/100, 1990 (14 déc.), préc., préambule, al. 13) et celle du Conseil de sécurité (Doc. N.U., S/RES/1894 (2009), § 13 ; Doc. N.U., S/RES/2175 (2014), § 5).

[1434] Dans la mesure où le respect des critères est « essentiel pour établir la confiance avec les acteurs politiques, militaires et de sécurité » selon la Vice-Secrétaire générale des Nations Unies (doc. N.U., S/PV.8822, 2021 (16 juillet), p. 4), suivie par le Viet Nam (*ibid*., p. 18) et favorise ainsi l'obtention du consentement (Marouda (M. D.), « Jean Pictet's Red Cross principles as tools to secure access and the continued validity of State consent requirement », *in* Grignon (J.) (dir.), *Hommage à Jean Pictet*, Genève – Montréal, Schulthess éditions romandes – Editions Yvon Blais, 2016, l-640 p., pp. 89-103).

[1435] Doc. N.U., S/PV.7216, 14 juillet 2014, selon la Fédération de Russie (p. 6).

[1436] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), préc., art. 70 § 1 ; C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., pp. 124-125, §§ 242-243 ; I.D.I., Résolution sur la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États, préc., art. 5, et Résolution sur l'assistance humanitaire, préc., art. IV § 1, l'offre d'assistance humanitaire émise par des États ou organisations internationales envers l'État affecté « ne doit pas être considérée comme une immixtion illicite dans les affaires intérieures de cet État, *dès lors qu'elle présente un caractère exclusivement humanitaire* » (nous soulignons).

[1437] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), préc., art. 70 § 1. Bien qu'ils n'aient pas été retenus dans le texte final, les principes d'indépendance et de « non-malfaisance » proposés par l'Equateur au titre des principes humanitaires traduit bien la vocation de garantie de l'innocuité du flux à cet égard (doc. N.U., A/CN.4/697, 17 mars 2016, *Huitième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe*, p. 43, § 133, et soutenu par les pays nordiques (§ 134) ; le Rapporteur spécial décida d'ailleurs de les inclure dans sa proposition de modification du projet d'article adopté en première lecture (p. 44, §§ 140-141)).

2. L'aptitude du contrôle frontalier à répondre à la menace

355. Le corollaire immédiat de l'exigence de nécessité du contrôle frontalier est qu'il s'inscrive *a priori* comme réponse à la menace identifiée, sans quoi sa prétention à agir sera encore creuse et donc arbitraire, indépendamment de la réalité de la situation qu'il prétend contrôler[1438]. Autrement dit, il convient d'établir « l'adéquation théorique »[1439] du contrôle frontalier, qui toujours à ce stade de la question de principe ne peut être que binaire, « soit une mesure est appropriée, soit elle ne l'est pas. »[1440]

356. Pour éprouver sa nécessité, le contrôle frontalier doit ainsi être aligné entre l'intérêt qu'il entend protéger et les faits contre lesquels il réagit, pour voir si un « lien rationnel »[1441] relie les trois points et le place bien comme interposition entre la menace et l'intérêt qu'il protège : un État entend défendre l'état phytosanitaire de son territoire face à l'influenza aviaire qui frappe les produits de la volaille élevée à l'étranger, le contrôle frontalier fermant les importations est-il *apte* à s'interposer ? L'examen est *a priori*, mais n'en doit pas moins coller étroitement à l'espèce, au même titre que l'établissement effectif de la menace qui donne corps au motif. Par exemple, il est considéré que le refus d'octroi d'un passeport motif pris de la connaissance de secrets d'État est vide de sens dès lors que l'individu pourrait de toute façon les transmettre par ses contacts personnels avec des étrangers et sa libre correspondance[1442]. À l'inverse, la détention sera considérée fondée dès lors qu'elle poursuit le contrôle migratoire en permettant d'en accélérer le processus par la gestion d'un flux important de migrants[1443].

[1438] Comme l'écrit très justement Kolb (R.), *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 537 : « C'est une question d'aptitude, de capacité de produire un effet voulu. Si l'adéquation fait défaut, l'acte est dépourvu de fondement au regard du but poursuivi. Il se révélera arbitraire, c'est-à-dire manifestement injustifié au regard des faits » (à propos de la proportionnalité, qui recouvre ce qui est ici étudié comme relevant de la nécessité).

[1439] Cassella (S.), *La nécessité en droit international*, *op. cit.*, p. 309, et développements pp. 310-336 où l'auteure inclut la question de la bonne foi et de l'abus de droit comme critères de contrôle.

[1440] *Ibid.*, p. 321.

[1441] L'expression est employée par l'O.R.D. dans le contexte spécifique de l'Accord S.P.S., qui exige de la mesure qu'elle soit prise « sur la base d'une évaluation (…) des risques » (art. 5.1, combiné à 2.2 en pratique) et donc contienne de quoi y répondre, ce qui exprime bien le lien de la mesure porteuse de la défense d'un intérêt avec sa protection face au risque donné établi par les preuves scientifiques (v. not. Organe d'appel de l'O.R.D., 2015 (4 juin), *Inde – Mesures concernant l'importation de certains produits agricoles*, WT/DS430/AB/R, spéc. § 5.15 qui reprend sa position classique). Par le terme de « lien », elle exprime bien ce qui est en cause ici : un certain *rapport* entre la mesure et la menace, qui peut être rationnellement établi. S'agissant de l'art. XX du G.A.T.T., la question est absorbée par celle de la proportionnalité qui sera vue dans le § 2 qui suit, l'O.R.D. passant directement à cette dernière étape en étudiant « la contribution apportée par une mesure contestée à la réalisation de l'objectif poursuivi » (v. l'énoncé de la position par l'Organe d'appel de l'O.R.D., 2009 (21 déc.), *Chine – Produits audiovisuels*, préc., §§ 251-253).

[1442] C.E.D.H., 21 décembre 2006, *Bartik c. Russie*, préc., § 49 ; C.E.D.H., 2011 (10 févr.), *Soltysyak c. Russie*, préc., §§ 51-53 ; C.E.D.H., 2018 (27 mars), *Berkovich et autres c. Russie*, préc., § 93.

[1443] United Kingdom, House of Lords, 2002 (31 oct.), *Regina (Saadi and Others) v. Secretary of State for the Home Department*, *I.L.R.* vol. 133, pp. 482-498, spéc. pp. 497-498, confirmé par C.E.D.H., 2008 (29 jan.), *Saadi c. Royaume-Uni*, préc., §§ 76-77. Cela a pu être critiqué en doctrine par le Pr Carlier qui estime que « la bonne foi et

357. Bien que cantonnée à une question de principe, celle de la nécessité d'agir, l'étude se rapproche ainsi de plus en plus de la particularité des faits où la réglementation du contrôle frontalier doit aboutir. À l'arrivée de cette avant-dernière étape et à la considérer remplie, la situation de fait est cernée de toutes parts : la souveraineté territoriale et l'intérêt tiers se confrontent à la frontière, leur articulation est exigée, le contrôle de la frontière motivé, poussé par une nécessité d'agir face à un risque établi, et la protection de l'intérêt tiers exige encore son respect… La tension est très forte. Le droit international lui donne enfin une résolution dans la nuance, par laquelle la décision est susceptible de préserver au mieux les intérêts en épousant les aspérités de leur confrontation réelle. Nécessaire pour répondre à la menace, le contrôle frontalier doit aussi l'être *à mesure* de la menace.

B. La nécessité du contrôle frontalier à mesure de la menace

358. La modération du contrôle frontalier aboutit *in concreto* à mesurer l'atteinte qu'il porte à l'intérêt tiers au vu de la protection du territoire qu'il prétend opérer. Cette dernière étape de la *mesure* est nécessaire pour que la réglementation du contrôle frontalier permette un réel équilibre où les tiers ne sont pas sacrifiés au moindre risque qu'ils présentent pour l'État. La considération d'autrui impose ainsi de conjurer la démesure, « mère effrontée du Mépris » selon un vers de Pindare[1444]. C'est d'ailleurs en pratique l'étape la plus contraignante pour le contrôle frontalier, car elle en questionne étroitement les différents paramètres. Là où il peut être relativement aisé de démontrer que tel flux pose un risque pour quelque intérêt légitime de l'État et que le contrôle frontalier est apte à protéger cet intérêt en rejetant le flux, il est autrement plus délicat de démontrer que la réponse qui s'impose, malgré la protection du tiers, est de lui fermer la frontière, et donc de fortement limiter si ce n'est vider son intérêt lié au territoire – les marchandises passent moins ou ne passent plus, le migrant est bloqué, l'assistance humanitaire au moins limitée… En dehors des cas de contrôle frontalier manifestement infondé, c'est sur ce point que le droit international – et, en fait, notamment son juge – a le plus de prise pour modérer le contrôle[1445].

---

le lien avec le but poursuivi font l'objet d'une piètre motivation » en l'espèce (« L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile », *R.T.D.H.*, n° 79 (2009), pp. 795-810, p. 804).

[1444] *Olympiques*, XIII, 10, cité par Aubenque (P.), *La prudence chez Aristote (1963)*, Paris, PUF, 1993, Coll. « Quadrige », 220 p., p. 3.

[1445] En droit de l'O.M.C. notamment, la *légitimité* de la mesure du Membre – au sens de sa poursuite d'intérêts admis par le droit – est systématiquement admise par l'O.R.D. dès lors qu'elle a un lien avec un motif reconnu par le droit de l'O.M.C., ce qui est pour ainsi dire toujours le cas et traduit sur ce point une certaine déférence de l'O.R.D. vis-à-vis des choix opérés par l'État (Guèvremont (V.), *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, *op. cit.*, p. 110). Le réel contrôle, où sont condamnés les comportements des Membres, est celui de la licéité de la mesure concrète adoptée, qui comprend, outre son lien avec le motif allégué, ses effets sur le commerce

359. Au vu de l'infinie diversité des situations qui se présentent à la frontière, la réglementation du contrôle frontalier ne peut poursuivre la voie d'une liste de solutions *a priori* selon le cas de figure[1446]. Aussi lui faut-il plutôt un critère permettant d'évaluer la mesure, assez souple pour accueillir toute variation des intérêts concrètement incarnés dans un contrôle frontalier donné. Ce critère n'est autre que la proportionnalité, à la fois déclinaison de la nécessité dans la nuance[1447] et expression de l'équilibre[1448]. Dans la suite et fin de la présente partie, en arrivant au terme de la modération du contrôle frontalier, la proportionnalité « s'impose à l'esprit du juriste »[1449] qui y trouve un « principe de modération » permettant

---

international. Ainsi, « ce n'est jamais le droit d'un État de prendre une mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes qui est contesté, mais la mesure prise pour sa mise en œuvre » (Jourdain-Fortier (Cl.), *Santé et commerce international*, *op. cit.*, p. 447).

[1446] Comme le notait Anzilotti à propos de l'état de nécessité, « toute question est en substance une question d'espèce » (*Cours de droit international (1929)*, trad. fr. Gidel (G.), Paris, L.G.D.J. – Université Panthéon-Assas, 1999, Coll. « Les Introuvables », 534 p., p. 513). En matière de circulations, v. Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.), *États-Unis – Crevettes*, préc., § 159 : « [l]a localisation du point d'équilibre (…) n'est pas fixe ni immuable ; ce point se déplace dès lors que le type et la forme des mesures en cause varient et que les faits qui sous-tendent les affaires considérées diffèrent », et 2014 (22 mai), *CE – Phoque*, préc., § 5.215 : « La flexibilité d'un tel exercice ne permet l'établissement de niveaux minimaux prédéterminés pour aucun facteur particulier » ; C.E.D.H., 2014 (10 juil.), *Tanda-Muzinga c. France*, préc., § 66, « dans une affaire qui concerne la vie familiale aussi bien que l'immigration, l'étendue des obligations pour l'État varie en fonction de la situation particulière de la personne concernée et de l'intérêt général » (repris notamment par C.E.D.H., 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, préc., § 132).

[1447] La proportionnalité est le plus souvent subsumée sous la nécessité, généralement seule stipulée dans les textes, dont elle est entendue comme une « exigence implicite » (C.E.D.H., 2012 (27 nov.), *Stamose c. Bulgarie*, préc., § 32). C'est là une conséquence de la pleine compréhension de la recherche d'équilibre, et de ce que la nécessité n'en est qu'un rouage ; s'il existe des discussions sur ce point, elles nous semblent incompatibles avec ledit équilibre qu'exige la protection égale et simultanée d'intérêts divergents par le droit international, lorsqu'elles écartent l'exigence de proportionnalité comme non explicitée et non inhérente à un régime juridique fondé de la sorte (v. par ex. Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, p. 205, § 9 (suggestion de séparer la proportionnalité de la nécessité en matière de droits de l'homme, écartée) ; S.A., 2013 (20 déc.), *R.S.A.*, vol. XXXI, pp. 1-358, p. 137, § 222 (le Pakistan défend l'implication d'une exigence de proportionnalité par celle de nécessité), p. 196, §§ 397-398 (rejeté par le Tribunal), et pp. 196-197, §§ 398-399 (éléments de proportionnalité qui demeurent). De même il nous semble que le raisonnement dans l'autre sens, dissociant la proportionnalité comme exigence plus lâche de la nécessité alors entendue comme stricte proportionnalité, crée une confusion des termes et un écart infondé de l'exigence de nécessité qui résulte de la protection du tiers (pour la dissociation motivée par l'art. 5 § 1 *litt.* f) de la Convention européenne des droits de l'homme sur la détention arbitraire, v. C.E.D.H., 2008 (29 jan.), *Saadi c. Royaume-Uni*, préc., §§ 72-73, et 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, préc., § 237 ; sur sa critique, v. l'opinion dissidente des juges Rozakis *et al.* sous *Saadi*, p. 37 ; et Carlier (J.-Y.), « L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile », *op. cit.*, spéc. pp. 803-804).

[1448] Kolb (R.), *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 538 : « La proportionnalité est affaire d'équilibre » ; Cannizzaro (E.), *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milan, A. Giuffrè, 2000, xiv-511 p., *passim.*, spéc. p. 27, et 37 pour la présentation de la 1re partie, dont l'approche est toutefois singulièrement contrainte par le postulat d'un pouvoir « fonctionnel » de l'État.

[1449] Bardonnet (D.), « Quelques observations sur le principe de proportionnalité en droit international », *in* Rama-Montaldo (M.) (dir.), *Le droit international dans un monde en mutation. Liber Amicorum en hommage au professeur Eduardo Jiménez de Aérchaga*, Montevideo, 1994, vol. 2, pp. 995-1036, p. 999, qui la considère à cet égard comme une notion de bon sens, et la lie au « raisonnable » (lequel est aussi proche de ces développements et de la prohibition de l'arbitraire, v. Salmon (J. J. A.), « Le concept de raisonnable en droit international public », *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, xxxii-584 p., pp. 447-478, pp. 453 et 470, et en jurisprudence le lien à deux sens entre les notions : C.D.H., 1990 (23 juil.), *Hugo van Alphen c. Pays-Bas*, CCPR/C/39/D/305/1988, § 5.8 (la proportionnalité exige le raisonnable) et S.A., 1986

d'assurer « la balance des intérêts »[1450] . Dans le fil de la motivation et de la nécessité, la proportionnalité s'enracine ainsi à son tour dans la prohibition minimale de l'arbitraire[1451]. Là est la dernière clef de la modération du contrôle frontalier, qui ensuite relève d'une appréciation des faits au cas par cas qui n'est pas sans rappeler la prudence qu'Aristote plaçait comme vertu pour répondre à l'infiniment contingent : la loi guide l'être humain, mais celui-ci doit sans cesse renouveler son effort pour saisir le fait particulier, éternellement changé[1452]. Ce n'est jamais le même migrant, les mêmes biens, la même situation sécuritaire ou sanitaire qui sont en jeu dans le contrôle frontalier. Il faut donc se cantonner ici à tracer le schéma de leur évaluation, par la proportionnalité, qui s'opère au vu de l'atteinte subie par l'intérêt tiers (1) avant de finalement évaluer la décision de contrôle frontalier ainsi confrontée à ses conséquences (2).

1. La mesure du contrôle frontalier au vu de l'atteinte subie par les intérêts tiers

360. L'atteinte subie par les intérêts tiers questionne la mesure du contrôle frontalier en le mettant face à la (dis)proportion de ses conséquences, qui varient selon le degré de l'atteinte subie par les intérêts tiers (a) et selon sa portée (b).

a) Le degré de l'atteinte subie par les intérêts tiers

361. Toute décision de contrôle frontalier n'a pas les mêmes conséquences sur l'intérêt tiers, et tout intérêt tiers ne subit pas de la même façon la décision de contrôle frontalier. Cela dépend de la situation de l'un et de l'autre en pratique, entre la simple entrave et le blocage, entre la gêne et la lésion d'une grande vulnérabilité. Il faut donc étudier l'atteinte concrètement subie par le porteur de l'intérêt tiers et questionner le contrôle frontalier à mesure de la gravité de ses

---

(17 juil.), *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*, préc., p. 259, § 54 (le raisonnable commande la proportionnalité).

[1450] Bardonnet (D.), « Quelques observations sur le principe de proportionnalité en droit international », *op. cit.*, pp. 1000 et 1007. En ce sens, Cannizzaro (E.), *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, *op. cit.*, pp. 213-219, identifie une fonction de la proportionnalité comme instrument de « coordination entre positions subjectives », qui semble opérer « pour déceler les limites implicites de positions subjectives apparemment absolues » (p. 215 ; nous traduisons), et conclut pp. 435 et 453-454 que la proportionnalité assure à cet égard une fonction fondamentale et propre à l'ordre juridique international qui est celle de la modération (quoiqu'il n'utilise pas le terme) de positions unilatérales opposées dans son intersubjectivité.

[1451] Kolb (R.), *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 549, note qu'elle y est d'ailleurs en grande partie cantonnée.

[1452] Le texte de référence est le livre VI de l'*Éthique à Nicomaque* (éd. *op. cit.*, pp. 293-336), sur lequel il faut renvoyer au commentaire de P. Aubenque, *La prudence chez Aristote (1963)*, *op. cit.*, spéc. pp. 64-95 sur la contingence, « invitation toujours renouvelée à l'initiative de l'homme » (p. 69) qui « n'est pas l'absence de loi, mais la distance – infime si l'on veut, mais impossible à combler jamais entièrement – qui sépare la loi, qui est générale, de sa réalisation dans le particulier » (p. 85), distance résultant finalement de la finitude humaine car « [s]avoir nous détournerait de faire, en nous dispensant de choisir ; mais l'homme ne finira jamais de connaître un monde changeant et imprévisible, et c'est pourquoi il aura toujours à délibérer et à choisir » (p. 95), et pp. 106-152 sur la consistance de la prudence : délibération, choix, jugement. L'importance de la prudence aristotélicienne pour le droit est notamment mise en valeur par Atias (Chr.), *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 78-82.

conséquences. Toute opposition d'un intérêt protégé au contrôle frontalier suppose cette prise en compte[1453]. Ainsi le système commercial multilatéral exige des mesures de contrôle qu'elles « ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection »[1454], de sorte que l'« incidence restrictive de la mesure sur le commerce international »[1455] est un critère clef de sa licéité. Plus la mesure affecte le commerce, moins elle apparaît *a priori* nécessaire[1456]. D'où la forte limite que trouve ici le contrôle frontalier, car la fermeture de la frontière aux importations apparaît « conçue pour être aussi restrictive pour le commerce que possible »[1457], et donc comme « "l'arme" la plus lourde dont dispose un Membre dans son arsenal de mesures commerciales »[1458]. Pareillement, le droit international des droits de l'homme oppose au contrôle frontalier la gravité de ses conséquences pour l'individu. S'agissant de la détention de migrants[1459], l'atteinte est évaluée tant à raison des conditions de détention, dont le caractère arbitraire peut résulter de l'infliction de mauvais traitements[1460], que de la durée de la détention, dont l'écoulement alourdit le poids qui pèse sur la liberté de l'individu[1461]. De même pour la décision de rejet, le contrôle frontalier sera chargé

[1453] Pour un exemple de la prise en compte de l'atteinte concrète qui découle nécessairement du respect de l'intérêt protégé, v. C.I.J., 1960 (12 avr.), *Droit de passage sur territoire indien*, préc., p. 19, le Portugal défend qu'il était « *d'autant plus difficile d'admettre* (…) la valeur de son argumentation [celle de l'Inde] que la prolongation de l'interdiction de passage aurait pour le Portugal *des conséquences d'une évidente gravité* et auxquelles il lui serait impossible d'échapper » (nous soulignons).

[1454] Art. 5.6 de l'Accord S.P.S ; art. 2.2 de l'Accord O.T.C. L'exigence irrigue tout le droit de l'O.M.C. Outre les analyses relevant du mécanisme des exceptions de l'art. XX du G.A.T.T., v. par exemple le régime des mesures de sauvegarde, qui doivent se cantonner à ce qui est « nécessaire pour prévenir ou réparer un dommage grave et faciliter l'ajustement » (Art. 5.1 de l'Accord sur les sauvegardes ; Organe d'appel de l'O.R.D., 1999 (14 déc.), *Corée – Produits laitiers*, préc., §§ 96 et 103) et à la « période nécessaire » pour ce faire (art. 7.1 de l'Accord sur les sauvegardes).

[1455] Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., § 143.

[1456] Organe d'appel de l'O.R.D., 2000 (11 déc.), *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, § 163 ; Organe d'appel de l'O.R.D., 2009 (21 déc.), *Chine – Produits audiovisuels*, préc., § 310.

[1457] Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., § 150, citant le Groupe spécial dans la même affaire (WT/DS332/R, § 7.211).

[1458] Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.), *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, § 171.

[1459] Une illustration par l'excès : dans l'affaire *Newcomb Mott*, les États-Unis d'Amérique protestèrent contre la condamnation de leur ressortissant par l'U.R.S.S. à 18 mois de détention dans un camp de travail pour franchissement irrégulier de la frontière soviéto-norvégienne, soulignant la disproportion de la mesure par rapport à ce qui est généralement appliqué en pareil cas (amende ou refoulement) (v. le récit de Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 70 (1966), pp. 474-477).

[1460] La C.E.D.H. a pu ainsi considérer que la violation de l'art. 3 de la Convention du fait des conditions de détention dans le chef des requérants motivait à elle seule l'illicéité de la détention au regard de l'art. 5 (C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, préc., §247). Le cas inverse est également vrai, où la détention arbitraire emporte violation de l'intégrité des individus (doc. N.U., A/HRC/37/50, 23 nov. 2018, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, §§ 25-27, spéc. § 26, qui souligne le stress psychologique atteignant l'intégrité morale de l'individu).

[1461] Ainsi la détention à durée indéterminée est intrinsèquement disproportionnée (doc. N.U., A/HRC/39/45, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Annexe, préc., § 26 ; United States, District Court, District of Kansas, 1980 (31 déc.), *Fernandez v. Wilkinson*, préc., pp. 451-452 ; Goodwin-Gill (G. S.), « Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection » *in*

d'une atteinte plus grave dans le cas où il maintient un individu hors de son territoire de vie[1462] ou au contraire l'y enferme[1463], où il bloque sa circulation sur un long délai[1464], ou encore où il touche à la possibilité qu'a une famille de vivre unie[1465]. Enfin, le degré d'atteinte est encore accru dans le chef de personnes vulnérables, qui sont pour ainsi dire à vif face au contrôle frontalier[1466], notamment l'enfant[1467] et le réfugié[1468].

Feller (E.), Türk (V.) et Nicholson (Fr.) (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, UNHCR – Cambridge University Press, 2003, lix-717 p., pp. 185-260, p. 195), et la détention déterminée mais disproportionnée est arbitraire (C.D.H., 2004 (9 févr.), *Shams c. Australie*, CCPR/C/90/D/1255/2004, § 7.2 ; doc. N.U., A/HRC/39/45, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Annexe, préc., § 25), notamment lorsqu'elle méconnaît l'obligation (corrélative à la proportionnalité) de suivre la procédure avec célérité et diligence pour limiter la durée de détention des requérants (C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, préc., § 254). D'où la pratique de certains États qui s'efforcent de limiter la durée de détention au minimum requis pour examiner les demandes d'asile émises par certains migrants (v. par ex. Siekmann (R.C.R.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 1992-1993 », *N.Y.I.L.*, vol. 25 (1994), pp. 412-420). La durée acceptable dépendant des circonstances, un nombre de jour précis ne peut être fixé comme seuil (Reilly (T.) (dir.), « Australian Practice in International Law 1993 », *A.Y.I.L.*, vol. 15 (1994), p. 562), et la Cour européenne des droits de l'homme a pu juger qu'un délai d'un mois de détention de demandeurs d'asile n'est pas en principe excessif (C.E.D.H., 2018 (25 jan.), *J.R. et a. c. Grèce*, préc., § 114).

[1462] C.E.D.H., 2012 (24 jan.), *Miażdżyk c. Pologne*, préc., § 39.

[1463] C.E.D.H., 2012 (12 sept.), *Nada c. Suisse*, préc., § 195, où le contrôle frontalier suisse rejette un ressortissant italien vivant dans la ville de Campione d'Italia, enclavée sur le territoire suisse, lui empêchant ainsi toute circulation sans suffisamment prendre en compte « l'âge et l'état de santé du requérant ».

[1464] C.E.D.H., 2006 (23 mai), *Riener c. Bulgarie*, préc., § 121 (interdiction de quitter le territoire pendant neuf ans) ; C.D.H., 2021 (2 juil.), *Petromelidis v. Greece*, préc., § 9.9 (interdiction de quitter le territoire pendant quatorze ans). Pour le regroupement familial, un délai d'attente de trois ans imposé par le Danemark aux bénéficiaires d'une protection subsidiaire a pu être critiqué par le C.D.H. (doc. N.U. CCPR/C/DNK/CO/6, §§ 35-36) et sera condamné par la C.E.D.H. dans l'affaire *M.A. c. Danemark* (2021 (9 juil.), préc.), §§ 179 et 193 (délai d'autant plus long que la famille reste dans un territoire à risque en attendant). Dans le même sens, v. C.E.D.H., 2022 (20 oct.), *M.T. and others v. Sweden*, préc., § 67.

[1465] Les facteurs généraux sont « la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'État contractant en cause, [et] la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné » (C.E.D.H., 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, préc., §§ 132 et 134-135 ; C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., § 279).

[1466] Cela a été développé *supra* en tant qu'intérêt protégé face au contrôle, au paragraphe 277.

[1467] La détention, d'abord, doit être « aussi brève que possible » (Convention relative aux droits de l'enfant, préc., art. 37 b) ; C.D.H., *Observation générale n° 35*, préc., § 18 ; C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, préc., § 237). S'agissant du regroupement familial, les relations familiales font partie de l'identité de l'enfant (Convention relative aux droits de l'enfant, préc., art. 8 § 1) et son intérêt supérieur commande notamment de ne pas être séparé de ses parents (*ibid.*, art. 9 § 1 ; C.E.D.H., 2014 (3 oct.), *Jeunesse c. Pays-Bas*, préc., § 109), ce qui doit peser sur la décision de l'État concernant la demande d'entrée de l'enfant ou des parents en vue de la réunification familiale (Convention relative aux droits de l'enfant, préc., art. 10 § 1). Le juge des droits de l'homme penchera donc davantage en faveur de l'existence d'une obligation d'autoriser le regroupement familial par la levée de la frontière lorsque des enfants sont concernés (C.E.D.H., 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, préc., § 135 iv) ; une nuance est soulignée par C.E.D.H., 2022 (20 oct.), *M.T. and others v. Sweden*, préc., § 82, précisant qu'il n'y a pas pour autant de droit absolu à l'entrée).

[1468] La vulnérabilité du réfugié plaide notamment pour le maintien de son unité familiale, le cas échéant par un regroupement (dès 1951, v. l'Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, IV) B) 1), *R.T.N.U.*, vol. 189, I-2545 ; après, v. Comité exécutif du H.C.R., *Conclusion sur la protection de la famille du réfugié*, n° 88 (L), préc., *litt.* b)), encore plus lorsqu'elle s'ajoute à la vulnérabilité de l'enfant (Comité exécutif du H.C.R., 1997, *Conclusion sur les enfants et les adolescents réfugiés*, n° 84 (XLVIII), doc. N.U. A/52/12/Add.1, *litt.* b) i)). L'absence d'assise positive spécifique à ce droit particulier du réfugié n'empêche pas différents acteurs de le qualifier de principe fondamental (Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, adoptée lors du Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au

b) La portée de l'atteinte subie par les intérêts tiers

362. Le degré d'atteinte qu'il porte aux intérêts tiers étant connu, il faut aussi mesurer le contrôle frontalier au vu de la portée de cette atteinte. Que répondre à l'État qui, à l'instar du Tsar dans le *Boris Godounov* de Pouchkine, craint l'arrivée d'un individu qui lui est hostile et ordonne : « Qu'on ferme la frontière polonaise complètement ; que pas âme qui vive ne puisse plus passer, pas même un lièvre du côté polonais, pas un corbeau s'il vient de Cracovie »[1469] ? Une même décision de contrôle frontalier peut frapper de nombreux intérêts et doit être évaluée à cet égard, selon qu'elle est finement paramétrée de sorte à ne saisir que ce qui précisément pose un risque, ou qu'elle frappe en bloc tout ce qui se présente à la frontière de sorte à saisir le risque dans ce large ensemble. Autrement dit, la proportionnalité du contrôle frontalier suppose qu'il n'ait pas « une portée trop large »[1470] mais au contraire qu'il vise un contenu spécifique[1471]. Ici, la disproportion révèle en vérité l'absence de nécessité *a priori* de la mesure vis-à-vis des situations qui ne présentent aucune menace identifiée, touchées comme dommages collatéraux, comme ce contrôle opéré par la Turquie qui, entendant restreindre les informations à risque sur YouTube et faute de moyens techniques pour les filtrer, bloqua le site internet tout entier sur son territoire[1472]. La proportionnalité permet ainsi d'affiner une nécessité *a priori* établie quant à l'existence générale d'un risque, au niveau de l'application du contrôle frontalier opéré à raison de ce risque. À cet égard, est disproportionné le contrôle frontalier à blocage automatique, déclenché aveuglément pour placer en détention tout migrant irrégulier[1473] ou interdire l'émigration dans toute situation donnée[1474], de même que le contrôle frontalier à

Mexique et au Panama, Carthagène des Indes, Colombie, 22 novembre 1984, III § 13 ; le Comité exécutif parle de « l'importance fondamental du principe » (1977, *Conclusion sur le regroupement des familles*, n° 9 (XXVIII), doc. N.U. A/32/12/Add.1, *litt.* a) ; Déclaration de Mexico pour renforcer la protection internationale des réfugiés en Amérique latine, 16 novembre 2004, al. 11 ; C.E.D.H., 2014 (10 juil.), *Tanda-Muzinga c. France*, préc., § 75, la Cour parle de « droit essentiel du réfugié », de sorte qu'il doit bénéficier « d'une procédure de regroupement familial plus favorable que celle réservée aux autres étrangers ».

[1469] Pouchkine (A.), *Boris Godounov*, Arles, Actes Sud, Coll. « Babel », 2016, trad. fr. Markowicz (A.), 141 p., p. 55.

[1470] C.D.H., *Observation générale n° 34 – Article 19*, préc., § 34.

[1471] C.D.H., *Observation générale n° 34 – Article 19*, préc., § 43.

[1472] C.E.D.H., 2015 (1er déc.), *Cengiz et a. c. Turquie*, préc., §§ 61-64, jugé non conforme par la C.E.D.H. sur le terrain du fondement légal ce qui peut être transposé sur celui de la proportionnalité.

[1473] C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, préc., § 171 ; Doc. N.U., A/HRC/39/45, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Annexe, préc., § 19

[1474] C.E.D.H., 2006 (23 mai), *Riener c. Bulgarie*, préc., § 128, 2006 (31 oct.), *Földes et Földesné Hajlik c. Hongrie*, préc., §§ 34-36, et 2021 (11 mai), *Stetsov c. Ukraine*, préc., § 28 (prolongation automatique de l'interdiction) ; un autre exemple est donné par les législations chinoise (le national ne peut sortir du territoire s'il « does not hold a valid exit and entry certificate, or escape from receiving border examination » (Zhu (L.) et Chengyuan (M.), « Chinese practice in international law : 2012 », *C.J.I.L.*, vol. 12 (2013), p. 398)) et nord-coréenne (doc. N.U. CCPR/CO/72/PRK, § 20).

blocage général, trop englobant, qu'il prononce une coupure généralisée du réseau Internet[1475] ou une interdiction générale de l'émigration[1476]. Le droit de l'O.M.C. contient les mêmes limites, qu'il traduit particulièrement quant à la généralité du contrôle frontalier en ce qu'il exige, pour les mesures phytosanitaires, que la frontière ne soit pas fermée à des zones infra-territoriales saines, et oblige ainsi les Membres à affiner leurs mesures aux conditions régionales du territoire visé[1477]. Dans tous les cas, le contrôle frontalier est ainsi mis face à ses conséquences. Qu'il soit trop dur ou trop large, il est mesuré vis-à-vis de l'atteinte qu'il porte à l'intérêt tiers. Le contrôle peut alors enfin être confronté au vu de cette atteinte : accusé d'écraser le tiers dans cette pesée des intérêts, qu'a-t-il à répondre ?

2. La mesure du contrôle frontalier au vu de la protection du territoire opérée

363. Confronté à l'atteinte qu'il porte à l'intérêt tiers, le contrôle frontalier invoquera l'atteinte encourue par l'intérêt qu'il protège à raison du territoire. Il faut donc établir l'autre donnée de l'équilibre, soit le risque d'atteinte qui suscite le contrôle et dont celui-ci se prévaut (a). Ce n'est qu'une fois les données de la proportionnalité ainsi connues que son évaluation pourra s'achever, par le test de la recherche de mesures alternatives dont l'État territorial disposait pour modérer le contrôle frontalier (b).

a) La détermination de l'atteinte risquée à raison du territoire

364. Le contrôle frontalier entend protéger des intérêts à raison du territoire, de sorte que mesurer le contrôle est aussi mesurer le risque qu'il permet à l'État territorial d'écarter. Un premier facteur à cet égard pourrait résider dans l'importance de l'intérêt protégé lui-même,

---

[1475] Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, 13 avril 2021, *Désinformation et liberté d'opinion et d'expression*, doc. N.U. A/HRC/47/25, § 51 ; Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, p. 195, § 22 ; C.D.H., *Observation générale n° 34*, préc., § 43, et observations sur le 5e rapport périodique du Cameroun, doc. N.U. CCPR/C/CMR/CO/5, §§ 41 et 42 *litt.* a) ; Conseil des droits de l'homme, *La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur Internet*, doc. N.U. A/HRC/RES/44/12, préambule, al. 22). De même pour les blocages massifs des réseaux, v. Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, 21 juin 2017, Rapport sur sa mission en Turquie, doc. N.U. A/HRC/35/22/Add.3, §§ 49-50 et 80 (blocage de plus de 100.000 sites internet)).

[1476] S'agissant du droit de quitter tout pays, « on ne saurait (…) prétendre qu'une mesure *générale* empêchant la sortie de la quasi-totalité de la population d'un État était nécessaire pour protéger la sécurité de celui-ci » (C.E.D.H., 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, préc., § 100 (nous soulignons)). De même est contraire à l'article 2 § 2 du Protocole n° 4 l'interdiction générale de quitter le territoire, quelle que soit la destination, imposée par la Bulgarie à l'un de ses ressortissants en raison de sa méconnaissance antérieure du droit migratoire étatsunien (C.E.D.H., 2012 (27 nov.), *Stamose c. Bulgarie*, préc., § 34).

[1477] Art. 6 de l'Accord S.P.S. Il est notable que cela doit se faire par l'écoute de l'autre, dans la mesure où l'Accord S.P.S. contraint la décision de l'État en l'obligeant *dans son ordre interne* de se doter d'un mécanisme de réception de l'allégation du Membre exportateur en reconnaissant les concepts de zone « exempte » ou « à faible prévalence » de parasites ou de maladies (Organe d'appel de l'O.R.D., 2017 (23 févr.), *Fédération de Russie – Mesures visant l'importation de porcins vivants, de viande de porc et d'autres produits du porc en provenance de l'Union européenne*, WT/DS475/AB/R, § 5.121).

dans l'idée que défendre la moralité ou l'économie nationale n'est pas la même chose que défendre la santé ou la sécurité, dont dépend la vie. Mais si ce facteur est notamment invoqué par le droit de l'O.M.C., dont le juge prétend évaluer « l'importance relative » des intérêts promus par le contrôle frontalier[1478], il est à rejeter car ces intérêts ne sont pas hiérarchisés par le droit positif de sorte que les juger entre eux et *in abstracto* serait infondé[1479]. Une fois cela écarté, seule compte l'atteinte subie par l'intérêt défendu[1480]. Partant le contrôle frontalier est sujet à disproportion lorsqu'il écarte un faible risque, ainsi d'un individu non-violent exclu du droit au retour[1481], et davantage proportionné lorsqu'il réagit à une atteinte importante, et ainsi de la détention utilisée pour traiter un afflux massif de migrants[1482]. Il est donc « question de rapport, de proportion, plutôt que de valeur dans l'absolu »[1483], ce à quoi aboutit d'ailleurs en pratique la prétention d'effectuer le jugement d'une telle valeur[1484].

365. La valeur intrinsèque de l'intérêt en cause est ainsi inopérante, mais autrement importante est la valeur qui lui est *conférée* par l'État territorial. Que l'on s'explique. Du fait

---

[1478] Le critère figure notamment dans l'outillage de la nécessité/proportionnalité en droit de l'O.M.C., qui évalue « "l'importance relative" des intérêts ou valeurs promus par la mesure [de contrôle] » (Organe d'appel de l'O.R.D., 2005 (7 avr.), *États-Unis – Jeux et paris*, préc., § 306). Mais il faut noter que le critère puise ses origines dans l'application de l'art. XX *litt.* d) du G.A.T.T., qui prévoit une exception pour le respect des lois et règlements des Membres (Organe d'appel de l'O.R.D., 2000 (11 déc.), *Corée – Viande de bœuf* préc., §§ 162 et 164), renvoyant ainsi à un respect purement formel, de règles désignées comme telles sans égard aux intérêts et valeurs qu'elles contiennent, ce qui permettrait d'introduire une évaluation de l'« importance relative » de leur substance en la confrontant aux intérêts *internationalement* reconnus par l'O.M.C. et ses Membres (ce n'était pas le cas dans *Corée – Viande de bœuf* où l'évaluation de l'importance est opéré directement sur les intérêts reconnus par l'O.M.C. ; mais v. l'évaluation de la « valeur sociétale » de la fiabilité du caractère halal de la viande, donc de la teneur cette fois de la règle interne elle-même, au prisme de ce que le droit international pertinent admet, opérée par le Groupe spécial de l'O.R.D., 2017 (17 oct.), *Indonésie – Mesures concernant l'importation de viande de poulet et de produits à base de poulet*, WT/DS484/R, § 7.139).

[1479] L'impossibilité d'une pesée *in abstracto* des intérêts, soit de leur importance en tant qu'intérêts, a bien été notée par Cassella (S.), *La nécessité en droit international*, *op. cit.*, p. 373. Ainsi lorsque l'O.R.D. émet de tels jugements (par ex. l'Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., § 144, « il y a peu d'intérêts plus 'vitaux' et 'importants' que la protection des êtres humains contre les risques pour la santé », et « la protection de l'environnement n'est pas moins importante »), ils sont en eux-mêmes vides d'effet, portant tout au plus la reconnaissance de la légitimité d'intérêts déjà admise par le régime appliqué.

[1480] L'Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (16 mai), *États-Unis – (Thon II)*, préc., § 322, prescrit ainsi la prise en compte de « la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'(des) objectif(s) recherché(s) par le Membre au moyen de la mesure ».

[1481] C.D.H., 2011 (18 juil.), *Nystrom et consorts c. Australie*, préc., § 7.6 (amélioration de la conduite de l'individu). Pour un autre exemple, v. United States, District Court, District of Kansas, 1980 (31 déc.), *Fernandez v. Wilkinson*, préc., pp. 454-455 (disproportion de la détention à longue durée dans une prison de haute sécurité d'un immigrant cubain : l'individu « has not been deemed a national security risk », notamment car « the "Communist evil" is not thought to be (…) imminent »).

[1482] C.E.D.H., 2019 (21 nov.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, préc., § 228 : la Cour considère que le délai vécu par les requérants est « d'autant plus acceptable » au regard de la situation d'afflux massif que connaissait la Hongrie au moment des faits.

[1483] Ago (R.), « Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États », *A.C.D.I.* 1980, vol. II (1), p. 20, § 15 (et la précision p. 19, § 12).

[1484] V. par ex. le constat de l'importance de l'intérêt qui suit celui de l'importance *du risque*, par le Groupe spécial de l'O.R.D., 2004 (10 nov.), *États-Unis – Jeux et paris*, préc., §§ 6.490-6.492 et par l'Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., § 179).

que la proportionnalité est ici jaugée dans le cadre d'une limite admise à la protection de l'intérêt tiers – ainsi la santé peut limiter la circulation de pommes –, il résulte que l'État territorial a le dernier mot, car il invoque un droit subjectif *conçu* pour avoir ce dernier mot dès lors qu'il remplit les critères qui le conditionnent – et ainsi oppose-t-il la santé à l'importation de pommes. Mais qu'en est-il alors de l'État qui entend défendre l'intérêt, sa santé par exemple, *au risque zéro* ? L'exigence de proportionnalité se heurte alors au droit de l'État de ne pas devoir sacrifier sa santé, car toute souplesse du contrôle frontalier briserait l'intérêt qu'il protège en relativisant la protection absolue dont il a été revêtu par l'exigence de risque zéro. Rien n'est disproportionné et tout est fondé dès lors qu'il s'agit de défendre un intérêt auquel on a conféré une valeur absolue. L'intérêt tiers portant un risque et l'État entendant se protéger à un niveau zéro risque, le contrôle frontalier ne peut qu'exclure le tiers. Ainsi, l'État territorial introduit un élément d'absoluité (*zéro* risque) dans une relation juridique qui, par définition, ne peut être faite que de relativité car mettant aux prises deux intérêts divergents et également protégés. La relation devient alors inopérante pour protéger l'un des deux termes face à l'autre, car la proportionnalité perd toute prise sur une défense qu'elle ne peut que valider automatiquement. D'où l'importance d'étudier le niveau de protection conféré à l'intérêt en cause, car jouer sur la fixation de ce niveau permet de neutraliser, en amont, le dysfonctionnement auquel aboutirait une défense absolue comme il vient d'être évoqué. C'est là que la réglementation du contrôle frontalier doit poser un garde-fou afin de ne pas hypothéquer ses chances de modération par la suite. La bonne foi pourrait plaider en ce sens dans la mesure où absolutiser la défense d'un intérêt revient *de facto* à saper l'esprit d'équilibre de la réglementation, mais une limite plus précise se trouve d'abord dans le droit international des droits de l'homme. En effet, plusieurs textes de la matière limitent le comportement de l'État à ce qui est nécessaire « dans une société démocratique »[1485], soit une société qui porte la liberté dans son essence et donc nécessairement la part de risque qu'elle crée[1486]. Ainsi, la proportionnalité est (ré)incorporée dans le mécanisme au niveau abstrait de la formulation du seuil de protection[1487]. Le droit de l'O.M.C. contient lui aussi une telle modération, mais passe

[1485] L'expression se trouve notamment dans le Pacte international sur les droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme, et la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

[1486] Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 702-703, notent que la nécessité doit à cet égard « respecte[r] le "standard" de la société démocratique définie par la Cour européenne comme fondée sur le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture. » S'agissant du Pacte international sur les droits civils et politiques, les *Principes de Syracuse* exigent une « nécessité pressante d'ordre public ou social », répondant donc à un risque d'une certaine gravité (E/CN.4/1985/4, § 10 *litt.* b)).

[1487] Cela est très bien noté par Cannizzaro (E.), *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, *op. cit.*, pp. 68-70, spéc. p. 69 où l'auteur indique que dans ce cadre et dans la variation permise par la marge nationale d'appréciation, « les États membres, en interprétant des notions comme la morale publique, l'ordre

par d'autres voies. En première approche, il semble préoccupant pour le dysfonctionnement identifié car il établit que la fixation du niveau de protection ou de risque acceptable[1488] est la « prérogative » du Membre[1489], et peut tout à fait viser le risque zéro. En conséquence, le contrôle frontalier risque d'être aussi rigide que ce qu'exige le risque zéro car il est l'« *instrument* choisi pour atteindre ou réaliser cet objectif »[1490]. À nouveau la modération par la proportionnalité semble compromise. La difficulté est toutefois nuancée par l'effet indirect d'un autre critère retenu par l'O.R.D., à savoir celui de la contribution de la mesure à la protection de l'intérêt excipée[1491]. Selon ce critère, dont l'exigence varie selon l'atteinte portée à l'intérêt tiers[1492], la nécessité du contrôle frontalier est d'autant plus forte qu'il « favorise la réalisation de l'objectif poursuivi »[1493], et à l'inverse est affaiblie en cas de contribution seulement « marginale »[1494]. On retrouve ainsi le critère de l'adéquation du contrôle frontalier à répondre à la menace, mais cette fois-ci dans le *degré* d'adéquation et non plus dans son principe où il conditionnait la nécessité d'agir. Or plus le niveau de protection est bas, plus le contrôle frontalier sera à même de le poursuivre, mais plus le niveau est élevé, plus la

---

public ou autres, ne pourraient adopter n'importe quel niveau de protection, mais seulement un niveau raisonnable dans une société également inspirée par des exigences collectives et par des exigences individuelles » (nous traduisons).

[1488] L'Accord S.P.S. précise explicitement que le niveau de protection est entendu comme « niveau acceptable de risque » (Annexe A, note au § 5).

[1489] Organe d'appel de l'O.R.D., 2015 (4 juin), *Inde – Produits agricoles*, préc., § 5.205 (à propos de l'Accord S.P.S., où cette « prérogative » est d'autant plus affirmée comme telle par le contraste des contraintes que les exigences de l'Accord lui apposent, comme il sera vu en seconde partie à propos de la détermination scientifique de l'appréciation des flux, titre 1, chapitre 2, Section 1 § 1 A)). Il faut ici faire l'économie des *modalités* de cette fixation et de son identification par l'O.R.D., notamment dans l'application de l'Accord S.P.S., et ne citer que des reconnaissances de ce droit. S'agissant de la santé, v. Organe d'appel de l'O.R.D., 2001 (12 mars), *CE – Amiante*, préc., § 168 ; de la moralité, v. Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (22 mai), *CE – Phoque*, préc., § 5.200 ; de l'environnement, v. Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., § 140 ; pour les mesures O.T.C., al. 6 du préambule de l'Accord O.T.C.

[1490] Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (20 oct.), *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/AB/R, § 200 (souligné dans l'original).

[1491] Le présent développement est indépendant du fait que le critère ici examiné n'est que l'un des critères employés et pas nécessairement déterminant ; l'idée ici est de montrer la logique et les potentialités de son admission comme critère de la proportionnalité.

[1492] Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., §§ 150-151, not. repris par le Groupe spécial de l'O.R.D., 2017 (17 oct.), *Indonésie – Poulet*, préc., § 7.145. Partant, le Membre qui choisit d'adopter une mesure « très restrictive » comme la fermeture de la frontière totale ou partielle « devra faire en sorte que cette mesure soit soigneusement conçue » pour que les autres éléments de la nécessité « l'emportent » sur l'effet restrictif (Organe d'appel de l'O.R.D., 2009 (21 déc.), *Chine – Produits audiovisuels*, préc., § 310).

[1493] Organe d'appel de l'O.R.D., 2000 (11 déc.), *Corée – Viande de bœuf*, préc., § 163 (application de l'art. XX du G.A.T.T.). La mesure aura donc davantage de poids lorsqu'elle « apporte une contribution importante à la réalisation de son objectif », comme « élément clé » de l'action protectrice (Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., §§ 151 et 155, où l'O.R.D. admet par ailleurs que la contribution puisse ne pas être « immédiatement observable » mais pas moins réelle, embrouillée dans « certains problèmes complexes liés à la santé publique ou à l'environnement » (§ 151)).

[1494] Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., § 150, qui refuse ainsi de réduire la nécessité de la mesure pour son objectif à une simple aptitude de principe (aussi noté par le Groupe spécial de l'O.R.D., 2017 (17 oct.), *Indonésie – Poulet*, préc., § 7.146).

contribution exigée est haute et moins le contrôle frontalier sera apte à l'atteindre. Si une telle aptitude n'est pas impossible[1495], cette exigence crée bien une remise en cause *de facto* de la détermination du niveau de protection par l'État territorial, dans la mesure où une exigence de protection absolue questionne l'aptitude de tout contrôle frontalier à apporter une contribution importante[1496], c'est-à-dire la possibilité pour l'État d'agir sur le fondement d'un niveau de protection trop élevé. L'exigence de proportionnalité du contrôle frontalier est donc maintenue à travers ces garde-fous, et peut finalement être évaluée au vu des mesures alternatives, moins attentatoires, qui s'offrent à l'État territorial.

b) La mesure du contrôle frontalier au vu des mesures alternatives

366. Le dernier élément à ajouter à la modération par la proportionnalité du contrôle frontalier n'est pas une exigence supplémentaire, mais un outil pour l'opérer. Une fois le contrôle frontalier cerné par toutes les limites qui lui sont désormais posées, comment attester sa nécessité pour protéger l'intérêt dont il se prévaut ? Sur ce point, la modération du contrôle frontalier trouve un guide dans l'« outil conceptuel »[1497] qu'est la possible existence de mesures alternatives, moins attentatoires des intérêts tiers que ne l'est le contrôle en l'état. L'outil permet ainsi de s'assurer que le tiers est préservé dans la mesure du possible, et contient donc l'essence du mécanisme d'articulation jusqu'ici développé, celui-ci portant, précisément, sur la préservation du tiers face au contrôle frontalier[1498]. Confronté à ses alternatives, le contrôle doit en dernier lieu apparaître le moins attentatoire possible[1499], « le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché »[1500], ou encore, avec une coloration plus définitive, « de dernier ressort »[1501].

[1495] Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., §§ 151-155, où l'interdiction d'importer des pneumatiques de rebut est justifiée comme « élément clé » de la stratégie du Brésil contre le fléau sanitaire et environnemental qui les accompagne (§§ 154-155).

[1496] C'est ce que notent El Boudouhi (S.) et Robert-Cuendet (S.), « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC (2017) », *A.F.D.I.*, vol. 63 (2017), pp. 701-728, p. 727, à propos du rapport du Groupe spécial de l'O.R.D., 2017 (17 oct.), *Indonésie – Poulet*, préc.

[1497] Organe d'appel de l'O.R.D., 2010 (29 nov.), *Australie – Pommes*, préc., § 363 (application de l'Accord S.P.S.).

[1498] Selon l'Organe d'appel de l'O.R.D., 2000 (11 déc.), *Corée – Viande de bœuf*, préc., § 166, tout le processus de soupesage et de mise en balance est compris dans la détermination de la disponibilité d'une mesure de rechange vers laquelle il converge.

[1499] Pêle-mêle, l'exigence est notamment formulée par l'art. 5.6 de l'Accord S.P.S., l'art. 2.2 de l'Accord O.T.C., l'Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (22 mai), *CE – Phoque*, préc., § 5.261 (sur l'art. XX du G.A.T.T.), le *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Annexe, doc. N.U., A/HRC/39/45, § 23, ou encore la C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., §§ 154, note 284 sur la détention de l'enfant migrant, et 277-278 s'agissant de l'atteinte au droit à la vie familiale.

[1500] C.D.H., *Observation générale n° 27*, préc., § 14, repris par la C.I.J., 2004 (9 juil.), *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, préc., p. 193, § 136, qui estime que ce n'est pas le cas en l'espèce.

[1501] Convention relative aux droits de l'enfant, art. 37 b) (à propos de la détention de l'enfant).

367. Mais pour être opératoire et confronter ainsi le contrôle frontalier une dernière fois avant d'attester de sa nécessité, encore faut-il que la mesure alternative soit « raisonnablement disponible »[1502] et permettre d'atteindre le niveau de protection fixé par l'État[1503], sans quoi le droit subjectif de contrôler la frontière en invoquant une limite contre l'intérêt tiers serait vidé. En effet le contrôle frontalier « nécessaire » est celui qui permet à l'État de protéger un intérêt donné, de sorte que sa nécessité ne peut être contredite en invoquant une mesure alternative « de nature purement théorique »[1504], qui viderait la protection dans les faits en la soumettant à une charge bien trop lourde pour que l'État puisse l'adopter[1505]. Si l'État « n'est pas capable » d'assurer autrement l'innocuité du flux, la fermeture de la frontière pourra donc demeurer l'expédient licite pour contrer la menace sous réserve de sa licéité par ailleurs[1506]. La préservation du niveau de protection participe de la même logique en garantissant elle aussi le droit de l'État territorial d'élever sa frontière en défense d'un intérêt donné dont il apprécie la valeur[1507]. Ainsi un système de certification aussi rigoureux soit-il ne pourra se substituer à une prohibition de l'importation de produits dérivés de l'animal s'il est inapplicable en pratique, car ce serait méconnaître le droit du Membre de l'O.M.C. à protéger un haut degré de moralité concernant le bien-être animal que la frontière ne pourrait plus autant garantir[1508]. La mesure

---

[1502] Organe d'appel de l'O.R.D., 2001 (12 mars), *CE – Amiante*, préc., § 170.
[1503] *Ibid.*, § 172 ; v. également l'utilisation de l'épreuve de la mesure alternative par la C.I.J., 2009 (13 juil.), *Droits de navigation et droits connexes*, préc., p. 255, § 106.
[1504] Organe d'appel de l'O.R.D., 2005 (7 avr.), *États-Unis – Jeux et paris*, préc., § 308.
[1505] Le simple coût supplémentaire de la mesure ne suffit toutefois pas à démontrer son indisponibilité : elle doit imposer au Membre une charge « indue (…) par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles » (Organe d'appel de l'O.R.D., 2005 (7 avr.), *États-Unis – Jeux et paris*, préc., § 308, constamment repris par la suite, par ex. en 2009 (21 déc.), *Chine – Produits audiovisuels*, préc., § 327). Il n'en reste pas moins qu'il y a ici une certaine souplesse par rapport à l'état de nécessité du droit de la responsabilité, qui suppose pour être opposable qu'aucun autre moyen, même très onéreux, n'existe (à ce propos, v. Christakis (Th.), « *"Nécessité n'a pas de loi"* ? La nécessité en droit international », *in* S.F.D.I., *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, 384 p., pp. 11-63, pp. 27-28, et Cassella (S.), *La nécessité en droit international*, *op. cit.*, pp. 341-344 qui souligne les difficultés pratiques d'une telle acception).
[1506] Organe d'appel de l'O.R.D., 2005 (7 avr.), *États-Unis – Jeux et paris*, préc., § 308. Cela, sauf à déléguer le contrôle des frontières à l'État d'origine du flux, solution qui fut reconnue comme mesure de rechange en l'absence de raisons de se méfier de cet État par l'O.R.D. (Groupe spécial de l'O.R.D., 2014 (14 oct.), *Inde – Produits agricoles*, préc., § 7.542 ; la position de l'État indien montre toutefois la réticence à une telle délégation, indiquant ne pas être prêt à avoir une « foi totale » dans les attestations des États-Unis et à importer des produits sans mettre en œuvre d'autres contrôles (*ibid.*, § 7.537)).
[1507] Organe d'appel de l'O.R.D., 2005 (7 avr.), *États-Unis – Jeux et paris*, préc., § 308 ; Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Pneumatiques rechapés*, préc., § 156 (application de l'art. XX du G.A.T.T.) ; Organe d'appel de l'O.R.D., 2019 (11 avr.), *Corée – Radionucléides*, préc., § 5.32 (application de l'Accord S.P.S.) : en l'espèce, le Groupe spécial a méconnu l'aspect « multidimensionnel » du niveau de protection fixé par la Corée, en n'évaluant que sa dimension quantitative (maintien d'une exposition aux radiations inférieure à telle quantité) et en omettant les autres critères du maintien du niveau de radioactivité à celui existant dans l'environnement ordinaire et de la poursuite d'une exposition aussi basse que raisonnablement possible.
[1508] Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (22 mai), *CE – Phoque*, préc., § 5.279.

alternative ne constitue donc pas une revanche *in extremis* de l'intérêt tiers, mais bien un dernier affinement de l'équilibre, ajusté au plus précis selon les possibilités limitées de chacun.

Conclusion du chapitre

368. Ce chapitre aura vu aboutir la modération du contrôle des frontières par l'articulation des intérêts qui s'y confrontent. Du principe même de cette articulation jusqu'à son application au fait concret, le droit international s'est ainsi montré apte à garantir la coexistence pratique de l'emprise territoriale et des intérêts tiers, internationaux, qui entendent circuler à raison du territoire.

369. La clef réside ici dans la prohibition de l'arbitraire, comme injonction faite à l'État territorial de considérer le tiers auquel il est lié dans la relation juridique du contrôle frontalier. En effet, l'essence de la réglementation du contrôle frontalier est apparue dans la recherche d'équilibre entre les intérêts protégés, ceux de l'emprise et ceux des tiers, car l'égalité et la simultanéité de leur protection impose que le droit cherche à les articuler, sans quoi il les nierait. L'arbitraire étant négatif du droit car négation du tiers qui fait la relation juridique, sa prohibition permet d'exprimer l'articulation comme besoin inhérent au droit pour ne pas se nier, c'est-à-dire pour ne pas nier les intérêts qu'il a pour fonction de protéger au travers de relations. À partir de cet élément fondamental, le développement de différents régimes juridiques peut ensuite montrer la trame que suit l'articulation à mesure que l'intérêt est plus finement protégé.

370. Articuler les intérêts se fait donc contre l'arbitraire, et opérer l'articulation se fait ainsi contre les éléments de l'arbitraire. D'abord dans le discours, la motivation impose que l'intérêt tiers se voit opposer un intérêt également protégé et donc reconnu, ce que les « motifs légitimes » de l'État incarnent substantiellement. À l'inverse, les motifs condamnés et principalement la discrimination vicient le contrôle frontalier, qui ne repose alors sur rien qui soit reconnu par le droit international pour s'opposer à l'intérêt tiers. Ensuite dans les faits, si deux intérêts juridiquement reconnus se font bien face dans le contrôle frontalier, interviennent alors la nécessité et la proportionnalité qui imposent la mesure du contrôle, son respect concret du tiers. Se pose alors en premier lieu une question de principe, à savoir si le contrôle de la frontière est bien nécessaire comme réponse à une menace, sans quoi il est dénué de fondement pratique et succombe car non-justifié. Se pose enfin en second lieu une question de nuance, où l'effort de modération s'épuise finalement dans un subtil dosage des atteintes subies de part et d'autre pour s'assurer de la stricte limitation du contrôle frontalier à ce qui était nécessaire, proportionné au vu du risque posé par le tiers et du dommage qu'il subit par son rejet. L'articulation s'achève ainsi au plus près de l'équilibre concret, où elle donne à voir la modération du contrôle frontalier par le droit international qui ne s'arrête ainsi qu'à la porte des faits, jusqu'où il guide son interprète qui devra les apprécier.

Conclusion du titre

371. Le contrôle des frontières a été encadré dans le titre qui s'achève ici, à travers le constant souci de l'intérêt tiers qui lui fait face, de sa reconnaissance générale à son articulation concrète avec le contrôle.

372. Dans le moment inaugural de l'encadrement, le contrôle des frontières est d'abord limité par la présence même de l'intérêt tiers, son apparition qui crée la *relation* juridique. En cherchant celui-ci dans le droit international, à travers les traces de protection du mouvement, il a été possible de remonter jusqu'aux écrits des fondateurs du droit international pour qui cette protection était essentielle car elle visait une donnée élémentaire de la vie internationale qu'il s'agissait de régir. La protection du mouvement y est cependant restée à l'état de principe, dans une tension irréductible avec celle de la souveraineté étatique, de sorte que l'étude du droit positif a dû succéder à celle des anciens. Le mouvement y est apparu fragmenté en de multiples intérêts protégés, portant sur le commerce étatique et la circulation de l'être humain à travers le contrôle frontalier, et sur l'intégrité des États et de l'être humain face à ce contrôle. La relation juridique du contrôle frontalier a ainsi pris forme.

373. Il s'est alors agi d'articuler le contrôle frontalier, de lui donner quelque clef pour traiter la confrontation encore à vif de la puissance territoriale et du tiers. Il a fallu, en d'autres termes, trouver le mécanisme pour articuler les prétentions entre celles maintenant le territoire sous emprise, et celles prétendant le toucher comme espace de réalisation d'intérêts internationalement protégés. Comment opérer leur dialogue pour empêcher leur destruction mutuelle en cette incompatibilité manifeste ? La prohibition de l'arbitraire donna une première réponse en indiquant la recherche d'un équilibre dès lors qu'elle récuse l'écrasement d'un intérêt par un autre mais impose au contraire le maintien de la relation juridique qui les lie. Ainsi exigée, l'articulation entre les intérêts a ensuite pu être opérée contre les éléments de l'arbitraire, où elle a trouvé les outils d'évaluation du contrôle frontalier le long de ses différentes étapes, de la justification du contrôle à la pesée de la confrontation concrète qui y a lieu. Le droit international contient ainsi tant l'injonction de respect de l'altérité protégée que les moyens d'assurer ce respect dans les faits. Une fois reconnu en droit, le tiers questionne ainsi le contrôle frontalier sans relâche, exigeant sa pleine considération jusqu'à la décision qui le concerne concrètement. Il s'oppose au contrôle frontalier autrement libre depuis son fondement étatique, suppose son encadrement en conséquence et, finalement, fait la modération du contrôle frontalier dont il est la raison d'être.

Conclusion de la première partie

374. La modération du contrôle des frontières a traversé la première partie de cette étude, de la position du problème qu'est l'existence du contrôle en son fondement étatique, jusqu'à sa réalisation dans la manifestation concrète du contrôle, où la modération s'achève.

375. Comme tempérance réciproque produite au contact de l'Autre par la médiation du droit, la modération supposait de commencer par l'un des deux termes de la relation, et en l'occurrence par le contrôle frontalier qui occupe la présente réflexion et forme le premier pôle de son problème. C'est à partir de ce pôle qu'il convient de réfléchir sur le sujet. Son étude a ainsi donné la mesure du phénomène et de la modération que le droit international peut apposer au contrôle frontalier, afin de rendre possible une société internationale où des circulations doivent passer à travers les emprises territoriales susceptibles de les figer. Prenant racine dans la souveraineté territoriale qui couvre la puissance dont il émane, le contrôle frontalier jouit ainsi d'une position originelle, *a priori* libre, qui n'empêche nullement la limite du droit mais la conditionne à l'établissement de relations juridiques par lesquels la puissance est liée. De même, si sa puissance a pu s'inscrire dans l'ordre juridique international qui admet dans une large mesure son déploiement à travers l'espace et les personnes, le contrôle frontalier ne fuit pas pour autant le droit qui le rattrape à travers l'opposabilité extraterritoriale des obligations et l'imputation du fait délégué. Le fondement étatique est ainsi un pôle irréductible de la relation juridique du contrôle frontalier mais nullement un obstacle *a priori* à sa modération.

376. Celle-ci peut donc être opérée vis-à-vis du tiers, qui forme le second pôle du problème sans lequel le contrôle frontalier n'a pas lieu d'être. Par la reconnaissance du tiers à travers ses intérêts protégés, le droit international oppose un Autre au contrôle frontalier jusqu'alors tenu par le seul État territorial et l'encadre en conséquence. Le mouvement fait face à l'emprise, et le territoire figure aussi comme espace de réalisation des intérêts internationalement protégés identifiés comme faisant face au contrôle frontalier. La protection simultanée de l'État territorial et des tiers crée une relation juridique dans le contrôle où ils se confrontent, et le droit international doit articuler leurs prétentions car sinon la modération resterait inopérante en pratique, laissée à l'opposition d'intérêts non départagés. Le contrôle frontalier est ainsi enjoint à respecter le tiers qui lui est opposé, ne pouvant lui porter atteinte en le rejetant que sous réserve de sa justification et de sa nécessité pour garantir la protection de l'intérêt dont il se prévaut. La modération poursuit ainsi le contrôle frontalier à chacune de ses étapes, et ce jusqu'à son épuisement dans la victoire la plus modeste possible de l'un des intérêts lorsqu'il s'avère décidément inconciliable à l'autre.

377. De son accueil à son articulation, le droit international modère ainsi le contrôle de la frontière et l'empêche d'être intrinsèquement destructeur de l'Autre. Il s'avère apte à ordonner une société internationale à la fois faite d'emprises et de circulations, entre lesquelles il crée une relation juridique viable qui fait osciller territoire-sous-emprise et territoire-espace-de-réalisation-d'intérêts-internationalement-protégés. La société internationale est, en ce sens, coordonnée, et la coexistence des éléments qui la forment est juridiquement garantie. Mais parallèlement, le droit international favorise désormais cette société elle-même, non dans l'articulation de ses composantes mais dans la protection du commun qui les unit. Ce n'est plus la viabilité, mais le développement de la société et du droit international qui est ainsi en jeu. Fort d'avoir assuré la coexistence en modérant le contrôle frontalier au sein de la société internationale, il change alors de logique pour promouvoir l'intégration de cette société en *déterminant* ce contrôle. Il n'est désormais plus question d'assouplir le contrôle pour le rendre compatible avec l'existence d'autrui, mais de le fixer *pour* autrui, *pour* la société internationale où il s'inscrit et dont il n'encadre qu'une parcelle, le territoire, ainsi pris comme espace de réalisation d'intérêts internationalement protégés, ou espace du monde.

Partie 2. La détermination du contrôle des frontières par le droit international

378. Il a désormais été établi que la société internationale exige d'abord du droit international qu'il modère le contrôle frontalier et nous avons vu comment. Protégeant simultanément le tiers et l'État territorial qui se rencontrent dans le contrôle, le droit international fournit un mécanisme pour articuler leurs prétentions et permet ainsi la viabilité de leur coexistence, soit la viabilité de la société composée de cette coexistence et des contacts entre ses membres. La relation de l'Etat et du tiers se rencontrant dans le contrôle frontalier est rendue possible, la destruction mutuelle des intérêts est juridiquement désamorcée. Par la modération et au gré de son résultat, l'espace territorial oscille entre l'emprise étatique et la réalisation d'intérêts internationalement protégés.

379. L'exigence de modération du contrôle frontalier est donc fondamentale, mais elle ne contient pas tout le droit international à ce sujet. En effet et comme il a été établi en introduction, celui-ci est désormais marqué par la mondialisation qui accentue la densité et la rapidité des flux qui questionnent le contrôle frontalier. Dans ce contexte, la société internationale est davantage intégrée, liée par des relations qui la font passer de société à « communauté internationale »[1509], en fait comme en droit[1510]. La communauté, faite de solidarité, s'affirme ainsi aux côtés de la société, faite de coexistence, comme *modèles* de pensée au sens où l'entendait René-Jean Dupuy, soit des constructions mentales élaborées « en les poussant à leurs limites extrêmes » pour montrer leurs caractéristiques propres[1511]. Loin de la remplacer, la communauté s'ajoute ici à la société comme idée explicative qui permet de penser certaines tendances du droit international contemporain, où l'étroit rapprochement dû à la mondialisation impose « un déplacement du curseur des privilèges de la souveraineté vers les obligations qu'elle implique. »[1512] Modérer le contrôle frontalier n'est alors plus suffisant : il faut le

[1509] Sans ouvrir le dossier immense de la « communauté internationale » en droit international, il faut renvoyer à Dupuy (R.-J.), « Communauté internationale », *in Dialectiques du droit international. Souveraineté des États, communauté internationale et droits de l'humanité*, Paris, Pedone, 1999, 371 p., pp. 309-314.
[1510] Sur la valeur de la notion pour une étude de droit positif, v. Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *op. cit.*, pp. 258-265, qui insiste sur la juridicité de la fiction dès lors qu'elle figure en droit positif.
[1511] Dupuy (R.-J.), « Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 165 (1979), pp. 9-231, pp. 47-48, où Dupuy a une vision plus antagonique que l'utilisation qui est faite ici de l'idée de modèle.
[1512] Sur (S.), « Conclusions générales », *in* S.F.D.I., *L'État dans la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 573-587, p. 587.

déterminer, « préciser, fixer, circonscrire ce qui est incertain »[1513] pour réduire la marge de manœuvre de l'État territorial susceptible de briser la communauté par son repli. La problématique change donc par rapport à la première partie, où il était question de garantir la compatibilité du contrôle frontalier souverain avec son existence dans une société faite de circulations. Il s'agit désormais de s'assurer que le contrôle frontalier soit opéré conformément aux exigences de cette société, qui l'inclut dans sa communauté. En conséquence, l'espace territorial ne doit plus osciller entre l'emprise étatique et la réalisation d'intérêts internationaux, car la première mine la communauté lorsqu'elle ne se confond pas avec la seconde. Plutôt, le territoire est saisi comme *partie* de la communauté internationale, existant pour et vis-à-vis d'elle. Au service de la communauté et de l'espace où ses intérêts se réalisent, le contrôle frontalier est lié.

380. C'est en effet le pouvoir *lié* qui, sur le plan de l'action étatique, formule la détermination du contrôle frontalier en désignant un pouvoir contraint par « la rigidité et la minutie des prescriptions légales »[1514] qui « prévoi[en]t tout à la fois la nécessité et le contenu »[1515] de son action. Astreint à servir la communauté internationale, le contrôle frontalier est privé de marge de manœuvre sous la « pression croissante du détail de la réglementation »[1516] qui le frappe à chaque étape de son exercice[1517] : appréciation, qualification des faits[1518], but et contenu voire décision même de contrôler[1519]. Le pouvoir lié exprime ainsi l'idée de la détermination, mais

---

[1513] Définition du Trésor de la langue française, disponible en ligne : https://cnrtl.fr/definition/déterminer.
[1514] Di Qual (L.), *La compétence liée*, *op. cit.*, p. 5.
[1515] Kornprobst (Br.), « La compétence liée », *R.D.P.*, t. LXXVII, n° 5, sept.-oct. 1961, pp. 935-958, p. 936.
[1516] *Ibid.*, p. 937.
[1517] Bonnard (R.), « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *op. cit.*, p. 367, à lire en miroir pour le pouvoir lié : « Le pouvoir discrétionnaire ne se manifeste pas en effet, en un point unique de l'ensemble des opérations qui forment l'acte. Il peut se décomposer suivant les différentes appréciations qui interviennent, avoir autant d'objets qu'il y a d'appréciations différentes à effectuer pour réaliser l'acte. »
[1518] Il existe une divergence chez les administrativistes quant à la pertinence du pouvoir lié pour l'appréciation des faits. Nous la retenons ici car son rejet semble reposer sur l'idée à notre sens infondée que l'appréciation et la qualification des faits ne revêtent *qu'une* solution légale, préexistant à l'action du sujet de droit car résidant dans le droit même qui serait porteur de cette vérité unique en dépit de son indétermination et n'octroierait donc pas une liberté de détermination au sujet de droit. Au soutien de l'inclusion de l'appréciation des faits, v. not. Venezia (J.-Cl.), *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1959, iv-175 p., pp. 23-31 et p. 45 où il définit le pouvoir discrétionnaire comme résidant dans « la libre adéquation de l'objet de l'acte administratif aux antécédents objectifs de cet acte », ce qui englobe l'appréciation de ces antécédents objectifs (les faits motivant la décision et le but qu'elle poursuit), et l'appréciation de l'opportunité (l'objet de la décision répondant aux faits), et Di Qual (L.), *La compétence liée*, *op. cit.*, pp. 82-87, qui aboutit à une définition du pouvoir lié symétrique à celle du pouvoir discrétionnaire par Venezia). *Contra*, v. Michoud (L.), « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *op. cit.*, pp. 436-437 et p. 451, et Woehrling (J.-M.), « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », *in* A.F.D.A., *La compétence*, Paris, LexisNexis, 2008, xiv-272 p., pp. 127-144, pp. 130-131.
[1519] Di Qual (L.), *La compétence liée*, *op. cit.*, respectivement pp. 73-79 (le but désigne les motifs étudiés en première partie (Titre 2, Chapitre 2, Section 2 § 1), là où l'auteur appelle « motifs » les règles fondant et faits qualifiés appelant l'action étatique), 79-82 (l'auteur l'appelle « objet » de l'acte, soit s'agissant de notre sujet la

n'entend pas résumer l'entièreté du droit positif qui participe de cette idée et peut être autrement nuancé. À l'instar de la communauté, il y a là un modèle ou « concept de classification théorique »[1520] qui sert à penser le droit positif de la réglementation du contrôle.

381. La détermination du contrôle frontalier participe ainsi d'une *tendance* à l'internationalisation de l'espace territorial. Loin de contredire les développements de la première partie, l'idée de détermination s'y ajoute et les enrichit comme possibilité de *développement* de la modération du contrôle, où l'État territorial, d'ingénieur qui forge le contrôle dans les limites de règles établies, deviendrait rouage, qui adopte mécaniquement l'action que le régime juridique exige de lui sans marge de manœuvre[1521]. Le contrôle frontalier n'est plus modéré, mais déterminé. D'abord quant à l'opération du contrôle frontalier, le droit international fixe des règles qui déterminent *comment* contrôler (titre 1). Ensuite quant à l'objet du contrôle, le droit international établit des règles qui déterminent *quoi* contrôler, et plus précisément ce qui *doit* passer ou non (titre 2). C'est par ces deux aspects du contrôle frontalier que le droit international saisit le territoire comme espace international, à raison duquel il entend garantir la réalisation des intérêts qu'il protège dans ce que l'on peut appeler un ordre international des flux, garanti par le droit international et pour la société internationale.

---

fermeture ou l'ouverture de la frontière et les modalités de l'opération de contrôle) et pp. 88-92 (question de l'obligation d'agir).

[1520] Le terme est d'Eisenmann, qui l'oppose aux « vocables conceptuels » résidant dans le droit positif, dotant le concept de classification d'une totale indépendance vis-à-vis des faits (comprenant ici le droit positif), en tant que « création de la théorie et d'elle seule, sa création souveraine, en ce sens qu'il s'agit de décisions intellectuelles en vue de la meilleure analyse possible » (« Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », 1966, rééd. *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, 668 p., pp. 289-305, pp. 293 et 296).

[1521] L'automaticité du pouvoir lié est notamment soulignée par Kornprobst (Br.), « La compétence liée », *op. cit.*, pp. 936 et 939.

Titre 1. La détermination du contrôle dans son opération

« La raison est certes commune à tous les hommes, différente selon l'instruction reçue, égale par l'aptitude à apprendre (…) ; la parole, interprète de la pensée, diffère par les mots employés mais s'accorde sur le sens, et il n'y a personne chez aucun peuple qui, ayant pris la nature pour guide, ne puisse atteindre à la vertu. »

Cicéron, Traité des lois[1522]

382. Le contrôle frontalier suppose de multiples étapes pour le mener à bien : comment savoir qu'un flux arrive à la frontière, comment l'apprécier pour le qualifier en droit, comment l'appréhender en fait, et selon quels moyens et quel degré d'effort ?

383. Ces questions sont essentielles pour le contrôle frontalier. Bien qu'elles convoquent la technicité des pratiques douanières et ne sauraient donc ici être traitées pour elles-mêmes, elles indiquent un premier plan à l'étude de la détermination du contrôle. En effet le droit international y trouve un comportement étatique *a priori* indéterminé, et donc un premier objet *à déterminer* pour mettre l'espace territorial contrôlé au service de la communauté internationale. C'est que chaque indétermination, dans chacune de ces étapes, peut offrir une prise au repli étatique, qui définira sa pratique de contrôle selon sa volonté et lèsera possiblement l'intérêt international en agissant selon sa seule perception. En l'absence d'indication du droit international, l'État ne se réfèrera qu'à ce qu'il entend et non à la volonté commune qui a consacré la protection de l'intérêt international, cette volonté étant silencieuse. Le risque est alors qu'il y ait un décalage entre l'intention de la protection – tel intérêt doit être protégé face au contrôle frontalier… – et sa réalisation – …mais il est traité de telle sorte que sa protection est altérée voire vidée. C'est donc la conséquence (au sens d'esprit de suite) du droit international qui est ici en cause : il place le contrôle frontalier dans une relation juridique qui lui oppose un intérêt tiers, et en conséquence s'attèle à lier l'opération de contrôle pour s'assurer que la relation est conduite selon la volonté commune qui a consacré ledit intérêt. En déterminant ainsi les contrôles frontaliers, le droit international contribue à établir un ordre international de circulations administré selon ses normes, dans l'idée d'une raison commune guidant le comportement qui travaille la pensée de l'universel depuis les Grecs anciens[1523]. Ainsi, et à mesure de l'établissement de cette raison commune, le droit international atténue la

[1522] I, X, 30 (éd. *op. cit.*, p. 17).
[1523] V. l'étude d'« un monde stoïcien » à cet égard, où la raison cosmique mène au cosmopolitisme idéel, par Pradeau (J.-Fr.), *Gouverner avec le monde. Réflexions antiques sur la mondialisation*, *op. cit.*, pp. 55-77.

fragmentation de la communauté internationale causée par les pratiques discrétionnaires de contrôle frontalier. La pluralité d'États est jointe dans l'unité de la raison, les emprises étatiques sont déterminées au profit d'une communauté d'espace.

384. La première prise du droit à cet égard est d'obliger l'État à opérer le contrôle de sa frontière. Cette partie du sujet n'a pas encore été vue car l'opération de contrôle était postulée dans la modération qui occupe la première partie. Une telle obligation constitue toutefois un élément central du sujet et notamment au vu de la détermination du contrôle frontalier : il *doit* être mené (Chapitre 1). C'est là le premier élément de la détermination de l'opération, l'obliger, auquel succédera ensuite la conduite de l'opération dans son ensemble, dont la pratique étatique est harmonisée par les multiples normes du droit international, de l'appréciation du flux à l'exécution du contrôle de la frontière (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'obligation d'opérer le contrôle frontalier

385. Nous avons établi dans la première partie qu'en l'absence d'intérêt tiers lui faisant face, l'État territorial est absolument libre d'exercer son contrôle frontalier comme il l'entend. De l'exercer… mais donc aussi de *ne pas* l'exercer et à cet égard l'obligation d'opérer le contrôle est un élément fondamental de sa détermination, car elle lie le pouvoir de contrôle quant au principe même de son action. Cette détermination est essentielle pour la communauté ou même la seule société internationale, car elle ne peut être indifférente à l'existence ou non d'un tel contrôle en pratique. En effet, en l'absence d'autorité supérieure pour garantir un certain ordre, la société internationale compte sur chacun pour maintenir cet ordre au profit de tous. Or qu'en serait-il d'une société dont la part d'ordre nécessaire à son existence reposerait sur le bon vouloir de ses membres, qui tantôt laisseraient circuler les flux les plus dangereux et tantôt seulement s'efforceraient de les endiguer, sans qu'une règle permette d'évaluer ce comportement et de l'obliger à l'action ? Comme partie de la société internationale et détenteur d'autorité, chaque État a sa part à jouer. Partant, le territoire où l'État est situé passe d'espace de liberté, sous emprise souveraine, à espace de *responsabilité*, vis-à-vis de la société internationale pour laquelle il peut présenter un risque[1524]. C'est en ce sens que confronté à la nature même de la souveraineté territoriale, Max Huber affirma qu'elle « ne peut se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire au fait d'exclure les activités des autres États »[1525]. Certes empreinte de liberté, elle « a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire, les droits des autres États », ce qui suppose que l'État « manifeste (…) sa souveraineté territoriale d'une manière adéquate aux circonstances »[1526], car, enfin – et s'exprime ici l'intuition irréductible du besoin d'ordre qui motive tout le propos –, « c'est elle qui sert à répartir entre les nations l'espace sur lequel se déploient les activités humaines, afin de leur

---

[1524] Cela se traduit au fondement du régime de l'obligation de moyen éclairée par la diligence, qui sera vue dans la section 2 du présent chapitre. Ce fondement repose sur le lien entre le sujet et le risque (v. De Sena (P.), « La « *due diligence* » et le lien entre le sujet et le risque qu'il faut prévenir : quelques observations », in S.F.D.I., *Le standard de la due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, 340 p., pp. 243-254) et à cet égard « territory seems to embody the most obvious risk proximity » (Violi (F.), « The function of the triad 'territory', 'jurisdiction', and 'control' in due diligence obligations », *in* Krieger (H.), Peters (A.) et Kreuzer (L.) (dir.), *Due diligence in the international legal order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, xviii-402 p., pp. 75-91, p. 77 ; par ex. pour l'obligation de prévention des dommages transfrontières, à cet égard « la juridiction territoriale est le critère dominant » et le territoire est « considéré comme une preuve déterminante de la juridiction » (C.D.I., « Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaire y relatif », *A.C.D.I.*, 2001, vol. II(2), pp. 157-183, p. 162 § 8)).

[1525] S.A., 1928 (4 avr.), *Île de Palmas*, préc., pp. 164-165. Dans le même sens et selon le même juriste, le principe de non-intervention « présuppose non seulement des conditions normales d'administration et de justice, mais aussi la volonté de l'État de réaliser son but primordial : le maintien de la paix intérieure et de l'ordre social. L'État est tenu à une certaine vigilance » (S.A., 1925 (1er mai), *Biens britanniques au Maroc espagnol*, préc., p. 642).

[1526] S.A., 1928 (4 avr.), *Île de Palmas*, préc., p. 164.

assurer en tous lieux le minimum de protection que le droit international doit garantir », et « [o]n ne peut présumer que le droit international (…) réduise un droit tel que la souveraineté territoriale (…) à la catégorie d'un droit abstrait, dépourvu de manifestations concrètes. »[1527]

386. L'obligation d'opérer le contrôle de la frontière est ainsi ancrée dans la structure même du droit international, et cette détermination de l'opération de contrôle frontalier constitue à cet égard une exigence de la coexistence de la société internationale, plus qu'une figure de son développement en communauté. Elle accueille certes ce développement, quant à l'objet visé par la protection : l'État doit assurer un certain ordre à raison de son territoire, mais vis-à-vis de quoi, et pour protéger qui ? Ce questionnement doit toutefois être réservé pour le second titre, car il est alors question de l'*objet* du contrôle, la face « externe » de l'obligation qui désigne le vis-à-vis de son exécution. L'opération de contrôle, elle, réside dans la face « interne » de l'obligation, soit les termes de son respect, fixant le *comportement* qui incombe au débiteur et déterminant le contrôle frontalier de l'intérieur, au niveau de la technique juridique et avant que ce comportement soit précisé au vu de l'objet en cause[1528]. Un flux dangereux se présente à sa frontière et l'État est obligé de le contrôler, en quoi *consiste* cette obligation ? Comment le droit international détermine-t-il le contrôle frontalier en enjoignant l'État à agir ? Pour répondre, il faut d'abord étudier les modalités internes de l'obligation qui détermine le contrôle de la frontière (section 1), avant d'étudier la teneur qui découle de ce fonctionnement, reflétée par l'évaluation du respect de l'obligation (section 2).

Section 1. Les modalités internes de l'obligation de contrôle de la frontière

387. Comprendre la détermination de l'opération de contrôle par son obligation suppose d'abord de voir selon quelles modalités l'obligation contraint l'État, quelles en sont les caractéristiques qui fixeront ensuite les paramètres déterminant le contrôle frontalier. Ces modalités sont désormais bien balisées par la théorie du droit international grâce à un effort doctrinal important s'agissant des obligations internationales, et les développements suivant reprendront en grande partie ces enseignements quoique non sans correctifs et précisions appelées par le sujet. D'abord, le contrôle frontalier convoque une pluralité d'acteurs, et en grande partie des acteurs par définition extérieurs à l'État territorial dès lors qu'il s'agit de les contrôler, ce qui impose de préciser que l'obligation vise strictement le comportement étatique,

---

[1527] *Ibid.*, p. 165.

[1528] Les termes « externe » et « interne » sont paraphrasés du cours du Pr D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *R.C.A.D.I.*, vol. 417 (2021), pp. 9-210, spéc. p. 37, où l'auteur distingue les « modalités extrinsèques » (relationnelles) des « modalités intrinsèques » (pesant sur le débiteur « lié par rapport à lui-même ») de l'obligation.

le contrôle frontalier lui-même et non les flux qui le traverse (§ 1). Une fois cela établi, il sera alors possible de préciser la nature de ce qui est exigé de l'État territorial, soit la logique interne de l'obligation qui contraint le contrôle frontalier en visant le déploiement de moyens (§ 2).

§ 1. L'obligation de contrôle de la frontière à raison du comportement étatique

388. En pratique, le contrôle de la frontière comprend d'abord le comportement étatique, qui l'exerce, mais aussi tous les comportements qui le traversent, que des acteurs tiers se présentent au contrôle ou entendent y échapper, créant ainsi une situation complexe où le comportement de l'État est intriqué à celui de personnes privées. Que vise alors l'obligation de contrôler la frontière, obliger l'État pour tout comportement des acteurs tiers qui passent sa frontière, ou l'obliger seulement pour son comportement vis-à-vis de ces acteurs ? Bien poser la détermination du contrôle frontalier à ce stade suppose de séparer d'un côté le droit, qui vise le comportement de l'État territorial (A), et de l'autre les conséquences pratiques du droit, qui lui permettent de frapper les acteurs tiers à travers la contrainte posée au contrôle (B).

A. La responsabilité de l'État territorial à raison de son contrôle frontalier

389. Comme tout fait internationalement illicite, le fait susceptible d'engager la responsabilité de l'État territorial est ici constitué par la violation d'une obligation internationale de l'État qui lui est attribuable[1529], ce qui concerne en premier lieu les faits de ses organes quels qu'ils soient, du parlement ou ministre manquant d'adopter le régime de contrôle adéquat, au douanier ou garde-côte négligent[1530]. L'obligation de contrôler la frontière vise donc, *a priori*, le fait de l'État. Mais par hypothèse, le contrôle de la frontière s'opère sur un flux organiquement *extérieur* à l'État, or c'est ce flux qui lèsera matériellement l'intérêt internationalement protégé. Ce n'est pas l'État contrôlant sa frontière, mais le terroriste allant commettre un attentat ou le navire privé chargé de déchets toxiques qui vont frapper la sécurité ou la nature d'un État tiers et de la société internationale. Or ce sont cette sécurité et cette nature que l'obligation de contrôle entend protéger, vis-à-vis du terroriste et du navire. L'État qui les aurait laissé s'échapper à travers son contrôle frontalier serait-il responsable *pour* eux ? La confusion est facile et doit être évitée, car seul le fait de l'État permet d'engager la

[1529] Art. 2 (*litt.* a) sur l'attribution) du Projet d'articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (préc.).
[1530] *Ibid.*, arts. 4 § 1 (comportement de l'organe de l'État « quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État »…) et 7 (…même « s'il contrevient à ses instructions »). La délégation du contrôle et son imputation à l'État ont été vues *supra* dans la Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 § 1.

responsabilité étatique[1531]. Il faut ainsi distinguer le fait brut, celui du terroriste ou du navire qui entre concrètement en contact avec l'intérêt international, et le fait de l'État, l'opération de contrôle de la frontière qui seule est saisie par l'obligation sans être rattachée à ses objets. Le droit international détermine bien l'opération de contrôle et non les comportements tiers qu'il rattacherait à l'État dans un ensemble, et par conséquent l'État engage sa responsabilité à raison d'un comportement propre, la défaillance du contrôle frontalier, que le fait particulier ne constitue ni ne détermine, mais ne fait que *révéler*[1532]. Autrement dit, l'État n'est responsable qu'à raison de sa défaillance qui a conduit un terroriste à pouvoir commettre un attentat ailleurs, non à raison de cet attentat lui-même. La défaillance qui permet l'acte n'équivaut pas à le commettre.

390. L'État n'est donc tenu qu'à raison de ce qu'il fait en propre et non de tout ce qui émane de son territoire, ce qui serait le premier élément d'une responsabilité pour risque où l'État devrait assumer toute fuite dommageable de sa frontière. Et si cela limite la responsabilité de l'État, il faut voir en retour que ce fonctionnement de l'obligation de contrôler la frontière simplifie la détermination de ce contrôle et l'obligation d'en rendre compte. En effet, ce fonctionnement permet non seulement d'écarter la question d'une obligation pesant sur l'acteur tiers et notamment privé, qui conditionnerait la mise en jeu d'une responsabilité de son fait, mais aussi d'écarter la nécessité d'établir un lien d'attribution du comportement privé à l'État.

[1531] Classiquement, « [l]es actes accomplis par des individus ne sauraient jamais constituer une violation du droit des gens, parce que ce droit ne concerne que les États : il n'est dès lors pas possible qu'un État soit responsable du fait des individus, lequel est indifférent au point de vue du droit international. Mais chaque État est internationalement tenu d'assurer aux autres États une certaine conduite de la part des individus des commandements ou des prohibitions dont l'accomplissement est garanti par des sanctions. Si donc l'État néglige de rendre les règles nécessaires ou s'il ne les fait pas dûment valoir, il accomplit *lui-même* un fait contraire au droit international : il est alors responsable *de son fait*, et non du fait des individus assujettis à son pouvoir » (Anzilotti (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.* t. 13 (1906), pp. 285-309, p. 298. V. aussi Louis Delbez qui, contrairement à Anzilotti, se place sur le terrain de la faute, mais n'arrive pas à un résultat différent s'agissant de l'imputation : « L'acte individuel n'est jamais en lui-même la cause immédiate et directe de la responsabilité internationale, il en est l'occasion. La responsabilité internationale naît de l'attitude qu'adopte l'État à l'égard de cet acte » (« La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un État et dirigés contre la sûreté d'un État étranger », *R.G.D.I.P.*, t. 37 (1930), pp. 461-475, p. 470). Pour un écrit plus récent, v. Frouville (O. de), « Attribution of conduct to the State : private individuals », in Crawford (J.), Pellet (A.) et Olleson (S.) (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, lxv-1296 p., pp. 257-280, spéc. pp. 275-279. En jurisprudence, v. S.A., 1925 (1er mai), *Biens britanniques au Maroc espagnol*, préc., p. 642 ; S.A., 2007 (30 jan.), *Eurotunnel (The Channel Tunnel Group Limited et France-Manche S.A. c. Royaume-Uni et France)*, C.P.A. n° 2003-06, § 288 ; T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone (avis consultatif)*, *T.I.D.M. Rec.* 2011, p. 41, § 109, et p. 57, § 172 ; T.I.D.M., 2015 (2 avr.), *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, *T.I.D.M. Rec.* 2015, p. 44, § 146 ; S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale (Philippines c. Chine)*, *R.S.A.*, vol. XXXIII, pp. 153-617, p. 446, §§ 728 et 909 (allégations des Philippines, admises par le Tribunal quoiqu'implicitement, comme une évidence).

[1532] L'image du « catalyseur » exprime particulièrement cela en doctrine, v. Condorelli (L.), « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite… », *op. cit.*, pp. 100-101 ; Frouville (O. de), « Attribution of conduct to the State : private individuals », *op. cit.*, p. 275.

À cet égard, l'obligation de contrôler la frontière pallie la forte insuffisance du droit international concernant la responsabilité des entités privées et celle de l'État du fait de leur comportement[1533] : l'État territorial est obligé au vu du comportement tiers, mais selon le fonctionnement classique de l'obligation internationale qui lie l'État comme débiteur à raison d'un contrôle frontalier qui lui est nécessairement imputable dès lors qu'il exprime sa puissance[1534]. Cela invite à souligner la conséquence pratique de l'obligation, qui permet ainsi de saisir indirectement les comportements tiers.

B. La conséquence pratique de l'obligation sur les objets du contrôle frontalier

391. La conséquence est de faible valeur juridique mais mérite d'être notée au vu de sa grande importance pratique : l'obligation de contrôler la frontière qui incombe à l'État territorial peut être perçue comme « un mécanisme par lequel les règles [du droit international], bien que faisant partie [du droit international] et, en tant que telles, étant contraignantes uniquement pour les sujets de droit international (…), produisent leur effet à l'égard des [acteurs non étatiques] dont le statut juridique relève du droit interne. »[1535] On retrouve ici l'idée que les États garantissent l'ordre de la société internationale à travers leurs emprises territoriales, au service de cette société : le droit international ne vise que très peu les acteurs non étatiques qui pourtant constituent la majorité des circulations qui peuvent causer un danger aux intérêts qu'il protège, mais il parvient à les atteindre à travers les États, qui eux sont immédiatement saisis par le droit international et astreints à contrôler ces acteurs tiers qu'ils peuvent immédiatement saisir à leur tour. L'obligation fonctionne ainsi à double détonation : la première, juridique, active l'action de l'État et la seconde, factuelle, exprime cette action sur celle des individus, où l'obligation s'épuise par l'exécution du contrôle frontalier. En déterminant l'opération de contrôle, le droit international peut ainsi établir un ordre qui touche tous types de circulation, menées par tous les acteurs et dans toutes les matières, y compris celles où ce n'est « pas au niveau des

---

[1533] Besson (S.), « La *due diligence* en droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 409 (2020), pp. 153-398, p. 299 ; Peters (A.), Krieger (H.) et Kreuzer (L.), « Due diligence in the international legal order. Dissecting the leitmotif of current accountability debates », *in* Krieger (H.), Peters (A.) et Kreuzer (L.) (dir.), *Due diligence in the international legal order*, *op. cit.*, pp. 1-19, pp. 3-4 ; Krieger (H.) et Peters (A.), « Due diligence and structural change in the international legal order », *in ibid.*, pp. 351-390, p. 365 : « The application of due diligence standard in the relevant primary obligations works as a catalyst for closing accountability gaps in relation to activities of non-state actors. »

[1534] Cela a été établi *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 § 1.

[1535] T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, préc., pp. 40-41, § 108 (le texte d'origine se limite à décrire un tel mécanisme s'agissant des règles de la Convention de Montego Bay à l'égard des contractants patronnés dans la Zone) ; repris par T.I.D.M., 2015 (2 avr.), *Demande d'avis consultatif soumise par la CSRP*, préc., p. 39, § 126.

[personnes privées] mais des États que l'on peut attendre une ligne de conduite »[1536], par la médiation de l'obligation imposée à ces États.

392. C'est moyennant cette construction à deux étages que le droit international peut déterminer le contrôle frontalier au service de la société internationale, en visant le comportement étatique qui lui-même sera exercé en fait sur tous les flux qui traversent la frontière. L'atteinte que ces flux porteront à l'intérêt international pourra ensuite être reprochée à l'État, mais à raison de sa défaillance qui a permis l'atteinte et non de l'atteinte elle-même. Il faut alors s'intéresser à cette défaillance : la seule réalisation de l'atteinte suffit-elle à démontrer que l'État a failli au contrôle de sa frontière afin d'engager sa responsabilité ?

§ 2. L'obligation de contrôle de la frontière comme obligation de moyen

393. Quant à sa nature, l'obligation de contrôler la frontière est d'abord une obligation positive car elle porte sur une action, le contrôle. Mais l'obligation positive peut être ensuite de deux types, de résultat ou de moyen. Dans le premier cas, l'État sera tenu à garantir qu'aucun flux dangereux n'émane de son territoire pour causer un dommage – c'est le résultat auquel il serait contraint – tandis que dans le second, l'État est tenu d'opérer son contrôle frontalier – c'est le moyen qu'il doit mettre en œuvre. Le droit international retient la seconde solution et détermine ainsi l'opération de contrôle frontalier à raison d'elle-même, la visant comme contenu (le moyen) et non vecteur (en vue du résultat) de l'obligation. Cela nous mène à étudier la raison d'être de l'obligation de moyens au vu du contrôle frontalier (A), puis le mode d'être de cette obligation, c'est-à-dire sa logique interne, qui imprime la détermination du contrôle frontalier et indique comment évaluer son respect dans la prochaine section (B).

A. La raison d'être de la nature « de moyen » de l'obligation de contrôle frontalier

394. L'obligation de moyen qui caractérise le contrôle frontalier révèle la limite intrinsèque que le droit international reconnaît à l'opération de contrôle : il ne peut fondamentalement garantir le résultat voulu, à savoir l'innocuité du territoire pour la société internationale. En effet tandis que la défaillance dans la recherche d'un résultat peut généralement être reprochée à l'État dans une matière qui relève entièrement de son action propre, car il peut en principe la maîtriser de bout en bout, la réalisation de ce résultat est davantage sujette à l'aléa lorsqu'elle repose sur une activité extérieure à l'État. Or les circulations qui traversent le contrôle frontalier

[1536] Bastid Burdeau (G.), « Le commerce international des armes : de la sécurité à la défense de l'éthique et des droits de l'homme ? », *J.D.I.* 2007/2, pp. 413-435, p. 427 (l'auteur écrit plus précisément à propos des « entreprises » en matière de commerce des armes).

font partie de ces activités, d'autant plus que celles-ci peuvent également relever du monde privé parallèle au monde étatique[1537], où l'individu peut tant entrer que « *s'infiltrer* »[1538] et le commerce tant verser dans l'officiel que dans l'interlope. C'est cette externalité et la situation périlleuse qu'elle crée pour l'État que l'obligation de contrôle frontalier enregistre comme obligation *de moyen*. En qualifiant ainsi l'obligation, le droit international admet l'impossibilité de maîtrise totale qui est inhérente au fait organiquement extérieur[1539]. Autrement dit, il refuse de faire peser sur le contrôle frontalier une obligation qui s'apparenterait à une responsabilité pour risque, où le contrôle devrait garantir l'innocuité du territoire et donc rendre compte de tout flux dangereux qui passerait entre ses mailles. La souveraineté territoriale n'est pas « une sorte d'assurance » au profit des tiers[1540].

395. Plus profondément, ce n'est donc rien moins que la faillibilité de la souveraineté territoriale dans le déploiement de sa puissance de contrôle que le droit international admet en imposant une obligation de moyens[1541]. C'est donc admettre une certaine image de l'État dépourvu de toute-puissance, parfois par choix d'organisation politique protégeant la liberté

[1537] L'image des mondes est tirée de Dupuy (R.-J.), « Le dédoublement du monde », *op. cit.*, pp. 313-321.

[1538] Selon l'intéressante distinction du texte français de l'article 6 de la Convention du Conseil de coopération des États arabes du Golfe sur la lutte contre le terrorisme, qui pose l'obligation de s'efforcer d'empêcher les éléments terroristes « d'entrer ou de s'infiltrer sur leur territoire » (texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p. ; la distinction est parlante mais ne marque pas le droit international en ce que l'entrée comprend, dans tous les régimes, celle opérée en dehors des voies autorisées par l'État).

[1539] Pisillo-Mazzeschi (R.), « The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States », *G.Y.I.L.*, vol. 35 (1992), pp. 9-51, p. 49 ; D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *op. cit.*, p. 161, la distinction entre obligations de résultat et de moyen « se fera essentiellement en fonction du degré de contrôle que le débiteur est susceptible d'exercer sur la situation dans laquelle il est envisagé que l'obligation est due ». En jurisprudence, v. not. la position de la C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 221, § 430, « il est clair que l'obligation dont il s'agit est une obligation de comportement et non de résultat, en ce sens que l'on ne saurait imposer à un État quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide ». Le raisonnement est plus implicite dans d'autres affaires où il est toutefois clair que l'élément pris en compte pour la qualification d'obligation de moyen est d'abord l'extériorité du comportement par rapport à l'État, soit le comportement d'acteurs non étatiques sous sa juridiction (T.I.D.M., 2015 (2 avr.), *Demande d'avis consultatif soumise par la CSRP*, préc., p. 40, § 129, s'agissant de l'obligation de l'État du pavillon vis-à-vis de navires battant son pavillon et naviguant dans la zone économique exclusive d'États tiers ; repris par S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale*, préc., p. 450, § 743), ce qui a encore été explicitement énoncé par le T.I.D.M., 2024 (21 mai), *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*, § 236 (repris par C.I.J., 2025 (23 juil.), *Obligations des États en matière de changement climatique* (avis), § 252).

[1540] C.D.I., « Responsabilité des États – Texte des articles 23 à 27 et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa trentième session », *A.C.D.I.*, 1977, vol. II (2), p. 93 (à propos de l'obligation de prévention).

[1541] V. la belle formule d'Eagleton (Cl.), *The responsibility of States in international law*, New York, New York University Press, 1928, xxiv-291 p., p. 94, « While it might appear to follow from exclusive control which the state has over its own territories that it should be responsible for all injurious acts occurring therein, the community of nations, *with a proper understanding of the imperfections of human endeavor*, has alleviated the force of the principle in practice by the rules of due diligence and of local redress » (nous soulignons).

des individus[1542], et toujours par limite subie de l'efficacité du contrôle. Pour l'une ou l'autre raison, le contrôle frontalier ne saurait être omnipotent ni omniscient. Max Huber, avec lequel nous avons ouvert ce chapitre par la responsabilité qui fait le revers de la souveraineté territoriale, soulignait déjà ce point : « Quoique continue en principe, la souveraineté ne peut pas être exercée en fait à tout moment sur tout point du territoire »[1543], « [a]ucune police ni aucune administration de justice n'est parfaite, et il faut sans doute accepter, même dans les pays les mieux administrés, une marge considérable où la tolérance s'impose »[1544]. La raison d'être de l'obligation de moyen au vu du contrôle frontalier est ainsi d'enregistrer sa faillibilité intrinsèque, au vu de l'ampleur et surtout de l'extériorité de son objet. Cela étant admis, l'État qui contrôle sa frontière ne doit pas réussir, mais s'efforcer.

B. Le mode d'être de l'obligation de moyen déterminant le contrôle frontalier

396. La raison d'être de la nature « de moyen » de l'obligation de contrôle frontalier se traduit, pour reprendre une expression de Ago, dans son « mode d'être », soit dans « la manière dont elle impose à l'État ses exigences »[1545]. C'est ici que réside la détermination du contrôle frontalier : dans ces exigences. Selon une distinction du droit civil transposée au droit international, à l'obligation « de réussir » qui oblige à un résultat donné et vraisemblablement considéré accessible pour l'État, s'oppose l'obligation « de s'efforcer »[1546] qui, elle, l'oblige à la mise en œuvre de moyens poursuivant un résultat malgré l'aléa entourant sa réalisation voire sa réalisabilité. La détermination du contrôle frontalier est donc une injonction à l'effort, et à un effort continu car elle est formulée au vu d'un phénomène de circulation lui-même

---

[1542] Comme cela a bien été remarqué par le Pr d'Argent, le critère du risque pour distinguer obligations de moyen et de résultat dépend en partie de la conception adoptée de l'appareil socio-politique de l'État-type, dans la mesure où « ce qui est profondément en cause est la conception que l'on se fait du degré de maîtrise du débiteur sur la réalité factuelle qui constitue le contexte dans lequel il est censé s'acquitter de son obligation en fonction de l'objectif poursuivi par celle-ci » ; soit, pour le dire en deux mots, entre l'emprise totalitaire et le laissez-faire libéral ou l'impuissance de la défaillance (« Les obligations internationales », *op. cit.*, p. 163)

[1543] S.A., 1928 (4 avr.), *Île de Palmas*, préc., p. 165.

[1544] S.A., 1925 (1er mai), *Biens britanniques au Maroc espagnol*, préc., p. 641.

[1545] *A.C.D.I.*, 1977, vol. II (1), p. 4, § 2. Nous retenons la formule sans retenir l'acception qu'elle revêtait chez Ago car elle y désignait « la détermination des voies et des moyens par lesquels l'État est censé assurer leur exécution » (*eod. loc.*), et l'obligation « de moyen » devenait alors celle dont les moyens pour arriver au résultat sont déterminés, la distinction pivotant autour du critère de cette détermination (sur la pensée de Ago en la matière, v. Combacau (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement, quelques questions et pas de réponse », in *Le droit international : unité et diversité : Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, xxxii-582 p., pp. 181-204, spéc. pp. 184-194, et Dupuy (P.-M.), « Reviewing the Difficulties of Codification: on Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility », *E.J.I.L.*, vol. 10 (1999), pp. 371-385, spéc. pp. 375-376).

[1546] Terminologie de « réussite » et d' « effort » abondamment empruntée par la doctrine à Combacau (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement, quelques questions et pas de réponse », *op. cit.*, p. 196.

continu[1547]. Partant, le droit international n'admet la faillibilité intrinsèque du contrôle frontalier que pour finalement enjoindre l'État à lutter contre elle, à fournir un effort sans répit envers le danger sans cesse renouvelé des circulations.

397. En effet toutes les obligations de contrôle frontalier contiennent cette idée d'effort. Relever leurs formulations qui confirment le présent propos est l'occasion d'en opérer un premier récolement à travers les notes de bas de page, avant leur approfondissement dans le prochain titre, et ainsi peut-on noter qu'elles prévoient que les États doivent « veiller à »[1548] prévenir les flux néfastes, ou pour ce faire « prennent toutes les mesures nécessaires »[1549],

---

[1547] C.D.I., « Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaire y relatif », préc., p. 168 § 1, note que l'obligation de prendre des mesures de mise en œuvre (notamment de l'effort de prévention) « soulign[e] le caractère continu des obligations, lesquelles exigent que des mesures soient prises de temps à autre pour prévenir les dommages transfrontières résultant d'activités auxquelles les articles s'appliquent ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum. »

[1548] *R.T.N.U.*, vol. 2244, I-39973, Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international, art. 11 § 2 ; Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, préc., art. 2 § 2.

[1549] Art. 194 § 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (qualifié d'obligation de moyen par le T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, préc., p. 42, § 113) ; *R.T.N.U.*, vol. 2178, I-38349, Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 8 § 1 ; Convention interaméricaine contre le terrorisme, texte reproduit *in* Nations Unies, Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme, vol. I, 2019, xvi-584 p., art. 1 ; Protocole à la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p., préambule, al. 15 ; *R.T.N.U.*, vol. 3013, I-52373, Traité sur le commerce des armes, arts. 5 § 5, 9 et 14 ; *R.T.N.U.*, vol. 1015, I-14860, Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, art. IV ; *R.T.N.U.*, vol. 2122, I-36984, Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection, art. III § 1 ; *R.T.N.U.*, vol. 520, I-7515, Convention unique sur les stupéfiants de 1961, art. 4 (à lier avec l'art. 31 pour le contrôle des flux) ; *R.T.N.U.*, vol. 1673, I-28911, Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, art. 4 § 4 ; Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, préc., art. 2 § 1 ; Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution radioactive, 21 sept. 1989, *B.D.M.*, vol. 15 (1990), pp. 43-48, art. III ; Convention sur la coopération pour la protection et le développement durable des zones marines et côtières du Pacifique du Nord-Est, *B.D.M.*, vol. 48 (2002), pp. 39-48, art. 5 § 5.

« possibles »[1550], « appropriées »[1551], ou encore « efficaces »[1552], ce qui sauf disposition contraire suppose que les États ne sont pas tenus à un résultat final[1553]. De même doivent-ils agir « dans la mesure du possible »[1554], « selon les moyens dont [ils] disposent »[1555] ou « selon leurs capacités »[1556], ce qui vise encore l'opération de contrôle et non son résultat, ou autrement dit ce qui constitue le contrôle et non ce à quoi il aboutit.

398. Le fonctionnement de l'obligation de contrôler la frontière est ainsi centré sur l'effort, de l'État envers les tiers. Il s'agit désormais de préciser la manière dont le droit international détermine le contrôle, soit la détermination de l'effort auquel l'État territorial est ainsi tenu.

[1550] *R.T.N.U.*, vol. 2163, I-37789, Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, art. 6 *litt.* a) ; O.M.S., *Règlement sanitaire international* (2005) (3e éd., 2016, et tel qu'amendé en 2022 et 2024), art. 24 § 1 ; *R.T.N.U.*, vol. 1046, I-15749, Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, art. I ; *R.T.N.U.*, vol. 2354, I-42279, Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, art. 2 § 1 *litt.* a).

[1551] *R.T.N.U.*, vol. 2488, I-44655, Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, art. 3 § 1 ; *R.T.N.U.*, vol. 2326, A-39574, Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 11 ; *R.T.N.U.*, vol. 2237, A-39574, Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 11 § 2 ; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, préc., art. 11 § 2 ; *R.T.N.U.*, vol. 823, I-11806, Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, art. 7 *litt.* b) ii) ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, préc., art. 15 § 1 ; The Pan American Sanitary Code, texte reproduit *in A.J.I.L.*, vol. 20 (1926), Supplement, pp. 34-50, art. 8 ; Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, préc., art. VIII § 1 ; Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international, préc., art. 11 § 1 *litt.* b) ; Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, préc., art. 2 § 1 ; Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, préc., art. II ; *R.T.N.U.*, vol. 1513, I-26164, Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, art. 2 § 1 ; Protocole sur la prévention de la pollution de la région du Pacifique sud résultant de l'immersion de déchets, *B.D.M.*, vol. 10 (1987), pp. 76-86, art. 12 § 2 ; *R.T.N.U.*, vol. 2099, I-36495, Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, art. 3 § 1 ; Convention sur la coopération pour la protection et le développement durable des zones marines et côtières du Pacifique du Nord-Est, préc., art. 5 § 1.

[1552] Doc. N.U., A/RES/49/60, Annexe, Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, 9 déc. 1994, II) 5) ; Protocole à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers par l'immersion de déchets, dit « Protocole de Londres », *B.D.M.*, vol. 34 (1997), pp. 71-99, art. 2. Dans le même ordre d'idée, des mesures « effectives » sont exigées par l'art. III § 1 de la Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection (préc.).

[1553] T.I.D.M., 2015 (2 avr.), *Demande d'avis consultatif soumise par la CSRP*, préc., p. 40, § 129 ; S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale*, préc., p. 450, § 743.

[1554] Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, préc., art. 11 § 2 ; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, préc., art. 11 § 2 ; Convention sur la diversité biologique, préc., art. 8.

[1555] Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, préc., art. 2 § 2 ; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, préc., art. 2 § 2.

[1556] Protocole à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers par l'immersion de déchets, préc., art. 2.

Section 2. L'évaluation du respect de l'obligation de contrôle de la frontière

399. L'évaluation du respect de l'obligation de contrôler la frontière dépend à bien des égards de l'obligation en cause, ainsi que du régime dans lequel elle s'inscrit. En effet, empêcher un navire polluant de quitter le port ne requiert pas les mêmes agissements que bloquer l'exportation d'armes servant un génocide ou encore qu'arrêter la circulation de combattants terroristes. Nous verrons par ailleurs dans le prochain chapitre que certains régimes sont harmonisés par le droit international, dans le sens où il contient des indications communes quant au comportement à adopter pour que le contrôle frontalier protège au mieux les intérêts internationaux, ce qui permet de l'évaluer plus précisément. Mais ces différentes précisions ne participent-elles pas d'une logique commune, que la théorie du droit international fournirait afin de comprendre l'obligation de moyen qui caractérise l'obligation de contrôle frontalier au-delà des spécificités des régimes qui seront vus ensuite ? C'est cela que la présente section entend établir, indépendamment pour l'heure de l'objet du contrôle et du régime juridique en cause : à quoi l'État territorial est-il astreint lorsqu'une obligation de moyen lui enjoint de contrôler sa frontière, ou autrement dit, que signifie juridiquement l'effort auquel il est ainsi enjoint ? Le droit international donne une réponse unifiée par la diligence due, dont la technique a cela d'intéressant qu'elle n'est pas une obligation en elle-même[1557] mais un standard d'évaluation du respect des obligations de moyen[1558], de sorte qu'elle fournit un modèle de

---

[1557] En dépit de l'utilisation répétée de la formule « obligation de diligence » par la jurisprudence (C.I.J., 2010 (20 avr.), *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, préc. p. 83, § 204) ; T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, préc., p. 41, § 110 ; T.I.D.M., 2015 (2 avr.), *Demande d'avis consultatif soumise par la CSRP*, préc., p. 41, § 131 ; T.I.D.M., 2024 (21 mai), *Demande d'avis…*, préc., not. §§ 235 et 254) et une partie de la doctrine (v. not. l'utilisation imprécise d' « obligation of due diligence » par l'ouvrage tant cité de Kulesza (J.), *Due diligence in international law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, xvi-315 p., *passim*). Parmi les nombreuses confusions auxquelles elle donne lieu, l'idée d'une obligation autonome de diligence pâtit déjà de difficultés considérables pour identifier son fondement et ses modalités (souligné not. par Besson (S.), « La *due diligence* en droit international », *op. cit.*, p. 212). Il faut ranger dans la même confusion l'établissement d'un « principe de *due diligence* » dont certaines obligations pourraient être inférées (ainsi de Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, Rule 6, p. 32 §§ 5-6, qui en tire des conséquences infondées car la prémisse est viciée : l'obligation de vigilance que le Groupe infère du « principe de *due diligence* » (ou qu'il en rend synonyme, mettant ainsi sur le même plan un « principe » et une « obligation »…) n'est en réalité qu'une composante du *standard* de la diligence, qui dépend lui-même d'une obligation, la plus générale étant ici l'utilisation non-dommageable du territoire qui comporte bien une obligation de prévention, non à déduire d'un prétendu « principe de *due diligence* » mais incorporée à une obligation coutumière à laquelle se greffe le standard de la diligence).

[1558] Besson (S.), « La *due diligence* en droit international », *op. cit.*, p. 211, la diligence est un standard qui « se greffe sur une obligation » (nonobstant la confusion opérée par l'auteur page 214 en ce qu'elle désarrime l' « obligation avec diligence » de l' « obligation » *stricto sensu* par un mélange du plan chronologique de l'analyse juridique (reconstituant « *ex post* » le contenu de l'obligation) et de celui de l'ordre juridique (où l'obligation existe nécessairement au préalable sans quoi sa « reconstitution » par l'analyse serait sans fondement de même que son opposition à l'État et la greffe du standard qui tomberait dans le vide). V. aussi Peters (A.), Krieger (H.) et Kreuzer (L.), « Due diligence in the international legal order…", *op. cit.*, p. 2, qui parlent justement de « *qualifier of behaviour* », ou encore D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *op. cit.*, p. 172 qui y voit un « étalon de

conduite qui détermine le contrôle frontalier et guide son appréciation[1559]. On y trouve ainsi ce que doit être le contrôle frontalier visé par une telle obligation : il est évalué à l'aune de la diligence, et doit donc être diligent. L'évaluation du contrôle frontalier se fait alors en deux temps, d'abord au vu des ressources dont il dispose et qui conditionnent l'effort de l'État territorial (§ 1), et ensuite au vu de cet effort avec l'appui de ces ressources, qui constitue l'opération de contrôle en action (§ 2).

§ 1. Les ressources du contrôle frontalier diligent

400. Nous l'avons dit, l'obligation de contrôle frontalier est une obligation dont la nature est de moyen, admettant ainsi la faillibilité de l'autorité de l'État sur son territoire. Il ne peut tout contrôler, et aussi ne lui impose-t-on pas une obligation d'innocuité de son territoire. La détermination du contrôle frontalier lui enjoint un effort, non la garantie d'un résultat. Mais que le droit international vise-t-il lorsqu'il formule pareille injonction ? L'État devant mobiliser des éléments pour agir, la première réponse à cette question réside dans les ressources du contrôle frontalier diligent, soit ce dont l'État doit se servir pour opérer le contrôle conformément au droit international. La diligence elle-même réside dans l'effort exigé, mais de ces ressources dépendront les résultats matériels attendus de son respect[1560], car une fois admise la faillibilité du contrôle frontalier, il est aussi admis qu'elle peut varier selon que l'État dispose d'un arsenal de la dernière technologie ou d'un équipement rudimentaire pour l'opérer. C'est d'ailleurs pourquoi les États coopèrent pour développer ces ressources lorsqu'il est question de protéger des intérêts communs, comme nous le verrons dans le prochain titre. Les ressources de la diligence constituent ainsi la sphère opératoire de l'opération de contrôle, d'abord par la connaissance, qui conditionne le fait même de pouvoir opérer le contrôle (A), et ensuite par les moyens, qui limitent l'opération en ce que son effectivité en dépend (B).

---

mesure permettant de juger si les efforts déployés par le débiteur sont conformes à ce que l'obligation de comportement exige de lui, ou insuffisants ».

[1559] Sans ouvrir le lourd dossier du « standard » en droit, nous pouvons renvoyer à la notice « Standard juridique » de P. Orianne dans Arnaud (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit (1993)*, Paris, L.G.D.J., Rééd. Coll. « Anthologie du droit », 2018, xxxvii-758 p., pp. 581-582, tout en précisant que sa définition n'est à peu près d'aucune aide si ce n'est qu'elle indique que la notion est tout entière constituée dans une évaluation ou appréciation (ce qui rejoint le présent propos) dont les caractéristiques (mouvantes voire absentes) sont précisées dans le développement l'accompagnant, qui insiste sur son empiricité. Il suffit ici de retenir que le standard est fait de cire et non d'acier : sa fonction en droit est celle d'une « concrétisation » qui permet « sous le manteau d'une norme générale, d'apporter des solutions concrètes distinctes selon les circonstances que l'on aura retenues comme pertinentes » (Salmon (J.), « Les notions à contenu variable en droit international public », in Perelman (Ch.) et Vander Elst (R.) (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, 377 p., pp. 251-268, p. 265 ; v. aussi Kolb (R.), *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 246 : le standard « constitue une fenêtre par laquelle l'individuel et le concret pénètrent la norme »).

[1560] Contrairement à une confusion exposée *infra* au paragraphe 420, la diligence *per se* ne varie pas selon les ressources de l'État : seul ce que l'on attend d'elle comme résultat varie.

A. La connaissance, condition de l'opération de contrôle frontalier

401. Les flux qui traversent le contrôle frontalier sont par hypothèse extérieurs à l'État de sorte que celui-ci n'en est *a priori* pas informé et risque de voir son contrôle contourné, constamment défié par l'ignorance des circulations qui traversent son territoire. À cet égard, la faillibilité de l'État contrôlant sa frontière que reconnaît l'obligation *de moyen* est d'abord une faillibilité cognitive, car il faut avoir connaissance du flux pour pouvoir le contrôler. C'est pourquoi le droit international qui enjoint à l'État d'opérer le contrôle frontalier prend en considération cet élément et n'exige le contrôle de l'État qu'« au moment où celui-ci a connaissance (…) de l'existence d'un risque sérieux »[1561] de lésion de l'intérêt internationalement protégé. Il faut donc savoir comment établir la connaissance de l'État pour lier son pouvoir de contrôle frontalier, ce qui présente une difficulté certaine (1) et impose par conséquent de construire la connaissance par la voie des présomptions et faisceaux d'indices (2).

1. La difficulté de l'établissement de la connaissance de l'État dans l'opération de contrôle

402. Comme « action ou acte de se faire une représentation, de s'informer ou d'être informé de l'existence de quelque chose »[1562], la connaissance relève de facultés étrangères à l'État qui n'est qu'une création idéelle de l'esprit humain[1563]. Difficile donc de lui prêter une connaissance des flux, d'autant plus que l'admission de la faillibilité de son action, propre à l'obligation de contrôle frontalier comme obligation de moyen, empêche de revêtir ce contrôle d'une fiction juridique d'omniscience qui règlerait la question en présumant que l'État a connaissance de ce qui franchit sa frontière car il en est le souverain. C'est en effet l'un des enseignements de l'affaire du *Détroit de Corfou* que l'« [o]n ne saurait conclure du *seul contrôle* exercé par un État sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet État a *nécessairement* connu (…) tout fait illicite international qui y a été perpétré non plus qu'il a nécessairement connu (…) ses auteurs. En soi et indépendamment d'autres circonstances, ce fait ne justifie ni responsabilité *prima facie* ni déplacement dans le fardeau de la preuve. »[1564] Il faut donc construire la connaissance, et ce dans chaque cas.

[1561] C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., § 431 (nous soulignons). Dans le même sens, S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale*, préc., p. 527, § 961 (la négligence d'un État lui est opposable « where a State is aware » des faits).
[1562] Définition du Trésor de la langue française, disponible en ligne : https://www.cnrtl.fr/definition/ connaissance
[1563] Burdeau (G.), *L'État*, Paris, Seuil, Rééd. 2009, xii-204 p., p. 10 : « L'État est, au sens plein du terme, une idée. N'ayant d'autre réalité que conceptuelle il n'existe que parce qu'il est pensé. »
[1564] C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., p. 18 (nous soulignons) ; repris par la suite not. dans l'arrêt de la C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc. p. 84, § 155.

403. Deux éléments permettent de le faire, et ainsi d'établir que le contrôle frontalier doit ou aurait dû être opéré même s'il est faillible. Le premier est que l'État n'est pas un être inanimé mais est mu par des êtres humains qui, eux, ont la faculté de connaître. C'est là une évidence, qui ne permet toutefois pas d'abolir la difficulté pratique car il est très compliqué de démontrer que des agents étatiques ont eu connaissance d'un certain flux risqué de manière certaine et avérée, ne serait-ce que parce que cette connaissance peut ne résider que dans les seuls esprits taiseux ou n'avoir trace que dans des documents classifiés. L'affaire du *Détroit de Corfou* enseigne aussi cela[1565]. Un second élément est ainsi nécessaire, à savoir le recours à la fiction : l'État est réputé avoir eu connaissance de l'évènement car il en avait le devoir. Il est considéré qu'il « savait *ou aurait dû savoir* »[1566], sans qu'il soit nécessaire de trancher dans l'alternative. C'est par cette fiction que la connaissance des flux peut être construite à coups d'indices et présomptions, qu'il convient désormais d'étudier.

2. La construction de la connaissance de l'État dans l'opération de contrôle

404. La connaissance de l'État contrôlant sa frontière n'est pas acquise et il faut donc la construire[1567]. Cela n'est toutefois pas aisé pour les raisons mentionnées ci-dessus, et aussi la difficulté de cette construction autorise-t-elle le tiers à « recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstancielles » – dernier enseignement du *Détroit de Corfou* sur ce point[1568]. Partant il faut identifier les indices susceptibles de participer d'une telle construction, permettant au tiers d'« inf[érer] de [leur] réunion des conclusions relatives au déroulement des faits ou à l'existence d'éléments matériels ou psychologiques » et

---

Dans l'affaire de *Corfou*, la Cour répondait au Royaume-Uni qui invoquait la règle de droit anglais « *res ipsa loquitur* », construisant l'omniscience comme présomption au niveau de la charge de la preuve, motif pris du contrôle de l'État sur son territoire et de la nécessité de sa négligence qui en découle pour que le dommage ait pu se réaliser (v. Lévy (D.), « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *R.G.D.I.P.* t. 65 (1961), pp. 744-764, p. 759). Le juge Alvarez défend une telle présomption dans son opinion dissidente, bien qu'il en nie cette qualité en affirmant que c'est « la conséquence de [l]a souveraineté » (*C.I.J. Rec.* 1949, p. 44).

[1565] C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., p. 18 : « Du fait de ce contrôle exclusif [de l'État sur son territoire], l'État victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité ».

[1566] Cette formulation et d'autres s'en approchant sont systématiquement utilisées dans la jurisprudence portant sur la connaissance de l'État, v. par ex. C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., § 431, l'État doit agir « au moment où celui-ci a connaissance, *ou devrait normalement avoir connaissance* » (nous soulignons). Déjà dans C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., le devoir de connaissance figure à côté de la connaissance dans le paragraphe sur l'absence d'omniscience, cité plus haut.

[1567] Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, Rule 6, p. 41, § 39 : « As a general matter, if the factual circumstances are such that a State in the normal course of events would have become aware of said use, it is appropriate to *constructively* attribute knowledge to the State » (nous soulignons).

[1568] C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., p. 18.

ainsi d'établir une présomption de connaissance du flux[1569]. Il convient alors de dégager une typologie des indices susceptibles d'être invoqués en la matière, dernière précision disponible à l'étude avant qu'elle ne dépende de la contingence du cas de contrôle frontalier.

405. Outre la présence étatique dans les faits qui évidemment établit la connaissance[1570], il faut d'abord ici considérer le milieu de la situation, c'est-à-dire les caractéristiques matérielles du morceau de territoire qui forme le cadre du contrôle frontalier. Les « difficultés dues à la géographie »[1571] entrent alors en jeu avec leurs variations météorologiques[1572], et l'ignorance est par exemple admise à propos de trafics d'armes transfrontaliers situés dans « des régions montagneuses et accidentées ou dans des zones reculées recouvertes d'une végétation très dense »[1573]. Le cadre ainsi posé, la connaissance dépend ensuite de ce que l'État peut y faire et donc de ses moyens de surveillance, particulièrement importants aujourd'hui au vu de la technologie qui permet de couvrir de larges étendues et percer les rideaux de la matière : contrôler à l'œil nu n'est pas contrôler par caméras thermiques[1574].

406. Ces indices ayant permis d'identifier le contexte d'opération du contrôle, la présomption de connaissance de l'État dépendra ensuite des facteurs propres au flux, objet de la connaissance. En effet la discrétion du flux contribue à considérer qu'il pouvait vraisemblablement échapper au contrôle frontalier, que sa discrétion soit quantitative lorsque les « individus passent isolément la frontière »[1575], ou qualitative comme dans cette ancienne

---

[1569] Salmon (J.), « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 175 (1982), pp. 257-414, p. 312 (qui donne l'affaire du *Détroit de Corfou* en illustration).
[1570] S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale*, préc., p. 452, § 755 : il n'y a aucun doute que les agents chinois « were fully aware » des activités de pêcheurs chinois que le Gouvernement chinois orchestrait et qu'il accompagnait de navires étatiques (même constat à propos d'autres faits au paragraphe 964).
[1571] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 85, § 157.
[1572] Le milieu peut aussi varier selon la période et la météo qui l'animent, comme l'illustre l'affaire de *Corfou* où la Cour reproduit le passage litigieux de navires « par une nuit sans lune » et constate qu'ils étaient tout de même visibles depuis la côte albanaise, ce dont le juge Krylov questionne la pertinence car « l'expérience de visibilité (…) a eu lieu par une nuit extrêmement calme (brise légère nord-est) et claire, à la lumière des étoiles » (C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., pp. 21 (Cour) et 70 (op. diss. Krylov)).
[1573] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 80, § 147.
[1574] Les technologies pouvant être mobilisées sont multiples : caméras thermiques, infrarouges, détecteurs de mouvement, drones… v. par ex. le projet CAMELOT financé par l'Union européenne dans l'objectif de coordonner ces technologies de surveillance, notamment les drones (2017-2021, disponible en ligne < https://cordis.europa.eu/project/id/740736/fr> (DOI 10.3030/740736)), ou l'offre de l'entreprise Thalès en matière de surveillance des frontières (<https://www.thalesgroup.com/fr/global/activities/security/state/surveillance-des-frontieres>) qui contient notamment l'usage de drones d'usage militaire « Spy Ranger ». Pour une prise en compte des moyens en jurisprudence, v. C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., pp. 84-85, § 156, la Cour note « que le trafic d'armes est assez insignifiant et occasionnel pour échapper aux moyens techniques perfectionnés mis en œuvre pour sa détection, et qu'à fortiori il pourrait s'être effectué aussi à l'insu du Gouvernement du Nicaragua, comme celui-ci le maintient ».
[1575] Article 6 de la Convention V de La Haye de 1907 concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, qui stipule que « [l]a responsabilité d'une Puissance neutre n'est pas engagée par le fait que des individus passent *isolément* la frontière pour se mettre au service de l'un des

affaire où des Confédérés provenant du Canada attaquèrent la ville de Saint-Albans, dans le Vermont, ce qui n'avait pu tomber sous la connaissance du Royaume-Uni (alors souverain sur le Canada) car la troupe d'hommes avait franchi sa frontière « sans que rien n'indiquât un but hostile. Elle vint non pas en une forme organisée, susceptible d'attirer l'attention, mais apparemment comme de paisibles personnes voyageant par chemin de fer individuellement (…) », dont le dessein « était si discrètement formé que même à ce jour la preuve n'en révèle ni le lieu, ni le temps, ni la manière »[1576]. Ce sont finalement « les particularités propres à tout trafic clandestin » qui résistent ici à la connaissance de l'État[1577], et prennent un tour contemporain particulièrement vif dans le domaine cyber où la furtivité des flux est des plus aigüe[1578]. Au contraire, l'ampleur du flux plaidera en faveur de sa connaissance par l'État contrôlant sa frontière, comme le défendit la France par le passé lorsqu'elle souligna que ce ne furent pas moins d' « un millier de Beraber venus du Talifelt » qui attaquèrent son territoire, en vue d'appuyer l'engagement de la responsabilité du Maroc qui faillit à prévenir l'invasion[1579].

407. Enfin, la situation étant cernée par son cadre et le flux qui y agit, une troisième série d'indices l'informe par des éléments extérieurs, comme le risque perçu qui placera l'État en alerte et aiguisera sa connaissance de la situation[1580], ou surtout la publicité qui entoure le

---

belligérants » (*Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3e série, t. III, pp. 521-522 ; nous soulignons).

[1576] S.A., 1873 (25 sept.), *The First National Bank of Saint-Albans v. Great Britain*, *in* Lapradelle (A. de), Politis (J.) et Salomon (A.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les Éditions internationales, 1954, t. III, xci-768 p., pp. 281-290, pp. 289-290. Dans le même sens, la Grande-Bretagne défendit (sans succès) dans l'affaire de l'*Alabama* que la construction d'un navire à des fins hostiles envers les États-Unis sur son territoire ne pouvait entrer dans le giron de sa connaissance, car il s'agit d'un acte « dont la criminalité dépend d'une *intention cachée* » (S.A., 1872 (14 sept.), *Alabama* (États-Unis c. Royaume-Uni), *in* La Pradelle (A. de) et Politis (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les Éditions Internationales, 2e éd., t. II, 1957, xxxviii-1046 p., pp. 713-983 (tout le dossier de l'affaire est repris), p. 815 (nous soulignons)) ; v. encore S.A., 1925 (1er mai), *Biens britanniques au Maroc espagnol*, préc., p. 709 (absence d'information et d'apparence sur le caractère volé d'un bétail traversant la frontière) et C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., p. 21 (la Cour fait l'expérience de visibilité d'un navire voguant « tous feux éteints » (visible en l'espèce)).

[1577] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 85, § 157.

[1578] Par exemple l'utilisation d'un *malware* nouveau et complexe sera dans un premier temps difficile à connaître par l'État (Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, Rule 6, p. 41 § 41) et de façon générale « la rapidité et la furtivité des activités qui s'y développent » ainsi que leur caractère privé mettent la capacité de les connaître à rude épreuve (Bannelier (K.), « Obligations de diligence dans le cyberspace : qui a peur de la cyber-diligence ? », *R.B.D.I.* 2017/2, pp. 612-665, p. 640).

[1579] Kiss (A.-Ch.), *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. II, Paris, Editions du C.N.R.S., 1966, xii-674 p., p. 92, n° 175. De même sur la frontière française avec la Tunisie où des incidents eurent lieu, le ministre français des Affaires étrangères considéra que « l'« [o]n peut prétendre qu'il est difficile d'empêcher sur une frontière longue et accidentée tout trafic d'hommes et de matériel (…) mais peut-on concevoir que trois cents hommes armés puissent organiser une embuscade à partir du territoire tunisien sans qu'au moins les autorités locales aient connaissance des préparatifs nécessaires ? (…) Dans cette affaire, la responsabilité tunisienne est donc engagée, aux termes du droit international » (*ibid.*, p. 104, n° 196).

[1580] Cela rejoint le degré de diligence requis, qui sera vu *infra* aux paragraphes 420-421 : plus l'État devait s'efforcer de surveiller, plus il sera supposé qu'il devait connaître au vu de l'alerte de la situation.

flux[1581] de sorte que l'État informé ne pourra pas exciper de son ignorance pour justifier un contrôle frontalier défaillant. Ainsi du Royaume-Uni alerté par les États-Unis de la construction du navire *Alabama* qu'il laissa pourtant quitter son territoire[1582]. Il faut toutefois dans ce cas que l'information soit précise, et non « vagu[e] et très général[e] » comme la Cour internationale de Justice a qualifié celle transmise par l'Ukraine à la Russie pour lui enjoindre de geler la circulation de fonds accusés de servir le terrorisme[1583].

B. Les moyens, limite de l'opération du contrôle frontalier

408. Une fois le flux connu ou afin de le connaître, l'État a besoin de moyens pour le contrôler et le cas échéant l'intercepter à sa frontière. C'est là une condition de la matérialisation du contrôle frontalier, et l'étude y trouve le second élément de la faillibilité de l'État territorial que l'obligation de moyen reconnaît : l'État n'est pas plus omnipotent qu'omniscient, et l'on ne saurait « imposer à l'État des charges auxquelles il ne pourrait souvent pas faire face »[1584]. Partant, l'évaluation du respect de l'obligation varie selon les moyens du contrôle frontalier (1). Il convient toutefois de se questionner sur une certaine constance qui en serait exigée par le droit international, afin de fixer la détermination du contrôle frontalier à un seuil minimal de moyens requis (2).

[1581] C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 225, § 438, la Cour note « toute la préoccupation qui était celle de la communauté internationale au sujet de ce qui risquait de se produire à Srebrenica ».

[1582] S.A., 1872 (14 sept.), *Alabama claims (United States of America v. Great Britain)*, *R.S.A.*, vol. XXIX, pp. 125-134, p. 130, il résulte des faits que le Royaume-Uni a manqué à ses obligations, « and especially that it omitted, *notwithstanding the warnings and official representations made by the diplomatic agents of the United States* during the construction of [the ship *Alabama*], to take in due time any effective measures of prevention » (nous soulignons) ; S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale*, préc., p. 521, § 944 (obligation d'enquêter en cas d'alerte communiquée) et p. 528, § 962 (la Chine avait connaissance des faits dès lors que les Philippines l'en avaient alertée en invoquant les Conventions pertinentes)).

[1583] C.I.J., 2024 (31 janv.), *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (*Ukraine c. Fédération de Russie*), à propos de l'obligation de geler les fonds servant des activités terroristes, relevant que les informations fournies par l'Ukraine à la Russie « n'offr[ai]ent que des descriptions vagues et très générales des actes qui auraient été commis » par les destinataires du fond, de sorte que « la Fédération de Russie n'avait pas de motifs raisonnables de soupçonner que les fonds en question seraient utilisés à des fins de financement du terrorisme et, partant, elle n'était pas dans l'obligation de les geler » (§ 97).

[1584] S.A., 1925 (1er mai), *Biens britanniques au Maroc espagnol*, préc., p. 644. La citation entière est rédigée ainsi : « (…) l'État n'est tenu qu'à exercer le degré de surveillance qui correspond aux moyens dont il dispose. Exiger que ces moyens soient à la hauteur des circonstances, serait imposer à l'État des charges auxquelles il ne pourrait souvent pas faire face. »

1. La variation de l'évaluation selon les moyens du contrôle frontalier

409. Comme obligations de moyen, les obligations de contrôle frontalier sont formulées en intégrant la possibilité que l'État a d'agir[1585], et les autorités pourront par exemple ne s'estimer tenues qu'à « employer tous les moyens *dont elles disposeront* » pour empêcher le départ d'insurgés hostiles à un autre État[1586]. En un mot, chacun doit agir « dans la mesure de ses capacités »[1587], et la diligence qui permet d'évaluer le contrôle impose ainsi de jauger la possibilité matérielle qu'avait l'État de déployer son contrôle frontalier[1588], car les attentes en termes de résultats matériels qui guident l'évaluation du contrôle frontalier varient selon les moyens dont dispose l'État pour l'opérer[1589].

410. Le critère de la variation des moyens est ainsi rattaché à la technique de l'obligation de moyens et son étude relève ensuite largement des faits, où ces moyens varient selon les États et dans le temps. Cette variation renvoie à la question bien connue des disparités matérielles qui séparent les États : tous sont également liés par l'obligation, mais certains peuvent arguer d'un seuil d'évaluation plus bas au vu de « la faiblesse de l'infrastructure de l'État et des problèmes qu['il a] pour contrôler [sa] frontière », ce qui peut par exemple expliquer l'« activité florissante » des trafiquants de drogue et le fait que le territoire de l'État serve de plaque tournante aux flux du trafic de stupéfiants[1590]. Le Nicaragua a parfaitement exprimé cela en défendant devant la Cour internationale de Justice qu'« [i]l ne nous est pas facile, à nous *petit pays sous-développé disposant de très faibles ressources et dépourvu de matériel de détection*

[1585] Cela a été vu *supra*, Section 1 § 2 B) du présent chapitre, comme caractéristique de l'obligation de moyen, présente dans les obligations de contrôle frontalier.

[1586] Kiss (A.-Ch.), *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. IV, Paris, Editions du C.N.R.S., 1962, xii-477 p., p. 42, n° 69 (nous soulignons) ; v. aussi le gouvernement britannique qui était tenu de déployer « all *possible* solicitude » dans l'affaire de l'*Alabama* (préc., *R.S.A.*, vol. XXIX, p. 130 (nous soulignons)).

[1587] C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 220, § 427.

[1588] Besson (S.), « La due diligence en droit international », *op. cit.*, spéc. p. 270, se réfère au principe « *ought implies can* », qui se trouve en creux de la formule « qui peut et n'empêche, pèche » dans la tradition française (Loisel (A.), *Institutes coutumières, avec les notes d'Eusèbe de Laurière*, vol. 2, Paris, Durand, 1846, 521 p., pp. 165-166).

[1589] C'est la réception en droit international de la théorie civiliste dite du médecin de ville et du médecin de campagne, selon laquelle on ne saurait attendre du premier et du second la mise en œuvre des mêmes moyens, comme le relève Santulli (C.), *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, 276 p., p. 197.

[1590] Doc. N.U., A/62/PV.9, 2007 (27 sept.), pp. 1-2, selon le président de la Guinée-Bissau, qui ajoute : « Ceci a créé de nombreuses difficultés pour les pouvoirs publics, au point de nuire à l'image de notre pays et de compromettre nos relations avec la communauté internationale. (…) Le plan d'urgence de lutte contre le trafic des stupéfiants mis au point par mon gouvernement illustre la volonté de mon pays de faire de la lutte contre le trafic des stupéfiants et le crime organisé un objectif national. Mais malheureusement, nous ne disposons ni d'un personnel formé, ni des moyens matériels et financiers nécessaires pour mener cette lutte à bien. » Dans le même sens, v. doc. N.U., A/60/PV.11, 2005 (18 sept.), p. 16 (faibles ressources pour endiguer la circulation d'éléments terroristes).

moderne et perfectionné, de fermer hermétiquement nos frontières à tout trafic clandestin et illégal »[1591]. Ces disparités sont d'ailleurs accentuées dans des domaines particulièrement coûteux comme aujourd'hui celui de la cyber-technologie[1592]. Quant à la variation des moyens dans le temps, elle prend simplement en compte le fait que la technique et la technologie peuvent évoluer de sorte que l'obsolescence des moyens de l'État pourrait lui être reprochée, si tant est qu'il soit jugé en mesure de les faire évoluer, comme pouvait déjà le considérer la sentence de la *Fonderie de Trail* à propos de fumées toxiques transfrontalières en soulignant que les moyens de contrôler ces fumées avaient connu un « grand progrès » qui devait être « pris en compte »[1593].

411. Ainsi le droit international détermine le contrôle frontalier en enjoignant à l'État un effort, mais prend en compte ce faisant les limites pratiques qu'il peut rencontrer. Cependant la détermination du contrôle semble ainsi entièrement dépendante de la contingence des moyens de l'État, dont l'action pourrait ainsi, en droit, être vide si les moyens devaient l'être tout autant. L'insatisfaction laissée par ce vide a mené certains auteurs à rechercher une constance de moyens, par lesquels l'État serait astreint à assurer un minimum d'autorité, et donc de contrôle frontalier.

2. La recherche d'une constance des moyens du contrôle frontalier

412. On ne saurait « imposer à l'État des charges auxquelles il ne pourrait souvent pas faire face »[1594], d'accord, et les moyens selon lesquels il peut « faire face » varient. Mais n'y a-t-il pas une certaine constance des moyens dont il dispose *en tant qu'État*, un certain seuil qui

---

[1591] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 80, § 147 (nous soulignons). La Cour abonda dans le sens du Nicaragua, en estimant que si la conclusion selon laquelle « ce trafic peut se poursuivre à l'insu et contre la volonté d'un gouvernement qui souhaiterait plutôt l'interrompre » est « un tant soit peu valable à l'égard d'El Salvador et des États-Unis, elle doit l'être au moins autant à l'égard du Nicaragua » (p. 83, § 154).

[1592] Doc. N.U., A/70/174, 22 juillet 2015, Rapport du Groupe d'experts gouvernementaux chargé d'examiner les progrès de l'informatique et des télécommunications dans le contexte de la sécurité internationale, § 19 ; Kolb (R.), « Reflections on due diligence duties and cyberspace », *G.Y.I.L.*, vol. 58 (2015), pp. 113-128, p. 127.

[1593] S.A., 1941 (11 mars), *Trail Smelter* (*États-Unis d'Amérique c. Canada*), *R.S.A.*, vol. III, pp. 1905-1982, p. 1965, (nous traduisons). V. aussi C.I.J., 2010 (20 avr.), *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, préc., pp. 88-89, § 223 ; T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, préc., p. 43, § 117 ; Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2006(II) », *C.J.I.L.*, vol. 6 (2007), pp. 734-735 : le contrôle des exportations s'agissant de la non-prolifération et du désarmement doit être constamment « *updated* » ; C.D.I., « Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaire y relatif », préc., p. 166 § 11. Un parallèle justifié par une zone de contact avec le contrôle des flux peut être dressé avec le droit de l'environnement, où l'actualisation des moyens peut être explicitement commandée par les injonctions d'utiliser les « meilleures technologies existantes » (Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, préc., art. 3 § 3, et annexe II règle 3 § 1 qui les définit comme désignant les « tous derniers progrès de l'élaboration de procédés, de moyens ou de méthodes d'application indiquant la valeur pratique d'une mesure particulière pour ce qui est de limiter les rejets »).

[1594] S.A., 1925 (1er mai), *Biens britanniques au Maroc espagnol*, préc., p. 644.

permettrait de fixer l'obligation de contrôle frontalier à des attentes minimales d'effectivité ? Nous avons d'ailleurs établi dans la première partie que le contrôle frontalier en tant qu'action réside dans la puissance de l'État et que ce dernier est un sujet de droit mais *aussi* une effectivité[1595]. Même en admettant une certaine faillibilité de l'État, déterminer le contrôle des frontières en l'obligeant – bien qu'à travers une obligation de moyen – serait alors aussi l'enjoindre à assurer un minimum de contrôle en fait, car ce serait l'enjoindre à déployer des moyens dont il dispose au moins en tant qu'action de l'État, c'est-à-dire en tant que puissance.

413. C'est ainsi que Reuter parle de la détention minimale de moyens d'agir comme d'une « obligation fondamentale dont l'exigence correspond à l'aspect le plus général de la définition même de l'État »[1596], et d'autres auteurs ont pu tirer cela à la question de la diligence en considérant que l'évaluation du comportement de l'État doit compter sur une telle obligation et donc sur un certain seuil de moyens qui serait acquis[1597]. Le contrôle frontalier serait donc certes déterminé par une obligation de moyens qui admet sa faillibilité, mais astreint, par un postulat de cette obligation, à détenir certains moyens et donc à ne pas être *complètement* faillible car l'État se doit d'assurer une certaine effectivité de son action. Et en effet, on trouve en droit international des cas particuliers où une telle obligation de détention minimale de moyens est posée[1598], s'apparentant à une présomption irréfragable de détention des moyens essentiels qui constitue *in fine* une obligation de résultat de les avoir[1599]. Mais y a-t-il pour autant une telle « obligation » générale, imposable à tout État au titre de sa qualité étatique ? L'État

---

[1595] C'était le propos s'agissant de la puissance de l'État, *supra* aux paragraphes 61-62, et de son existence autonome vis-à-vis du droit international, *supra* au paragraphe 102.

[1596] Reuter (P.), *Cours de droit international public (Doctorat) – La responsabilité internationale*, 1955-1956, 195 p., p. 82.

[1597] Dupuy (P.-M.), « Due diligence in the international law of liability », in *Legal aspects of transfrontier pollution*, Organisation pour la coopération économique et le développement, 1977, 487 p., pp. 369-379, p. 376, ou encore Pisillo-Mazzeschi (R.), « The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States », *op. cit.*, p. 35, qui argue de « the "absolute" obligation to *possess* a legal and administrative apparatus consistent with international standards », argument repris dans son cours « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *R.C.A.D.I.*, vol. 333 (2008), pp. 175-506, pp. 334-335, où il répond dans la note 394 à un argument critiquant cette position et avançant que certains États sont tout à fait démunis et qu'il faut les obliger à se doter des moyens et non à en *être* dotés, en considérant qu'il ne peut avoir de valeur que pour des problèmes ciblés comme la lutte contre le terrorisme « mais pas pour les problèmes plus généraux » du type de la prévention des droits de l'homme. Cette réponse laisse perplexe sur la confusion entre d'un côté le fondement juridique – que la réponse de l'auteur ne traite pas dès lors que les exemples qu'il donne dans les pages suivantes relèvent de l'*organisation* des moyens, non de leur détention matérielle ; *quiproquo* sur la définition du « moyen », peut-être, mais qui mène tout de même à défendre une obligation de détention des moyens « primaires » avant même leur organisation, ce qui est infondé –, et de l'autre le caractère souhaitable de la réalisation d'un fait, assurément acquis sans qu'il fonde pour autant obligation ni responsabilité à lui seul, faute de valeur juridique du souhait.

[1598] V. les cas relevés par l'I.L.A. Study Group on Due Diligence in International Law, *Second Report*, 2016 (juil.), 48 p., pp. 4 et 18-20.

[1599] D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *op. cit.*, p. 184.

complètement démuni, dont la frontière est inactive faute de forces gouvernementales pour la contrôler, commet-il un fait internationalement illicite en ce que ce contrôle est vidé de toute effectivité ? Il ne nous semble pas, car le fondement d'une telle obligation est introuvable en droit positif hors les cas particuliers évoqués. Le raisonnement doctrinal posant une telle obligation semble plutôt tiré d'une certaine acception de l'État en droit international[1600], abusivement transformée en une obligation d'assumer cette acception. Or un tel lien ne repose sur rien car l'être (État-puissance) ne peut à lui seul donner du devoir-être (obligation de détention de moyens de contrôle). Partant, le registre de l'obligatoriété est ici inadéquat car il s'applique à ce qui n'est qu'une *présomption*, réfragable sans précision contraire, de la possession de moyens comme « attribut naturel de tout gouvernement »[1601]. L'obligation d'opérer le contrôle frontalier enjoint ainsi l'État en présumant qu'il peut contrôler, mais ne l'oblige pas à pouvoir contrôler en refusant de revoir cette présomption.

414. Et si renverser cette présomption impose à première vue à l'État de verser dans l'antinomie, une entité par essence puissante invoquant son impuissance, la notion d'État « défaillant » (ou « fragile » à un degré moindre) enregistre cet accident dans la pratique[1602] en exprimant l'idée que l'essence-puissance de l'État puisse pratiquement déchoir sans que celui-ci disparaisse, car derrière le gouvernement qui exerce la puissance il y a le peuple, toujours indépendant, qui constitue l'État[1603]. Le contrôle des frontières est inhérent à la qualité d'État, mais son effectivité est dépendante des accidents que peut connaître l'État et ce jusqu'à l'absence totale de tout contrôle. Autrement dit, le contrôle frontalier est une inhérence mais peut être réduit à la virtualité. La situation n'a évidemment rien de normal et l'État défaillant

---

[1600] Cela est par ailleurs corroboré par les mêmes auteurs identifiants une obligation, qui la fondent (et en tirent abusivement une obligation) sur une *acception*, Reuter parlant de la « définition même de l'État » (*Cours de droit international public*, *op. cit.*, p. 82), R. Pisillo-Mazzeschi des « international standards » (« The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States », *op. cit.*, p. 35), et P.-M. Dupuy de la possibilité même de la « co-existence with the international community » (« Due diligence in the international law of liability », *op. cit.*, 376).

[1601] C.D.I., « Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaire y relatif », préc., p. 167, § 17 (sur un certain degré de vigilance et (donc) de moyens), qui ajoute que c'est le « bon gouvernement » qui doit être doté « d'un système juridique et de ressources suffisantes pour gérer l'appareil administratif chargé de contrôler et de surveiller les activités », autrement dit le gouvernement qui répond à l'acception internationale de l'État en son action.

[1602] Peut-être plus politique que juridique (v. *mutatis mutandis* les réflexions du Pr. Mouton s'agissant de la notion d' « État fragile », Mouton (J.-D.), « "État fragile", une notion du droit international ? », *Civitas Europa*, n°28 2012/1, pp. 5-18, spéc. pp. 8-11), la notion exprime une *réalité* qui ainsi nommée n'est pas (entièrement) gommée par la fiction juridique qu'elle met en cause. Pour une étude savante de la notion à laquelle le droit n'est aucunement étranger, v. Cahin (G.), « Reconstruction et construction de l'État en droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 411 (2020), pp. 9-573, pp. 76-102.

[1603] V. la belle formule de Cahin (G.), « Reconstruction et construction de l'État en droit international », *op. cit.*, pp. 103-104 : « Sous la tente à oxygène de l'organisation mondiale, l'État sans organe n'est pas débranché, car son peuple bat toujours » (et plus généralement pp. 102-107 sur le maintien du statut d'État).

est une dégradation profondément dysfonctionnelle de l'État du droit international[1604], « utterly incapable of sustaining itself as a member of the international community »[1605]. Mais le droit international y répond par l'aide et non par la responsabilité[1606], de sorte que la détermination du contrôle frontalier par l'obligation n'est pas le levier adéquat pour résoudre le problème.

415. C'est donc à l'appui d'une connaissance et de moyens hautement variables que l'État peut réaliser un contrôle frontalier diligent, et à l'aune de ceux-ci que cette réalisation sera évaluée selon les éléments qu'il convient désormais d'aborder.

§ 2. La réalisation du contrôle frontalier diligent

416. L'obligation d'opérer le contrôle frontalier trouve son aboutissement dans la réalisation du contrôle, de sorte que le droit international qui entend déterminer l'opération doit encore indiquer comment évaluer cette réalisation. En effet il a jusqu'ici été établi que le contrôle est astreint par une obligation de moyen, c'est-à-dire un effort, et jugé à l'aune des ressources dont il dispose, connaissance et moyens de contrôle. L'État doit contrôler les flux, qu'il tente d'identifier par ses services de renseignement et d'intercepter par ses douaniers. Mais comment, à partir de là, évaluer l'opération de contrôle, que doit-elle être elle-même ? Pour répondre, il faut d'abord préciser ce qui, dans l'opération de contrôle, est évalué, ou autrement dit ce que vise précisément le standard de la diligence qui outille cette évaluation, à savoir l'effort de contrôle commandé par l'obligation de moyen et qu'il s'agira de mieux saisir (A). Une fois cet effort cerné, il conviendra ensuite de le juger, à l'aune du critère du raisonnable qui permet de dire si l'effort est diligent, et donc si le contrôle frontalier est licite (B). Cela achèvera de caractériser la détermination du contrôle par le droit international, en précisant l'exigence qui lui est posée lorsqu'il est obligé.

A. La réalisation du contrôle frontalier diligent par l'effort

417. Il faut insister sur ce que la réalisation du contrôle frontalier diligent réside dans l'effort, car celui-ci constitue l'essence de l'obligation de moyen qui détermine le contrôle. Là réside le cœur de l'obligation de contrôle frontalier, et donc l'objet de la diligence qui permet de juger de son respect (1). C'est à l'effort que la diligence s'applique comme standard d'évaluation, et

---

[1604] Charpentier a pu parler sur ce point de la « dégradation de la souveraineté interne » qui sévissait dans plusieurs États (Charpentier (J.), « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in S.F.D.I., *L'État souverain à l'aube du XXIe siècle*, Paris, Pedone, 1994, 318 p., pp. 11-38, pp. 25-26).
[1605] Helman (G.) et Ratner (S.), « Saving failed States », *Foreign Policy*, n° 89 (1992-1993), pp. 3-20, p. 3.
[1606] L'État défaillant est étudié à propos de la coopération *infra*, aux paragraphes 599-600.

donc à l'effort qu'elle indique différents niveaux d'exigences selon les faits, accentuées à mesure du risque que les flux posent pour l'intérêt tiers (2).

1. La réalisation de l'effort de contrôle frontalier à travers les pouvoirs de l'État

418. L'effort de réalisation du contrôle frontalier est exprimé par le contrôle *à l'œuvre*, autrement dit par le déploiement des ressources dont il dispose, la connaissance et les moyens passant au niveau actif de la surveillance[1607] et de l'opération matérielle. Ce passage est permis par le canal des pouvoirs de l'État, où l'on a pu identifier le contrôle frontalier comme action dans le fondement étatique lors de la première partie[1608], de sorte que l'obligation d'opérer le contrôle frontalier détermine l'action étatique en lui imposant l'exercice de ses pouvoirs. La diligence porte sur l'évaluation de l'effort fourni à travers ces pouvoirs.

419. Cela d'abord à travers le pouvoir exécutif, car c'est lui qui concentre l'aboutissement du contrôle, à savoir son *exécution* à l'égard des flux. Mais l'effort de contrôle passe aussi à travers le pouvoir normatif[1609], comme lorsque l'Australie adopta le *Crimes (Foreign Incursions and Recruitment) Act 1978* qui prohiba les incursions hostiles en territoire étranger dans le « besoin de préserver les relations internationales »[1610], ou lorsque l'Italie adopta une loi sur le trafic transfrontière de déchets industriels afin de réagir à l'« *unfortunate attempt to illegally export untreated toxic waste* »[1611]. Les lois transcrivant la réglementation internationale des flux sont multiples[1612], et leur adoption peut être vue comme autant d'efforts

---

[1607] C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., p. 18, l'État ne peut échapper à sa responsabilité en « se bornant à répondre qu'il ignore les circonstances de cet acte ou ses auteurs ». Déjà dans l'affaire de l'*Alabama*, les États-Unis d'Amérique estimaient que sa neutralité devait la pousser à adopter les « mesures les plus énergiques pour découvrir toute intention ou préparation d'actes contraires à sa neutralité », ce qui fut confirmé par la sentence qui établit que les circonstances « étaient de nature à éveiller toute la sollicitude du gouvernement de S. M. B. sur l'observation des droits et des devoirs compris dans la déclaration de neutralité faite par S. M. » (S.A., 1872 (14 sept.), *Alabama*, *in* La Pradelle (A. de) et Politis (N.), préc., respectivement pp. 789 et 890).

[1608] *Supra*, paragraphes 69-70.

[1609] S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale*, préc., p. 532, § 974 : « Adopting appropriate rules and measures is one component of the due diligence required by States » (v. aussi dans le même sens C.I.D.H., 2017 (15 nov.), *The Environment and Human Rights*, préc., §§ 146-149). On peut lire ainsi la précision dans les obligations de contrôle frontalier que les États doivent criminaliser le trafic (v. par ex. *R.T.N.U.*, vol. 2417, I-43614, Protocole sur le contrôle des mouvements marins transfrontières et l'élimination de déchets dangereux et autres déchets, à la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution, arts. 4 § 10 et 10 § 5).

[1610] « Australian Practice in International Law 1976-1977 », *A.Y.I.L.*, vol. 7 (1981), p. 423 (citation de l'*Attorney General*, nous traduisons ; l'*Act* a depuis été remplacé par le *Counter-Terrorism Legislation Amendment (Foreign Fighters) Act* 2014).

[1611] Italie, loi sur le traitement transfrontière de déchets industriels du 9 novembre 1988, reproduite *in I.L.M.*, vol. XXVIII-2 (1989), pp. 393-395, art. 9 (la citation provient du commentaire des éditeurs de l'*I.L.M.* (p. 393)).

[1612] Pour d'autres exemples, v. Rovine (A. W.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 67 (1973), pp. 337 et 763-765 (loi prohibant l'importation aux États-Unis de tout objet d'art pré-colombien illégalement ôté de son État d'origine) ; Wu (X.), « Chinese practice in public international law : 2016 », *C.J.I.L.*, vol. 16 (2017), pp. 555-557 (loi sur la cybersécurité, pour prévenir les menaces de l'intérieur et de l'extérieur du territoire chinois) ; Swan Sik (K.) et Oostvogels (S.A.M.), « Netherlands state

fournis en vue de répondre à l'obligation de contrôler la frontière. Le droit international détermine ainsi le pouvoir législatif, mais aussi le pouvoir judiciaire qui participe au contrôle frontalier par la répression et donc la dissuasion, à l'instar du juge néerlandais sanctionnant une société ayant exporté sans licence un produit chimique servant à la production illicite de gaz innervant[1613], ou du juge japonais qui prohibe toute importation à une société japonaise ayant violé l'embargo envers l'Iran durant la guerre Iran-Irak[1614]. Là encore les cas sont nombreux[1615]. Le droit international détermine ainsi tous les aspects du pouvoir étatique en les enjoignant à l'effort de contrôle frontalier, peu importe d'ailleurs si le pouvoir ne dispose pas de moyens car ceux-ci ne sont qu'un révélateur de l'effort exigé et ne peuvent donc altérer cette exigence[1616].

---

practice for the parliamentary year 1975-1976 », *N.Y.I.L.*, vol. 8 (1977), pp. 205-208 (présentation d'une loi d'application des « sanctions » internationales) ; O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., Appendice 2, III), § 3 (déclaration de la Chine portant sur la révision de son droit interne pour se doter des capacités requises de réaction aux risques sanitaires conformément au Règlement) ; Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2014 », *C.J.I.L.*, vol. 14 (2015), p. 638 (décret sur les importations et exportations de substances qui appauvrissent la couche d'ozone pour appliquer le Protocole de Montréal) ; Dias (S.) *et al.*, « State practice of Asian States in the field of international law », *As.Y.I.L.*, vol. 17 (2011), p. 203 (adoption par la Malaisie d'un *Wildlife Conservation Act* disposant une obligation de licence d'importation ou d'exportation de toute vie sauvage protégée, en application de la C.I.T.E.S.) ; Afriansyah (A.) *et al*., « State practice of Asian States in the field of international law », *As.Y.I.L.*, vol. 18 (2012), pp. 164-167 (adoption par le Bangladesh du *Wlidlife (Conservation and Security) Act 2012* en application de la C.I.T.E.S, de la Convention sur la protection des espèces migratoires de 1979 et de la Convention pour la diversité biologique de 1992) ; Baek (B.-S.), « State practice of Asian countries in international law: Korea », *As.Y.I.L.*, vol. 23 (2017), pp. 270-271 (loi obligeant à une déclaration d'importation/exportation de déchets dangereux auprès du ministre de l'environnement en application de la Convention de Bâle de 1989) ; Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, 24 nov. 1986, *B.D.M.*, vol. 10 (1987), pp. 58-75, art. 5 § 5 ; Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution radioactive, préc., art. XI ; Code maritime de Madagascar du 2 avril 2004, *B.D.M.*, n° 56 (2004), pp. 65-133, art. 1.10.06 (en vue du contrôle de l'état de navigabilité des navires) ; Logvin (A.), « Canadian practice in international law in 2002-3 », *A.Can.D.I.*, vol. 41 (2003), pp. 474-475, et « Canadian practice in international law in 2005-6 », *A.Can.D.I.*, vol. 44 (2006), pp. 603-605 (application du processus de Kimberley).

[1613] Netherlands, District Court of Arnhem, 1986 (15 sept.), *Public Prosecutor v. Melchemie Holland BV*, reproduit *in N.Y.I.L.*, vol. 19 (1988), p. 511.

[1614] Sik (K. Sw.), « Chronicle of events and incidents relating to Asia with relevance to international law », *As.Y.I.L.*, vol. 2 (1992), p. 310.

[1615] V. aussi Japan, Tokyo District Court, 1988 (22 mars), *State of Japan v. Toshiba Machine Co. and others*, reproduit *in J.A.I.L.*, vol. 31 (1988), pp. 206-211 (condamnation d'une société japonaise ayant exporté des biens à destination de l'U.R.S.S. en violation des règles de la C.O.C.O.M. et de la législation japonaise l'appliquant) ; Chiu (H.) *et al.*, « Contemporary practice and judicial decisions of the Republic of China relating to international law, 1988-1989 », *C.T.Y.B.I.L.A.*, vol. 8 (1988-1989), p. 251 (lettre du ministère des Affaires juridiques au Procureur de la Haute Cour de Taiwan qui l'enjoint de réagir aux nombreux cas de contrebande d'espèces d'animaux menacées « inviting international condemnation, which severely affects the [good] image of our country »).

[1616] Ainsi, en dépit de ce qu'il « has suffered from the long insurgency and conflict, which has somehow depleted its resources, nevertheless, under no condition should a state remain *unresponsive* to fulfilling its obligations in protecting the civilians and guaranteeing the security of people living in its territory », en l'espèce pour lutter contre les flux d'armes illicites (Nepal, Supreme Court, 2012 (5 sept.), *Advocate Tulshi Simhkada v. The Constituent Assembly Parliament and others*, *Nepal Kanoon Patrika*, vol. 55, n° 1 (2013), pp. 69-74, chroniqué *in As.Y.I.L.*, vol. 18 (2012), pp. 212-213, nous soulignons). En effet l'obligation persiste et continue d'imposer le fait même de s'efforcer, comme un moteur constant que doit alimenter le moindre carburant disponible. Même à la limite que présente l'État défaillant, l'exigence de l'effort persiste au fond avec l'opposabilité de l'obligation,

La seule variable de l'exigence posée par l'obligation réside dans le danger que le flux à contrôler présente, au vu duquel le droit international précise finalement l'obligation qu'il pose au contrôle frontalier.

2. La variation de l'effort de contrôle frontalier au regard du danger du flux

420. L'obligation de contrôle frontalier que caractérise la diligence est formulée en vue de protéger un intérêt tiers. Là est sa raison d'être, de sorte que l'effort enjoint par l'obligation doit être produit à mesure du risque que cet intérêt encourt, ou autrement dit du danger présenté par le flux[1617]. C'est là l'unique élément de variabilité de la diligence proprement dite, et donc de ce qu'impose l'obligation de contrôler la frontière. Il faut le souligner car il est commun qu'y soit mélangée la variabilité des résultats matériels attendus de l'effort[1618], or une chose est de faire varier le degré d'effort exigé, une autre de faire varier le résultat que l'on attend de la production de cet effort[1619]. La diligence étant constituée par l'effort, elle varie elle-même non au regard des ressources du contrôle, secondaires comme expression de cet effort, mais au regard de leur *mobilisation*, dont le degré sera plus ou moins grand. Le « degré de diligence » est ainsi défini, et seulement défini, en proportion du « degré de risque »[1620].

421. Ce point est particulièrement important au vu de la grande complexité des situations auxquelles le contrôle frontalier doit faire face. Doté de ressources limitées, en connaissance comme en moyens, l'État ne peut prétendre tout contrôler et aussi le critère du danger lui fournit-il un guide pour respecter l'obligation internationale en mobilisant ses efforts de

---

même si elle est alors pratiquement neutralisée ; elle tourne dans le vide faute de moyens pour l'accomplir, mais l'obligation de moyen demeure, bien que plongée en latence.

[1617] S.A., 1872 (14 sept.), *Alabama claims*, préc., *R.S.A.*, vol. XXIX, p. 129 : la diligence « ought to be exercised by neutral governments in exact proportion to the risks to which either of the belligerents may be exposed, from a failure to fulfil the obligations of neutrality on their parts. » V. aussi T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, préc., p. 43, § 117 ; Op. ind. du juge Ranjeva sous C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 276, « la vigilance, exercée avec discernement, doit être constante avec un *degré plus intense* d'intérêt sinon de curiosité en période de crises politiques ou humanitaires » (nous soulignons) ; C.I.D.H., 2017 (15 nov.), *The environment and human rights* (avis OC-23/17), § 142 ; T.I.D.M., 2024 (21 mai), *Demande d'avis consultatif…*, préc., § 239 (qui pose d'autres facteurs néanmoins annexes par rapport au risque).

[1618] Une telle confusion est notamment présente dans Besson (S.), « La *due diligence* en droit international », *op. cit.*, pp. 272-279, où sont mélangés tout uniment les différents aspects de la diligence en tant que « paramètres de variabilité de la *due diligence* », et spéc. p. 274, où il est écrit qu'en fonction des moyens à disposition du débiteur, « la diligence requise raisonnablement de sa part va varier ».

[1619] Autrement dit ce n'est pas la « diligence requise raisonnablement de sa part » qui varie selon les moyens, celle-ci désignant l'effort mis dans un comportement, mais la référence vis-à-vis de laquelle va être jugé le comportement matériel pour voir s'il a été diligent. Un État avec un PIB de 100 dépensant 1 et un État avec un PIB de 1000 dépensant 10 sont aussi diligent l'un que l'autre (ils ont dépensé 1% de leur PIB), le même *effort* (donc la même diligence) est attendu d'eux ; seul le *résultat matériel* de l'accomplissement de cet effort varie.

[1620] Formulation de la C.D.I., « Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaire y relatif », préc., pp. 166 § 11 et 167 § 18.

manière adéquate. Ainsi d'abord de l'obligation de « renforcer » le contrôle des frontières pour répondre à des risques persistants voire s'accroissant dans un cas donné, à l'instar du terrorisme[1621], du trafic de stupéfiants[1622], d'armes[1623] ou d'êtres humains[1624], de la proximité d'un conflit armé[1625], ou encore des pandémies[1626]. Chaque question est une menace qui peut s'amplifier et exiger ainsi un effort accru. Par exemple, le droit de l'Union européenne oblige en ce sens ses États membres à adopter des mesures proportionnées au « niveau d'impact » attribué par l'Agence Frontex aux différents tronçons de frontière, selon le risque d'immigration illégale et de criminalité transfrontalière qu'il encourt[1627]. La même logique marque encore l'obligation variable du régime de mouvements transfrontières de déchets établi par l'O.C.D.E., qui distingue les procédures « verte » et « orange » selon le niveau de dangerosité du déchet en cause[1628], ou l'obligation de protéger les espèces menacées contre leur commerce où le contrôle frontalier est accru à mesure de la menace d'extinction[1629]. Tous ces régimes expriment le régime général de la diligence : un effort, à mesure du risque, pour protéger un intérêt. Il faut enfin pouvoir juger cet effort au vu de sa qualité, à l'aune du critère du raisonnable qui marque la diligence.

[1621] Doc. N.U., S/RES/2253 (2015), § 2, et S/RES/2776 (2025), § 9 *litt.* b) et e) ; Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale, reproduite *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p., pp. 243-251, art. 3 § 4.

[1622] Doc. N.U., S/RES/2092 (2013), § 8, le Conseil de sécurité demande à des États instables comme la Guinée-Bissau « de faire preuve d'une *plus ferme volonté* de lutter effectivement contre le trafic de drogues, notamment en veillant au bon fonctionnement des institutions publiques chargées de la police des frontières (…) » (nous soulignons).

[1623] *R.T.N.U.*, vol. 2029, I-35005, Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes, art. X (obligation d'adopter les « mesures qui peuvent *s'avérer* nécessaires (…) en renforçant les contrôles aux points d'exportation » (nous soulignons)) ; Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2006(II) », *C.J.I.L.*, vol. 6 (2007), pp. 734-735 et 752.

[1624] Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, préc., art. 11 § 1 ; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, préc., art. 11 § 1.

[1625] Doc. N.U., S/RES/1596 (2005), § 10 (R.D.C., s'agissant des provinces de l'Ituri et des Kivus).

[1626] O.M.S., 2011 (5 mai), Rapport du Comité d'examen sur le fonctionnement du Règlement sanitaire international (2005) eu égard à la grippe pandémique A (H1N1) 2009, Doc. O.M.S. A/64/10, § 67 : exigence de « renforcement (…) des principales capacités de santé publique (…) aux frontières » pour se préparer à une urgence sanitaire mondiale conformément au Règlement sanitaire international.

[1627] Règlement (UE) n° 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., art. 35 § 1.

[1628] O.C.D.E., Décision du Conseil sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets destinés à des opérations de valorisation, 30 mars 1992, doc. O.C.D.E. OECD/LEGAL/0266, chapitre II, B) 2° (présentation des procédures), C) (procédure « verte ») et D) (procédure « orange »).

[1629] Notamment en soumettant l'autorisation d'exportation ou d'importation à ce qu' « [u]ne autorité scientifique de l'État d'exportation [ou d'importation] [ait] émis l'avis que cette exportation [ou les objectifs de l'importation] ne nuit pas à la survie de l'espèce intéressée » (Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, préc., art. III §§ 2 *litt.* a) (exportation) et 3 *litt.* a) (importation) pour les espèces de l'annexe I (menacées d'extinction), et art. IV § 2 *litt.* a) (exportation) pour les espèces de l'annexe 2 (risquant d'être menacées d'extinction en l'absence de protection)).

B. La réalisation du contrôle frontalier diligent à l'aune du raisonnable

422. La réalisation du contrôle frontalier exigée par l'obligation internationale a été posée sur les ressources dont dispose le contrôle, située dans l'effort où réside la diligence qui le fait varier selon le danger présenté, et il faut enfin pouvoir juger de sa qualité afin de pleinement évaluer le contrôle et la portée de sa détermination par le droit international. Quel type d'effort est donc requis de l'État ? Plus précisément, *par rapport à quoi* tel effort de contrôle frontalier peut-il être jugé comme étant suffisant dans un cas donné, déterminé par tous les paramètres qui précèdent ? En somme, qu'est-ce qu'un contrôle *diligent*, outre le fait qu'il réside dans l'effort et doit varier selon le risque, quelle est sa qualité ? La diligence est un standard de sorte que la réponse n'est pas aisée et dépend, finalement, de l'appréciation de chaque cas qui précise le standard par son application. Il se trouve toutefois un élément constant qui guide l'appréciation en la figure du critère du raisonnable. Celui-ci caractérise la diligence imposée au contrôle frontalier (1), et concentre finalement son évaluation (2).

1. L'existence du critère du raisonnable pour le contrôle frontalier diligent

423. En tant que standard greffé à l'obligation de moyen, la diligence est imprimée par une logique tendue entre la nécessité d'agir en vue de protéger un intérêt – il faut contrôler la frontière… – et l'admission de la faillibilité de l'action – …mais le contrôle frontalier est imparfait. Ce partage de la diligence se répercute sur l'action diligente qu'elle qualifie. D'un côté l'impératif d'agir et de protéger l'intérêt tiers empêche de considérer comme diligent le contrôle frontalier trop léger, qui neutraliserait l'effectivité de l'obligation et saperait la protection qui constitue sa raison d'être. Mais de l'autre, l'admission de la faillibilité récuse que l'exigence de contrôle se transforme en fardeau pour l'État territorial, trop pesant[1630], qui mènerait à une responsabilité pour risque et à une paralysie des flux en conséquence de l'ampleur du contrôle qui serait exigé pour accomplir la charge. Sur ce dernier point, le Royaume-Uni plaida ainsi dans l'affaire de *Saint-Albans* évoquée plus haut que détecter les Confédérés « aurait requis des autorités canadiennes un examen minutieux de chaque personne passant du Canada aux États-Unis quant à son caractère et à ses buts, ce qui aurait eu pour effet d'abolir la liberté du trafic entre les provinces et les États qui avait existé du plein assentiment et approbation des deux Gouvernements »[1631]. Ainsi tirée de part et d'autre, la qualité de l'effort

---

[1630] V. par ex. en matière de droits de l'homme la jurisprudence de la C.E.D.H., 2010 (7 janv.), *Rantsev c. Chypre et Russie*, req. n° 25965/04, § 287. Ainsi le raisonnable qui caractérise la diligence signifie d'abord, pour le débiteur, « le droit de ne pas *tout* faire » (D'Argent (P.), « Les obligations internationales », préc., p. 179 (italiques de l'auteur)).

[1631] S.A., 1873 (25 sept.), *The First National Bank of Saint-Albans v. Great Britain*, préc., pp. 288-289.

exigé du contrôle se situe dans un juste milieu, ni frivolité ni fardeau, que le droit international caractérise par la notion de « raisonnable »[1632]. En effet, la surveillance exigée du contrôle frontalier est à mesure de l'« attention qu'une nation peut *raisonnablement* requérir d'une autre »[1633], et son opération par les États doit mettre en œuvre « tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition »[1634] – « à leur disposition » ne pouvant ici désigner la *possession* des moyens car cela relève des éléments de la diligence et s'apprécie factuellement sans qu'un jugement appréciatif de l'ordre du « raisonnable » ne puisse entrer en jeu, et désigne plutôt les moyens que l'État *peut puiser* dans ses ressources pour réagir à la situation donnée. Inversement, « si le flux d'armes aboutit effectivement au Salvador sans que ni le Honduras, ni El Salvador, ni les États-Unis ne parviennent à l'empêcher, il paraîtrait *déraisonnable* d'exiger du Gouvernement du Nicaragua une diligence supérieure à celles, conjuguées, des trois autres États »[1635]. L'architectonique de la diligence est ainsi complétée pour évaluer le contrôle frontalier dans toutes les dimensions que l'analyse a distinguées : un premier point porte sur la détermination en général des ressources du contrôle, un deuxième sur le degré d'effort dans leur mobilisation, selon le danger auquel le contrôle répond, et enfin ici un troisième permet d'apprécier le contrôle à travers les deux premiers, par la mesure raisonnable où, dans un cas donné, l'État territorial puise dans les moyens parmi leur somme totale, avec des résultats divers et à un degré variable mais toujours raisonnablement au vu de la situation.

424. Il faut encore préciser que ce critère du raisonnable est opératoire et participe bien de la détermination du contrôle frontalier ici étudiée, malgré son apparente évanescence. D'abord car le raisonnable est internationalement défini : le standard de la diligence est autonome dans l'ordre juridique international, dans le sens où il ne renvoie pas son contenu à sa seule détermination par l'État en cause[1636] mais a au contraire une teneur internationale. En

---

[1632] Il ne s'agira pas ici d'entrer dans la montagne que constitue la notion en droit international général, déjà bien défrichée par la doctrine (Salmon (J. J. A.), « Le concept de raisonnable en droit international public », *op. cit.*, Corten (O.), « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du "raisonnable" », *op. cit.* et surtout du même auteur *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, *op. cit.*), mais seulement de souligner quelques-uns de ses aspects qui informent l'obligation de contrôle de la frontière.

[1633] S.A., 1873 (25 sept.), *The First National Bank of Saint-Albans v. Great Britain*, préc., p. 290 (nous soulignons).

[1634] C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 221, § 430. Dans la même veine, les termes listés *supra* (paragraphe 397) comme caractérisant l'obligation de moyen rejoignent l'idée d'un effort raisonnable de l'État.

[1635] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 85, § 157.

[1636] A cet égard, la diligence est notamment à distinguer de la *diligentia quam in suis* qui a pu la contaminer un temps mais qui est purement subjective car arrimée au comportement de l'État dans ses affaires internes : il est seulement tenu vis-à-vis de l'Autre à ce à quoi il se tient vis-à-vis de soi (Pisillo-Mazzeschi (R.), « The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States », *op. cit.*, p. 41 ; Besson (S.), « La *due diligence* en droit international », *op. cit.*, pp. 270-271). Pour une application désormais ancienne de la *diligentia quam in suis* en droit international, v. S.A., 1925 (1er mai), *Biens britanniques au Maroc espagnol*, préc., p. 644.

conséquence, le raisonnable comme élément de la diligence, est l'*internationalement* raisonnable[1637]. Le contrôle frontalier raisonnable est celui qui correspond à l'acception internationale d'un tel contrôle. Dans ce sens, Perelman notait qu'« [e]st déraisonnable ce qui est inadmissible dans une communauté à un moment donné »[1638], ce qui est précisé par l'« inbuilt normative (evaluative) component » de la diligence, c'est-à-dire la mesure dans laquelle ce qui est dû relève du « social, political and legal context »[1639] en tant que jugement de valeur concernant ce qui est légitimement attendu des différents acteurs. Autrement dit, l'effort « raisonnable » de contrôle frontalier est défini par l'ensemble de la communauté internationale, qui forme le milieu social du droit international et ainsi produit son sens[1640]. Le prochain chapitre sera tout entier dédié à développer ce sens, qui harmonise les contrôles frontaliers. Pour l'heure il est déjà possible de noter que selon le sens que le raisonnable revêt ainsi, un contrôle frontalier pourra être considéré comme relevant de « l'action responsable des États » sur le commerce des armes[1641], du « good international citizen » qui se conforme à ce qui est communément attendu[1642]. Le contrôle « raisonnable » a certes un sens changeant mais n'est donc pas sans arrimage commun. Il n'est ensuite et pas non plus sans juridicité, car l'acception du raisonnable « s'inscrit dans le cadre d'une obligation positive »[1643] dictée par un fonctionnement rationnel[1644], de sorte que le contrôle frontalier est astreint à un effort « raisonnable » qui peut être évalué par un raisonnement séquencé aboutissant le cas échéant à

[1637] V. par ex. T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, préc., p. 71, § 230 : le choix des mesures « raisonnablement appropriées » est laissé à la discrétion de l'État, mais celui-ci pour autant « ne jouit pas d'une liberté de choix absolue dans les mesures qu'il doit prendre », et doit ainsi « tenir compte objectivement des options qui se présentent de manière raisonnable, opportune et favorable à l'humanité tout entière. Il doit agir de bonne foi, en particulier lorsque ses actes risquent de porter préjudice aux intérêts de l'humanité tout entière. (…) Toutes les mesures prises par l'État qui patronne doivent avoir un caractère raisonnable et ne pas être entachées d'arbitraire. »

[1638] Perelman (Ch.), « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *A.P.D.*, t. 23 (1978), pp. 35-42, p. 39.

[1639] Peters (A.), Krieger (H.) et Kreuzer (L.), « Due diligence in the international legal order…», *op. cit.*, p. 2.

[1640] Perelman (Ch.), « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *op. cit.*, p. 42, « l'idée du déraisonnable, vague mais indispensable, ne peut pas être précisée indépendamment du milieu et de ce que ce dernier considère comme inacceptable. » ; Salmon (J. J. A.), « Le concept de raisonnable en droit international public », *op. cit.*, p. 475.

[1641] Traité sur le commerce des armes, préc., art. 1.

[1642] Formule de l'Australie entendant agir ainsi à propos de la non-prolifération des armes, citée Mendelsohn (N.) et Mansour (D.) (dir.), « Australian Practice in International Law 2008 », *A.Y.I.L.*, vol. 29 (2010), p. 366.

[1643] D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *op. cit.*, p. 176.

[1644] C'est tout le propos du travail du Pr Corten sur la notion, cantonné certes à l'œuvre du juge mais extensible à la notion en droit international général y compris dans son utilisation par les États, que de la dompter dans et par un modèle rationnel d'interprétation, v. son étude extensive sur *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, *op. cit.*, spéc. 2e partie, et, pour une version (beaucoup) plus ramassée, l'article « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du "raisonnable" », *op. cit.*, pp. 187-208. V. avant lui (et par son maître) l'étude de Salmon (J. J. A.), « Le concept de raisonnable en droit international public », *op. cit.*, p. 477 : la juridicisation du raisonnable se traduit par ce qu'il est « le terme d'un raisonnement, la conclusion d'une motivation ».

un jugement d'illicéité. C'est ce que développe plus avant la mesure du raisonnable, qui donne corps au standard par les indications juridiques de son évaluation.

2. La mesure du critère du raisonnable pour le contrôle frontalier diligent

425. Ce qui est concrètement raisonnable dans l'opération de contrôle de la frontière dépend de chaque cas et ne peut être fixé abstraitement. Là s'épuise l'étude du standard qui n'achève son sens qu'au contact renouvelé du fait qu'il et qui l'éclaire. De quel arsenal de contrôle disposait l'État, quel danger le flux présentait-il, quels autres dangers pesaient simultanément sur le contrôle frontalier et quels obstacles pratiques ou juridiques en contraignaient l'efficacité ? Le contrôle frontalier raisonnable, et donc diligent, dépend au moins de tous ces paramètres.

426. Il est toutefois possible d'en affiner un peu les lignes et de guider la mesure du « raisonnable » qui doit être opérée dans chaque cas où le contrôle frontalier est déterminé à agir. Ce guide se trouve dans la qualité de standard du raisonnable, soit son statut de référence commune mais qui ne prend un sens précis qu'au contact du fait. En vertu du standard ainsi compris, la mesure du contrôle frontalier raisonnable oscille entre d'un côté l'objectivité de la notion, qui s'applique au sujet international « État » contrôlant sa frontière dans toute sa généralité, c'est là la référence commune, et de l'autre la subjectivité inhérente à la souplesse du standard dès lors qu'il s'applique à *un* État, qui contrôle *cette* frontière dans les circonstances qui sont les siennes[1645]. Cette oscillation est propre au standard et lui permet de contraindre l'action étatique tout en épousant ses particularités. Aussi faut-il la conserver afin de toucher au plus juste pour saisir le contrôle « raisonnable », diligent, par l'intrication de la référence objective et de la situation subjective.

427. La référence objective, l'État type contrôlant sa frontière, confère une stabilité à l'évaluation en se référant à ce que Reuter appelait « un modèle moyen, l'agent normal, [qui fixe le niveau de l'obligation] : c'est la règle elle-même qui se définit en fonction d'une situation moyenne. »[1646] Grâce à cela, l'obligation de contrôle frontalier n'est pas diluée dans la singularité des situations qu'elle vise car le comportement qu'elle exige trouve un noyau dur dans cette référence commune applicable à tout contrôle, avant de le considérer particulièrement. Ce noyau exige en premier lieu qu'*une certaine action* soit entreprise, de sorte

[1645] Kolb (R.), *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 247, « les standards n'indiquent pas le niveau d'individualisation auquel l'opérateur juridique sera appelé à s'arrêter. L'opérateur peut s'en tenir à une typologie individuelle comme il peut aussi remonter vers les plages de l'abstrait. »
[1646] Reuter (P.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 254.

que l'inertie[1647], lorsque « rien ne fut tenté »[1648], est nécessairement non-diligente, déraisonnable. L'illicéité ici est profonde car elle nie ce que l'obligation de contrôle frontalier a de plus essentiel, à savoir enjoindre l'action, ainsi par exemple de l'Iran qui, lors d'un soulèvement chiite dans le sud de l'Irak, laissa sa frontière ouverte pour permettre à des membres de l'opposition chiite iraquienne résidant sur son territoire d'entrer en Irak pour prendre part aux combats[1649]. À ce niveau, le contrôle – ou plutôt son absence – est d'autant plus déraisonnable lorsque l'État participe lui-même au flux néfaste, comme a pu l'alléguer l'Ukraine contre la Russie en l'accusant de financer et laisser préparer des actes terroristes dirigés contre elle sur son territoire « en ne prenant pas toutes les mesures possibles afin d'empêcher » cela, demandant ainsi que la Russie « exerc[e] immédiatement un contrôle approprié sur sa frontière afin d'empêcher tout nouvel acte de financement du terrorisme, y compris la fourniture d'armes, depuis le territoire russe vers le territoire ukrainien. »[1650] L'exigence minimale du contrôle « raisonnable » suppose ainsi que l'État agisse, ce à quoi l'on peut ajouter qu'il agisse de manière adaptée pour réaliser la protection voulue par l'obligation, de sorte que le raisonnable se décline dans l'exigence que les mesures de contrôle frontalier soient « raisonnablement appropriées »[1651], « propres »[1652] à protéger l'intérêt en cause ou « auraient pu contribuer à »[1653] empêcher sa lésion. Mais enfin, outre ces truismes appartenant à l'exigence minimale propre à l'essence de l'obligation, terrain privilégié de la référence « objective » car il relève de l'abstrait et donc du général, il est remarquable que l'objectivité

[1647] Kiss (A.-Ch.), *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. II, Paris, Editions du C.N.R.S., 1966, xii-674 p., p. 91, n° 175, lettre du ministre des Affaires étrangères français au ministre de la République française à Tangers : « Je vous serai obligé d'agir, de votre côté, énergiquement auprès du Gouvernement chérifien afin de l'obliger à prendre des mesures pour empêcher l'invasion de notre territoire. Vous ne manquerez pas de faire observer au Makhzen que son inertie engagerait sa responsabilité ».

[1648] C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., p. 23, qui ajoute : « Ces graves omissions engagent la responsabilité internationale de l'Albanie. »

[1649] Sik (K. Sw.), « Chronicle of events and incidents relating to Asia with relevance to international law », *As.Y.I.L.*, vol. 1 (1991), p. 273.

[1650] Requête introductive d'instance émise par l'Ukraine enregistrée au Greffe de la Cour le 16 janvier 2017, *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, §§ 129 et 136 *litt.* c) (et 44 sur l'accusation d'action par la Russie) ; la demande fut rejetée par la Cour faute d'applicabilité plausible des droits revendiqués). Dans le même sens, la Chine est responsable de ne pas avoir empêché les lésions opérées par des pêcheurs chinois dès lors qu'elle a orchestré leur action, et que les agents chinois « were able to halt them had they chosen to do so » (S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale*, préc., p. 452, § 755).

[1651] T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, préc., p. 44, § 120. Sans que cela soit très éclairant, la Chambre précise par la suite que « raisonnablement appropriées » signifie que les mesures sont appropriées « seulement si elles sont conformes à la raison et si elles ne sont pas arbitraires » (p. 70, § 228).

[1652] C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 220, § 427 (l'obligation de prévention du génocide exige que chacun prenne « les moyens propres à prévenir la survenance d'un génocide »).

[1653] *Ibid.*, p. 221, § 430.

rogne aussi sur les modalités pratiques de l'obligation et tend, par la référence internationale commune, à toucher et niveler les différents contrôles frontaliers au niveau de leur réalisation concrète. Ainsi une certaine idée de la normalité du contrôle frontalier a pu être fournie par la sentence *Eurotunnel*, selon laquelle « personne ne considérerait des contrôles frontaliers comme efficaces si un flux régulier de migrants clandestins les contournait facilement ; *la notion de contrôle frontalier implique un système, non une simple rangée de guérites*. »[1654] Autrement dit, le contrôle frontalier diligent n'est pas seulement l'action *a priori* adéquate, mais plus précisément l'action réfléchie, structurée. Cette voie de l'objectivisation du contrôle se poursuit d'ailleurs dans son harmonisation par la norme internationale, ce que nous avons annoncé relever du chapitre suivant. Ainsi le contrôle « raisonnable » peut-il être fixé par le tissu d'un « *benchmark* normatif »[1655], au terme d'une « technicisation » de la diligence constituée par la « multiplication des standards professionnel ou (…) technoscientifiques » qui « permettent d'identifier plus rapidement, et sans appréciation normative aucune, ce qui est raisonnablement attendu [des États] au titre de leurs obligations de *due diligence* en droit international (…), et donc d'objectiver, voire d'universaliser le contenu des obligations de prévention (…) diligente »[1656].

428. La prise en compte de la situation subjective est automatiquement réduite par cet accroissement de la référence objective. Elle persiste toutefois, et maintient le standard au contact du concret par le passage de l'État type contrôlant sa frontière à *cet* État contrôlant *cette* frontière. Il y a là une part irréductible de l'effort diligent, ne serait-ce que parce que sa qualité « raisonnable » sera aussi évaluée proportionnellement au vu des ressources dont disposait l'État pour contrôler sa frontière, au vu des résultats que le contrôle pouvait produire et a effectivement produit. Il reste donc que les situations varient et posent des problèmes spécifiques que la référence générale ne peut couvrir. C'est d'ailleurs tout l'intérêt du standard qu'il puisse être tiré jusqu'à ces problèmes spécifiques. Ainsi lorsque la Cour internationale de Justice écrit que « [l]a plupart des secteurs frontaliers ne sont pas accessibles par véhicule

---

[1654] S.A., 2007 (30 jan.), *Eurotunnel*, préc., § 294 (nous soulignons).
[1655] D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *op. cit.*, p. 184, qui souligne que ce « *benchmark* » est principalement présent en droit international de l'environnement où les exigences techniques font que la normalité « se trouve alors objectivée de manière très précise ».
[1656] Besson (S.), « La *due diligence* en droit international », *op. cit.*, p. 261 (à propos du droit de l'environnement spécifiquement, où l'auteure ajoute que l'« État (…) "raisonnable" est donc en passe de devenir un État (…) "scientifique" » (p. 262), ce qui recoupe à ce niveau les développements de la présente étude formulés à celui de l'appréciation du flux (v. spéc. *infra*, chapitre 2 du présent titre, Section 1 § 1), ce qui est exprimé par une obligation déclinée en « *check-list* » à remplir pour l'État où la diligence est constituée par un séquençage très précis et remplie par le cochage de petites cases y correspondant (p. 263)).

terrestre motorisé et [qu']il est impossible d'y organiser des patrouilles »[1657], elle semble en réalité considérer déraisonnable que l'opération de contrôle s'y tienne pleinement, car l'être humain a prouvé qu'aucune partie tellurique de la planète lui était inaccessible de sorte que l'« impossibilité » désigne plutôt un effort colossal qui ne saurait raisonnablement être imposé à *cet* État pour *cette* frontière.

429. Sans objectivité, pas de juridicité, mais sans subjectivité, pas de souplesse[1658]. Il faut donc maintenir l'intrication des deux dans le standard du raisonnable, en séquençant finalement l'évaluation du contrôle frontalier par l'exigence d'un certain comportement de l'État au regard d'un raisonnable « impersonne[l] », celui de l'État-type qui contrôle sa frontière, ensuite corrigé par la prise en compte de ses circonstances propres sous un raisonnable « personnalis[é] »[1659], de même que l'équité aristotélicienne corrige la rigidité de la règle pour que les faits et le droit s'épousent sans raideur.

[1657] C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., p. 81, § 147. Même constat quelques lignes plus loin s'agissant de la frontière avec le Costa Rica, régions « pratiquement interdites aux moyens de transport terrestre ».
[1658] C'est en substance le constat de Pierre d'Argent sur le point ici développé, « Les obligations internationales », *op. cit.*, p. 181.
[1659] Besson (S.), « La *due diligence* en droit international », *op. cit.*, p. 259.

Conclusion du chapitre

430. Le contrôle frontalier a trouvé ici sa première détermination, qui le marque dans son principe en ce que le droit international l'oblige à être, à se déployer. L'État territorial *doit* contrôler sa frontière pour maintenir l'innocuité de son territoire comme espace de la société internationale, au service de cette société. Il sera dit plus tard pour et à raison de quoi une telle obligation détermine le contrôle, quant à son objet. Pour l'heure, il a été établi qu'elle en détermine déjà l'opération.

431. Plus précisément, le contrôle des frontières est ici déterminé par les caractères de l'obligation de moyens. C'est elle qui marque la logique interne de l'obligation de contrôle frontalier, soit le comportement que son débiteur doit adopter, en enjoignant l'État à s'efforcer d'opérer le contrôle tout en admettant la faillibilité de cette entreprise. Ainsi le droit international peut-il saisir les flux sans saisir directement leur auteur, en obligeant l'État à agir sur eux quoique la tâche soit incertaine. C'est que le contrôle des frontières est par définition porté sur un fait extérieur à l'État et donc sur lequel l'État n'a pas suffisamment prise pour pouvoir garantir un résultat, ce que le droit international admet en n'exigeant pas de l'État de garantir l'innocuité de son territoire. Pour autant, le contrôle frontalier doit être opéré comme effort en vue de cette innocuité, de manière aussi constante que l'est le phénomène des flux de toutes sortes qu'il s'agit ici d'endiguer.

432. Il reste à savoir comment, en droit, évaluer le contrôle ainsi enjoint, ce qui précise sa détermination. L'évaluation trouve alors corps dans la diligence, standard greffé à l'obligation de moyens. La diligence considère d'abord les ressources dont dispose le contrôle frontalier, qui dessinent sa sphère opératoire à la fois par la connaissance, qui conditionne l'action, et les moyens, qui limitent son effectivité. Ainsi l'évaluation cerne d'abord le contrôle en pesant les possibilités qui étaient les siennes. C'est sur cette base qu'il est ensuite déterminé par une réalisation qui doit être diligente, ce qui réside dans l'effort que le contrôle frontalier fournit à mesure du danger présenté par le flux. Là est la diligence proprement dite, et ce qui est précisément visé par la détermination de l'opération de contrôle : l'effort. Cet effort de contrôle doit enfin être jugé au vu de sa qualité, ce qui est fixé par le critère du raisonnable qui donne une référence à ce que doit être le contrôle enjoint à être exercé. Le droit international détermine ainsi l'opération de contrôle en l'obligeant à s'efforcer d'être, et à s'y efforcer *d'une certaine manière*, diligente. Il faut désormais suivre l'opération dans ses manifestations, où ses particularités internes sont harmonisées par le liant du droit international.

Chapitre 2. L'harmonisation des opérations de contrôles frontaliers

433. L'indétermination de l'opération du contrôle frontalier est le lieu du pouvoir discrétionnaire[1660], où l'État est libre de contrôler comme il l'entend et ainsi susceptible de paramétrer le contrôle frontalier en faveur du repli, privilégiant l'emprise et ses intérêts propres à ceux de la communauté internationale. Faisant certes face à un intérêt tiers que le droit international lui oppose, le contrôle frontalier risque alors de dominer cet intérêt en utilisant tout le flou du droit à son avantage, que ce soit pour rejeter le flux[1661] ou pour négliger son interception. Partant, une fois établi que l'intérêt humanitaire protège l'entrée de l'être humain qui fuit des persécutions, le droit international ne doit-il pas préciser comment le contrôle doit apprécier la situation de cet être afin de ne pas le rejeter sans examen ? De même une fois établi que l'État doit lutter contre les circulations terroristes, ne convient-il pas de préciser la manière dont il convient de les intercepter pour que l'efficacité de la lutte ne soit pas diluée dans l'imprécision où chaque État mettra une exigence inégale ? C'est là une question de développement du droit international : au mécanisme primaire de la modération du contrôle frontalier, qui oppose au contrôle un intérêt tiers avec la recherche d'équilibre que l'on a vue, de même qu'à l'obligation de contrôle frontalier qui fut étudiée au chapitre précédent, s'ajoute ici la détermination de l'opération du contrôle qui ne lui impose plus de considérer le tiers ou de s'exécuter, mais lui indique désormais *comment* le faire. Dans cette optique le contrôle frontalier est internationalement paramétré, déterminé comme rouage de la communauté internationale dont il permet d'ordonner les circulations. Son pouvoir est lié.

434. Comment le droit international poursuit-il cette détermination qui harmonise les pratiques internes de contrôle frontalier ? Par le développement de la « densité normative »[1662],

---

[1660] V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 § 2.

[1661] Verdross (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *op. cit.*, p. 342, constate qu'au vu de l'élasticité des exceptions à la libre circulation des étrangers (qu'il estime ou souhaite établie) c'est « avec raison que M. Emilio Brusa déclara, à la session de Genève, que ces restrictions se réduiront à néant, en tant que tout État "demeurera souverain appréciateur de ce qu'est son intérêt, et il lui sera loisible d'invoquer, quand il le voudra, le prétexte vague de l'intérêt public ou d'un motif grave" » (la position de Brusa se trouve *in A.I.D.I.*, t. 12 (1892/1894), pp. 194-195). En pratique, v. par ex. Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (16 jan.), *CE – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, WT/DS26/AB/R – WT/DS48/AB/R, § 177 : « L'harmonisation des mesures SPS a pour ultime objectif d'empêcher que ces mesures exercent une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres ou qu'elles constituent une restriction déguisée au commerce international (…) ».

[1662] L'expression est de Weil (Pr.), *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Paris, Pedone, 1988, xi-319 p., pp. 171-200. Le concept est polysémique, et nous retenons ici l'idée d'accroissement quantitatif du droit et d'amélioration qualitative de la norme (v. Thibierge (C.), « Introduction » et « Synthèse », *in* Thibierge (C.) (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, xi-1204 p., pp. 43-66 (spéc. p. 58) et 999-1092 (spéc. p. 1092)).

la norme étant ici entendue comme un *modèle de référence* du contrôle frontalier[1663] qui pénètre le droit positif par sa vocation à y servir de référence, par exemple pour les flux techniques[1664] ou la détermination du statut de réfugié[1665], et selon la réception que lui accorde le droit positif, qui même si la norme n'est pas intrinsèquement contraignante peut s'y référer et ainsi lui conférer un certain effet, en l'utilisant comme directive d'application de la règle de contrôle[1666], étalon d'efficacité du contrôle effectué[1667], ou en présumant licite le contrôle frontalier qui s'y conforme et exigeant ainsi justification de celui qui en dévie[1668]. Là est la pertinence d'étendre l'étude aux normes intrinsèquement non contraignantes, même dans une perspective de droit positif, ce qui du reste est corroboré par la pratique de contrôle frontalier qui se réfère à ces normes pour guider son comportement, par exemple en matière de contrôle des armements[1669]

[1663] V. Thibierge (C.), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *A.P.D.*, t. 51 (2008), pp. 341-371, spéc. pp. 344-347. L'acception de la normativité ici retenue est ainsi moins rigide qu'une position comme celle de Weil (Pr.), « Vers une normativité relative en droit international ? », *R.G.D.I.P.*, t. 86 (1982), pp. 5-47, qui sépare nettement le droit dur et le non-droit, et nous suivons plutôt ici Abi-Saab (G.), « Éloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, xxiii-659 p., pp. 59-68, pour qui « juridicité ne signifie pas nécessairement obligatoriété et pertinence ou effet juridique ne se réduit pas seulement à effet obligatoire » (pp. 62-63), ce qui n'est pas incompatible avec notre approche volontariste car la volonté reste la clef de l'obligatoriété mais est ici comprise comme plongée dans un milieu qui la détermine en partie et qu'elle détermine tout autant dans la relation de fait et de droit.

[1664] V. not. en matières techniques doc. N.U. UNEP/CHW.15/5/Add.1/Rev.1, *Manuel pratique à l'intention des parties prenantes pour garantir que les notifications de mouvements transfrontières satisfassent aux exigences en matière de gestion écologiquement rationnelle* (sur la Convention de Bâle), § 3 ; A.I.E.A., *Règlement de transport des matières radioactives*, éd. 2018, introduction, « Les normes de sûreté de l'AIEA – Généralités », et *Prévention des mouvements fortuits et du trafic illicite de matières radioactives*, doc. A.I.E.A. IAEA-TECDOC-1311/F, § 1.2).

[1665] V. le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugié*, Genève, rééd. 2019, doc. N.U. HCR/1P/4/FRE/REV.4, élaboré par le H.C.R., pp. 7-8.

[1666] V. par ex. le Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution radioactive, préc., art. IV, qui identifie les déchets ou substances radioactifs par les recommandations de l'A.I.E.A. À un degré moindre, exigeant simplement la prise en compte de la norme dans la décision de contrôle, v. Convention de Minamata sur le mercure, préc., art. 11 § 3 *litt.* c) ; *R.T.N.U.*, vol. 2256, I-40214, Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, art. 6 § 1 *litt.* d) iv) ; Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, préc., art. ; *R.T.N.U.*, vol. 1764, I-30674, Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution, art. VIII.

[1667] Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, préc., art. 5 § 5 ; Protocole sur la prévention de la pollution de la région du Pacifique sud résultant de l'immersion de déchets, préc., art. 3 § 3 ; Convention sur la protection de l'environnement marin et des zones côtières du Pacifique du Sud-Est, disponible en ligne, art. 3 § 3 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 210 § 6.

[1668] Le droit de l'O.M.C. est remarquable à cet égard, v. l'art. 3.2 de l'Accord S.P.S. (application par l'Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (16 jan.), *CE – Hormones*, préc., § 170) ; art. 2.5 de l'Accord O.T.C. La justification se fait d'ailleurs par rapport à la norme, attaquée sur son terrain et non en son principe en ce que le Membre ne doit pas dénoncer l'illégitimité de son imposition mais simplement son inadéquation à la protection souhaitée en l'espèce (art. 2.4. de l'Accord O.T.C. (précisé par l'Organe d'appel de l'O.R.D., 2002 (26 sept.), *CE – Sardines*, § 285) ; *mutatis mutandis* art. 3.3 de l'Accord S.P.S. et note 2 de l'art. 3.3 (application par l'Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (16 jan.), *CE – Hormones*, § 175)).

[1669] V. Hartmann (J.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2010 », *B.Y.I.L.*, vol. 81 (2010), p. 774 ; Sik (K. Sw.), « Chronicle of events and incidents relating to Asia with relevance to international law », *As.Y.I.L.*, vol. 3 (1993), pp. 425-426 ; Hu (Q.), « Chinese practice in international law : 2002 »,

ou des flux terroristes[1670]. C'est ainsi en tant que diapason de la perception légale des choses que les normes « paraissent contribuer à la juridicisation des relations internationales. Elles les recouvrent comme un tissu conjonctif ; elles leur apportent un vocabulaire et un raisonnement juridiques. Elles ont un incontestable effet de milieu »[1671] – autrement dit d'harmonisation – par lequel le contrôle frontalier est davantage déterminé, dès lors qu'il est au moins « ten[u] de *considérer* »[1672] ces normes. Celles-ci le guident en faveur de la communauté internationale, et en réponse à la complexité croissante des flux[1673].

435. La contribution des organisations internationales est grande à cet égard, pour établir ces normes communes sur les problèmes communs qu'elles traitent à travers la délibération de leurs membres[1674], d'autant plus qu'elles sont nombreuses à traiter de circulations et donc du contrôle frontalier[1675] qu'elles entourent ainsi « d'une façon de penser et de concevoir d'empreinte

---

C.J.I.L., vol. 2 (2003), p. 675 ; Kaikobad (K.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2002 », *B.Y.I.L.*, vol. 73 (2002), p. 819.

[1670] Ainsi le Conseil de sécurité édicte l'obligation d'empêcher la circulation des finances servant le terrorisme « compte tenu des recommandations du GAFI [(Groupe d'action financière)] et des normes internationales destinées à accroître la transparence » (doc. N.U., S/RES/2161 (2014), § 11, et S/RES/2368 (2017) § 22), et son Comité contre le terrorisme indique une longue liste d'instruments donnant des « orientations » pour le contrôle des frontières en la matière (Doc. N.U., S/2019/998, Annexe, *Guide technique…*, préc., §§ 331-335)

[1671] Sur (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *R.G.D.I.P.*, t. 89 (1985), pp. 901-928, p. 915. En pratique, un conseiller juridique de l'Australie a pu parler des standards de *soft law* s'agissant de la détention de migrants comme relevant d'un « *international thinking* » à prendre en considération (Reilly (T.) (dir.), « Australian Practice in International Law 1993 », *A.Y.I.L.*, vol. 15 (1994), p. 546).

[1672] Op. ind. du juge Lauterpacht sous l'avis de la C.I.J., 1955 (7 juin), *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain*, *C.I.J. Rec.* 1955, p. 120 (nous soulignons). Ainsi, la qualification d'un flux par un document non contraignant issu d'un organe international comme étant inclus dans le régime protecteur du passage peut créer une présomption telle qu'elle « ne peut être écartée que pour les motifs les plus impérieux » de sorte que les autorités nationales « doivent donc lui accorder le plus grand poids », car « l'application *correcte* [du régime] en dépend » (C.I.J., 1999 (29 avr.), *Immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* (*avis consultatif*), *C.I.J. Rec.* 1999, p. 87, § 61 (nous soulignons)).

[1673] Hey (E.), « Making Sense of Soft Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 439 (2024), pp. 9-114, pp. 35-36. Notamment lorsqu'elle est plongée dans un milieu technique dont elle ignore la complexité mouvante, la règle de droit doit « s'imprégner de plus de "savoir" » (Boisson de Chazournes (L.), « Normes, standards et règles en droit international », *in* Brosset (E.) et Truilhé-Marengo (E.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, 334 p., pp. 43-56, p. 46 (à propos des standards types I.S.O). En pratique, v. le très parlant *Guide technique pour la mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) et d'autres résolutions pertinentes du Conseil de sécurité* élaboré par le Comité contre le terrorisme, qui décompose le contrôle des frontières en ce seul domaine en une multiplicité vertigineuse de questions qui sont autant de normes reformulées (doc. N.U., S/2019/998, Annexe, §§ 302-330).

[1674] La pensée de René-Jean Dupuy est le phare de cette acception, sur laquelle nous nous permettons le renvoi à notre étude partant de son « modèle institutionnel », « Un chemin vers l'empyrée ?... », *op. cit.*. Sur la délibération dans les organisations internationales, v. aussi Cahin (G.), « La variété des fonctions imparties aux organisations internationales », *in* Lagrange (E.) et Sorel (J.-M.), *Traité de droit des organisations internationales*, *op. cit.*, pp. 671-704, pp. 679-683, et Virally (M.), *L'Organisation mondiale*, Paris, Armand Colin, 1972, 587 p., pp. 157-175, et pour un exemple concret l'art. 1 *litt. e*) de la Constitution de l'Organisation internationale pour les migrations (*R.T.N.U.*, vol. 1560, I-2807).

[1675] Il s'agit notamment des Organisations mondiales du commerce (O.M.C.), des douanes (O.M.D.) de la santé (O.M.S.) ou encore de la santé animale (O.M.S.A.), de l'Organisation internationale pour les migrations (O.I.M.), de l'Agence internationale de l'énergie atomique (A.I.E.A.) et de l'Organisation de l'aviation civile internationale

internationale »[1676], du droit dérivé[1677] aux recommandations ou déclarations[1678] en passant par la négociation de traités multilatéraux[1679] et la publication de documents standardisés[1680]. D'autres groupes à la structure juridique moins précise participent également à cette densité normative[1681], tout comme les juridictions internationales, qui « substitu[ent] la certitude à l'incertitude sur la situation juridique existante »[1682] et développent ainsi la norme en « l'imprégnant de sens » par son application au cas concret de contrôle frontalier[1683], la jurisprudence devenant une référence de licéité qui là encore harmonise les contrôles[1684].

(O.A.C.I.), auxquelles peuvent être ajoutés les organes qui y sont rattachés, et ainsi du Haut-Commissariat sur les réfugiés (doc. N.U., A/RES/428 (V), Annexe, § 1), de la Commission du *Codex Alimentarius* (organe subsidiaire commun à la F.A.O. et à l'O.M.S. (*Codex Alimentarius Commission Procedural Manual*, 29e éd., 2024, Section 1, art. 1), du Conseil des droits de l'homme (doc. N.U., A/RES/60/251, § 1) ou encore des divers rapporteurs et groupes de travail sur les formes contemporaines de racisme, sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, sur les droits de l'homme des migrants, sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, sur la liberté de religion ou de conviction, et sur la détention arbitraire.

[1676] Bassani (G. L.), « La philosophie de l'organisation internationale d'aujourd'hui », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 22 (1966), pp. 17-30, p. 28.

[1677] Par ex. le Règlement (UE) n° 2019/1896 du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., ou les multiples résolutions du Conseil de sécurité mentionnées *infra*.

[1678] V. l'exemple topique des Pactes mondiaux sur les réfugiés (doc. N.U. A/RES/73/151 et A/73/12 (Part II)) et pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (doc. N.U., A/RES/73/195).

[1679] V. par ex. la productivité en la matière de l'Organisation mondiale des douanes, qui à travers l'orchestration de conventions « remplit fondamentalement son objectif d'"harmoniser" ou d'"uniformiser" la réglementation des processus douaniers dans le monde » (Juarez Allende (H. H.), *L'organisation mondiale des douanes. Passé, présent, futur*, Bruxelles, Bruylant, 2021, 415 p., p. 87, et pp. 85-97 sur les conventions conclues).

[1680] Ainsi du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises publié par l'Organisation mondiale des douanes (*ibid.*, pp. 159-172).

[1681] Ainsi du Processus de Kimberley, entente de 58 États et de l'Union européenne autour de la lutte contre le trafic de diamants issus de conflits armés, avec notamment l'établissement d'un mécanisme de certification repris dans les droits internes ; du Groupe des fournisseurs nucléaires et du Régime de contrôle de la technologie des missiles (M.T.C.R.) (v. à leur propos Gualtieri (D. S.) « The System of Non-proliferation Export Controls », *in* Shelton (D.) (dir.), *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, New York, Oxford University Press, 2000, xxvi-560 p., pp. 467-486) ; ou encore du Forum mondial sur les réfugiés (rencontre quadriennale appelée par l'Assemblée générale des Nations Unies dont la composition est très inclusive, v. Triggs (G.) et Wall (P.), « 'The Making of a Success': The Global Compact on Refugees and the Inaugural Global Refugee Forum », *I.J.R.L.*, vol. 32 (2020), pp. 283-339, spéc. pp. 325-327).

[1682] Morelli (G.), « La théorie générale du procès international », *R.C.A.D.I.*, vol. 61 (1937), pp. 253-373, p. 260 (à propos du différend qualifié de « juridique » aux termes d'une distinction qui peut ici être tue).

[1683] Von Bogdandy (A.) et Venzke (I.), « The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals », *in* Romano (C.), Alter (K.) et Shany (Y.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2013, xcii-975 p., pp. 503-522, p. 504. Dans cette idée, v. not. Abi-Saab (G.), « De la jurisprudence. Quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *in Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, xxxii-1436 p., pp. 19-26, qui parle d'un « effet d'accrétion normative » (p. 20).

[1684] Von Bogdandy (A.) et Venzke (I.), « The Spell of Precedents… », *op. cit.*, p. 504 ; Sacerdoti (G.), « La contribution de l'Organe d'appel de l'OMC à la construction du droit international économique : système commercial multilatéral, accords régionaux, droit de l'investissement », *R.G.D.I.P.*, t. 120 (2016), pp. 721-744, p. 726 souligne que l'interprétation de l'Organe d'appel « devient, en pratique, une *indication* de légalité pour la législation future de tous les membres » (nous soulignons) ; en matière de droits de l'homme, v. Giannopoulos (Chr.), *L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2019, 658 p., qui soutient une telle autorité au profit de la Cour motif pris de sa position d'interprète *authentique* du régime (spéc. pp. 113-179 sur ce point, avec une intéressante hésitation pour notre propos : l'interprétation authentique « permet *d'uniformiser – ou du moins d'harmoniser* – les différentes interprétations (…) » (p. 122,

436. La marge d'appréciation de l'État dans le contrôle de sa frontière en est d'autant réduite[1685] et les pratiques étatiques rapprochées, non nécessairement unifiées mais au moins harmonisées dans un certain « pluralisme ordonné » conceptualisé par Delmas-Marty[1686] : la diversité des contrôles frontaliers est maintenue dans l'ordonnancement du commun où chaque souveraineté territoriale demeure avec ses perceptions dans tout silence du droit international, mais ce pluralisme trouve un certain ordonnancement dans le liant normatif qui doit harmoniser les pratiques de contrôles frontaliers au service de la communauté dont ils font partie, car « si la marge est trop lâche, les éléments ne seront pas assez resserrés pour que l'on voie apparaître le schéma d'ensemble »[1687].

437. Le droit international harmonise ainsi les contrôles frontaliers, à deux niveaux et à deux degrés. À deux niveaux d'abord, car l'opération de contrôle est liée d'un côté s'agissant de l'appréciation qu'elle fait du flux et donc de l'*application* du droit, qui consiste dans la qualification du fait pour « établir les effets individuels » de la règle[1688], et de l'autre s'agissant de l'*exécution* de l'opération, saisie matérielle du flux « où le droit s'épuise dans sa construction du fait »[1689]. À deux degrés d'harmonisation ensuite, car à un premier degré le droit international guide au moins les États en leur donnant une référence commune qu'ils doivent considérer en contrôlant leur frontière (section 1) tandis qu'à un second degré, plus strict, lorsque la seule référence ne semble pas suffire, le droit international se substitue à l'État dans l'opération de contrôle frontalier en en déterminant directement l'appréciation ou l'exécution (section 2).

---

nous soulignons), et la conceptualisation de la *res interpretata* comme ayant une « force référentielle obligatoire » (p. 567)).

[1685] Au sens strict, la marge d'appréciation désigne une marge *reconnue* et donc protégée de l'État vis-à-vis de l'évaluation du tiers, comme l'illustre bien le droit européen des droits de l'homme (cette acception prétorienne est retenue dans la présentation générale de Cot (J.-P.), « Margin of Appreciation », *M.P.E.P.I.L.*, et fait l'objet d'un débat pour le moins agité sur son maniement incertain et orienté par le juge, comme le relève Burgorgue-Larsen (L.), *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme* in context. *La justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2e éd., 2023, 598 p., pp. 349-353). Nous retenons ici un sens large, désignant le curseur qui se meut sur la tessiture du spectre entre les deux pôles des pouvoirs discrétionnaire et lié, dans toute interprétation, donc dans toute application de régime juridique.

[1686] Pour un développement de la théorie, v. Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, Coll. « La couleur des idées », 308 p., spéc. pp. 26-32 pour une présentation.

[1687] Delmas-Marty (M.) et Izorche (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *R.I.D.C.*, vol. 52 (2000), pp. 753-780, p. 765.

[1688] Santulli (C.), *Introduction au droit international*, *op. cit.*, p. 137.

[1689] Santulli (C.), « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation. Éléments épars du statut international des sujets internes », *in* S.F.D.I., *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 2005, 170 p., pp. 85-98, p. 98. L'exécution du droit et celle du contrôle se chevauchent ici en grande partie et seront traitées ensemble, car l'exécution du contrôle ici pertinente est aussi celle du droit qui le détermine.

Section 1. L'harmonisation des contrôles frontaliers étatiques par le guide

438. Dans un premier temps, le droit international n'harmonise l'opération du contrôle frontalier qu'en le guidant : l'État reste l'acteur principal et est seulement entouré par des normes qui donnent un sens international à son champ d'action. C'est encore lui qui décide, mais sur une matière définie par des termes internationaux qui précisent comment entendre le flux protégé, la correction de son appréciation, les conditions d'efficacité de son contrôle, etc., de sorte que son pouvoir discrétionnaire se voit opposer une référence commune pour le raisonnement de droit international. L'harmonisation pousse ainsi l'idéal de rationalité du droit qui régit le contrôle frontalier en faisant reculer son indétermination[1690]. Cela, aux deux niveaux mentionnés dans l'annonce de chapitre, d'abord quant à l'appréciation du flux où le guide cherche à garantir que la règle rencontre bien le fait qu'elle vise (§ 1), ensuite quant à l'exécution du contrôle afin que sa réglementation trouve une réalisation pratique optimale (§ 2).

§ 1. Le guide du contrôle frontalier quant à l'appréciation du flux

439. L'appréciation du flux est d'abord guidée par la définition de son objet, où elle peut être étroitement corsetée par les détails posés à la qualification, à l'instar de la précision des documents exigibles de l'aéronef pour contrôler son innocuité[1691]. Toutefois, cela rejoint l'établissement des flux protégés ou à contrôler et est en soi peu intéressant une fois passé le constat d'une plus ou moins grande précision selon les cas. Plus intéressant est le guide posé à l'*établissement* de l'appréciation à partir d'un flux donné, dont ce guide vient en un sens enrichir la définition : le flux n'est plus seulement celui défini comme *x*, mais il est celui *correctement déterminé* comme relevant de *x*. Le contrôle frontalier est alors déterminé dans la manière d'apprécier. C'est le cas en matière scientifique, où le contrôle est astreint à une certaine

---

[1690] V. Brunet (Fr.), « La densification normative en droit, processus de rationalisation et de reconnaissance de la rationalité juridique », in Thibierge (C.) (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus,* Paris, Mare & Martin, 2013, xi-1204 p., pp. 143-154. L'idée de rationalité du droit en tant qu'elle a, en substance, vocation à supprimer tout pouvoir discrétionnaire au nom d'une Raison juridique, est bien exposée par Chevallier (J.), *L'État de droit*, *op. cit.*, pp. 57-64.

[1691] O.A.C.I., Annexe 9 à la Convention relative à l'aviation civile internationale, préc. : outre les définitions de « Documents sanitaires » et « Documents sanitaires normalisés » qui intègrent par renvoi l'activité de normalisation de l'O.M.S. (Chapitre 1), v. les paragraphes 2.6-2.14 (entrée et sortie des aéronefs), 2.35 (acceptation du document précisé à l'appendice 1 comme preuve de désinfection conforme aux procédures recommandées par l'O.M.S.), 3.5 (généralité sur l'entrée et sortie des personnes et de leurs bagages) et 3.11-3.30 (s'agissant des divers documents : passeports, visas de sortie et d'entrée ou de retour et cartes d'embarquement ou de débarquement), 4.11, 4.17 et 4.22 (renseignements exigés concernant les marchandises). L'appréciation est ainsi harmonisée en ce que ces documents conditionnent la qualification, mais l'est également l'exécution du contrôle dans le fait de n'*exiger* que ces documents.

méthode (A), mais aussi en d'autres matières où le droit pose des exigences propres à sa logique (B), ce qui dans les deux cas relève de l'idée de Raison, qui guide l'appréciation opérée[1692].

A. L'appréciation du flux selon la raison scientifique

440. La raison scientifique guide l'appréciation du flux en exigeant du contrôle une certaine objectivité conforme au terrain de la science sur lequel il entend se placer (1), ce qui se traduit faute de solution unique par l'imposition d'une *méthode* scientifique que l'État territorial doit suivre pour aboutir à sa décision (2).

1. Le contrôle guidé par l'exigence d'objectivité scientifique

441. La réglementation du contrôle frontalier admet que l'État territorial puisse opposer la défense de la santé ou de l'environnement face à certains flux juridiquement protégés, mais comment s'assurer du danger en pareil cas ? L'État peut-il se prévaloir d'une suspicion car il estime que le flux est risqué, sans plus de précision ou par la seule mention de l'origine et de l'allure du flux ? On voit que l'indétermination de l'appréciation serait ici une voie pour vider la protection du flux en pratique, et aussi le régime juridique protecteur peut-il exiger du contrôle frontalier qu'il soit fondé sur un argument pertinent pour la matière régie. S'il est question de science, le contrôle doit être opéré selon une raison scientifique. C'est ce que prévoient plusieurs régimes[1693], dont celui tiré de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord S.P.S.) dans le cadre de l'O.M.C. est le plus développé[1694]. La science

---

[1692] Sur *la* raison, v. Poirier (R.), « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *A.P.D.*, t. 23 « Formes de rationalité en droit » (1978), pp. 11-34, qui défend dans son étude l'unité foncière de la Raison au-delà de ses déclinaisons juridique et scientifique, *in fine* comme idéal, et la définit (sans méconnaître les multiples acceptions qui travaillent la notion) comme étant « d'un côté l'activité même de l'esprit lorsqu'il cherche à définir et à atteindre la Vérité d'une manière qui soit universellement valable, et d'un autre côté l'ensemble des méthodes et des normes auxquelles doit obéir cette activité », à la fois moyen et fin. Important pour les développements suivants, il l'oppose par exclusion aux « éléments "irrationnels" et subjectifs : les passions, les intérêts, les préjugés, les confiances aveugles, etc. » et la précise positivement comme « acceptation d'un certain nombre de règles propres à faire l'accord des esprits » (tout est cité de la page 14).

[1693] Ainsi de l'obligation d'une enquête préalable menée par le Membre de l'O.M.C. souhaitant édicter une mesure de sauvegarde, non scientifique *stricto sensu* mais à vocation scientifique car destinée à « expos[er] les constatations et les conclusions motivées (…) sur tous les points de fait et de droit pertinents » que l'État allègue (art. 3.1 de l'Accord sur les sauvegardes) et contrôlée dans sa rigueur par l'O.R.D. (v. not. Organe d'appel de l'O.R.D., 2001 (1er mai), *États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie*, WT/DS177/AB/R, §§ 102-106). Scientifique *stricto sensu* au même titre que le régime de l'Accord S.P.S. vu ci-dessous, le régime posé par le Protocole de Cartagena place aussi la science au cœur de l'appréciation régissant les mouvements transfrontières, d'organismes vivants modifiés dans son cas (Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, préc., spéc. art. 15 et Annexe III qui déterminent l'évaluation des risques s'insérant dans la décision d'importation).

[1694] L'obligation d'évaluation scientifique des risques auxquels la mesure répond est stipulée aux arts. 2.2 et 5.1 de l'Accord S.P.S. L'évaluation des risques a pour objet de fournir un « fondement scientifique » à la mesure S.P.S., qui élève la frontière contre les marchandises ainsi appréciées comme étant à risque.

y occupe un rôle central[1695] et pénètre ainsi le contrôle frontalier, astreint à démontrer l'objectivité de sa décision car émise au titre de la science, elle doit comme elle être « étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques respectables », et être, « en ce sens, *objectivement justifiable* »[1696], étrangère à l'arbitraire[1697]. Si le contrôle frontalier peut s'opposer à l'importation de viande issu d'animaux dopés aux hormones c'est que la science établit que cette viande est dangereuse au vu des circonstances de sa circulation, de même que s'il peut rejeter l'importation de pommes pour prémunir le territoire du feu bactérien c'est qu'il est démontré qu'elles sont susceptibles de l'y apporter. Le contrôle frontalier est ainsi déterminé par la raison scientifique, mais au vu du « risque pour les sociétés humaines telles qu'elles existent en réalité »[1698], de sorte qu'il peut aussi prendre en compte les erreurs de manutention dans le raisonnement scientifique pour apprécier le risque posé par le flux mal géré[1699]. La science guide donc le contrôle frontalier dans ses circonstances, à savoir dans le « monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent »[1700].

442. Mais quelle exigence imposer ici au contrôle frontalier, ou autrement dit quelle est la teneur de la raison scientifique ? Faut-il que l'État territorial trouve *la* solution scientifiquement valable, au nom d'*une* science par laquelle le contrôle serait déterminé à une seule modalité correcte ? La détermination du contrôle frontalier serait alors considérable mais guère réalisable, car l'objectivité scientifique ne peut totalement occulter la subjectivité humaine qui la produit et l'utilise jusque dans ledit contrôle. En effet la science reste ici maniée par l'État territorial et donc par le politique, qui lui donne du sens et une volonté[1701]. Plus encore, elle

---

[1695] Organe d'appel de l'O.R.D., 2015 (4 juin), *Inde – Produits agricoles*, préc., § 5.20 (et jurisprudence citée), qui parle du « rôle important donné à la science tout au long de l'Accord SPS ». Il est particulièrement visible dans l'obligation d'évaluer les risques de l'art. 5.1 et dans celle de se fonder sur des « preuves scientifiques suffisantes » de l'art. 2.2., « essentielles pour maintenir l'équilibre fragile qui a été soigneusement négocié dans l'Accord SPS entre les intérêts partagés quoique parfois divergents qui consistent à promouvoir le commerce international et à protéger la vie et la santé des êtres humains » (Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (16 jan.), *CE – Hormones*, préc., § 177).

[1696] Organe d'appel de l'O.R.D., 2008 (16 oct.), *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS320/AB/R, § 590 (nous soulignons), repris par le Japon devant la C.I.J., 2014 (31 mars), *Chasse à la baleine*, préc., p. 254, § 66 (et méconnu par la Cour selon le juge Owada qui, se référant au droit de l'Accord S.P.S. qui sert ici de référence, le retourne comme pare-feu défendant l'examen juridictionnel d'une décision remplissant ces critères s'agissant de sa *teneur* scientifiquement débattue (op. diss., pp. 312-317)).

[1697] C'est dans cette optique que le Secrétaire d'État français chargé du commerce extérieur a pu déclarer peu après l'élaboration du régime en question que l'appel au jugement des scientifiques et le renvoi par l'O.M.C. à des normes édictées dans des enceintes spécialisées « offrent des garanties contre des mesures arbitraires, unilatérales et discriminatoires de la part de nos partenaires à l'encontre de nos propres produits » (discours à l'Assemblée nationale du 26 octobre 1999, reproduit *in A.F.D.I.*, t. 45 (1999), p. 863).

[1698] Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (16 jan.), *CE – Hormones*, préc., § 187.

[1699] Groupe spécial de l'O.R.D., 2003 (15 juil.), *Japon – Pommes*, préc., § 8.160.

[1700] Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (16 jan.), *CE – Hormones*, préc., § 187.

[1701] Crottet (Br.), *L'OMC et la protection de la santé publique*, Th. Paris II, 2010, dir. Leben (Ch.), 624 p., p. 209, note 46 : il n'y a pas « démarche scientifique en soi, mais (…) démarche politique faisant intervenir de manière

reste une affaire humaine, sujette elle-même à des insuffisances comme le reconnaît l'article 5.7 de l'Accord S.P.S. qui autorise le contrôle en pareil cas[1702]. Le recours à la science ne permet donc pas d'établir un contrôle commun purement automatique qui serait entièrement déterminé par une raison objective, ce que confirment en fait des protestations des Membres comme celle du Japon lorsqu'il dénonce la négation d'un « certain pouvoir discrétionnaire » d'appréciation scientifique du contrôle frontalier à opérer, écartée au profit de l'avis d'experts sollicités par le Groupe spécial[1703]. C'est pourquoi le contrôle frontalier n'est ici que guidé et que la raison scientifique n'est pas établie par la conformité à un résultat dit vrai ou objectif. Elle l'est plutôt par la conformité à un moyen, c'est-à-dire par l'utilisation d'une méthode qui atteste la fiabilité du résultat et donc son opposabilité pour fonder le contrôle frontalier.

2. Le contrôle guidé par l'imposition d'une méthode scientifique

443. Faute d'imposer un résultat scientifique au contrôle frontalier, le droit international lui impose ici une méthode par laquelle il doit démontrer sa rationalité scientifique, car le terme « scientifique » implique d'abord que « les preuves à considérer devraient être les preuves *recueillies suivant des méthodes scientifiques*, ce qui exclut par-là même les renseignements

prépondérante les éléments scientifiques » (à propos de l'évaluation des risques dans l'Accord S.P.S.). Dans le même sens, v. généralement l'étude de l'expert par Ríos Rodriguez (J.), *L'expert en droit international*, Paris, Pedone, 2010, xviii-362 p., pp. 15-16 et Reuter (P.), « Techniciens et politiques dans l'organisation internationale », *in Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, 643 p., pp. 151-165, spéc. p. 152, qui tous deux soulignent que l'expert est un *moyen* (connaissance technique) en vue d'une *fin* (politique) et sa subordination à celle-ci.

[1702] Il ne peut cependant servir à *contredire* la science (Groupe spécial de l'O.R.D., 2003 (15 juil.), *Japon – Pommes*, préc., §§ 8.216 et 8.219), ni à agir dans sa seule *incertitude* (Organe d'appel de l'O.R.D., 2003 (26 nov.), *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/AB/R, § 184), et peut seulement « être invoqué dans des situations où l'on n'[a] pas ou peu de preuves dignes de foi sur la question considérée » (Groupe spécial de l'O.R.D., 2003 (15 juil.), *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/R, § 8.219). C'est donc seulement une « soupape de sécurité temporaire » en cas d'impossibilité de passer par les exigences des articles 2.2 et 5.1 de l'Accord (Organe d'appel de l'O.R.D., 2008 (16 oct.), *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS321/AB/R, § 678 (cite la communication du Canada en tant qu'intimé, § 114)), qui n'écarte d'ailleurs aucunement la science dans la mesure où elle sert à établir sa propre lacune (Organe d'appel de l'O.R.D., 2008 (16 oct.), *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS321/AB/R, § 677), et où le Membre doit s'efforcer de la rendre plus loquace en déployant des recherches scientifiques sur la situation (art. 5.7).

[1703] Communication du Japon en tant qu'appelant dans l'affaire, *Japon – Pommes* (Organe d'appel de l'O.R.D., 2003 (26 nov.), préc., cité par le rapport au paragraphe 150). De même s'agissant de l'affaire sur le *Bœuf aux hormones* dans laquelle l'Organe d'appel avait confirmé la non-conformité des mesures S.P.S. adoptées par les Communautés européennes. En réaction, avec de nouveaux rapports scientifiques à l'appui, celles-ci ont refusé de lever l'embargo sur la viande aux hormones, et le ministre français des Affaires étrangères d'argumenter que « les informations émanant du rapport du comité scientifique vétérinaire nous imposent de maintenir l'interdiction communautaire, y compris dans sa composante externe. Dès l'instant où *nous estimons* disposer de résultats scientifiques apportant des éléments nouveaux et probants, ce sont, en effet, les préoccupations de santé publique qui doivent primer » (Réponse du ministre français des Affaires étrangères au Sénat, *J.O. Sénat*, 17 juin 1999, p. 2040, reproduite *in A.F.D.I.*, t. 45 (1999), pp. 861-862 (nous soulignons)).

qui ne sont pas obtenus par une méthode scientifique »[1704]. Le juge international étudiera en conséquence si le fondement scientifique du contrôle frontalier « provient d'une source respectée et compétente » et a « la rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considéré comme des données scientifiques dignes de foi »[1705]. Cela peut supposer la prise en compte obligatoire de certains critères qui conditionnent le sérieux de l'évaluation[1706], mais indique surtout le suivi d'un « processus caractérisé par une analyse et un examen systématiques rigoureux et objectifs, c'est-à-dire une méthode d'étude et d'analyse des faits et des avis »[1707], défini par un raisonnement séquencé[1708] et l'utilisation de techniques adéquates[1709]. La méthode est en dernier lieu collée au plus près des faits particuliers dont elle organise l'appréciation, pour n'imputer au flux que ce qu'il véhicule précisément[1710]. Par

---

[1704] Groupe spécial de l'O.R.D., 2003 (15 juil.), *Japon – Pommes*, préc., § 8.92 (interprétation de l'art. 2.2 de l'Accord SPS)**.** Dans le même sens, le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique définit d'abord l'évaluation des risques comme étant entreprise « selon des *méthodes* scientifiquement éprouvées » (*R.T.N.U.*, vol. 2226, A-30619, art. 15 § 1 (nous soulignons)).

[1705] Organe d'appel de l'O.R.D., 2008 (16 oct.), *Canada – Maintien de la suspension*, préc., § 591 ; repris par l'Organe d'appel de l'O.R.D., 2010 (29 nov.), *Australie – Pommes*, préc., § 214 et 2015 (4 juin), *Inde – Produits agricoles*, préc., § 5.27.

[1706] L'art. 5.2 l'Accord S.P.S. en fournit une liste non-exhaustive (Organe d'appel de l'O.R.D., 2008 (16 oct.), *Canada – Maintien de la suspension*, préc., § 544, en l'espèce l'Organe d'appel admet la prise en considération par le Membre des risques « d'utilisation impropre et abusive » dans la pratique vétérinaire d'administration d'hormones aux bovins dans l'évaluation des risques opérée (§ 555)). V. aussi le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques, préc., Annexe III, § 9, ou encore l'art. 4.2 *litt.* a) de l'Accord sur les sauvegardes.

[1707] Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (16 jan.), *CE – Hormones*, préc., § 187 ; Organe d'appel de l'O.R.D., 2010 (29 nov.), *Australie – Pommes*, préc., § 207.

[1708] S'agissant de l'évaluation du risque (phyto)sanitaire, les trois étapes sont l'identification de la maladie et de ses conséquences, leur probabilité (qui n'équivaut pas à une simple « possibilité » d'entrée (Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (20 oct.), *Australie – Saumons*, préc., § 123, repris constamment depuis) respective d'entrée et de réalisation sur le territoire, et l'effet qu'auraient les mesures (phyto)sanitaires envisageables pour les contrer (*ibid.*, § 121).

[1709] Dans le régime de l'Accord S.P.S., ces techniques sont d'abord identifiées comme étant celles mises au point par les organisations internationales compétentes (art. 5.1 de l'Accord S.P.S.) – où revient avec éclat la portée normative des « normes » intrinsèquement non contraignantes. Par exemple, à propos du « feu bactérien » touchant les pommes, les Membres doivent se référer aux « Normes internationales pour les mesures phytosanitaires » pertinentes produites par la Commission des mesures phytosanitaires, organe exécutif de la Convention internationale pour la protection des végétaux (Groupe spécial de l'O.R.D., 2003 (15 juil.), *Japon – Pommes*, préc., § 8.242). L'obligation est toutefois assez souple, l'Organe d'appel considérant que l'art. 5.1 n'oblige pas le Membre à fonder l'évaluation des risques sur ces techniques élaborées par les organisations internationales ou à s'y conformer, mais que la référence à ces techniques est simplement « utile » en cas de différend (Organe d'appel de l'O.R.D., 2010 (29 nov.), *Australie – Pommes*, préc., § 246), car elles fournissent un langage commun aux différentes parties, aussi bien au Membre exportateur visé qu'aux membres de l'O.R.D. C'est donc seulement leur « prise en compte » qui est obligatoire (Organe d'appel de l'O.R.D., 2008 (16 oct.), *Canada – Maintien de la suspension*, préc., § 503).

[1710] Plus précisément, le risque « ne peut habituellement être compris seulement comme étant lié à la maladie ou aux effets négatifs qui peuvent en résulter », mais doit associer ceux-ci « à un antécédent ou à une cause » (Organe d'appel de l'O.R.D., 2003 (26 nov.), *Japon – Pommes*, préc., § 202, note 372 ; repris ensuite, v. Organe d'appel de l'O.R.D., 2015 (4 juin), *Inde – Produits agricoles*, préc., § 5.27 note 302). L'Organe d'appel ajoute à titre d'exemple que « la référence abstraite au "risque de cancer" n'a pas de signification, en elle-même et à elle seule, dans le cadre de l'Accord SPS ; mais si l'on fait référence au "risque de cancer résultant du tabagisme", le risque particulier prend une dimension concrète » (*Japon – Pommes*, préc., § 202, note 372).

exemple, souhaitant se prémunir contre les risques cancérogènes dus à des hormones injectées à des bœufs dont la viande allait pénétrer leur marché, les Communautés européennes devaient évaluer le risque posé non pas par les hormones *per se*, mais par la viande en tant qu'elle comporte des résidus de ces hormones car c'est à elle que la frontière s'oppose[1711]. Sans davantage entrer dans le détail technique de la correction scientifique, on voit bien ici que l'appréciation n'est plus discrétionnaire mais au contraire astreinte à être structurée, éprouvée, soutenue par les solides étais des preuves tangibles auxquels l'évaluation aboutit[1712]. S'il n'est pas déterminé quant à sa décision, le contrôle l'est quant au moyen d'y arriver au vu de la rationalité scientifique telle que garantie par le droit, et donc finalement d'une raison juridique qui s'applique au scientifique et qu'il s'agit désormais d'étudier pour elle-même.

B. L'appréciation du flux selon la raison juridique

444. La science n'est pas le seul domaine où l'appréciation peut être guidée par des exigences rationnelles. Dans d'autres matières, la raison juridique s'impose au contrôle frontalier appréciant les flux (1), à travers de multiples exigences qui tendent à s'assurer de la correction de la décision de contrôle (2).

1. L'exigence de rationalité juridique posée au contrôle frontalier

445. L'idée de raison juridique peut revêtir bien des formes[1713]. Elle est ici employée par opposition à la discrétionnalité du pouvoir de l'État, pour souligner l'idée d'un pouvoir lié par les critères et conditions qui entourent l'appréciation du flux en tant qu'opération intellectuelle liant un fait à une catégorie juridique. La raison juridique exprime ainsi l'exigence posée au contrôle frontalier de « bien penser » lorsqu'il est face à un flux[1714], c'est-à-dire de l'apprécier selon ce que le droit international exige de l'application de ses règles. D'abord exigée en pratique par la bonne foi et la prohibition fondamentale de l'arbitraire, dans le sens où une mauvaise appréciation prive la règle d'effectivité et donc vide le droit de sa raison d'être comme il sera dit dans quelques lignes, la raison juridique trouve ici un terrain privilégié dans le droit international des droits de l'homme. En effet celui-ci est fondé sur l'idée du droit comme écran

---

[1711] Organe d'appel de l'O.R.D., 2008 (16 oct.), *Canada – Maintien de la suspension*, préc., § 559.
[1712] Groupe spécial de l'O.R.D., 2003 (15 juil.), *Japon – Pommes*, préc., §§ 8.93 sur l'exigence de « preuves » qui « exclut par essence non seulement les renseignements insuffisamment étayés, mais aussi des éléments tels que des hypothèses non démontrées ». Alors, le Groupe spécial doit finalement contrôler si les conclusions que tire le raisonnement du Membre sont « suffisamment étayées par les preuves scientifiques utilisées » de sorte qu'il est « objectif et cohérent » (Organe d'appel de l'O.R.D., 2008 (16 oct.), *Canada – Maintien de la suspension*, préc., § 591 ; Organe d'appel de l'O.R.D., 2010 (29 nov.), *Australie – Pommes*, préc., § 215).
[1713] V. Villey (M.), « Préface historique » *in A.P.D.*, t. 23 « Formes de rationalité du droit », 1978, pp. 1-10.
[1714] Poirier (R.), « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *op. cit.*, p. 14, parle de la Raison comme « effort pour *bien* penser » (nous soulignons).

nécessaire entre l'individu et le pouvoir de l'État, de sorte que la « prééminence » du droit est une « notion inhérente » du régime[1715] qui impose que le comportement étatique soit imprégné de raison juridique. L'exigence de fondement légal en est une expression première dont doit partir l'appréciation : le contrôle frontalier doit être fondé en droit dès lors qu'il porte atteinte à un intérêt protégé de l'individu, et sur du droit d'une qualité suffisante pour contraindre effectivement le pouvoir étatique et ainsi présenter une réelle garantie pour l'individu[1716]. Ainsi la loi qui permet de bloquer l'émigration d'un individu motif pris de ce qu'il est « socialement dangereux » confère certes formellement une base légale au contrôle, mais trop indéterminée pour assurer la rationalité de la décision qui l'applique au cas d'espèce[1717].

446. Mais même ainsi fondée sur le droit, l'appréciation du flux doit encore montrer sa rationalité dans toute l'application de la réglementation du contrôle frontalier. En effet nous avons vu dans la première partie que le droit international exige la considération de l'intérêt qu'il protège face au contrôle[1718], et ce de manière effective car c'est la raison d'être de cette protection que d'être traduite dans les faits[1719], de sorte qu'elle ne saurait voir son effet sapé par une appréciation errante qui viderait la considération ainsi exigée. Autrement dit, une appréciation irrationnelle méconnaîtrait l'objet dernier de la règle, le fait qui fait face au contrôle frontalier, et reviendrait à dévitaliser cette règle en la privant de la qualification nécessaire à son accomplissement. Partant, la raison juridique et ses expressions ne flottent pas dans un sentiment diffus de justice, mais émanent d'un régime précis qu'elles développent en exprimant ses conséquences pour le contrôle frontalier. Les garanties procédurales qui détaillent la rationalité exigée du contrôle frontalier trouvent là leur fondement[1720], dans

---

[1715] Selon une position constante de la C.E.D.H. (v. par ex. 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, préc., § 91). Sur l'État de droit comme concept imprégnée de libéralisme, v. Chevallier (J.), « Les aspects idéologiques de l'État de droit », *in* S.F.D.I., *L'État de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, 447 p., pp. 69-80, et sur son lien avec la raison juridique v. du même auteur *L'État de droit*, *op. cit.*, spéc. pp. 57-64.

[1716] V. de manière générale Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 699-700 et 706-708.

[1717] C.E.D.H., 2017 (23 févr.), *De Tommaso c. Italie*, préc., §§ 107-126.

[1718] Cela a été vu comme fondant la prohibition de l'arbitraire, qui est précisément le mépris antinomique de cette considération (1re partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

[1719] La position de la C.E.D.H. est constante et traverse les différentes situations : « l'objet et le but de la Convention appellent à comprendre et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives, et non théoriques et illusoires, dans leur application au cas d'espèce » (v. par ex. 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, préc., § 162).

[1720] En conséquence, ces garanties dépendent de l'applicabilité du régime qu'elles développent ainsi, notamment s'agissant du lien de juridiction qui, pour les droits de l'homme, peut conditionner l'opposabilité du tout en l'espèce (*supra*, 1re partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 § 2 ; v. not. C.E.D.H., 2020 (5 mai), *M. N. et a. c. Belgique*, préc., § 125 : pas de méconnaissance des articles 3 et 13 de la Convention en l'absence de juridiction sur les requérants ayant demandé des visas à une ambassade belge). Les exigences procédurales de la rationalité sont donc favorisées lorsqu'elles sont arrimées à un droit bénéficiant d'une large opposabilité, notamment en ce qu'il exige essentiellement lui aussi un traitement procédural (v. C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children*

l'effectivité de la règle protectrice qui exige une bonne considération de l'intérêt qu'elle couvre. C'est de cette exigence, première, que découlent des exigences, qui la traduisent.

2. Les exigences de la rationalité juridique posées au contrôle frontalier

447. En substance, le contrôle rationnel doit considérer le tiers qui se présente à la frontière, et ne doit donc pas être *aveugle*[1721]. Cela suppose d'abord que ce tiers soit réellement considéré et non déterminé *a priori* par l'État, dont le contrôle frontalier ne peut plaquer une préconception au flux qu'il apprécie. Ainsi le migrant ne peut être rejeté par une présomption infondée, et lorsque la Hongrie plaide l'abus de droit par des migrants qualifiés d'économiques et qui se feraient passer pour des réfugiés, la Cour européenne des droits de l'homme peut souligner qu'en l'absence d'examen au fond de la demande d'asile, « il est impossible de savoir si l'intéressé risque de subir des traitements contraires à l'article 3 dans son pays d'origine ou s'il s'agit simplement d'un migrant économique », de sorte qu'au titre de la Convention c'est « uniquement à l'issue d'une *procédure prévue par la loi* et donnant lieu à une *décision en droit* que les autorités peuvent formuler à cet égard un constat sur lequel elles peuvent s'appuyer » pour contrôler la frontière[1722]. De même les migrants ne sauraient être rejetés par une mesure généralisée, ce que souligne une note de la direction de droit international public du ministère des Affaires étrangères suisse qui, à propos d'un *Executive Order* du président étatsunien portant interdiction d'entrer sur le territoire pour tous les ressortissants de certains États visés, souligne que par une telle « interdiction générale d'entrée, *qui exclut tout examen cas par cas*, les États-Unis se soustraient (…) à l'engagement de principe, assumé par la communauté des États, de protéger les réfugiés contre la persécution »[1723]. Le droit européen des droits de

---

in the context of migration…, préc., § 245 : la Cour établit que les garanties du *due process* sont applicables à la demande d'asile, en conséquence de la présence du droit de chercher et recevoir asile dans le système interaméricain des droits de l'homme (§ 261, la Cour conclut son propos sur les garanties procédurales en les rattachant expressément aux articles 22 § 7 de la Convention et XXVII de la Déclaration ; v. aussi C.I.D.H., 2018 (30 mai), *The institution of asylum and its recognition as a human right in the inter-American protection system*, préc., § 122 : le droit de chercher asile suppose celui de pouvoir formuler une demande et qu'elle soit correctement traitée par les autorités nationales)).

[1721] La définition de Poirier (R.), « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *op. cit.*, revient ici avec éclat en ce qu'aux « éléments "irrationnels" et subjectifs : les passions, les intérêts, les préjugés, les confiances aveugles, etc. », tous éléments qui escamotent la pensée en la court-circuitant et privent l'autre d'une considération sincère car ils le déterminent *a priori*.

[1722] C.E.D.H., 2019 (21 nov.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, préc., § 137. Dans le même sens, le H.C.R. défend que « [e]very refugee is, initially also an asylum applicant; therefore, to protect refugees, asylum applicants must be treated on the assumption that they may be refugees until their status has been determined » (1997, *Note on the principle of non-refoulement*, C)).

[1723] Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 2017 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 28, n° 4 (2018), p. 568 (nous soulignons)). Elle ajoute au même endroit que « [s]i tous les États agissaient comme font les États-Unis, le droit d'être protégé des persécutions serait complètement vidé de son sens, ce qui serait, selon nous, contraire à l'objet et au but de la convention relative aux réfugiés. »

l'homme vise d'ailleurs précisément un tel rejet en interdisant l'expulsion collective d'étrangers en tant que groupe, c'est-à-dire sans examen particulier de ses membres[1724].

448. L'appréciation doit donc procéder d'une évaluation spécifique, que les textes contenant ou précisant l'obligation le prévoient ou que le juge qui applique l'obligation l'exige pour lui donner effet[1725]. Cela établi, le droit international peut encore préciser les garanties pour s'assurer que l'évaluation spécifique soit effective et donne pleine considération à l'individu par son écoute éclairée[1726]. Ainsi l'individu doit être entendu par le contrôle frontalier[1727], mais doit aussi être éclairé afin qu'il puisse s'exprimer en droit et informer ce contrôle, ce qui suppose de lui donner les motifs de la mesure qui le vise[1728] ainsi que de le doter d'une assistance juridique et linguistique, particulièrement pertinente en matière migratoire[1729]. De

---

[1724] Art. 4 du Protocole n° 4 à la Convention E.D.H. Appliquée par la C.E.D.H. au cas du contrôle des frontières par la voie d'une interprétation large de la notion d' « expulsion » (C.E.D.H., 2020 (13 févr.), *N.D. et N.T. c. Espagne*, préc., §§ 184-185, s'agissant d'une présence irrégulière découlant du franchissement d'une clôture de Melilla ; mais aussi avant l'entrée effective sur le territoire (C.E.D.H., 2014 (21 oct.), *Sharifi et a. c. Italie et Grèce*, req. n° 16643/09, § 212) et jusqu'au rejet en haute mer (C.E.D.H., 2012 (23 févr.), *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, préc., §§ 173-180)), l'interdiction oblige l'État à « préserver la possibilité, pour chacun des étrangers en cause, d'invoquer des risques de traitements incompatibles avec la Convention et notamment avec son article 3 en cas de renvoi » (*N.D. et N.T.*, § 198), ce qui implique qu'il effectue un examen correct réalisé de manière « réelle et différenciée » de chaque situation particulière (*Sharifi*, § 214) sans que cela oblige à procéder systématiquement à l'examen individuel tant que la possibilité d'un tel examen reste ouverte (C.E.D.H., 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, préc., § 248 (*contra* op. en partie dissidente du juge Serghides, § 11)).

[1725] V. particulièrement sur l'obligation de non-refoulement, doc. N.U., A/HRC/37/50, 23 nov. 2018, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, § 39 ; Comité exécutif du H.C.R., 2001, *Note sur la protection internationale*, doc. N.U. A/AC.96/951, § 86 ; Comité contre la torture, *Observation générale n° 4 (2017) sur l'application de l'article 3 de la Convention…*, préc., §§ 43 et 46-47 ; C.I.D.H., 2013 (25 nov.), *Pacheco Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia*, préc., §§ 136 et 154 ; C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., §§ 80-81 (pour la demande de protection), 232 (pour le non-refoulement) et 252 (pour la demande d'asile)). Pour d'autres droits, v. par ex. l'illicéité d'une sanction automatique qui, prohibant la sortie du territoire sans examen de la situation de l'intéressé, vide la mesure de sa pertinence et mène à rejeter sa nécessité (C.E.D.H., 2012 (27 nov.), *Stamose c. Bulgarie*, préc., §§ 35-36), où l'on retrouve l'examen de la nécessité vu dans la première partie.

[1726] Le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugié*, préc., établi par le H.C.R., pp. 44-46, §§ 190-202, est tout entier tourné vers l'écoute réelle et circonstanciée du demandeur d'asile au vu des difficultés propres à sa situation.

[1727] Pour un fondement précis sur les garanties judiciaires, v. l'application de l'art. 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (pertinent pour les migrations car il ne se cantonne pas au civil et au pénal mais vise « tout autre domaine », dont l'administratif) par la C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., §§ 122-123.

[1728] V. not. pour la détention l'art. 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, et dans un contexte migratoire les arrêts de la C.E.D.H. de 2008 (29 jan.), *Saadi c. Royaume-Uni*, préc., §§ 84-85 et de 2018 (25 jan.), *J.R. et a. c. Grèce*, préc., §§ 122-124 ; pour le droit à la vie familiale, C.D.H., 2014 (23 juil.), *Ilyasov c. Kazakhstan*, préc., § 7.5.

[1729] C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, préc., § 132 ; C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., §§ 124-131 ; doc. N.U., A/RES/43/173, 1988 (9 déc.), *Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, principes 17 et 18 ; doc. N.U., A/HRC/39/45, 2 juillet 2018, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Annexe, préc., § 35 ; Comité exécutif du H.C.R., 1977, *Conclusion sur la détermination du statut de réfugié*, n° 8 (XXVIII), doc. N.U. A/32/12/Add.1, *litt*. e) iv) ; Comité contre la torture, *Observation générale n° 4 (2017) sur l'application de l'article 3 de la Convention*, doc. N.U. CAT/C/GC/4, § 18 *litt.* b) et c)).

son côté, pour assurer la réception de ces informations, nécessaire au raisonnement, le contrôle frontalier doit être ici mené par des agents formés[1730] et – faut-il désormais ajouter – humains, car la technologie infiltre le contrôle des frontières et si l'« appréciation » qu'elle opère peut être individuelle, elle est en revanche privée de la raison juridique qui, ancrée dans l'esprit humain auteur du droit, commence par l'empathie nécessaire à la considération de l'Autre qui se présente à la frontière[1731].

449. C'est ainsi que les exigences de la raison juridique tendent à garantir un contrôle *éclairé* par un raisonnement rigoureux, qui pourra finalement être éprouvé par le mécanisme du recours contre la décision de contrôle frontalier[1732]. Sous tous ces aspects le contrôle frontalier est guidé et son pouvoir est lié dans le sens où il ne peut tomber dans la négligence que permettrait un

---

[1730] C'est le versant très concret de la raison juridique, qui suppose son acquisition par la formation en droit, sans quoi l'appréciation reste insatisfaisante ; v. Comité exécutif du H.C.R., *Conclusion sur la détermination du statut de réfugié*, n° 8 (XXVIII), préc., *litt*. e) i) ; H.C.R., 2001, *Asylum processes (fair and efficient asylum procedures)*, doc. N.U. EC/GC/01/12§ 23 ; Comité exécutif du H.C.R., 2003, *Conclusion sur les garanties de protection dans les mesures d'interception*, n° 97 (LIV), doc. N.U., A/AC.96.987, viii) ; Comité contre la torture, *Observation générale n° 4 (2017) sur l'application de l'article 3 de la Convention*, préc., § 18 *litt*. e). Dans la pratique étatique, v. par ex. le chapitre 2 du plan d'action joint à la Déclaration du Brésil sur les réfugiés, déplacés et apatrides en Amérique latine et dans les Caraïbes du 3 décembre 2014, qui prévoit l'amélioration de la qualité des procédures de détermination du statut à l'aide de deux programmes, « *Quality Asylum* » et « *Border of Solidarity and Safety* ».

[1731] V. le très riche rapport de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, portant sur les technologies numériques et le contrôle des frontières (2020, doc. N.U. A/75/590), qui souligne qu'une telle technologie ne peut être « neutre » et réplique bien plutôt les biais de ses créateurs et les conséquences de son paramétrages à grande échelle. La Rapporteuse y relève une pratique de recours à ces technologies allant *crescendo* au détriment des garanties de fond et de procédure pour les migrants (§ 19), dont le système « iBorderCtrl » projeté par l'Union européenne fournit une illustration très nette, avec son détecteur de mensonge automatisé et sa fonction de remplacement des garde-frontières humains par un système de reconnaissance faciale cherchant à repérer les expressions anormales chez les voyageurs (qui, faut-il le rappeler, pour certains fuient une situation qui n'a rien de *normal*) pendant qu'ils répondent à une série de questions (§ 39) (le projet relevait de la recherche et « innovation » et est désormais clos, le nom de domaine qu'il occupait jusqu'alors (<https://iborderctrl.eu>) étant désormais occupé par un blog privé ; il réside désormais dans l'arsenal européen de contrôle de la frontière). V. aussi le document de Molnar (P.) et Gill (L.) conjoint à l'université de Toronto et à The Citizen Lab, *Bots at the Gate. A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System*, 2018, 80 p. (disponible en ligne), et la critique du *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Le recours aux services de sociétés militaires…*, préc., doc. N.U., A/HRC/45/9, §§ 39-45)**.**

[1732] Pour des dispositions générales outre le cas spécifique de la détention, v. not. les arts. 2 § 3 du Pacte international sur les droits civils et politiques, 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, 23 de la Charte arabe. Là encore, particulièrement dans le contexte migratoire, l'individu doit être éclairé par une assistance afin que le recours soit effectif (C.E.D.H., 2014 (21 oct.), *Sharifi et a. c. Italie et Grèce*, préc., §§ 167-168 et 177-178). Comme les garanties procédurales jusqu'ici mentionnées, le droit au recours est conditionné à l'opposabilité des droits en cause lorsqu'il existe en *réponse* à leur violation (not. dans le régime de la Convention européenne des droits de l'homme) et notamment à l'existence d'un lien de juridiction (v. not. C.E.D.H., 2020 (5 mai), *M. N. et a. c. Belgique*, préc., où l'art. 13 est écarté avec l'opposabilité des arts. 3 et 6 en l'espèce). Ailleurs, un droit de recours est également prévu en matière douanière (*R.T.N.U.*, vol. 2370, A-13561, Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (amendée, 1999), Annexe générale, §§ 10.1-10.12 ; Accord sur la facilitation des échanges, préc., art. 4).

pouvoir discrétionnaire. Les exigences de la raison déterminent ainsi le contrôle quant à l'appréciation du flux qu'il opère, mais aussi quant à son exécution où la raison reste sous-jacente dans la recherche d'un optimum.

§ 2. Le guide du contrôle frontalier quant à son exécution

450. Une fois guidé dans son appréciation, le contrôle frontalier doit encore l'être quant à son exécution car il peut aussi léser des intérêts internationalement protégés par la saisie physique du sujet qui les véhicule. D'un côté le contrôle frontalier est perçu comme une entrave qu'il s'agit de limiter[1733], et guider l'exécution du contrôle consiste ainsi à s'assurer qu'il ne déborde pas en opérations superflues (A). Mais de l'autre côté, le contrôle frontalier est aussi un vecteur de la protection des intérêts internationaux qu'il préserve de flux néfastes contrôlés et arrêtés, et le droit international vise alors à guider les modalités de l'effectivité du contrôle (B). C'est selon cette distinction qu'il convient d'étudier ce point, étant entendu que les deux aspects peuvent se recouper dans l'unité du contrôle frontalier, à la fois entrave et protection, comme le montre par exemple le Cadre de normes SAFE établi par l'Organisation mondiale des douanes, qui cherche à « établir des normes qui assurent *la facilitation et la sûreté* de la chaîne logistique à l'échelon mondial »[1734].

A. La limitation de l'entrave du contrôle frontalier

451. Perçue comme entrave, l'opération de contrôle frontalier est d'abord limitée en ce qu'elle bloque la circulation. En effet, si la licéité du blocage en lui-même ne concerne pas le présent propos car c'est la décision qui fonde le blocage plus que son exécution qui est alors en jeu, l'opération de contrôle est ici précisée par une obligation assez ancienne de notifier le blocage afin d'en atténuer les répercussions néfastes, d'abord appliquée aux ports[1735] et

---

[1733] Il est entendu que le contrôle peut aussi être limité pour protéger le contenu du flux, conjuguée au critère de nécessité selon ce qui a été établi dans la première partie : le contrôle est limité par l'opposition de l'intérêt tiers, par exemple la dignité du migrant qu'il saisit, dont la protection exige que l'atteinte qui lui est portée se cantonne au nécessaire, ce qui condamne toute atteinte ou destruction superflue. Cela peut faire l'objet d'une harmonisation par le droit international, lorsqu'il fournit des standards d'évaluation d'une telle atteinte à l'instar de la détention conforme à la dignité humaine (v. not. les doc. N.U., A/RES/45/111, 14 déc. 1990, *Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus*, A/RES/45/113, 14 déc. 1990, *Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté*, et A/RES/70/175, 2015 (17 déc.), *Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela)*, qui tissent un faisceau d'indices pouvant guider le contrôle en identifiant les atteintes qui dépassent son but d'immobilisation du migrant).

[1734] Éd. 2021, p. 2, nous soulignons.

[1735] La condition est ancienne s'agissant de la fermeture des ports en temps de guerre, et fut répétée en doctrine comme une limite au pouvoir absolu de fermeture bien qu'elle ne limite en rien la *possibilité* de fermeture (ce qui relève du pouvoir absolu, établi au premier chapitre de cette étude) mais seulement ses modalités (par ex. Scalieris (E.), *L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État côtier en droit de la mer*, *op. cit.*, p. 48 ; elle réside dans la S.A., 1843 (30 nov.), *Portendick* (*France c. Grande-Bretagne*), *in* La Pradelle (A. de) et Politis (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les Éditions internationales, 1957, 2e éd., t. I, liv-863 p., pp. 512-544, dont la

désormais aussi à la frontière aérienne comme a pu l'invoquer le Qatar contre la fermeture soudaine de plusieurs espaces aériens à son égard[1736].

452. Mais l'opération de contrôle frontalier est ici surtout guidée au regard du ralentissement qu'elle peut causer pour les circulations mondiales, où l'idée d'entrave revêt son sens propre. Le temps est compté et l'efficience doit guider le contrôle frontalier, d'abord en matière de droits de l'homme car l'attente lèse l'individu par l'incertitude et la non-jouissance de son droit[1737], ensuite et particulièrement dans le domaine des transports et du commerce où la rapidité est constamment recherchée[1738]. Le droit adopté au sein de l'Organisation mondiale du commerce, de l'Organisation de l'aviation civile internationale, et de l'Organisation mondiale des douanes sont ici des plus pertinents. L'opération de contrôle est ainsi réduite à la portion congrue, élaguée de toutes les précautions et formalités perçues comme autant de lourdeurs[1739],

---

décision n'est pas motivée (p. 526) et perdure comme cas classique par sa répétition et le raisonnement de responsabilité pour dommage indûment causé qui lui est prêté (commentant la sentence, Fauchille raisonne en termes d'opposition entre droit de conservation et droit de commerce mutuel, le premier primant mais devant préserver l'autre dans la mesure du possible, pp. 532-535) ; v. aussi S.A., 1870 (1er août), *Fermeture de Buenos-Ayres (Argentine c. Grande-Bretagne)*, *in* La Pradelle (A. de) et Politis (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les Éditions internationales, 2e éd., t. II, xxxviii-1046 p., pp. 637-667, l'arbitre considère la (non-)notification du point de vue de la licéité de la fermeture *per se* de son port par l'Argentine et l'écarte car elle n'est pas une condition (p. 659), ce que critiquent les commentateurs qui soulignent que la notification relève de la responsabilité au vu de « l'inutilité du préjudice causé au commerce de bonne foi » et doit être retenue en ce sens (pp. 665-666)).

[1736] Argument fondé sur les annexes 13 et 15 à la Convention de Chicago (Contre-mémoire de l'État du Qatar en l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'O.A.C.I. en vertu de l'article 84 de la Convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)*, 2019 (25 févr.), vol. I, pp. 8-10, §§ 2.5-2.12, et Duplique en la même affaire, 2019 (29 juil.), vol. I, pp. 6-7, §§ 2.7-2.10).

[1737] La Cour européenne des droits de l'homme considère à propos des exigences procédurales contenues dans le droit à la vie familiale que « la qualité du processus décisionnel dépend spécialement de la célérité avec laquelle l'État agit » (C.E.D.H., 2014 (10 juil.), *Tanda-Muzinga c. France*, préc., § 68 ; C.E.D.H., 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, préc., § 138) ; v. aussi sur les réfugiés la position du H.C.R., 2001, *Asylum processes*, préc., § 48, et particulièrement sur leur regroupement familial les positions du H.C.R., 1998, *Conclusion générale sur la protection internationale*, n° 85 (XLIX), doc. N.U. A/53/12/Add.1, *litt.* w) et du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, juin 2017, *Réaliser le droit au regroupement familial des réfugiés en Europe*, p. 5, §§ 1-2.

[1738] V. par ex. l'Organisation mondiale des douanes qui souligne « la pression sans cesse croissante en vue de réduire les coûts et les délais des flux des marchandises aux frontières » comme poussant son travail à l'actualisation fréquente (*Guide permettant de mesurer le temps nécessaire pour la mainlevée des marchandises*, version 3, 2018, p. 6, § 2), et les Membres de l'O.M.C. se disant « [d]ésireux (…) d'*accélérer encore le mouvement*, la mainlevée et le dédouanement des marchandises » (Accord sur la facilitation des échanges, préc., préambule, al. 3, nous soulignons).

[1739] O.A.C.I., Annexe 9 à la Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., § 1.2, *litt.* b), sur les modalités de contrôle comme pouvant causer des « désagréments » à réduire ; le G.A.T.T., art. V.3, parle de délais ou restrictions « inutiles », et pose en son art. VIII § 1 *litt.* c) la nécessité de « réduire au minimum les effets et la complexité des formalités » ce qui fait de celles-ci de possibles restrictions illicites (Organe d'appel de l'O.R.D., 2015 (15 jan.), *Argentine – Mesures affectant l'importation de marchandises*, WT/DS438/AB/R, WT/DS444/AB/R, WT/DS445/AB/R, § 5.233).

harmonisée car les disparités sont signe d'entrave[1740], et l'État est sommé de s'en tenir au nécessaire pour éviter toute attente qui déborderait en retard injustifié[1741]. La cible principale est le temps nécessaire au contrôle, qui doit, lui et les modalités qui l'étendent, être réduit au minimum[1742], ce qui est accentué par une évaluation et une recherche d'amélioration constante de l'efficacité en la matière, sur tous les aspects opérationnels du contrôle[1743]. Cela est parfaitement illustré par le *Guide permettant de mesurer le temps nécessaire pour la mainlevée des marchandises* élaboré par l'Organisation mondiale des douanes[1744]. Les paramètres sont ici multiples et leur technicité ne doit pas retenir le présent propos outre mesure. Un exemple suffit et réside dans l'idée de « gestion des risques »[1745], qui doit être usée pour trier efficacement le bon grain de l'ivraie et concentrer les efforts de contrôle au « risqué », pour laisser couler la circulation dont l'innocuité est ainsi présumée dans le non-risqué, par exemple lorsque l'État contrôlant sa frontière entend opérer une désinsectisation ou une désinfection d'un aéronef, ce qui assurément ralentit celui-ci[1746]. Les efforts se concentrant ainsi sur le risque, l'efficacité du

---

[1740] Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers, préc., préambule, al. 2 ; l'Accord sur la facilitation des échanges tend aussi à limiter le nombre des documents exigibles et promeut à cet égard la référence aux normes internationales (R.T.N.U., vol. 3247, A-31874, art. 10 §§ 2.1 et 3).

[1741] L'expression de « retard injustifié » est notamment utilisée à l'annexe C de l'Accord S.P.S., § 1 *litt.* a), interprétée par le Groupe spécial de l'O.R.D., 2015 (24 juil.), *États-Unis – Animaux*, préc., §§ 7.113-7.119, comme devant découler d'une inaction ou d'une incapacité du Membre, et non de la seule durée qui peut être longue et justifiée au vu de la complexité d'un cas.

[1742] O.A.C.I., Annexe 9 à la Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., § 1.2 *litt.* a) ; Convention internationale pour la protection des végétaux, préc., art. VII § 2 *litt.* e) ; Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers, préc., Annexe générale, § 6.2.

[1743] V. la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (préc., spéc. annexe générale, chapitres 3 et 6, et l'annexe spécifique A (arrivée des marchandises sur le territoire douanier)), ainsi que le *Guide permettant de mesurer le temps nécessaire pour la mainlevée des marchandises* établi par l'O.M.D. (dit « Étude sur le temps nécessaire pour la mainlevée » (ETNM)), schémas pp. 11, 15-17 ; l'étude censée guider le contrôle des frontières dans toute sa spécificité concrète est quant à elle établie au cas par cas pour les membres qui la demandent (pp. 25-40)).

[1744] L'instrument vise à « mesurer avec précision la *performance* des processus frontaliers relatifs aux flux commerciaux (…) et permet de repérer les goulets d'étranglement de façon à pouvoir élaborer et appliquer correctement les décisions de politique appropriées destinées à *améliorer la performance* », pour « évaluer l'efficacité » dans une optique « d'amélioration continue » (préc., pp. 9-10 et 13, §§ 10, 14 et 28, nous soulignons ; v. aussi le § 21 aux pages 11-12 pour une liste des objectifs du Guide, tous convergeant encore dans l'idée de performance). Ailleurs, l'Accord sur la facilitation des échanges (préc.) poursuit cette recherche d'amélioration en organisant une procédure de contrôle mutuel multilatérale où chaque Membre peut commenter le droit douanier de chaque autre qui est obligé de répondre sauf exception (arts. 2 et 3), en encourageant les Membres à recourir à l'Étude de l'O.M.D. (art. 7 § 6.1), en obligeant l'examen de la pertinence des formalités exigées (art. 10 § 1.1).

[1745] O.A.C.I., Annexe 9 à la Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., § 1.3, cette gestion étant définie au chapitre 1 de l'annexe comme l'« [a]pplication systématique de procédures et pratiques de gestion qui donnent aux organismes d'inspection frontalière les renseignements nécessaires pour s'occuper des mouvements ou expéditions qui représentent un risque » ; Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers, préc., Annexe générale, §§ 6.3-6.4 ; Accord sur la facilitation des échanges, préc., art. 7, § 4.

[1746] O.A.C.I., Annexe 9 à la Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., respectivement §§ 2.23 et § 2.31. *Idem* dans le cas du contrôle des marchandises, le principe est que l'État n'exige pas systématiquement de vérification matérielle des marchandises mais utilise la gestion des risques pour déterminer celles devant en faire l'objet (*ibid.*, § 4.6).

contrôle pour arrêter le néfaste est également accrue[1747], ce qui poursuit aussi l'effectivité du contrôle sur laquelle il convient désormais de se pencher.

B. La garantie de l'effectivité du contrôle frontalier

453. Le droit international a surtout intérêt à l'effectivité du contrôle frontalier lorsqu'il lui enjoint de s'exécuter, de sorte que l'harmonisation des modalités d'exécution du contrôle est un développement de l'obligation de l'opérer. En conséquence, l'harmonisation recoupe les ressources du contrôle frontalier que nous avons identifiées dans le chapitre précédent comme éléments du contrôle frontalier diligent, à savoir la connaissance (1) et les moyens de l'action (2), tous deux précisés par les normes du « bon contrôle » contenues dans le droit international.

1. La précision de la connaissance exigée du contrôle frontalier

454. L'effectivité du contrôle de la frontière exige qu'il soit doté d'une surveillance des flux, et ce dans les trois temps de la circulation : en amont du flux, lors de sa saisie, et en aval de sa circulation[1748]. Le droit international précise d'abord cela en amont lorsqu'il indique le marquage des armes afin de les identifier et permettre leur traçage[1749], ou la surveillance des documents de voyage en circulation[1750] et leur retrait le cas échéant[1751]. À la frontière même, lors de la saisie des flux, ceux-ci devront ensuite être inspectés, et ainsi de l'inspection de

---

[1747] *R.T.N.U.*, vol. 3161, I-54133, Accord relatif aux mesures du ressort de l'État du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, art. 12 § 3 (les navires objets de l'inspection sont en priorité ceux qui ne sont pas autorisés à entrer ou à utiliser le port, visés par d'autres États, ou objets de sérieux soupçons) ; Doc. N.U., A/RES/57/239, 31 janvier 2003, *Création d'une culture mondiale de la cybersécurité*, annexe, *litt.* f) ; A.I.E.A., Détection de matières radioactives aux frontières, doc. A.I.E.A. IAEA-TECDOC-1312/F, § 3 (évaluation stratégique de la nécessité d'une surveillance aux frontières) ; O.M.D., *Cadre de normes SAFE*, préc., spéc. pp. 8 et 14-15.

[1748] Sur la saisie juridique de ces trois temps, v. Bergé (J.-S.), *Les situations en mouvement et le droit*, *op. cit.*, p. 60.

[1749] Doc. N.U., S/RES/2153 (2014), § 10 (Côte d'Ivoire) ; Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu…, préc., art. 8 ; Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes, préc., art. VI § 1.

[1750] Doc. N.U., S/RES/2178 (2014), § 2 : un contrôle diligent implique que les États « surveill[ent] de près la délivrance de documents d'identité et de voyage, et [prennent] des mesures visant à empêcher la falsification de documents d'identité et de voyage, la fabrication de faux et l'utilisation frauduleuse de tels documents » (lutte contre le terrorisme).

[1751] Doc. N.U., S/RES/2368 (2017), § 31, les États doivent « veiller (…) à ce que les passeports et autres documents de voyage faux, falsifiés, volés ou perdus soient dès que possible annulés et retirés de la circulation » (lutte contre le terrorisme). Il existe dans la même veine une obligation d'annuler le visa de personnes impliquées dans le trafic d'êtres humains (Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes…, préc., art. 11 § 5 ; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, préc., art. 11 § 5).

navires dans les ports[1752] et de chargements quittant le territoire[1753], ou plus spécifiquement du contrôle de l'état sanitaire d'individus[1754], véhicules[1755] ou objets[1756], ou encore du contrôle d'individus soupçonnés de terrorisme[1757]. Enfin en aval, l'État doit aussi développer sa connaissance afin d'évaluer la dangerosité du flux au vu de son aboutissement, ce qui suppose de rechercher les informations sur l'utilisation ou le destinataire finals d'un objet[1758]. Ce dernier cas est particulièrement prégnant en matière d'exportation d'armes, où les États doivent « évalue[r], de manière objective et non discriminatoire, en tenant compte de tout élément utile », si le flux est destiné à léser certains intérêts internationalement protégés[1759], ce qui se

[1752] Accord relatif aux mesures du ressort de l'État du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, préc., arts. 12 sur l'obligation d'inspection et 13 sur son efficacité (qualité et mandat des inspecteurs).
[1753] Doc. N.U., S/RES/1874 (2009), § 11 (inspection des chargements en partance pour et à destination de la République populaire démocratique de Corée afin d'exécuter le régime de sanctions la frappant).
[1754] Sanitary Convention, signée à Washington le 14 octobre 1905, entrée en vigueur le 1er mars 1909, texte reproduit *in The American Journal of International Law*, vol. 3 (1909), Supplement, pp. 237-251, arts. XXI § 1 (peste) et XXVI § 1 (choléra) ; The Pan American Sanitary Code, préc., arts. 42 § 3 (choléra), 43 § 3 (fièvre jaune) et 45 § 4 (typhus) ; O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 18 § 1.
[1755] The Pan American Sanitary Code, préc., art. 39 et 61 (navire et aéronef) ; O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 18 § 2.
[1756] O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., arts. 18 § 2 (mesure pouvant figurer dans une recommandation) et 32 §§ 1 et 3 (obligation vis-à-vis des conteneurs) ; Convention internationale pour la protection des végétaux, préc., art. IV § 2 *litt.* c).
[1757] Doc. N.U., S/RES/2396 (2017), § 4 ; Doc. N.U., S/2019/998, Annexe, *Guide technique pour la mise en œuvre de la résolution 1373…*, préc., § 293 (communication aux postes frontières des informations sur les combattants « connus, présumés ou potentiels »).
[1758] Doc. N.U. UNEP/CHW.15/5/Add.1/Rev.1, *Manuel pratique à la Convention de Bâle…*, préc., partie IV A), l'État exportateur devrait par exemple identifier préalablement la méthode qui sera utilisée pour l'élimination des déchets (§13 *litt.* a)), savoir si l'État d'importation a en place des mesures efficaces de contrôle de la pollution (§ 17 *litt.* a)), peut exiger un audit indépendant de l'installation d'élimination (§ 20), et recourir à un faisceau d'information précisé (§ 22) ; en matière nucléaire, l'État doit « consulter les destinataires potentiels pour s'assurer de la destination exclusivement pacifique » (Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, doc. N.S.G. INFCIRC/254/Rev.14/Part 1, 29 nov. 2019, § 6 *litt.* b) (en plus de l'exigence d'engagement pacifique disposée par le *litt.* a) iv))
[1759] Traité sur le commerce des armes, préc., art. 7 § 1. À partir de cet élément général, les régimes sont nombreux et comportent des variations, v. Accord sur les directives en matière de transferts de matériels et technologies relatifs aux missiles, *in I.L.M.*, vol. XXVI-3 (1987), pp. 599-613, point 3 D) (évaluation de l'utilisation finale) ; Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu…, préc., art. 10 § 3, le « destinataire final » figure dans les informations minimum requises. En revanche, le Traité sur le commerce des armes se contente d'obliger l'État importateur à fournir les « informations utiles et pertinentes » en précisant que celles-ci « peuvent comprendre » le destinataire final (Traité sur le commerce des armes, préc., art. 8 § 1), recul souligné par la doctrine (Simonet (L.), *Le traité sur le commerce des armes. Genèse, analyse, enjeux, perspectives du premier instrument juridique consacré à la réglementation des transferts internationaux d'armes conventionnelles*, Paris, Pedone, 2015, 220 p., p. 75.) ; Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, préc., art. 3 § 2 *litt.* b) iii) (pour l'exportation vers un État non-partie).

manifeste par l'exigence de certificats d'utilisation finale[1760], assurances de non-réexportation[1761] ou garanties sur les retransferts[1762].

455. Parallèlement à ce séquençage en trois temps, le droit international précise également les moyens qui doivent être mobilisés pour réaliser l'action de surveillance, notamment la mise en place d'un système de collecte d'informations utilisé dans la lutte contre le terrorisme[1763] et en matière sanitaire[1764]. Avec ces moyens le droit international précise aussi des méthodes, comme la coopération des acteurs de la circulation pour opérer la surveillance, particulièrement en matière de produits dangereux et de criminalité transnationale ou terrorisme. À travers un échange mutuel, l'État territorial doit ainsi communiquer des informations aux acteurs non

---

[1760] Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2007(I) », *C.J.I.L.*, vol. 7 (2008), p. 490 ; Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2013 », *C.J.I.L.*, vol. 13 (2014), p. 437 ; Baek (B. S.) *et al.*, « State practice of Asian States in the field of international law », *As.Y.I.L.*, vol. 20 (2014), pp. 285-286 (Japon) ; Hartmann (J.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2013 », *B.Y.I.L.*, vol. 84 (2013), p. 891 (s'agissant de transferts à destination d'Israël) ; Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, préc., § 6 *litt.* a).

[1761] Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2007(I) », *C.J.I.L.*, vol. 7 (2008), p. 490 ; Baek (B. S.) *et al.*, « State practice of Asian States in the field of international law », *As.Y.I.L.*, vol. 20 (2014), pp. 285-286 (Japon) ; Hartmann (J.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2013 », *B.Y.I.L.*, vol. 84 (2013), p. 891 (s'agissant de transferts à destination d'Israël) ; Réponse du ministre français des Affaires étrangères à une question écrite de M. Rocard, n° 28095, *J.O. A.N.*, 10 juin 1973, p. 327, reproduite *in A.F.D.I.*, t. 19 (1973), p. 1028 ; Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, préc., § 6 *litt.* a) iv).

[1762] Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, préc., §§ 7 (condition du consentement préalable) et 9 (exigence d'assurance de limitation des retransferts à des destinataires présentant les mêmes garanties que le destinataire initial (*litt.* a) et d)), et à condition du consentement préalable du fournisseur (*litt.* b) et c)).

[1763] Il y a une obligation d'« élaborer et mettre en œuvre des systèmes de collecte de données biométriques, y compris aux ports d'entrée (…) pour identifier de manière responsable et correcte les terroristes », qui « pourraient comprendre la capture des empreintes digitales, la prise de photographies, la reconnaissance faciale, et d'autres systèmes de saisie de données biométriques, pour identifier de manière responsable et correcte les terroristes » (doc. N.U., S/RES/2396 (2017), § 15 ; Doc. N.U., S/2019/998, Annexe, *Guide technique pour la mise en œuvre de la résolution 1373…*, préc., §§ 295-297). Les différents traités régionaux abondent dans ce sens en enjoignant aux États de « mettre au point et renforcer les méthodes de surveillance et de détection des plans ou activités transfrontalières » de matériel et « les méthodes de contrôle et de surveillance des frontières » pour prévenir toute infiltration d'individu impliqué dans le terrorisme (*R.T.N.U.*, vol. 2219, I-39464, Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 4 § 2 *litt.* b) et c) ; Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international, texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p., pp. 450-468, art. 3 § II) A) 3) et 4) ; Convention arabe relative à la répression du terrorisme, texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p., pp. 385-402, art. 3 § I) 3) et 4)). Par exemple le Canada a instauré un mécanisme de collecte d'informations lors du départ de son territoire motif pris que cette collecte « would be an important new tool for our national security agencies » dans l'optique de « [c]ombatting the phenomenon of Canadians participating in terrorist activities abroad » (Logvin (A.) et Ositashvili (R.), « Canadian practice in international law in 2017 », *A.Can.D.I.*, vol. 55 (2017), p. 504).

[1764] Le Règlement sanitaire international dispose que tout État partie « acquiert (…) et maintient (…) la capacité de détecter, d'évaluer, de notifier et de déclarer des événements [liés aux pandémies] » (O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 5 § 1), ce qui suppose qu'il détienne des moyens minimum sur la surveillance et l'opération qui sont précisés à l'annexe 1 partie A) du Règlement ; Accord de l'OMS sur les pandémies, art. 6 § 3 (doc. O.M.S., WHA78.1).

étatiques impliqués dans les circulations internationales[1765], dont il est exigé en retour qu'ils transmettent leurs propres informations sur les passagers[1766].

2. La précision des moyens exigés du contrôle frontalier

456. Quant aux moyens du contrôle, il s'agira d'en guider l'organisation, à l'instar d'une limitation du nombre de points d'entrée et de sortie pour pouvoir faire face aux flux[1767] ou de la désignation de points en fonction de leur capacité à contrôler les flux[1768], et de guider son arsenal, qu'il soit dans la mesure du possible doté de ressources suffisantes[1769] et d'agents formés[1770]. Au sein de ces généralités, une infrastructure et des moyens particuliers peuvent

---

[1765] Hartmann (J.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2012 », *B.Y.I.L.*, vol. 83 (2012), p. 688 (les autorités « work actively to improve business awareness of the controls which apply to the exports of waste » afin d'appliquer la Convention de Bâle de 1989) ; *R.T.N.U.*, vol. 2244, n° 39973, Multilatéral, Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (avec annexes). Rotterdam, 10 septembre 1998. Entrée en vigueur le 24 février 2004, art. 11 § 1 *litt.* a) (obligation de l'État exportateur de communiquer dans l'ordre interne aux personnes concernées les réponses sur le consentement ou non des États importateurs) ; dans la lutte contre le terrorisme, il s'agit de « communiquer au secteur privé (…) les informations enregistrées dans leurs bases de données nationales concernant les pièces d'identité ou documents de voyage faux, falsifiés, volés ou perdus qui relèvent de leur compétence nationale » (doc. N.U., S/RES/2161 (2014), § 17 ; S/RES/2253 (2015), § 29 ; S/RES/2368 (2017), § 35).

[1766] Une telle obligation pesant sur les compagnies aériennes est née d'un dialogue entre le Conseil de sécurité et l'Organisation de l'aviation civile internationale (O.A.C.I.). Forte de l'*invitation* aux États faite par le Conseil visant à exiger un tel comportement des compagnies aériennes (doc. N.U., S/RES/2178 (2014), § 9, réaffirmé par S/RES/2309 (2016), § 6, *litt.* g), et S/RES/2368 (2017), § 35), l'O.A.C.I. a édicté une norme selon laquelle « [c]haque État contractant mettra en place un système de renseignements préalables concernant les voyageurs (RPCV) » (O.A.C.I., Annexe 9 à la Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., p. 9-1, § 9.7), ce système consistant dans un « [s]ystème électronique de communication consistant à collecter des éléments de données requis, à les transmettre aux services de contrôle frontalier avant le départ ou l'arrivée des vols et à les mettre à disposition à la première inspection au point d'entrée » (*ibid.*, p. 1-6). Sur cette base, le Conseil de sécurité transforme l'essai en demandant désormais aux États de faire respecter les obligations incombant aux transporteurs « en application des normes et pratiques recommandées de l'Organisation de l'aviation civile internationale » (doc. N.U., S/RES/2482 (2019), § 15, *litt.* c) (criminalité transnationale et terrorisme)), et s'y réfère lorsqu'il énonce l'obligation des États d'« exiger des compagnies aériennes opérant sur leur territoire qu'elles communiquent à l'avance aux autorités nationales compétentes des informations sur les passagers afin de détecter le départ de leur territoire, ou la tentative d'entrée sur leur territoire ou de transit par leur territoire, à bord d'appareils civils, de combattants terroristes étrangers et de personnes désignées par le Comité » (doc. N.U., S/RES/2396 (2017), § 11).

[1767] *R.T.S.N.*, vol. 8, n° 222, Convention internationale de l'opium, art. 2 ; *R.T.S.N.*, vol. 81, n° 1845, Convention internationale de l'opium adoptée par la deuxième Conférence de l'opium (Société des Nations), art. 3 ; *R.T.N.U.*, vol. 2101, I-36508, Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, art. 6 § 7.

[1768] International sanitary convention for aerial navigation, texte reproduit *in A.J.I.L.*, vol. 31 (1937), Supplement, pp. 28-47, arts. 4 et 5 (aéroports) ; O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 20 §§ 1 (aéroports et ports) et 4 (prévoit une possible certification par l'O.M.S. de la capacité des points d'entrée désignés à assumer les fonctions que leur assigne le Règlement) et art. 21 (postes-frontières).

[1769] V. not. la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international, préc., art. 4 § 2. En particulier, alimenter les moyens technologiques est primordial en matière de contrôle comme le souligne l'O.A.C.I., 2017, *Plan pour la sûreté de l'aviation dans le monde*, chapitre 4, § 3 « Améliorer les ressources technologiques et encourager l'innovation ».

[1770] Doc. N.U., S/RES/2482 (2019), § 15 *litt.* a), le Conseil de sécurité demande aux États « de renforcer la gestion de leurs frontières, notamment grâce à des actions de sensibilisation, de formation et de renforcement des capacités des personnels chargés des contrôles aux frontières » ; *R.T.N.U.*, vol. 2815, I-49374, Convention contre le

être nécessaires afin de faire face à certains types de flux, car chercher par exemple de la radioactivité[1771] ne suppose assurément pas les mêmes équipements que contrôler des documents possiblement frauduleux[1772]. C'est une caractéristique du Règlement sanitaire international à cet égard que de répondre à une logique de capacité plus que d'action pour lutter contre les flux épidémiques : les États sont d'abord obligés non pas d'agir mais *d'être en mesure* d'agir face à un risque sanitaire, ce qui à la frontière consiste à doter les points d'entrée et de sortie d'équipements médicaux pour assurer des mesures prophylactiques[1773] et à conserver « la capacité de réagir rapidement et efficacement en cas de risque pour la santé publique et d'urgence de santé publique de portée internationale »[1774]. On voit ainsi que le flux concerné peut faire varier le type de précision quant aux moyens, ce qui est confirmé par la variation des techniques d'exécution du contrôle, qui peuvent faire l'objet d'une grande précision dans les matières techniques où le filtre de l'innocuité requiert une certaine subtilité, et ainsi là encore de la détection de la radioactivité[1775], tandis que dans l'état d'incertitude du sanitaire face à l'invisible, les mesures peuvent être moins subtiles et requérir quelques précautions comme

terrorisme de l'Organisation de Shanghai pour la coopération, art. 7 § 2 al. 4) ; Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale, préc., art. 3 §§ 4 et 6 ; Doc. N.U., S/RES/2331 (2016), § 3 *litt.* a) (invite les États à former des agents de police des frontières pour lutter contre le trafic d'êtres humains) et S/2019/998, Annexe, *Guide technique pour la mise en œuvre de la résolution 1373*, préc., § 303 *litt.* f) à j) ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, préc., art. 9 § 2 *litt.* b), c), d), e), g) et h) ; Convention internationale pour la protection des végétaux, préc., art. IV § 2 *litt.* h) ; Accord relatif aux mesures du ressort de l'État du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, préc., art. 17 et annexe E (formation des inspecteurs) ; Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, préc., art. 5 ; O.A.C.I., 2017, *Plan pour la sûreté de l'aviation dans le monde*, chapitre 4, § 2 « Développer une culture de sûreté et des capacités humaines en sûreté ».

[1771] V. not. A.I.E.A., Détection de matières radioactives aux frontières, préc., § 4 (choix des instruments, selon leur mobilité et leur sensibilité aux rayonnements permettant de détecter la radioactivité, susceptibles d'être étouffés par le contenant du produit ce qui commande certains instruments sensibles pour un contrôle efficace).

[1772] Doc. N.U., S/2019/998, Annexe, *Guide technique pour la mise en œuvre de la résolution 1373…*, préc., § 304 *litt.* b) (moyens de prévenir et détecter l'utilisation frauduleuse de documents d'identité et de voyage).

[1773] International sanitary convention for aerial navigation, préc., arts. 3 et 5 ; O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 19 *litt.* a), et Annexe 1 B) qui précise les capacités requises.

[1774] O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 13 § 1.

[1775] A.I.E.A., Détection de matières radioactives aux frontières, préc., § 8 (méthode de localisation de matières radioactives, par ex. le détecteur doit être passé à la surface de la personne, colis ou véhicule, et lentement afin d'améliorer la sensibilité de l'instrument, le document allant jusqu'à la précision qu'une vitesse d'environ 20 cm s^{-1} est raisonnable au vu de l'exigence de rapidité du contrôle (§8.1), ou encore il est recommandé de fouiller la plate-forme des camions même si elle semble vide, car un conteneur de matières radioactives pourrait y être arrimé par en-dessous (§8.4.5)) ; A.I.E.A., Intervention en cas de détection de mouvements fortuits ou de trafic illicite de matières radioactives, doc. A.I.E.A. IAEA-TECDOC-1313/F, § 2.2 (cas où une intervention « s'impose », par exemple en cas de déclenchement d'une alarme justifiée de radioactivité à une frontière).

l'isolement des malades (suspectés)[1776] ou des biens et véhicules[1777], la désinfection des objets[1778] ou du véhicule[1779], ou encore la vaccination des individus[1780].

457. Des moyens d'action juridique plus que matérielle peuvent enfin être forgés à côté de l'opération du douanier. Ainsi du système de licences d'exportation ou d'importation, « régime de contrôle national »[1781] qui permet à l'État de faire entrer le flux dans son champ décisionnel en soumettant sa circulation à une approbation préalable, ce qui est beaucoup utilisé s'agissant du commerce des armes[1782], des sources radioactives[1783], des biens culturels[1784], des produits jugés à risque[1785], des espèces sauvages[1786], ou encore des sources de pollution[1787]. Ainsi aussi

---

[1776] Sanitary Convention, préc., arts. XXI § 2 (peste) et XXVI § 2 (choléra) ; The Pan American Sanitary Code, préc., arts. 41 § 2 (peste), 42 § 2 (choléra), 43 § 2 (fièvre jaune), 44 § 2 (variole) et 45 § 2 (typhus) ; O.M.S., *Règlement sanitaire international* (2005) (3e éd., 2016), art. 18 § 1.

[1777] O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 18 § 2.

[1778] Sanitary Convention, préc., arts. XXI § 4 (peste) et XXVI § 4 (choléra) ; The Pan American Sanitary Code, préc., art. 40 ; O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 18 § 2 ; Convention internationale pour la protection des végétaux, préc., art. IV § 2 *litt.* d).

[1779] Sanitary Convention, préc., arts. XXI §§ 5 et 6 (navire portant la peste) et XXVI §§ 5 et 6 (choléra) ; The Pan American Sanitary Code, préc., art. 40 (et arts. 41-45 pour les mesures précises selon la maladie envisagée) ; O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 18 § 2 (mesure pouvant faire l'objet d'une recommandation) et Annexe 5 § 2 (obligation de désinsectisation et d'élimination d'autres vecteurs de maladies à transmission vectorielle pour les moyens de transport en provenance de zones à risque désignées par l'O.M.S.).

[1780] The Pan American Sanitary Code, préc., art. 44 § 3 (individus à bord d'un navire portant la variole) ; O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 18 § 1.

[1781] Selon l'expression de l'art. 5 § 2 du Traité sur le commerce des armes (préc.). V. Casey-Maslen (St.), « Article 5. General Implementation » *in* Casey-Maslen (St.) *et al.*, *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016, xxviii-502 p., pp. 164-176, spéc. p. 169.

[1782] Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu…, préc., art. 10 ; Traité sur le commerce des armes, préc., arts 7 et 8 ; Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu…, préc., art. IX § 1. Dans la pratique, v. not. Hu (Q.), « Chinese practice in international law : 2002 », *C.J.I.L.*, vol. 2 (2003), pp. 671-675 (concernant les armes de destruction massive ; la Chine souligne que ce faisant elle s'aligne avec les exigences du droit international, p. 675) ; Chen (Q.), « Chinese practice in international law : 2003 », *C.J.I.L.*, vol. 3 (2004), pp. 329-330 (matériel et technologies sensibles) ; Baek (B. S.) *et al.*, « State practice of Asian States in the field of international law », *As.Y.I.L.*, vol. 20 (2014), pp. 285-286 (Japon à propos des équipements et technologies de défense) ; Jiménez Piernas (C.) *et al.*, « Spanish diplomatic and parliamentary practice in public international law, 1995 and 1996 », *S.Y.I.L.*, vol. 4 (1995-1996), pp. 239-240 ; France, Conseil d'État, 1988 (19 fév.), *Société Robatel SLPI*, *I.L.R.* vol. 106, pp. 192-197, (prohibition d'exportation d'équipement nucléaire par des sociétés à des États tiers) ; Apostolaki (M.), Methymaki (E.), Musto (C.), et Tzanakopoulos (A.), « United Kingdom materials on international law 2016 », *B.Y.I.L.*, vol. 87 (2016), pp. 665-670.

[1783] A.I.E.A., Orientations pour l'importation et l'exportation de sources radioactives, éd. 2012, doc. A.I.E.A. IAEA/CODEOC/IMO-EXP/2012, § 6 ; Nuclear Suppliers Group, *Directives applicables aux transferts d'équipements, de matières et de logiciels à double usage dans le domaine nucléaire, ainsi que de technologies connexes*, doc. N.S.G., INFCIRC/254/Rev.12/Part 2, 29 juil. 2022, § 4.

[1784] Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, préc., art. 6 *litt.* a) (obligation d'instituer un certificat autorisant l'exportation).

[1785] Convention internationale de l'opium adoptée par la deuxième Conférence de l'opium, préc., arts. 12 et 13 ; Convention unique sur les stupéfiants de 1961, préc., art. 31 § 3 ; *R.T.S.N.* vol. 42, n° 1033, Convention pour la répression de la contrebande des marchandises alcooliques, art. 3.

[1786] Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, préc., arts. III-V.

[1787] Supposée par les régimes des Conventions de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux (préc., art. 4 ; v. l'exemple de l'application en droit suisse de la première, Nguyen (M. S.), « La gestion des déchets en droit administratif international », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 24 (2014/1), pp. 45-67, pp. 62-63) et de

et là encore du recours aux acteurs non étatiques : au contact des flux pour la surveillance, ils ne le sont pas moins pour le transport et peuvent à leur échelle exercer un contrôle que les États s'accordent à leur imposer[1788].

458. Sous tous ces aspects, dans l'appréciation du flux et dans l'exécution qui s'ensuit, le contrôle est harmonisé car il est guidé : l'État territorial trouve dans les références internationales une expression du bon contrôle, mais il lui revient ensuite dans sa marge d'appréciation et selon l'obligatoriété qui le lie de déterminer *in fine* si et comment le flux passera – la décision lui revient toujours. L'harmonisation s'élève d'un degré et le guide devient substitution lorsque cette marge est supprimée, le droit international et ses organes se substituant à l'État dans la décision de contrôle frontalier.

Section 2. L'harmonisation des contrôles frontaliers étatiques par la substitution

459. Dépassant le simple guide, la précision du droit international et surtout l'action d'un organe international déterminent le contrôle de la frontière jusqu'à se substituer à l'État territorial, laissant ce dernier comme simple rouage enregistrant l'appréciation pour en tirer les conséquences, voire l'écartant au profit de l'action de l'organe international. Ici, le droit international n'indique plus *comment* bien contrôler – par exemple, pour déterminer si un aéronef peut circuler il faut regarder ceci et cela… –, mais *ce qu'est* le bon contrôle – par exemple, le flux épidémique à contrôler est celui déterminé par l'Organisation mondiale de la santé, et le contrôle est soutenu voire opéré par des agents à mandat international. À mesure de sa détermination par le droit international, le contrôle est ainsi arraché à son appréciation ou son exécution nationale, et directement opéré par l'ordre international. Avec différentes gradations selon l'obligatoriété et la précision des règles en jeu, l'harmonisation du contrôle tend ici à son unification dans l'international. Le contrôle est internationalisé, et le territoire

---

Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux (préc., arts. 4 et 7) ; Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, préc., art. IV § 1 *litt.* b) et c) ; Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, préc., annexe II, art. 4 § 1 ; Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, art. 4B § 1.

[1788] Ainsi en matière de trafic de stupéfiants (Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, préc., art. 15 § 2 (les États exigent des transporteurs qu'ils prennent des « précautions raisonnables » pour éviter de servir à leur insu le trafic de stupéfiants…) et 3 (…et qu'ils coopèrent avec les autorités compétentes dans ce but)), de trafic d'êtres humains (Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, préc., art. 11 § 3 ; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, préc., art. 11 § 3), de protection sanitaire (les États doivent s'efforcer d' « assurer que les exploitants de moyens de transport appliquent les mesures sanitaires recommandées par l'OMS et adoptées par l'État Partie » et qu'ils maintiennent les moyens de transport qu'ils exploitent exempts d'infection ou de contamination (O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 24 § 1 *litt.* a) et c), et Annexe 4 section A § 1)), ou encore de commerce d'objets létaux (doc. N.U., S/RES/2161 (2014), § 14).

immédiatement saisi comme espace de réalisation d'intérêts internationaux, sans l'interférence de la marge de manœuvre de l'État. En reprenant les deux temps du contrôle qui parcourent ce chapitre, la substitution vise d'abord l'appréciation du flux où l'État ne peut plus que constater (A), et ensuite l'exécution du contrôle où l'État ne peut qu'obtempérer voire s'effacer (B).

§ 1. La substitution de l'appréciation internationale à celle du contrôle frontalier étatique

460. Par ses normes ou ses organes propres, le droit international peut se substituer à l'appréciation du flux, jusqu'ici opérée par l'État territorial bien qu'il ait pu être étroitement guidé pour ce faire dans la section précédente. Ici le droit international produit lui-même la qualification dont découlera la décision de contrôle frontalier, qu'il s'agisse d'établir que le flux est protégé et bénéficie donc d'un intérêt à accéder au territoire (A), ou au contraire que le flux est dangereux et doit donc être saisi par l'État (B).

A. L'appréciation internationale du flux protégé

461. L'appréciation internationale du flux protégé est très commune dans l'œuvre des juridictions internationales, car établir que l'État a méconnu une règle protectrice de la circulation implique de qualifier le flux de l'espèce sous cette protection et d'en écarter les exceptions. À cet égard les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ou encore de l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. sont particulièrement présentes dans cette étude et sont autant d'établissement international de la protection du flux. C'est là toutefois un établissement de la protection en aval, qui ne se substitue à l'appréciation du contrôle frontalier qu'*a posteriori*. Plus rares sont les cas où le droit international détermine en amont que tel flux concret est protégé, c'est-à-dire où il produit une qualification qui se substitue à celle de l'État territorial quant au point de savoir si tel individu ou objet doit passer le contrôle frontalier.

462. Ces cas existent toutefois, comme le montrent au niveau universel la pratique du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (H.C.R.) et celle du Conseil de sécurité des Nations Unies. En effet, tirant les implications de ses très générales « fonctions de protection internationale » des réfugiés, établies par son statut[1789], il arrive que le H.C.R. procède lui-

[1789] Doc. N.U. A/RES/428(V), annexe, § 1 ; fondement exprimé en ce que la détermination du statut de réfugié qu'il opère « est une fonction centrale de protection du HCR » (H.C.R., 2020, *Normes relatives aux procédures de détermination du statut de réfugié relevant du mandat du H.C.R.*, p. 14). Pour une présentation complète, v. Burriez (D.), « Les défis de la détermination du statut de réfugié par le HCR », *Revue des droits de l'homme*, n° 21 (2022), en ligne, §§ 6-8.

même à la détermination de la qualité de réfugié en cas de carences étatiques[1790], ce qui aboutit à la délivrance de documents certifiant cette qualité[1791]. Par cette pratique considérable en fait[1792], le H.C.R. se place à la jonction de l'ouverture abstraite de la frontière aux individus fuyant des persécutions et du fait – *tel* individu – qui s'y présente, de sorte qu'il produit une qualification pour le contrôle frontalier en appréciant le flux au vu du régime protecteur. Ici, le H.C.R. « acts as the gatekeeper »[1793] : un individu donné est considéré par le H.C.R. comme fuyant des persécutions et ainsi bénéficiant du régime protecteur des réfugiés qui impose que la frontière ne le refoule pas, de sorte que l'organe international détermine l'opération de contrôle frontalier en lui opposant cette qualification qui lui impose de traiter l'individu selon le régime juridique ainsi invoqué. Dans le même esprit, le Conseil de sécurité peut recourir à un mécanisme international de surveillance et d'inspection de l'aide humanitaire pour « confirm[er] [son] caractère humanitaire »[1794], comme il l'a fait pour la Syrie. Là encore, l'organe international qualifie le flux sous la protection et, ce faisant, détermine le contrôle en lui opposant cette qualification et les conséquences juridiques qui vont avec. À cet égard, il y a substitution.

463. Celle-ci est toutefois inégale dans la mesure où le mécanisme de surveillance peut se prévaloir du pouvoir contraignant du Conseil de sécurité qui peut relayer son appréciation, tandis que le H.C.R. agit toujours sur délégation au moins implicitement consentie par l'État territorial en l'absence d'une telle contrainte[1795]. Or la qualification qu'il produit n'est pas plus contraignante que sa présence[1796]. Pour cette raison et d'autres plus contingentes, la position du

---

[1790] H.C.R., *Normes relatives aux procédures de détermination du statut de réfugié…*, préc., p. 14, le H.C.R. n'agit sur ce plan que dans les États n'ayant pas ratifié la Convention de 1951 ou ne disposant pas de mécanisme effectif de détermination.
[1791] *Ibid.*, p. 298.
[1792] Les dernières données sur le site du H.C.R. remontent à 2021 et font état de déterminations du statut de réfugié par le seul H.C.R. dans plus de cinquante États (carte du 16 août 2021, disponible en ligne : <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/611a6d5a4.pdf>) ; v. également Burriez (D.), « Les défis de la détermination du statut de réfugié par le HCR », *op. cit.*, § 3.
[1793] Kagan (M.), « The Beleaguered Gatekeeper: Protection Challenges Posed by UNHCR Refugee Status Determination », *I.J.R.L.*, vol. 18 (2006), pp. 1-29, p. 2.
[1794] Doc. N.U., S/RES/2165 (2014), § 3 (Syrie). La procédure de vérification par le mécanisme est décrite dans l'*Examen des opérations humanitaires des Nations Unies nécessitant un accès par les frontières et les lignes de front – Rapport du Secrétaire général* (doc. N.U., S/2020/401, 14 mai 2020, § 29).
[1795] Burriez (D.), « Les défis de la détermination du statut de réfugié par le HCR », *op. cit.*, §§ 10, et 11 sur les motifs pratiques de délégation.
[1796] *Ibid.*, § 9. Cela est d'ailleurs admis par le H.C.R. lui-même, qui évoque des efforts dans le sens de l'acceptation des déterminations opérées, et prévoit que le certificat de réfugié qu'il établit contienne un espace pour le sceau du gouvernement (H.C.R., *Normes relatives aux procédures de détermination du statut de réfugié*, préc., pp. 298 et 303).

H.C.R. est limitée en pratique et critiquée en doctrine[1797]. En conséquence, il ne s'agit pas ici d'identifier une substitution absolue au contrôle étatique, qui déposséderait totalement des États ayant aliéné l'ouverture de leur territoire. Mais il reste au moins une certaine substitution, dans la mesure où il existe ainsi une qualification du flux opérée par un organe international dans le cadre de sa compétence, attachée au régime protecteur, de sorte que la qualification est à tout le moins opposable à l'État lié par un tel régime. Même non obligatoire, la décision du H.C.R. participe du sens international qui détermine le contrôle frontalier, en lui indiquant que tel individu est un réfugié selon l'organe central du régime qui le protège. Elle a ainsi vocation à se substituer à l'appréciation de l'État qui doit ensuite l'enregistrer, et sans être intrinsèquement contraignante elle pourra participer de l'argumentation consistant à considérer que l'État n'a, dès lors, « plus aucune raison d'objecter à l'[entrée] sur [son] territoire »[1798].

464. Il existe donc des mécanismes d'appréciation internationale de la protection des flux outre l'œuvre *a posteriori* des juridictions internationales, et ils restent pertinents même lorsque leur décision ne jouit pas d'une obligatoriété intrinsèque, comme appréciation opposable à l'État lié par le régime protecteur. Les cas de substitution sont toutefois plus nombreux quant à l'appréciation de l'exclusion du flux, l'organisation de l'obligation de contrôle étant moins sensible que celle de l'ouverture du territoire.

B. L'appréciation internationale du flux exclu

465. L'appréciation internationale de l'exclusion du flux entend assurer l'effectivité du contrôle frontalier en déterminant précisément son objet : la sécurité exige que le trafic d'armes soit contrôlé mais encore faut-il savoir ce qu'est une arme à cet égard, ou la santé exige de lutter contre les pandémies mais encore faut-il qu'une maladie soit qualifiée comme telle pour déclencher le régime. Pour cela, une première voie d'appréciation internationale est générale, dans le sens où elle réside dans une définition très précise de la catégorie de flux objet du

---

[1797] Kagan (M.), « The Beleaguered Gatekeeper… », *op. cit.*, qui plaide pour une limitation de cette activité par le H.C.R. afin de concentrer ses efforts et accroître la qualité de la détermination lorsqu'il l'opère, et spéc. pp. 4 et 12-13 où il pointe une faille systémique dans la mesure où la protection du réfugié repose sur l'action positive de l'État tandis que l'activité de détermination du H.C.R. répond à une défaillance de l'action étatique (dans le même sens, v. Burriez (D.), « Les défis de la détermination du statut de réfugié par le HCR », *op. cit.*, § 13).

[1798] C'est ce que permet ici le mécanisme international de qualification de l'aide humanitaire, v. doc. N.U., S/PV.7216, selon la France à propos de l'action des acteurs humanitaires sur le territoire syrien couverte par un mécanisme d'inspection des convois (p. 12). V. aussi Doc. N.U., S/PV.9087, où la représentante des États-Unis d'Amérique souligne que l'organe international « garantit une transparence et une stabilité sans égales », et ajoute à l'appui de son propos : « Le mois dernier, je me suis rendue au point de passage et au centre de transbordement de Bab el-Haoua, où les boîtes sont vérifiées et scellées, et je peux dire qu'il s'agit d'un des points de passage les plus étroitement surveillés et les mieux organisés au monde. J'ai vu de mes propres yeux ce qui traverse la frontière » (p. 3).

contrôle, disposée sous forme de listes, évolutives afin de maintenir l'effectivité de la protection au fil du temps[1799]. C'est le cas dans les matières à objet technique tel le trafic d'armes et matières sensibles[1800], de matériels et matières intrinsèquement dangereux[1801], ou l'aptitude à la navigation pour que l'État du port puisse laisser partir le navire[1802], avec plus de latitude pour l'État territorial lorsque le droit international ne fournit que des indications pour une liste devant ensuite être établie en droit interne, comme en matière de trafic de biens culturels[1803]. À mesure

---

[1799] Notamment car « [t]echnologies change, so does the international situation. The items that need to be controlled are therefore kept under continual review » (Kaikobad (K.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2002 », *B.Y.I.L.*, vol. 73 (2002), p. 819). V. Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2006(II) », *C.J.I.L.*, vol. 6 (2007), p. 750, nouvelle liste de contrôle des exportations des agents biologiques à double usage « [t]o meet the need of international anti-terrorism and non-proliferation efforts » ; Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, préc., art. XV (amendement possible des annexes précisant les espèces faisant l'objet du contrôle) ; Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, préc., art. 18 (amendement possible des annexes précisant les déchets faisant l'objet du contrôle) ; Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international, préc., arts. 7 et 9 (inclusion ou exclusion d'un produit chimique de la procédure de contrôle) et art. 22 (amendement possible des annexes) ; Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, préc., art. 8 (inscription de substances chimiques aux annexes) ; Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, préc., art. 10 *litt.* c) et h) (ajout ou retrait de substances à contrôler dans les annexes, décidé par la Réunion des parties).

[1800] Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies, Public Documents, vol. II, 2023, List of Dual-Use Goods and Technologies and Munitions List ; Missile Technology Control Regime, 2024, *Equipment, Software and Technology Annex* (MTCR/TEM/2024/Annex) ; Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection, préc., annexe, première partie (critères d'identification des explosifs visés au vu de leurs composantes).

[1801] Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, préc., Annexes I et III ; Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, préc., Annexes I et II ; *R.T.N.U.*, vol. 2161, I-37758, Convention en vue d'interdire l'importation de déchets dangereux et radioactifs dans les pays insulaires du Forum et de contrôler les mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux dans la région du Pacifique Sud (Convention de Waigani), Annexes I et II ; Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international, préc., Annexe III ; Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, préc., Annexes A, B et C ; Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, préc., annexe II ; Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, préc., annexes A à F ; Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution, Protocole sur la protection du milieu marin de la mer Noire contre la pollution résultant d'opérations d'immersion, préc., annexes I et II ; Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, préc., annexe I ; Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, préc., Annexes A et B ; A.I.E.A., Détection de matières radioactives aux frontières, préc., annexe I ; A.I.E.A., Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives, doc. A.I.E.A. IAEA/CODEOC/2004, annexe I.

[1802] Recueil international de règles applicables aux navires exploités dans les eaux polaires (recueil sur la navigation polaire), 15 mai 2015, Résolution MEPC.264(68) de l'O.M.I., doc. O.M.I. MEPC 68/21/Add.1, partie II-A, § 1.2.1 par exemple, « toutes les soutes à combustible doivent être placées à une distance de la muraille extérieure qui ne soit pas inférieure à 0,76 mètres » ; Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, préc., chapitre II-1 « Construction – compartimentage et stabilité, machines et installations électriques ».

[1803] Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, préc., art. 5, et Askerud (P.) et Clément (É.) pour l'UNESCO, *La lutte contre le trafic illicite des biens culturels. Guide pour la mise en œuvre de la Convention de l'UNESCO de 1970*, Paris, UNESCO, 2000, 312 p., pp. 37-42 ; Convention sur la protection du patrimoine archéologique,

de cette précision, le droit international substitue son appréciation du flux à celle de l'État qui ne fait plus que l'enregistrer en rangeant les objets du flux dans les formes juridiques qui les désignent étroitement.

466. À cette voie générale s'en ajoute une autre qui est plus particulière, en ce qu'elle réside dans la *réaction* à des flux et situations de fait qui se traduit juridiquement par leur subsomption sous le régime de contrôle. Tandis que les listes se substituent à l'appréciation étatique par la grande précision de la définition de l'objet, ce dernier est ici dégagé concrètement des faits par sa qualification, ce qui suppose non plus seulement un texte mais aussi et surtout un organe, international, qui agisse. Celui-ci se substitue alors au contrôle étatique, dans la mesure où il active le régime, perçoit lui-même les flux et qualifie leur exclusion. Le contrôle est ainsi internationalisé, en premier lieu par la qualification de la situation générale que constituent des flux donnés, et ainsi de la qualification d'urgence sanitaire par l'O.M.S.[1804] ou d'atteinte à la paix et à la sécurité internationales par le Conseil de sécurité[1805]. L'organe international apprécie la situation et active le régime pour tous. Mais plus encore, en qualifiant ainsi la situation, le Conseil de sécurité en tire des mesures qu'il impose aux États de sorte qu'il crée, active et précise l'obligation de contrôle d'un même mouvement, en déterminant que tels flux constituent une menace à la paix et à la sécurité internationales, et qu'en conséquence les États doivent entreprendre « l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des

historique et artistique des nations américaines, Traité C-16 de l'O.E.A., art. 8 *litt.* c)), le Conseil de sécurité rigidifiant ce régime en indiquant la tenue d'inventaire ainsi que le recours aux bases de données d'INTERPOL et de l'O.M.D. (doc. N.U., S/RES/2347 (2017), § 17 *litt.* a) et f). V. aussi la souscription à la « norme Object ID » comme méthode d'identification des biens culturels volés, par recommandation du Comité intergouvernemental pour la promotion du retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale (doc. CLT-98/CONF.203/INF.7).

[1804] L'O.M.S. a le pouvoir de qualification de l' « urgence de santé publique de portée internationale » à laquelle a été ajoutée l' « urgence due à une pandémie » (art. 12 du Règlement sanitaire international préc. (et annexe 2), et pour l'ajout arts. 1 et 12 de l'amendement adopté par l'Assemblée (WHA77.17) ; pouvoir détenu par le Directeur général), ce à quoi s'ajoutent aussi des qualifications « extraréglementaires » identifiant des « pandémies » (qui pourront désormais reposer sur le texte amendé) et désignant les maladies qui sévissent (Pooter (H. de), *Le droit international face aux pandémies : vers un système de sécurité sanitaire collective ?*, *op. cit.*, pp. 71-80).

[1805] Il suffit de noter ici l'état bien connu de la collectivisation par les États de l'intérêt de la paix et de la sécurité internationales incarnée par le Conseil de sécurité qui monopolise son régime, d'abord par la qualification de la menace ou rupture de la « paix et sécurité internationales » qui le déclenche (sur la liberté du Conseil dans la qualification en l'absence de définition de la notion, dans une approche nominaliste, v. Combacau (J.), « Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies : résurrection ou métamorphose ? », *in* Ben Achour (R.) et Laghmani (Sl.) (dir.), *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, Pedone, 1994, ii-330 p., pp. 139-158, pp. 144-147).

communications » avec l'État visé[1806], ou capturer les flux néfastes à sa frontière[1807]. L'appréciation internationale de l'exclusion du flux est ainsi caractérisée, en ce que « les mesures de coercition pacifique adoptées sur le fondement de l'article 41 ont pour *unique auteur* le Conseil de sécurité et pour *multiples exécutants* les États membres. »[1808] Elle est enfin complétée lorsqu'une fois le régime établi, alors que la seule qualification générale laisse encore possiblement une marge aux États[1809], le Conseil de sécurité y insère une détermination concrète des flux à contrôler en raffinant les *catégories* d'objets ou individus – par exemple les « personnes concourant au programme nucléaire iranien » – jusqu'à briser leur abstraction pour désigner ceux-ci nommément, et court-circuiter ainsi toute appréciation de l'État en la cantonnant à un pur rapport d'identité de particulier à particulier – par exemple « contrôler Dawood Agha-Jani, responsable de l'usine expérimentale d'enrichissement de combustible de Natanz »[1810]. On retrouve ainsi la voie générale de la détermination par liste précise, mais ici au cas par cas tel que décidé par l'organe international.

467. L'harmonisation des contrôles frontaliers est alors particulièrement nette car tous répondent à la même appréciation des flux fixée par le droit international. Celui-ci se substitue enfin au contrôle frontalier étatique jusque dans son exécution, où le droit s'épuise dans le fait.

[1806] Article 41 de la Charte des Nations Unies. V. Eisemann (P.-M.) et Lagrange (E.), « Article 41 », *in* Cot (J.-P.), Pellet (A.) et Forteau (M.) (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3e éd., t. I, Paris, Economica, 2005, xx-1366 p., pp. 1195-1242, p. 1211 : « Les mesures expressément envisagées à l'article 41 sont toutes des mesures d'isolement de l'État visé. » En pratique, v. par exemple les embargos adoptés contre l'Irak (doc. N.U., S/RES/661 (1990), § 3, réaffirmé par doc. N.U., S/RES/687 (1991), § 24), la République démocratique du Congo (doc. N.U., S/RES/1493 (2003), § 20, et S/RES/1596 (2005), S/RES/1807 (2008), S/RES/1896 (2009) et S/RES/1952 (2010) qui maintiennent l'embargo et en précisent les modalités), la Somalie (S/RES/733 (1992), § 5), ou encore la Côte d'Ivoire (S/RES/1572 (2004), § 7, réaffirmée par la suite, not. par S/RES/2219 (2015), § 1).

[1807] Ainsi pour l'arrêt de terroristes à la frontière par ex., ce qui sera vu *infra*, au paragraphe 608.

[1808] Eisemann (P.-M.) et Lagrange (E.), « Article 41 », *op. cit.*, p. 1204 (nous soulignons). L'obligation édictée par le Conseil peut trouver un relais dans les régimes qui s'y réfèrent, à l'instar du Traité sur le commerce des armes qui interdit les transferts qui la méconnaîtraient (préc., art. 6 § 1).

[1809] V. not. sur le champ d'application matériel des embargos édictés en réponse à une menace contre la paix et la sécurité internationales les observations d'Ancelin (J.), *La lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre*, Bruxelles, Bruylant, 2017, xvii-753 p., pp. 555-557.

[1810] L'exemple est tiré de la liste nominative dressée par la résolution S/RES/1737 (2006), Annexe (embargo sur l'Iran : A) Entités concourant au programme nucléaire, B) Entités concourant au programme de missiles balistiques, C) Personnes concourant au programme nucléaire, D) Personnes concourant au programme de missiles balistiques, et E) Personnes concourant au programme nucléaire et au programme de missiles balistiques). V. aussi le Comité des sanctions contre Daech et Al-Qaeda (liste disponible en ligne à travers le résumé des motifs de l'inscription de chaque personne ou entité publié par le Comité, <https://main.un.org/securitycouncil/fr/sanctions/1267/aq_sanctions_list/summaries>) ; S/RES/1975 (2011), Annexe 1 (troubles en Côte d'Ivoire ; le Conseil pousse la précision jusqu'à donner le numéro de passeport de certains des individus visés) ; ou encore, visant des objets, la résolution 2776 sur la Somalie (doc. N.U., S/RES/2776 (2025), spéc. § 18 et annexe B). Comme étant sa précision substantielle édictée par une autorité compétente, les États doivent y recourir pour appliquer l'obligation de contrôle (v. not. S/RES/1735 (2006), § 22 ; S/RES/2734 (2024), préambule, al. 22).

§ 2. La substitution de l'exécution internationale à celle du contrôle frontalier étatique

468. Dans la présente optique de l'harmonisation du contrôle frontalier jusqu'à ce que le droit international s'y substitue, le territoire, à travers le contrôle, est finalement saisi dans sa matérialité, en ce que des flux le parcourent dans les faits et que le droit international a pour aboutissement d'agir sur ces faits. Il est alors question d'exécuter le contrôle. Or nous avons vu qu'en principe, au titre de sa souveraineté, l'État territorial a l'exclusivité du pouvoir exécutif à raison de son territoire. Et si à bien des égards le droit international saisit le territoire comme espace de réalisation d'intérêts internationaux, il a jusqu'ici visé l'État comme médiateur, en lui enjoignant d'opérer cette réalisation et en déterminant les obligations qu'il doit exécuter en tant que gardien sinon maître de sa frontière. La substitution du droit international dans l'exécution même du contrôle frontalier est donc un cas limite, dès lors qu'elle va ainsi jusqu'à questionner la persistance d'une part d'emprise étatique qui pourtant définit le territoire de manière aussi irréductible que la souveraineté. Cette substitution existe toutefois, à divers degrés, et il conviendra d'en éclaircir le motif (A) avant de voir les formes plus ou moins fortes qu'elle peut prendre selon le mandat dont elle jouit (B).

A. Le motif de l'exécution internationale du contrôle frontalier

469. L'exécution internationale du contrôle frontalier questionne l'exclusivité de la puissance de l'État sur son territoire et remet ainsi en cause la compatibilité de cette exclusivité avec la protection d'intérêts internationaux. C'est d'abord le cas lorsqu'il existe une méfiance envers cette puissance au vu d'un conflit frontalier, ce qui motive l'interposition d'une force internationale de contrôle pour faire tampon[1811]. Mais surtout, l'exécution internationale intervient en cas de défaillance de la puissance étatique, dont l'exclusivité est ainsi remise en cause car elle ne garantit plus l'effectivité nécessaire à la protection d'intérêts internationaux. Dans les deux cas, c'est le maintien d'un certain ordre public international qui motive la substitution[1812].

470. Cette idée est ici incarnée par l'action du Conseil de sécurité, principalement à travers des opérations de maintien de la paix qui contribuent à la paix et à la sécurité internationales en

---

[1811] La frontière doit alors être contrôlée comme ligne de tension, à l'instar – en l'absence de frontière au sens propre – des « lignes de démarcation » faites de l'incertitude du conflit (v. Le Floch (G.), « Les lignes de démarcation à la lumière de la pratique contemporaine », S.F.D.I., *Droit des frontières internationales*, *op. cit.*, pp. 187-206). V. par ex. la Force des Nations Unies chargée d'observer le désengagement (F.N.U.O.D.), chargée de maintenir le cessez-le-feu entre Israël et la Syrie « en ce qui concerne les zones de séparation et de limitation » (doc. N.U., S/11302/Add.1 et S/RES/350 (1974), ce qu'elle continue de faire aujourd'hui (doc. N.U. S/RES/2766 (2024), spéc. § 9).

[1812] L'idée d'un tel ordre sera développée *infra*, spéc. dans le dernier chapitre de l'étude.

poursuivant la stabilité qui nécessite la « sécurité des frontières »[1813], en faisant tampon à la frontière pour suspendre un conflit armé[1814], ou en participant à contrôler la frontière contre des flux spécifiques comme la criminalité transnationale[1815] ou les flux terroristes[1816]. Parallèlement à ces opérations, le Conseil peut de surcroit poursuivre l'exécution internationale du contrôle frontalier en autorisant les États à exécuter un embargo prononcé contre un autre État en contrôlant ses frontières[1817]. On retrouve cela au niveau régional dans la poursuite d'un ordre public européen par l'Union européenne lorsqu'elle protège l'Espace de sécurité et de liberté à travers l'Agence Frontex, instituée pour servir la « gestion européenne intégrée des frontières »[1818] dans le but d'« assure[r] un niveau élevé de sécurité intérieure au sein de l'Union »[1819], servant à la fois l'intérêt particulier de l'État membre assisté et l'intérêt commun à ceux qui partagent l'Espace avec lui[1820].

471. Le motif de l'exécution internationale du contrôle frontalier réside donc surtout dans la volonté de pallier une défaillance, au nom d'un intérêt collectif qui dépasse le seul intérêt de l'État dont l'exécution est insatisfaisante mais ne peut être laissée à ses dépens. Les traductions de cette volonté varient selon le mandat qui définit le degré de l'intervention internationale.

[1813] V., parmi des références omniprésentes dans la pratique du Conseil de sécurité, doc. N.U., S/RES/1410 (2002), préambule, al. 15, « il est nécessaire d'assurer la sécurité des frontières du Timor oriental (…) pour maintenir la paix et la sécurité dans la région » ; Doc. N.U., S/RES/2066 (2012), préambule, al. 16, note avec préoccupation « les menaces transfrontières que la criminalité transnationale organisée, y compris les activités illicites telles que le trafic de drogues et d'armes, en particulier, font peser sur la stabilité de la sous-région, notamment du Libéria », avant de porter le problème des frontières à l'attention de la M.I.N.U.L.

[1814] V. par exemple doc. N.U., S/RES/1701 (2006), préambule, al. 10 (menace à la paix et à la sécurité internationale) et § 11 *litt.* a) (mandat de contrôle de cessation des hostilités) (F.I.N.U.L., à la suite d'une attaque du Hezbollah en Israël et des hostilités qu'elle a déclenchées).

[1815] Doc. N.U. S/RES/2149 (2014), préambule, al. 13, la situation chaotique en République centrafricaine « risque de créer un climat favorable à la criminalité transnationale, notamment au trafic d'armes et à l'emploi de mercenaires, et de constituer un terreau fertile pour les réseaux extrémistes ».

[1816] Doc. N.U., S/RES/2195 (2014), § 18.

[1817] Ainsi de l'EUNAVFOR MED IRINI, opération européenne de contrôle des frontières maritimes libyennes fondée sur les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies (Décision (PESC) 2020/472 du 31 mars 2020 relative à une opération militaire de l'Union européenne en Méditerranée (EUNAVFOR MED IRINI), telle qu'amendée ultérieurement (version consolidée au 20 mars 2023), § 1 ; doc. N.U. S/RES/2598 (2021), préambule, al. 5), ou de l'EUNAVFOR ATALANTA opérant un contrôle dans les eaux somaliennes sur le fondement là encore de résolutions du Conseil de sécurité (Action commune 2008/851/PESC du 10 novembre 2008 concernant l'opération militaire de l'Union européenne en vue d'une contribution à la sûreté maritime dans l'ouest de l'océan Indien et en mer Rouge (EUNAVFOR ATALANTA), telle qu'amendée ultérieurement (version consolidée au 12 décembre 2022), préambule, considérants 2, 3, 5 et 6, et art. 2 *ter* ; réf. not. par S/RES/2554 (2020), préambule, al. 9).

[1818] Règlement (UE) n° 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., préambule, considérants 1 (objet) et 12 (contenu), arts. 1 § 1 (objet) et 3 (contenu). Pour plus de précisions, v. la stratégie technique et opérationnelle pour la gestion européenne intégrée des frontière adoptée par la décision n° 2/2019 du 27 mars 2019 du Conseil d'administration de l'Agence « Frontex ».

[1819] Règlement (UE) n° 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., art. 1 § 2.

[1820] V. par exemple les conclusions du Conseil européen considérant que la migration constitue un défi pour un seul État membre aussi bien que pour l'Europe dans son ensemble, auxquelles se réfère le Règlement (UE) n° 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., dans son préambule, considérant 52.

B. Le mandat de l'exécution internationale du contrôle frontalier

472. Le mandat de l'exécution internationale du contrôle frontalier varie déjà dans son obligatoriété, soit que le consentement de l'État soit nécessaire comme dans le régime de Frontex qui n'appuie l'État membre[1821] ou l'État tiers[1822] qu'avec son accord et ne prévoit pas d'intervention forcée en l'absence de consentement[1823], soit qu'il y ait coercition au moins possible comme le prévoit le mécanisme de la sécurité collective onusienne, fort de l'obligatoriété des décisions du Conseil[1824]. À travers ces variations propres au régime juridique qui organise l'exécution internationale, le contrôle frontalier est enfin différemment déterminé selon que le mandat de l'exécution internationale se limite en vérité à la surveillance de l'opération menée par l'État (1), ou qu'il permette l'action internationale dans cette opération jusqu'à la lui substituer tout à fait (2).

1. La surveillance internationale du contrôle frontalier opéré par l'État

473. La surveillance du contrôle opéré par l'État au vu de ses obligations est l'élément le moins interventionniste de l'exécution internationale du contrôle, qui la concerne sans l'achever. Le Conseil de sécurité peut ainsi prononcer l'observation du contrôle frontalier opéré par des États dans une situation menaçante pour la paix et la sécurité internationales et requérant un tel contrôle[1825], et réaliser cette observation par le truchement de rapports du Secrétaire

---

[1821] Règlement (UE) n° 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., préambule, considérants 48 et 49, et arts. 36 § 1 (demande pour toute assistance), 37 §§ 1-2 (demande d'opération conjointe ou d'intervention rapide), 38 § 2 (accord sur le plan opérationnel de l'opération conjointe), 40 § 1 (demande d'appui en cas de défi migratoire disproportionné avec afflux importants) ; Règlement (UE) n° 656/2014 du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, art. 12 § 1.

[1822] Sous réserve d'une autorisation par une autre organisation ayant, elle, un pouvoir coercitif, à l'instar du Conseil de sécurité des Nations Unies.

[1823] L'Union européenne peut d'abord recommander à l'État membre de demander l'aide de l'Agence en cas de défaillance identifiée (Règlement (UE) n° 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., préambule, considérant 56, et art. 41), avant de lui « impose[r] » la coopération avec l'Agence « [l]orsque le contrôle aux frontières extérieures est rendu inefficace dans une mesure risquant de mettre en péril le fonctionnement de l'espace Schengen » (considérant 57, art. 42) en raison de sa défaillance, sans toutefois que cela puisse mener à une intervention forcée de la part de l'Agence, le règlement prévoyant seulement la réintroduction du contrôle des frontières intérieures de l'Espace commun en cas d'opposition bornée de l'État (considérant 57, et art. 42 § 10, renvoyant à la procédure spécifique du règlement (UE) n° 2016/399, art. 29).

[1824] Art. 25 de la Charte des Nations Unies.

[1825] V. par exemple la résolution 2119 (2013) du Conseil de sécurité à propos de la situation à Haïti, qui « [s]ouligne qu'il faut veiller à ce que le Gouvernement haïtien et ses partenaires internationaux et nationaux appuient comme il se doit le plan de développement de la Police nationale d'Haïti pour 2012-2016 pour que soit atteint d'ici à 2016 l'objectif consistant à doter d'un effectif minimum de 15 000 agents (…), à renforcer le contrôle aux frontières terrestres et maritimes et à décourager plus efficacement la criminalité transnationale organisée » (doc. N.U., S/RES/2119 (2013), § 11).

général[1826], d'un groupe d'experts[1827], ou d'une opération de maintien de la paix[1828] évaluant l'efficacité du contrôle, ou encore par l'exigence de rapports étatiques faisant état de leurs mesures[1829]. Sous tous ces aspects le contrôle frontalier n'est certes pas lui-même exécuté par l'organe international, mais son exécution est tout de même déterminée par le droit international en ce qu'elle doit lui répondre de son efficacité. De même l'Agence Frontex a dans son mandat d'évaluer la vulnérabilité des frontières détourant le territoire de l'Espace commun[1830] ainsi que leur gestion[1831], et l'Organisation mondiale des douanes fixe des programmes qui visent à orchestrer l'exécution des contrôles frontaliers[1832]. Il y a ainsi une surveillance et une organisation de l'exécution du contrôle frontalier par lesquelles le droit international s'immisce dans l'opération étatique en la surplombant, jusqu'à s'y substituer véritablement en agissant dans les faits.

2. L'action internationale dans le contrôle frontalier opéré par l'État

474. Une première substitution par l'action internationale dans le contrôle étatique n'est que partielle, dans la mesure où l'organe international ne fait qu'appuyer le contrôle des frontières sous le commandement de l'État territorial. C'est notamment la raison d'être de l'Agence Frontex que d'appuyer le contrôle des frontières des États membres de l'Union européenne, notamment à travers un soutien technique et opérationnel[1833] concernant l'opération de contrôle, qui sera ensuite utilisé par l'État hôte de l'opération. Mais si l'État reste maître des instructions aux agents, c'est toutefois dans la limite du plan opérationnel convenu avec

---

[1826] Doc. N.U., S/RES/943 (1994), § 3 (prie le Secrétaire général de faire un rapport sur la fermeture effective de la frontière entre la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) et la République de Bosnie-Herzégovine).
[1827] Doc. N.U., S/RES/1474 (2003), § 3 *litt.* a) et d) (respect de l'embargo contre la Somalie) ; Doc. N.U., S/RES/2219 (2015), § 34 (maintien de la paix en Côte d'Ivoire et au Libéria).
[1828] Doc. N.U., S/RES/2226 (2015), § 19 *litt.* f) (O.N.U.C.I., surveillance en Côte d'Ivoire de l'application de l'embargo par les autres États pouvant impliquer l'inspection d'armes et matériel connexe) ; doc. N.U., S/RES/2666 (2022), § 34 (M.O.N.U.S.C.O., *idem* mais en République démocratique du Congo).
[1829] Doc. N.U., S/RES/1519 (2013), § 8 (les États limitrophes de la Somalie doivent faire connaître les mesures adoptées pour faire respecter l'embargo sur les armes frappant cet État).
[1830] Règlement (UE) n° 2019/1896, relatif au corps européen de garde-frontières, préc., arts. 10 § 1 *litt.* c) et 32.
[1831] *Ibid.*, arts. 3 § 1 *litt.* g), 10 § 1 *litt.* d), 73 et 74.
[1832] Certains de ces programmes, volontaires, sont recensés par Juarez Allende (H. H.), *L'organisation mondiale des douanes*, *op. cit.*, pp. 201-217, parmi lesquels figurent au présent titre le Programme de contrôle des conteneurs (formation des agents, coorganisé par l'O.M.D. et l'O.N.U.D.C.) et les opérations Thunder (réalisées sous la coordination de l'O.M.D. et d'Interpol pour saisir massivement des animaux et bois menacés d'extinction et victimes de trafic).
[1833] Règlement (UE) n° 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., arts. 10 § 1 *litt.* g) (opérations conjointes), h) (interventions rapides), j) (déploiement du contingent permanent), m) (gestion des flux migratoires en cas d'afflux importants), 36 § 2 (assistance générale), 40 § 4 (gestion des flux migratoires en cas d'afflux importants) ; Règlement (UE) n° 656/2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures, préc., préambule, considérant 4, et art. 12 § 1.

l'Union[1834] et dans le cadre d'une gestion intégrée des frontières européennes[1835]. De même au-delà des États membres de l'Union, l'Agence Frontex peut également appuyer les États tiers[1836], et l'Union européenne mène des opérations de contrôle des frontières d'États tiers répondant à leur demande d'appui : ainsi de l'EU BAM Rafah soutenant les capacités palestiniennes au point de contrôle frontalier de Rafah[1837], de l'EU BAM Libya soutenant les capacités libyennes de contrôle des frontières et la lutte contre la criminalité transfrontalière[1838], et sur mer de l'EUNAVFOR MED IRINI qui opère un contrôle des frontières libyennes en lien avec l'action d'embargo du Conseil de sécurité des Nations Unies[1839].

475. Mais l'action internationale ne se substitue enfin tout à fait au contrôle frontalier étatique que lorsqu'elle s'impose à lui et exécute immédiatement le contrôle, par des forces internationales. Alors la substitution se caractérise par l'imposition de l'opération et son autonomie qui, conjuguées à l'habilitation à recourir à la force, constituent un véritable pouvoir exécutif international actionnant le contrôle de la frontière. Il s'agit ici de nombreuses opérations de maintien de la paix qui comprennent dans leur mandat l'appui au contrôle des

[1834] Règlement (UE) n° 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., arts. 43 § 1 (sous peine de suspension ou terminaison de l'opération par le directeur de l'Agence Frontex, arts. 43 § 3 et 46 § 3) et 82 § 4.
[1835] Tinière (R.), « Propos introductifs – Frontex et les petits pas », *in* Chevallier-Govers (C.) et Tinière (R.), *De Frontex à Frontex*, préc., pp. 13-24, p. 18, qui souligne que par suite de la réforme de Frontex « le contrôle opérationnel de l'accès au territoire national, attribut essentiel de la souveraineté des États, est désormais géré en partie par une agence de l'UE, donc une organisation internationale. »
[1836] Règlement (UE) n° 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., art. 10 § 1 *litt.* u), v), w) ; Règlement (UE) n° 656/2014, établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures, préc., préambule, considérant 5.
[1837] Action commune 2005/889/PESC du 12 décembre 2005 établissant une mission de l'Union européenne d'assistance à la frontière au point de passage de Rafah (EUBAM Rafah), telle qu'amendée ultérieurement (version consolidée au 1er juillet 2023), art. 2 *litt.* b).
[1838] Décision 2013/233/PESC du 22 mai 2013 relative à la mission d'assistance de l'Union européenne pour une gestion intégrée des frontières en Libye (EUBAM Libya), telle qu'amendée ultérieurement (version consolidée au 1er octobre 2023, arts 2 et 3.
[1839] Décision (PESC) 2020/472 relative à EUNAVFOR MED IRINI, préc., préambule, considérants 1, 2 et 4 (cadre de l'embargo onusien), et arts. 1-3 (mission en lien avec l'action du Conseil de sécurité des Nations Unies) et 4 (renforcement des capacités et formation des garde-côtes libyens) ; Fleury Graff (Th.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 126 (2022), pp. 96-101.

frontières[1840] ou à la surveillance des frontières[1841], explicitement ou implicitement en vertu de leur tâche de lutter contre des flux néfastes comme le trafic de stupéfiants[1842], de ressources naturelles[1843], d'armes[1844] ou la circulation de combattants[1845] à travers les frontières, ou encore de garantir la cessation des hostilités entre deux États frontaliers[1846]. Le pouvoir exécutif n'est toutefois pas intrinsèque à ces missions même si elles émanent du Conseil de sécurité qui peut le leur conférer. Ainsi la mission de « surveillance », à la lettre, ôte l'exécution matérielle, sauf usage de la force en légitime défense et quoiqu'une terminologie changeante[1847] et parfois peu conséquente[1848] rende difficile d'en tirer des conclusions trop fermes en l'absence de précisions. Il peut aussi parfois être seulement question de l'appui au rétablissement des capacités

[1840] Doc. N.U., S/RES/1410 (2002), § 4 *litt.* c) (M.A.N.U.T.O.) ; S/RES/1562 (2004), § 2 (M.I.N.U.S.I.L., appui aux patrouilles le long de la frontière) ; S/RES/1990 (2011), § 3 *litt.* e) (F.I.S.N.U.A, protection de la zone d'Abyei entre le Soudan et le Soudan du Sud contre toutes incursions d'éléments non autorisés dans l'Accord entre les deux États) et S/RES/2024 (2011), § 1 *litt.* a) (appui de la F.I.S.N.U.A. aux engagements de sécurité des deux États dans la Zone frontalière démilitarisée) et b) (et aux activités opérationnelles du Mécanisme conjoint des États créé pour l'occasion) ; S/RES/1704 (2006), § 4 *litt.* d) (M.I.N.U.T.I.L., présence continue dans les districts frontaliers) ; S/RES/1542 (2004), § 7 *litt.* d) (M.I.N.U.S.T.A.H., appui aux garde-côtes) et S/RES/1780 (2007), § 11 (même mission, patrouille le long des frontières maritimes et terrestres) ; S/RES/769 (1992), § 2 approuvant l'élargissement du mandat de la F.O.R.P.R.O.N.U. en Croatie (plus tard « O.N.U.R.C. ») à des fonctions de douanes et d'immigration aux frontières internationales recommandé par le Secrétaire général des Nations Unies (S/24353, §§ 19-22) ; S/RES/1701 (2006), §§ 11 *litt.* f) et 14 (F.I.N.U.L.).

[1841] Doc. N.U., S/RES/1980 (2011), § 6 (coopération entre l'O.N.U.C.I. et la M.I.N.U.L. pour appuyer les gouvernements ivoirien et libérien) ; S/RES/2313 (2016), § 21 (M.I.N.U.S.T.A.H.) ; S/RES/1528 (2004), § 6 *litt.* c) (O.N.U.C.I.) ; S/RES/1545 (2004), § 6 (O.N.U.B.) ; S/RES/2666 (2022), § 34 (M.O.N.U.S.C.O) ; S/RES/1996 (2011), § 5 (M.I.N.U.S.S.) ; S/RES/1244 (1999), § 9 *litt.* g) (M.I.N.U.K.) ; S/RES/981 (1995), § 3 *litt.* d) (O.N.U.R.C.) ; S/RES/787 (1992), § 16, et S/25000 (F.O.R.P.R.O.N.U. en Bosnie-Herzégovine, sur le déploiement d'observateurs aux frontières) ; S/RES/795 (1992), § 2 autorisant le déploiement préventif d'observateurs de la F.O.R.P.R.O.N.U. du côté macédonien des frontières avec l'Albanie et la République fédérale de Yougoslavie recommandé par le Secrétaire général des Nations Unies (S/24923) (poursuivi ensuite par la F.O.R.D.E.P.R.E.N.U., S/RES/983 (1995)).

[1842] Doc. N.U., S/RES/2313 (2016), § 21 (M.I.N.U.S.T.A.H.).

[1843] Doc. N.U., S/RES/2605 (2021), § 35 *litt.* c) i) (M.I.N.U.S.C.A.).

[1844] Doc. N.U., S/RES/2313 (2016), § 34 (M.I.N.U.S.T.A.H.) ; S/RES/1528 (2004), § 4 (O.N.U.C.I.) ; S/RES/1545 (2004), § 5 (O.N.U.B.) ; S/RES/1719 (2006), § 2 *litt.* h) (B.N.U.B.).

[1845] Doc. N.U., S/RES/1528 (2004), § 4 (O.N.U.C.I.).

[1846] Doc. N.U., S/RES/1312 (2000), § 1 *litt.* c) (M.I.N.U.E.E.) ; S/RES/186 (1964), § 5, et S/RES/355 (1974), al. 4 (cas particulier de l'U.N.F.I.C.Y.P. séparant Chypre entre les parties turque et hellénique de Chypre, officiellement État uni mais factuellement fragmenté par l'irrédentisme de l'auto-déclarée et non-reconnue internationalement « République turque de Chypre du nord ») ; S/RES/341 (1973), § 1, approuvant la recommandation du Secrétaire général des Nations Unies de constituer une force (la « F.U.N.U. II ») chargée de surveiller l'application de la résolution 340 (1973) du Conseil de sécurité, soit le respect du cessez-le-feu entre l'Égypte et Israël (doc. N.U. S/11052, § 2 *litt.* a) et b)) ; S/RES/687 (1991), § 5, S/22454, §§ 2 spéc. *litt.* a) et b) (simple surveillance toutefois, en l'absence d'autorisation d'intervention physique (§ 5)), et S/RES/689 (1991), § 1 (M.O.N.U.I.K.) ; S/RES/1701 (2006), § 11 *litt.* a) (F.I.N.U.L.).

[1847] Par exemple, la coopération entre l'O.N.U.C.I. et la M.I.N.U.L. passe de la « surveillance » de la frontière (doc. N.U. S/RES/1980 (2011), § 6) à la « stabilisation de la zone frontalière » (S/RES/2284 (2016), § 34), ce qui semble impliquer davantage de coercition, sans que le changement soit bien noté car la formulation du contexte reste similaire.

[1848] Ainsi pour la M.I.N.U.K. : la présence internationale a pour objet de garantir la sécurité du territoire kosovar, ce que ne permettrait pas la simple « surveillance » qui limiterait toutefois le mandat de la Mission selon une interprétation littérale de la résolution S/RES/1244 (1999) (§ 9 *litt.* g)) du Conseil de sécurité.

opérationnelles des services de douane et de police des frontières, explicitement[1849] ou implicitement lorsqu'est en cause l'autorité étatique sur l'ensemble du territoire[1850]. Mais il arrive enfin que le pouvoir exécutif les accompagne : certaines missions sont dotées d'une autorisation du recours à la force pour exécuter leur mandat comprenant le contrôle de la frontière[1851], sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Alors, les opérations de maintien de la paix pouvant être au surplus imposées par le Conseil[1852], la substitution est complète et l'internationalisation du contrôle achevée : un flux internationalement constitué s'impose sur le territoire de l'État pour exercer un contrôle purement international.

[1849] Doc. N.U., S/RES/2219 (2015), § 34 et S/RES/2284 (2016), § 15 *litt.* c) (O.N.U.C.I.) ; S/RES/2066 (2012), § 3 (M.I.N.U.L., chargée d'évaluer les problèmes de sécurité aux frontières en vue de leur résolution) ; S/RES/1990 (2011), § 2 *litt.* e) (F.I.S.N.U.A.) ; S/RES/1780 (2007), § 10 (M.I.N.U.S.T.A.H.).
[1850] Doc. N.U., S/RES/1545 (2004), § 7 (O.N.U.B.) ; S/RES/1509 (2003), § 3 *litt.* i) (sécurisation des infrastructures de base, dont les ports et aéroports), n) (appui à la police) et o) (appui à l'armée) (M.I.N.U.L.) ; S/RES/2605 (2021), § 35 *litt.* c) ii) (M.I.N.U.S.C.A.). C'est le cas particulier aussi de l'administration transitoire onusienne, qui implique d'assurer la sécurité et le maintien de l'ordre sur l'ensemble du territoire, donc également aux frontières (doc. N.U., S/RES/1272 (1999), § 2 *litt.* a) (A.T.N.U.T.O.)).
[1851] Doc. N.U., S/RES/1410 (2002), § 6 (M.A.N.U.T.O.) ; S/RES/2284 (2016), § 16 (O.N.U.C.I.) ; S/RES/1545 (2004), § 5 (O.N.U.B.) ; S/RES/1562 (2004), § 3 (M.I.N.U.S.I.L.) ; S/RES/2605 (2021), § 33 (M.I.N.U.S.C.A.) ; S/RES/1990 (2011), § 3 (F.I.S.N.U.A.) ; S/RES/1542 (2004), § 7 I) ; S/RES/871 (1993), § 9 (F.O.R.P.R.O.N.U. en Croatie) ; S/RES/341 (1973), § 1 et S/11052 § 4 *litt.* d) (F.U.N.U. II ; seule la légitime défense est autorisée, qui comprend « la résistance à toute tentative de l'empêcher par la force de s'acquitter de ses fonctions conformément au mandat du Conseil de sécurité ») ; S/RES/2373 (2017), § 14 (F.I.N.U.L.).
[1852] Ce point sera développé *infra*, Section 2 § 2 du prochain chapitre.

Conclusion du chapitre

476. Après l'avoir déterminée par l'obligation de la réaliser dans le chapitre précédent, le droit international a ici déterminé l'opération du contrôle frontalier quant à son déroulement, en harmonisant les multiples modalités que peuvent prendre ses expressions internes. C'est plus précisément la densité normative du droit international et le rôle de ses organes qui contribuent ici à préciser le contrôle, en écartant l'indétermination des règles qui le lient pour lui indiquer *comment* il doit être opéré voire en l'opérant directement.

477. Le droit international détermine ainsi l'opération de contrôle à un premier niveau en la guidant, développant les implications de la réglementation du contrôle afin qu'elle ne soit pas privée d'effectivité. Des intérêts sont protégés face à la frontière, et leur respect effectif implique qu'elle ne soit pas contrôlée n'importe comment. D'abord s'agissant de l'appréciation du flux, nous avons vu que le droit international en détermine les modalités afin de s'assurer que l'intérêt sera bien qualifié en fait, tel qu'il est porté ou menacé par tel individu ou objet faisant face à la frontière, de sorte que le régime protecteur contraignant le contrôle trouve bien à s'appliquer et que sa protection ne soit pas vidée par une appréciation discrétionnaire. Ensuite quant à son exécution, le droit international enjoint le contrôle à limiter l'entrave générée, au profit des circulations, mais surtout développe l'obligation de contrôle en précisant la connaissance et les moyens exigés pour la réaliser. Le contrôle frontalier est ainsi étroitement déterminé par cet ensemble de droit international qui supprime l'indétermination où se logeait son pouvoir discrétionnaire.

478. Et là où une certaine indétermination demeure en ce que le droit international n'a encore que guidé une décision dont l'adoption et l'exécution revenaient finalement à l'État, l'harmonisation du contrôle frontalier tend à supprimer cette indétermination à un second niveau, où le droit international se substitue à l'État dans l'opération de contrôle. On retrouve alors les deux plans d'harmonisation, l'appréciation du flux et l'exécution du contrôle. La détermination du contrôle frontalier y gagne un degré en ce que le droit international produit lui-même une qualification de contrôle à raison d'un flux spécifique, substituant ainsi une acception internationale de la situation à celle de l'État, et prévoit l'exécution internationale du contrôle au motif que la puissance *a priori* exclusive de l'État sur son territoire ne suffit pas à y protéger les intérêts internationaux, à divers degrés qui vont de la surveillance de l'exécution étatique à l'action proprement internationale réalisant le contrôle frontalier.

Conclusion du titre

479. L'opération du contrôle des frontières est déterminée par le droit international dans la mesure où celui-ci commande sa réalisation et lui indique comment la mener. Placé dans une multiplicité de relations juridiques avec les tiers qui lui font face, le contrôle frontalier est déterminé par les exigences pratiques de leur protection que le droit international développe. Le territoire est visé comme espace de réalisation d'intérêts internationaux et le pouvoir étatique qui y réalise le contrôle devient, pour la protection de ces intérêts, lié.

480. Il est d'abord lié quant au fait même de réaliser le contrôle, *obligé* de l'opérer. Le droit international le détermine ainsi en lui apposant une obligation de moyens, qui admet sa faillibilité en ne lui imposant pas la garantie de l'innocuité du territoire, mais l'astreint à un effort de poursuivre une telle garantie. Avec le standard de la diligence pour la préciser, l'obligation de moyens fixe ainsi le comportement exigé du contrôle frontalier et les éléments pour l'évaluer, au vu de ses ressources et du degré d'effort qu'il doit fournir afin de démontrer la diligence attendue de lui. L'opération du contrôle est ainsi déterminée à travers l'injonction à être réalisée par l'effort qualifié, afin de protéger les intérêts internationaux des flux qui pourraient émaner du territoire.

481. Le pouvoir de contrôle est ensuite lié quant aux modalités de sa réalisation. Contre les comportements erratiques qui peuvent résulter de l'indétermination des libertés étatiques, le droit international harmonise les contrôles frontaliers en leur conférant un sens commun, un sens international qui précise la réglementation du contrôle frontalier. L'indétermination cède ainsi aux normes et organes internationaux qui déterminent la manière d'apprécier et d'exécuter le contrôle frontalier, d'abord en le guidant tout en laissant la décision et son exécution à l'État, ensuite en se substituant à l'État par la qualification internationale du flux à contrôler en l'espèce, jusqu'à prévoir des forces internationales intervenant sur le territoire de l'État pour y exécuter le contrôle qui devient, ainsi, proprement international.

482. La liberté pratique de l'État est ainsi fortement réduite. Là où la modération du contrôle frontalier s'attelait à l'articuler à l'intérêt tiers, la détermination du contrôle porte à lier son opération au service des tiers, le territoire et la frontière étant ainsi saisis pour et en faveur des autres membres de la communauté internationale qui ont intérêt à ce qui s'y déroule. Dans cette optique, le contrôle est enfin déterminé quant à son objet, où ces tiers sont particulièrement protégés pour eux-mêmes, au vu de l'importance des intérêts qu'ils portent et qui mènent à faire céder la liberté de l'État sur le territoire, alors mis au service d'un certain ordre international.

Titre 2. La détermination du contrôle par son objet

« (…) comme les relations (…) prévalant désormais communément entre les peuples de la terre, en sont au point qu'une violation du droit en un seul lieu est ressentie partout ailleurs, il s'ensuit que l'idée d'un droit cosmopolitique n'apparaît plus comme une manière chimérique et exagérée de concevoir le droit, mais comme un complément nécessaire au code non écrit du droit public et du droit des gens, afin de réaliser le droit public de l'humanité en général et par suite la paix perpétuelle dont on ne peut se flatter de se rapprocher sans cesse qu'à cette condition. »

Kant, *Projet de paix perpétuelle*[1853]

483. Après la détermination du contrôle frontalier dans son opération, formelle en ce qu'elle indique la manière dont il doit être réalisé, vient sa détermination par son objet, plus substantielle, à raison de l'intérêt concerné. C'est que la vie internationale connaît de nombreux types de flux, véhiculant de nombreux intérêts protégés qui font face au contrôle frontalier. La première partie de cette étude l'a établi. Or au regard des variations dans les régimes qui les protègent, tous les intérêts internationaux ne se valent pas. Certains sont dépendants de la modération qui fut étudiée dans le premier temps de cette étude, où l'État conserve une marge de décision par le jeu de l'opposition de ses propres intérêts, mais est-ce là une situation admissible et satisfaisante pour tout intérêt international que d'être ainsi ouvert à la remise en cause ? Tout flux doit-il pouvoir souffrir le test de sa compatibilité avec la sécurité ou la santé sur le territoire étatique, et tout contrôle doit-il être soumis à l'opportunité que l'État trouve à agir ? Le droit positif répond par la négative au travers de régimes qui ne contiennent pas la possibilité d'opposition de l'État territorial, et déterminent ainsi le contrôle à ouvrir ou fermer la frontière en écartant la marge d'indétermination qui réside dans la modération. Ici, la protection de l'intérêt fixe que le flux *doit* ou *ne doit pas* passer. Dans cette configuration des régimes et nonobstant l'indétermination toujours possible de leurs termes, le contrôle frontalier enregistre tel un automate la décision prédéfinie par la qualité du flux : s'il y a fuite de persécutions *alors* la frontière *doit* s'ouvrir ; s'il y a trafic d'armes chimiques *alors* la frontière *doit* se fermer. Le territoire est extrait de la marge de manœuvre de l'emprise territoriale, uniquement saisi comme espace de réalisation des intérêts internationaux.

484. De là l'idée qu'existe un ordre international des flux composé de ces régimes à protection renforcée, par lesquels la communauté internationale a sécurisé les circulations jugées nécessaires à son existence et donc insusceptibles de remise en cause par l'emprise

[1853] AK VIII, 360 (éd. préc., p. 61).

étatique et ses intérêts particuliers. Il y a ainsi une sorte de noyau dur des intérêts internationaux, qui parachève l'étude du contrôle frontalier en montrant que la souveraineté territoriale peut s'imbriquer dans une communauté internationale en en servant *a priori* sans interférence les intérêts essentiels, tels que définis par le droit positif. Souverainetés et communauté sont ainsi liées et conciliées, ce qui convoque l'idée d'un Bien commun[1854] qui précisément articule l'individuel et l'universel en préservant le premier, les souverainetés, comme *partie* du second, la communauté, dans une perception harmonieuse faite de compréhension[1855]. L'emprise étatique est liée aux intérêts internationaux, placée au service des circulations consacrées comme noyau dur de ces intérêts, car le territoire qu'elle marque est aussi compris comme espace d'intérêt international. Les développements suivants tâcheront d'étayer cela en cherchant les régimes qui saisissent le contrôle frontalier de la sorte, par ses deux faces que sont l'entrave et la protection. Quant à l'entrave, d'abord, elle doit être levée au profit des circulations jugées nécessaires à la communauté internationale, dont le mouvement s'impose et fait du territoire la plaque d'un ordre de circulations internationales (chapitre 1). Quant à la protection, ensuite, elle doit être garantie pour sécuriser la communauté internationale, d'autant plus vulnérable aux flux qu'elle est mondialisée, et le contrôle frontalier doit ainsi être mis au service d'un ordre public international qu'il maintient en captant les circulations néfastes (chapitre 2).

[1854] Le Bien commun n'est pas ici convoqué comme s'imposant à la manière objectiviste-naturaliste car la présente étude ignore cette approche et l'a même récusée dans le premier chapitre du premier titre de la première partie (v. dans une telle approche le texte de Renard (G.), « Les bases philosophiques du droit international et la doctrine du "Bien commun" », *A.P.D.S.J.*, 1931, pp. 465-480, spéc. pp. 465-474 sur l'imposition comme « fondement définitif du droit international » (p. 474), ce qui mène l'auteur à justifier une perforation de la frontière comme l'intervention et donc, à l'époque, la colonisation (pp. 471-472)). Il l'est plutôt comme tendance du droit international, située dans celle de la communauté internationale et d'une vocation « providentielle » qu'il tient depuis ses origines (sur ce point v. Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*, *op. cit.*, spéc. p. 2).

[1855] La notion s'enracine dans l'ontologie politique grecque où le groupe est premier, et trouve une théorisation maîtresse dans l'œuvre de Saint Thomas dont la filiation aristotélicienne est connue. V. not. Ricci (J.-Cl.), « Le Bien commun : les prémices d'une idée », *Cahiers Portalis*, n° 4 (2017), pp. 21-31, p. 30 sur la formulation par Saint Thomas ; un large panorama de la notion en droit (international) est donné par Kolb (R.), *Théorie du droit international*, *op. cit.*, pp. 417-457, spéc. pp. 424-426 sur l'harmonie entre individuel et collectif dans le commun ; en droit international aussi, v. Marchi (J.-Fr.), « Bien commun et droit international », *Cahiers Portalis*, n° 4 (2017), pp. 54-67.

Chapitre 1. L'imposition de circulations au contrôle frontalier

485. Le développement d'une communauté internationale suppose de garantir certaines des circulations qui animent la communauté, et ainsi de les imposer par le droit international à la frontière qui ne saurait s'y opposer. À cet égard, l'imposition du franchissement de la frontière est d'abord produite par le mécanisme de l'articulation vu en première partie, car qualifier un contrôle frontalier d'arbitraire ou d'illicite, à quelque étape que ce soit, signifie que le flux ne peut en l'espèce être rejeté mais au contraire *doit* passer, et le pouvoir de l'État est finalement lié[1856]. Mais l'imposition n'est alors qu'indirecte, dans la mesure où le franchissement de la frontière est dépendant, dans chaque cas, d'une décision liant l'État et de la soumission préalable du flux à la décision étatique et à sa compatibilité aux intérêts de l'État, qui peuvent toujours interférer bien que le droit international modère le contrôle frontalier.

486. Le contrôle est davantage déterminé et le mouvement garanti lorsque le franchissement de la frontière est imposé directement, affranchi de l'interférence étatique. Alors, la modération dans la décision étatique ne s'impose plus à répétition, pour chaque cas d'espèce, car elle est soit écartée par la suprématie accordée à un intérêt qui s'impose sans atténuation préalable, soit absorbée *a priori* dans la formulation de la règle qui une fois établie trace une voie sans obstacle au flux qui y est subsumé : si le flux est tel, alors il y a franchissement, point. Dans les deux cas, la logique du régime protecteur[1857] est celle d'une prédétermination du contrôle frontalier par l'ouverture, et donc de la neutralisation de l'activité quotidienne du contrôle qui se résume ainsi à la seule identification du flux dont la qualification n'emporte qu'une seule décision possible : l'ouverture. Sauf exclusion des faits, dont on a vu par l'harmonisation des contrôles frontaliers qu'elle est souvent loin d'une totale liberté d'appréciation de l'État, la règle s'applique et la frontière se lève sous l'action mécanique d'un pouvoir lié par le droit.

487. C'est ainsi que l'espace territorial est ici internationalisé, par l'affranchissement de la circulation vis-à-vis de l'emprise étatique qui pouvait s'y opposer. Le droit international saisit le territoire en y neutralisant l'emprise, et fait de lui l'espace d'un ordre international de circulations dans le sens où il y a ici un ensemble de régimes qui garantit les circulations par le

---

[1856] Il est par exemple possible de lire dans cet esprit l'affirmation du Liban que l'aide humanitaire, entendue comme celle dont le rejet ne pourrait être qu'arbitraire, « ne donn[e] pas lieu à un choix » de la part de l'État territorial (Doc. N.U., S/PV.9327 (Resumption 1), 2023 (23 mai), p. 57).

[1857] Il sera surtout question de la logique interne des régimes en cause, où le mouvement s'impose, et mises de côté les circonstances excluant l'illicéité, extérieures aux régimes, qui sont présumées connues et parasiteraient l'étude de la logique propre à la protection des circulations, ajoutant de longs bémols extérieurs au propos, sans présenter plus d'intérêt qu'une complétion peu justifiée.

droit, dans les voies duquel ces circulations peuvent *a priori* relier la communauté internationale sans interférence. En ce sens, et au prix d'un effet de catalogage auquel il faut bien se résigner au service de l'étude dans son entier, la détermination du contrôle frontalier par l'imposition du mouvement sera démontrée à travers certains régimes généraux qui relèvent de la logique en cause et la montrent particulièrement à l'échelle de la communauté internationale. Deux types d'imposition se dégagent alors, qui permettent de penser ces régimes selon une gradation de la protection du flux et de la neutralisation corrélative de l'emprise étatique. Dans un premier temps, l'imposition du mouvement est prévue par un régime qui ne souffre pas d'exception, mais reste soumise à l'intégrité de ce régime que l'État territorial peut encore remettre en cause pour fermer sa frontière (section 1). Ce n'est que dans un second temps que l'ordre international de circulations est parfait, à travers une imposition absolue du mouvement enracinée dans un consentement *a priori* inaltérable et ne souffrant aucun obstacle au sein du régime (section 2).

Section 1. L'imposition du mouvement au contrôle frontalier soumise à l'intégrité du régime

488. Bien qu'elle neutralise l'emprise étatique, il arrive que l'imposition du mouvement reste soumise à l'intégrité du régime sur lequel elle repose et donc à la volonté de l'État territorial qui accepte de ne pas lui porter atteinte en suspendant le régime protecteur ou en retirant son consentement, ce qui fermerait la voie autrement protégée des circulations. C'est cette caractéristique qui impose d'isoler ces régimes de l'imposition absolue étudiée dans la prochaine section, où la garantie du mouvement atteindra son plein épanouissement. Pour autant, ces régimes participent bien de l'imposition du mouvement dans la mesure où ils n'envisagent la fermeture de la frontière que comme une anomalie, relevant non pas d'une dialectique inhérente à leur fonctionnement pérenne mais d'un élément externe perturbateur. Dans leur fonctionnement interne, ils imposent bien le franchissement de la frontière. Nous verrons que les régimes ainsi établis par la communauté internationale l'ont été à raison de l'objet de certains flux devant être préservés de l'interférence étatique (§ 1), et à raison d'un espace, la mer territoriale, où le territoire est grevé d'une liberté de passage que l'État ne saurait en principe altérer une fois la navigation subsumée sous le régime (§ 2).

§ 1. L'imposition du mouvement à raison de l'objet du flux

489. C'est d'abord la nature spécifique de l'objet du flux qui exige de neutraliser le contrôle frontalier qui pourrait le perturber. Ici, soumettre le flux à l'épreuve de la décision étatique, fût-elle modérée au titre de la première partie de cette étude, serait vider une partie de son intérêt dont la nature exige précisément qu'il ne soit pas contrôlé par l'État territorial. C'est d'abord le

cas en matière diplomatique, où les circulations imposent le respect de la souveraineté de l'État tiers et donc l'absence de soumission à l'État territorial (A). C'est ensuite le cas pour la poursuite de la coopération internationale, qui serait lésée si l'État faisait valoir ses intérêts propres au détriment du groupe dont l'intérêt dépend de la circulation du flux (B).

A. L'imposition du mouvement nécessaire au respect de la souveraineté de l'État tiers

490. Le respect de la souveraineté de l'État tiers impose le mouvement nécessaire à sa présence licite sur le territoire de l'État, et donc en premier lieu à sa présence diplomatique que l'État territorial a par hypothèse acceptée. En effet une fois l'accueil d'une ambassade accepté par l'État hôte, seule l'installation et l'utilisation d'un poste émetteur de radio requièrent son assentiment[1858]. Cela mis à part, le régime ne prévoit aucune autorisation préalable ou possible décision de l'État hôte susceptible d'interférer avec la circulation protégée des documents diplomatiques[1859]. Mieux, il prohibe toute interférence en garantissant l'inviolabilité des documents, car comment la souveraineté de l'État tiers, qui est absence de soumission quelle qu'elle soit, pourrait-elle s'accommoder d'un contrôle opéré par un autre quant à la conduite de son existence internationale et la détermination interne de sa politique extérieure ? Ainsi en vertu d'une « règle universellement admise considérant que l'immunité de fouille de la valise correspond au principe fondamental de l'inviolabilité de la correspondance diplomatique et consulaire et des archives et documents de la mission ou du poste consulaire, généralement reconnu en droit international coutumier et repris dans les conventions de codification »[1860], la correspondance de la mission est inviolable[1861] et la valise diplomatique ou consulaire[1862] ne

---

[1858] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 27 § 1 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 35 § 1 ; Convention sur les missions spéciales, préc., art. 28 § 1 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., arts. 27 § 1 et 57 § 1.

[1859] Cela a été établi *supra* parmi les intérêts protégés du mouvement, au paragraphe 245. Il est possible d'ajouter que l'État doit en conséquence ouvrir ses infrastructures communicationnelles, comme cela est noté à propos du cyberespace par Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, Rule 42 (pp. 225-227), et p. 294 § 9 (sous la règle 62).

[1860] C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., p. 47 § 3.

[1861] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, préc., art. 27 § 2 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 35 § 2 ; Convention sur les missions spéciales, préc., art. 28 § 2 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., arts. 27 § 2 et 57 § 2.

[1862] La valise consulaire seule subit une exception à l'inviolabilité : en cas de « sérieux motifs de croire que la valise contient d'autres objets » que ceux destinés exclusivement à un usage officiel, elles peuvent demander l'ouverture de la valise en leur présence par un représentant autorisé de l'État d'envoi, dont le refus mène au renvoi de la valise à son lieu d'origine (Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 35 § 3 ; C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », art. 28 § 2). La C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., pp. 47-48, §§ 8-9, malgré son information que les cas d'abus ne se limitent pas à la valise consulaire et après avoir débattu de la question, considère que la limitation de l'exception à la valise consulaire est « une solution de compromis propre à accroître effectivement les chances de voir un grand nombre d'États adhérer aux présents articles » (§ 9), ce qui montre bien leur réticence à l'extension potentielle de l'exception, malgré le mouvement de quelques États

saurait être « ni ouverte ni retenue »[1863], ce qui implique son exemption « de tout examen, que ce soit directement ou à l'aide de moyens électroniques ou d'autres moyens techniques »[1864]. Il y a là une protection particulière à la hauteur de la sensibilité de la matière. Pour preuve, même le contrôle de la valise aux rayons X a pu générer des protestations de l'État d'envoi[1865], et plus généralement l'ouverture d'une valise sans le consentement de ce dernier génère les plus vives protestations[1866], de même que la rétention de la valise[1867]. La souveraineté de l'État tiers est ainsi protégée, et plus précisément protégée dans son intimité, soit le contenu de son activité interne, car le critère de licéité du contrôle opéré semble être celui de la pénétration de la valise et de la connaissance de son contenu. Ainsi l'examen purement extérieur comme l'utilisation

---

en sa faveur (*Huitième rapport sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique*, préc., p. 193, § 234 ; Kessel (A.), « Canadian practice in international law in 2010-11 », *A.Can.D.I.*, vol. 49 (2011), p. 384).

[1863] Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 27 § 3 ; Convention de Vienne sur les relations consulaires, préc., art. 35 § 2 ; Convention sur les missions spéciales, art. 28 § 4 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, préc., arts. 27 § 3 et 57 § 3 ; C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », art. 28.

[1864] C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », art. 28 § 1. Au paragraphe 6 de la page 47 du commentaire, la Commission précise que « ce membre de phrase est nécessaire, le progrès technique ayant créé des moyens d'examen très perfectionnés qui peuvent aboutir à la violation du caractère confidentiel de la valise, moyens dont ne disposent par surcroît que les pays les plus développés ».

[1865] Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 79 (1975), pp. 219-220 ; Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 1997 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 8, n° 4 (1998), p. 670, position réitérée *in* Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 2006 », *R.S.D.I.D.E.,* vol. 17, n° 5 (2007), pp. 791-792 ; Kessel (A.), « Canadian practice in international law in 2010-11 », *A.Can.D.I.*, vol. 49 (2011), pp. 383-384 (la Direction juridique du ministère des Affaires étrangères canadien considère que cette pratique viole l'article 27 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques).

[1866] Rovine (A. W.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 67 (1973), pp. 536-538 (protestation contre la prétention du Nigéria de contrôler et fouiller systématiquement tous flux entrant et sortant du Nigéria y compris les communications diplomatiques dans le cadre de la lutte contre le trafic de monnaie) ; Siekmann (R.C.R.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 1982-1983 », *N.Y.I.L.*, vol. 15 (1984), pp. 309-310 (objection à la réserve du Bahreïn à l'art. 27 § 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques qui entendait permettre l'ouverture de la valise en cas de motifs sérieux de soupçonner le trafic d'objets prohibés) ; « Australian Practice in International Law 1981 to 1983 », *A.Y.I.L.*, vol. 10 (1987), pp. 516-517, et vol. 11 (1991), pp. 487-488 (protestations envers des réserves faites par l'Arabie saoudite, le Bahreïn, le Koweït, la Libye, le Qatar et le Yémen tendant à permettre l'ouverture de la valise diplomatique, considérées comme non valides) ; « Australian Practice in International Law 1981 to 1983 », *A.Y.I.L.*, vol. 10 (1987), pp. 517-518 (protestation contre l'ouverture d'une valise diplomatique australienne par les autorités jordaniennes) ; Balmond (L.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 104 (2000), pp. 490-491 (protestation de l'Union européenne contre l'ouverture par le Zimbabwe d'une valise diplomatique britannique) ; Marston (G.), « United Kingdom materials on international law 2000 », *B.Y.I.L.*, vol. 71 (2000), pp. 586-588 (même affaire relatée du point de vue britannique, avec ces termes très incisifs : « This is a matter of the most serious concern to all countries. Every country across the world now is at risk of having its international bags, diplomatic bags, seized illegally by the Zimbabwean government which is behaving increasingly like a rogue state », « This is not an act of a civilised country », « The level of paranoia with which it views the international community could not be more ably demonstrated than by its need to open a diplomatic bag, without our consent, illegally, against international law and all norms of civilised conduct between countries »).

[1867] Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 2007 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 18, n° 5 (2008), pp. 503-505 (qui estime en outre que la rétention procède d'une discrimination illicite car l'État la pratiquant en exempte les États membres de l'Union européenne).

de brigades cynophiles pour sentir les stupéfiants[1868], ou celui relativement pauvre en information du détecteur de métal[1869], sont admis dans la pratique.

491. Le droit international consacre donc que l'interférence de l'emprise étatique est incompatible avec les circulations souveraines une fois la présence diplomatique acceptée. C'est là une exigence de la coexistence étatique, qui se poursuit au niveau de la coopération où une telle interférence est aussi exclue.

B. L'imposition du mouvement nécessaire à la coopération internationale

492. Deux types de régimes sont ici relevés comme imposant le mouvement au profit de la coopération internationale, car l'interférence étatique briserait la logique de lien et d'égalité qui préside entre les États. D'abord au niveau de la participation à la coopération internationale, l'accès au siège de l'organisation internationale est imposé à l'État hôte, qui n'a de choix que d'ouvrir sa frontière (1). Ensuite au niveau de la confiance nécessaire à l'entente des États participant à un même régime, le mouvement est parfois imposé pour inspecter le respect du droit international par l'État sur son territoire (2).

1. L'imposition du mouvement pour l'accès au siège de l'organisation internationale

493. Le premier type de flux imposé au contrôle frontalier pour la coopération internationale consiste dans l'accès au siège des organisations internationales. Certes à première vue, les enseignements quant à un ordre international des circulations sont limités dans la mesure où les modalités de cet accès sont définies par chaque régime particulier des relations entre l'État hôte et le siège de l'organisation internationale. Mais pour particuliers qu'ils soient, ces régimes n'en ont pas moins une certaine ampleur qui justifie leur mention dans un ordre de circulations internationales. D'abord car une convergence possiblement coutumière a pu être notée[1870]. Ensuite car ils conditionnent l'activité pratique de l'organisation, de sorte qu'ils touchent tous les États membres et contiennent à cet égard des informations pour l'ordre international d'une portée égale à l'ampleur de l'organisation. C'est ce que le représentant russe au Comité des

[1868] C.D.I., « Statut du courrier diplomatique… », préc., p. 47 § 6.
[1869] Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 91 (1987), p. 142 (pratique de l'Italie) ; Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 1997 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 8, n° 4 (1998), p. 670 (la Suisse condamne parallèlement l'utilisation de rayons X et justifie sa position « par le fait que le contrôle aux rayons X soumet la valise diplomatique à une inspection plus approfondie que celui du rayon magnétique ») et même chronique, vol. 17, n° 5 (2007), pp. 791-792.
[1870] Bonucci (N.), Cosnard (M.) et Nganga Malonga (A.), « Les rapports entre l'organisation internationale et l'État hôte », *in* Lagrange (E.) et Sorel (J.-M.), *Droit des organisations internationales*, *op. cit.*, pp. 601-625, p. 607 où figurent les règles relatives aux privilèges et immunités garantissant l'indépendance de l'organisation, dont il est ici question.

relations avec le pays hôte des Nations Unies, protestant contre les entraves posées à l'accès des agents russes au siège situé sur le territoire étatsunien, exprima en soulignant que « ces questions n'étaient pas des questions bilatérales »[1871]. Le territoire accueille ainsi un intérêt international commun, et les régimes d'accès au siège jettent à cet égard un éclairage singulier sur son internationalité, incarnée par le bâtiment qui y est sis et l'activité qui s'y déroule, à telle enseigne que l'idée d'un « territoire international » a pu être formulée à ce propos[1872].

494. La tension est grande dans ces régimes entre l'emprise irréductible de la souveraineté et le besoin d'internationalité du territoire, car ils doivent protéger « la possibilité pour l'organisation d'entreprendre ses fonctions et d'exercer son activité en pleine indépendance, sans aucune interférence de la part de l'État hôte, quoique dans le respect par l'organisation de la souveraineté territoriale de ce dernier »[1873]. Sur cette fine ligne de crête, le régime de l'accès au siège tente ainsi de préserver la souveraineté territoriale par des limites formelles posées à la liberté de l'organisation, qui doit agir avec l'État hôte, tout en soustrayant les activités du siège à l'appréciation du contrôle frontalier qui doit, substantiellement, suivre la demande de l'organisation. Le régime fonctionne ainsi par une sorte de déférence mutuelle, où l'organisation fait avec la souveraineté de son hôte tant que celle-ci n'interfère pas avec l'indépendance de l'organisation qu'elle accueille. Une parfaite illustration de cela réside dans l'octroi de visa, qui est certes demandé à l'État hôte mais vidé de tout pouvoir décisionnel de sa part et réduit à un estampillage automatique. En effet l'État hôte ne doit ni ne peut mettre aucun obstacle à l'accès des personnes[1874] – ni d'ailleurs des documents[1875] – liées à

[1871] Doc. N.U. A/77/26, Rapport du Comité des relations avec le pays hôte, § 9.

[1872] V. son évocation par Cahier (Ph.), *Étude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les États où elles résident*, Milan, A. Giuffrè, 1959, vii-449 p., pp. 210-211 qui se réfère principalement aux écrits de Jenks.

[1873] Opinion individuelle du juge Ago sous C.I.J., 1980 (20 déc.), *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, préc., p. 156. Cette tension territoriale découlant de l'immatérialité de l'organisation internationale est couramment notée comme nœud du régime, déjà par Cahier (Ph.), *Étude des accords de siège…*, *op. cit.*, pp. 1-2, et encore par Bonucci (N.), Cosnard (M.) et Nganga Malonga (A.), « Les rapports entre l'organisation internationale et l'État hôte », *op. cit.*, p. 602.

[1874] *R.T.N.U.*, vol. 249, I-3510, Accord spécial entre le Conseil de l'Europe et la France relatif au siège du Conseil de l'Europe, art. 5 (tempéré mais sans interférence du contrôle de la frontière par l'art. 6) ; *R.T.N.U.*, vol. 33, I-521, Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées (à laquelle renvoient les accords de siège des organisations onusiennes), arts. V section 13 (représentants, implicite sous leurs immunités), VI section 19 *litt.* c) et VIII (fonctionnaires et laissez-passer) ; *R.T.N.U.*, vol. 11, I-147, Accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, art. IV sections 11 et 13 *litt.* a) ; Doc. N.U., A/CONF.67/16, 1975, Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 79 ; ou encore *R.T.N.U.*, vol. 2098, I-36477, Accord entre la République d'Autriche et l'O.P.E.P. relatif au siège de l'O.P.E.P., art. 19, et *R.T.N.U.*, vol. 3027, I-52558, Accord de siège entre le Royaume d'Espagne et l'Union européenne (Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail), art. 3 § 2 *litt.* iii).

[1875] Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, préc., art. IV section 12 ; Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère

l'organisation, de sorte qu'il se borne à vérifier la qualité d'agents ou invités de l'organisation, précision faite que ceux-ci ne doivent jouir de ce bénéfice qu'en vue de l'accomplissement des fonctions qui le justifient mais sans que le pouvoir de l'État hôte ne puisse sanctionner cela *a priori*[1876]. En sa qualité d'hôte, l'État territorial s'efface comme entité souveraine définissant et conduisant une politique singulière, avec l'admission de certaines relations et le rejet d'autres, pour se borner aux fonctions d'administrateur[1877]. Il est autrement dit un rouage de l'ordre international des circulations, dont le pouvoir territorial est un pouvoir lié au service de l'organisation internationale.

495. L'emprise étatique est neutralisée de la sorte, et les péripéties du siège new-yorkais de l'O.N.U. montrent assez les difficultés de fait et protestations de droit que soulève son réveil[1878]. C'est qu'à maintes reprises[1879], les États-Unis d'Amérique ont entendu conditionner leur

---

universel, préc., arts. 27 et 57. Nous retrouvons là *mutatis mutandis* la protection des communications diplomatiques vue au développement précédent.

[1876] La mention est classique, v. par ex. la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, préc., arts. V section 16 et VI section 22 qui renvoient respectivement à l'État d'envoi pour les représentants et à l'organisation pour les fonctionnaires le pouvoir et le devoir de lever l'immunité en cas d'abus, avec tout au plus une consultation avec l'État hôte en cas de différend qui aboutit le cas échéant à la saisine de la Cour internationale de Justice (art. VII section 24).

[1877] Certaines dispositions expriment particulièrement bien ce changement de figure, not. l'art. IV section 12 de l'Accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies (préc.) qui précise que l'accès au district administratif est accordé « quelles que soient les relations existant entre les Gouvernements dont relèvent les personnes mentionnées (…) et le Gouvernement des États-Unis », ou l'art. 82 § 1 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel qui écarte toute pertinence de la reconnaissance de l'État d'envoi par l'État hôte ou de l'(in)existence de relations diplomatiques entre les deux pour tout le régime (préc.). C'est le cas aussi de l'exception aux sanctions particulières (*i.e.* adoptées dans un cercle distinct de celui de l'organisation en cause) de voyage, l'État hôte ne pouvant imposer *sa* politique à l'organisation qui y est étrangère, comme le prévoient les sanctions adoptées par l'Union européenne (v. par ex. Décisions (PESC) 2019/797 (art. 4 §§ 3 *litt.* a) et b), et 4) et 2023/891 (art. 1 §§ 3 *litt.* a) et b) et 4)) ; dans la pratique v. Kaikobad (K.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2002 », *B.Y.I.L.*, vol. 73 (2002), pp. 814-817 : le ministre des Affaires étrangères britannique explique la limite des interdictions de voyage adoptées contre Robert Mugabe et les membres de son parti en cas de réunion d'organes internationaux, avançant que « that sanctions on the travel of regimes such as that of Mugabe are qualified by our international treaty obligations » (p. 815), et que s'agissant de cette venue à des conférences internationales « EU member states have no real discretion over that, any more than the United States has discretion over their attendence at the United Nations » (p. 816) ; Hartmann (J.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2014 », *B.Y.I.L.*, vol. 85 (2014), pp. 406-407 (immunité d'un membre du Parlement russe faisant l'objet de sanctions de l'Union européenne pour participer à l'Assemblée du Conseil de l'Europe).

[1878] Pour un autre cas, v. Aumond (Fl.), « Russie – Antarctique. Problèmes de visas pour des membres de la délégation russe », *in* Fleury Graff (Th.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 128 (2024), pp. 394-399.

[1879] V. Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 74 (1970), p. 144 (exclusion de représentants cubains à l'O.N.U.) ; Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 77 (1973), p. 1191 (exclusion d'un membre de la délégation syrienne à l'O.N.U., déclaré *persona non grata* par les États-Unis) ; Reisman (W. M.), « The Arafat Visa Affair: Exceeding the Bounds of Host State Discretion », *A.J.I.L.*, vol. 83 (1989), pp. 519-527 ; Daugirdas (Kr.) et Mortenson (J. D.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 108 (2014), pp. 523-529 (exclusion d'un envoyé de l'Iran car il avait servi de traducteur lors de la révolution et de l'action contre l'ambassade étatsunienne à Téhéran en 1979).

obligation d'accueil à l'innocuité du flux telle qu'ils la perçoivent, motif pris que l'approbation de l'Accord de siège par le Congrès étatsunien aurait introduit une exception de sécurité qui résiderait en outre dans le droit international coutumier[1880], et permettrait d'exclure des individus liés à des problèmes sécuritaires étatsuniens dans l'ordre mondial. Par ailleurs, moins explicitement motivée[1881], la pratique étatsunienne s'accompagne aussi de mesures dilatoires dans l'octroi ou renouvellement de visas, et de restrictions dans leur portée[1882]. Dans les deux cas, la pratique révèle l'immixtion infondée de l'État situé, avec ses préférences relationnelles, au sein de l'organisation qui, garantissant l'égalité de tous car elle n'est inféodée à aucun, est infiltrée en son cœur par l'État hôte comme barrière conditionnant son fonctionnement, ce qui introduit un biais fondamental dans sa pratique. Le principe égalitaire du droit international est alors méconnu dans la figure de l'organisation internationale et ses membres défendent le régime protecteur contre l'emprise étatique : les États touchés protestent que cela affecte leur représentation dans plusieurs instances[1883], les États membres opposent une constante réaffirmation à travers l'Assemblée générale de ce que l'admission « ne peut faire l'objet de restrictions découlant des relations bilatérales du pays hôte »[1884], et le Conseiller juridique des Nations Unies affirme qu'il existe « un droit sans réserve, pour les personnes visées (…) d'entrer sur le territoire des États-Unis afin de se rendre dans le district administratif »[1885]. En vertu tant de la lettre que de l'esprit et encore de la pratique du régime, l'État hôte ne peut donc

---

[1880] V. not. la position étatsunienne, « any host country (…) has the right to protect its national security » (exprimée par Mme Byrne, Department of State Press Release USUN 154-(88), citée par Reisman (W. M.), « The Arafat Visa Affair… », *op. cit.*, p. 521).

[1881] Doc. N.U. A/77/26, Rapport du Comité des relations avec le pays hôte, §§ 13-14, 18, 31-32 et 41-42, où le représentant des États-Unis invoque principalement des raisons techniques de délai et de manque d'informations requises, avec une nuance aux paragraphes 14 et 43 dans l'accusation de la Russie d'abuser des visas, ce qui laisse entendre que les États-Unis maintiennent un certain contrôle pour apprécier cet abus (*idem* dans le rapport A/78/26).

[1882] V. généralement les cas rapportés par le rapport du Comité des relations avec le pays hôte (doc. N.U. A/77/26), spéc. §§ 8-19.

[1883] Doc. N.U. A/77/26, Rapport du Comité des relations avec le pays hôte, positions de la Russie (§§ 9, 16, 25, 34 et 38), de Cuba (§§ 10, 15 et 39), du Bélarus (§§ 12 et 29), de la Syrie (§ 30) et de l'Iran (§ 37), dont ressort une condamnation contre les motifs politiques parasitant le mécanisme d'octroi de visas (les protestations perdurent dans le rapport A/78/26, avec celles en outre du Venezuela §§ 10, 20 et 28).

[1884] Doc. N.U. A/RES/77/114, § 1, et §§ 2-4 et 7-10 où l'Assemblée se dit gravement préoccupée par la pratique dilatoire et entravante principalement concernée et appelle au respect du droit international et à la levée des restrictions (dans le même sens, doc. N.U. A/RES/78/116, §§ 1-4 et 7-10) ; pour un cas où la sécurité était excipée par les États-Unis comme pour l'exclusion de Yasser Arafat, la résolution A/RES/43/48, *Rapport du Comité des relations avec le pays hôte* (30 novembre 1988), reprend l'avis rendu par le Conseiller juridique des Nations Unies (A/C.6/43/7) et « déplore que le pays hôte n'ait pas approuvé l'octroi du visa d'entrée demandé » (§ 2) en « violation [de ses] obligations juridiques internationales » (§ 3).

[1885] Avis formulé en réponse à l'exclusion de Yasser Arafat (doc. N.U., A/C.6/43/7), réaffirmé par une déclaration du 15 octobre 2019 (doc. N.U. A/AC.154/415), repris par l'Assemblée générale dans la résolution A/RES/77/114, § 8. L'opposabilité de la sécurité étatsunienne est exclue par le Conseiller juridique depuis sa première invocation, en 1953 (doc. N.U., E/2397).

interférer unilatéralement dans l'accès au siège, et la frontière n'est plus tant celle du territoire étatique que celle de l'espace international du siège de l'organisation[1886].

2. L'imposition du mouvement pour l'inspection du respect du droit international

496. Là où l'accès au siège de l'organisation internationale se situe en amont de la coopération internationale, au moment de la participation, le territoire accueille aussi cette coopération en aval, en ce que l'État doit y exécuter le droit international convenu avec ses pairs. C'est l'heure du suivi de la coopération dans les faits, où chacun doit respecter ses obligations, et le droit international saisit alors le territoire en prévoyant des mécanismes pour « descendre sur le terrain »[1887] afin d'assurer que son exécution « soit internationalement et effectivement vérifiable »[1888]. En pratique, cela passe par la circulation d'inspections et enquêtes internationales[1889], qui éclaircissent l'écran étatique[1890] tant en vue d'alerter l'État sur ses propres dysfonctionnements[1891] que de fournir une certaine vérité objective qui peut juridiquement fonder l'adoption de mesures subséquentes par les sujets intéressés. En montant dans les degrés de contrainte et d'intégration qui marquent les différents régimes[1892], laissant de côté les inspections dites « décentralisées » (autrement dit sans institution commune,

---

[1886] Il ne faut pas voir ici une tentative de rétablir l'« exterritorialité » qui jadis exprimait sans nuance le régime en cause, mais la notion avait au moins le mérite « de mettre en évidence le problème en cause », celui de la tension entre indépendance de l'organisation et emprise territoriale, qui fut-il avancé trouve une expression plus exacte dans la non-dépendance de l'« autonomie » (Dufour (J.-M.), « De l'exterritorialité à l'autonomie internationale : à propos des relations de l'organisation intergouvernementale avec l'État-hôte », *in Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, xxxi-511 p., pp. 239-256, p. 241 pour la citation).

[1887] Sur une question proche, le Pr Thouvenin a pu dans le même sens étudier « la descente de la Cour sur les lieux dans l'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros » (*A.F.D.I.*, t. 43 (1997), pp. 333-340).

[1888] Selon les termes de l'alinéa 7 du préambule du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, texte situé dans Doc. N.U., A/50/1027, adopté par A/RES/50/245.

[1889] Chaumette (A.-L.) et Tams (Chr. J.), « Cartographie des inspections internationales », *in* Chaumette (A.-L.) et Tams (Chr. J.) (dir.), *International inspections / Les inspections internationales*, Leiden – Boston, Académie de droit international de La Haye Brill – Nijhoff, 2022, 629 p., pp. 3-65, pp. 6 sur leur fonction exécutive et 12-14 sur les flous terminologiques entre inspection, contrôle et vérification.

[1890] Oeter (St.), « Inspection in international law. Monitoring compliance and the problem of implementation in international law », *N.Y.I.L.*, vol. XXVIII (1997), pp. 101-169, p. 106.

[1891] C'est toute l'optique des époux Chayes qui s'intéressent aux traités assurant la *compliance* avec le droit international – soit son respect mais par l'assistance et notamment l'information, dans une optique « managériale » qui entend assister les États dont la propension à respecter le droit est postulée et placée au cœur du régime, et non par les sanctions jugées coûteuses à tous égards et inefficaces car hasardeuses dans leurs effets et déclenchements – dans leur ouvrage *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, xiv-417 p., qui constitue le phare doctrinal des études sur l'inspection internationale (spéc. pp. 174-196 de l'ouvrage où les inspections sont traitées comme ultime exigence de la transparence, à user avec parcimonie afin d'éviter la quête perdue d'avance d'une omniscience constante sur des risques et situations de plus en plus complexes).

[1892] Fischer (G.) et Vignes (D.), « Existe-t-il une fonction d'inspection dans la société internationale ? », *in* Fischer (G.) et Vignes (D.) (dir.), *L'inspection internationale. Quinze études de la pratique des États et des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 521 p., pp. 7-21, p. 21, ont pu voir dans cette variété des renseignements sur « les moyens et les limites des méthodes expérimentales par lesquelles la société interétatique tente de vérifier de nos jours la mise en œuvre des normes qu'elle a adoptées. »

généralement entre États)[1893] et les régimes institutionnels qui dépendent du consentement de l'État[1894], apparaissent les inspections institutionnelles obligatoires comme figure la plus aboutie de circulations imposées en faveur de la correcte exécution du droit international, car elles garantissent « a capacity of the international community (with the international organizations as its agents) to gain *its own information* about compliance, and to secure a reliable information base that is independent of the States concerned. »[1895] Dans cette optique, la communauté internationale organisée est directement liée au territoire pris comme espace de réalisation de son droit, et le flux est ici imposé précisément en tant que véhiculant l'intérêt international, commun et non particulier[1896]. Plusieurs régimes[1897], dont celui de l'A.I.E.A. doit

---

[1893] Chaumette (A.-L.) et Tams (Chr. J.), « Cartographie des inspections internationales », *op. cit.*, p. 33. Ces régimes peuvent contenir des inspections obligatoires bien que décentralisées, comme c'est par exemple le cas du Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (*R.T.N.U.*, vol. 2442 (pour le texte français), I-44001), art. XIV §§ 1 et 6 ; Traité entre les États-Unis d'Amérique et la Fédération de Russie sur des mesures pour la poursuite de la réduction et limitation des armes stratégiques offensives (dit « Traité New Start »), 8 avril 2010, reproduit *in I.L.M.*, vol. 50 (2011/3), pp. 342-348, art. XI §§ 1-3 ; *R.T.N.U.*, vol. 1664, I-28627, Accord relatif à l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins exclusivement pacifiques entre le Brésil et l'Argentine, art. IV. Voyez encore le cas spécifique de l'habilitation d'un organe tiers pouvant inspecter sur son initiative, constitué par le rôle reconnu à la Croix-Rouge en cas de conflits armés (*R.T.N.U.*, vol. 75, I-972, Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre. Genève, le 12 août 1949, art. 126 ; Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, préc., arts. 76 et 143).

[1894] V. par ex. Doc. N.U., ECE/MP.PP/2/Add.8, Décision I/7 de la première Réunion des Parties à la Convention d'Aarhus, Annexe, Structure et fonctions du Comité d'examen du respect des dispositions et procédures d'examen du respect des dispositions ; Doc. N.U., ECE/MP.EIA/6, Annexe II, Décision III/2 de la troisième Réunion des Parties de la Convention d'Espoo, Appendice, Structure et fonctions du Comité de l'application et procédures d'examen du respect des obligations.

[1895] Oeter (St.), « Inspection in international law… », *op. cit.*, p. 106 (nous soulignons).

[1896] Parmi les différents critères de qualification de l'inspection s'imposant (nationalité des inspecteurs autre que celles des États inspecté et déclencheur de l'inspection, compétence et intégrité des inspecteurs, quota de leur nombre…) il faut noter à cet égard celle de l'indépendance des inspecteurs, qui garantit « la nature exclusivement internationale des responsabilités [leur étant] confiées » (Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction., art. VIII § 47 (enjoint aux États de respecter cette nature)), et que l'État territorial garde un droit de contrôle sur l'équipement des inspecteurs : tout équipement sortant du strict mandat de l'inspection défini par le régime peut être bloqué à la frontière par l'État inspecté, qui filtre ainsi (et uniquement) ce qui ne relève pas du flux internationalement imposé (v. par ex. *ibid.*, Annexe sur la vérification, 2e partie, C) § 29).

[1897] Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, *S.T.E.* n° 126, arts. 2 et 8 § 2 *litt.* a) ; Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, texte situé dans Doc. N.U., A/50/1027, adopté par A/RES/50/245, art. IV A) §§ 3 *litt.* d) et 4, et D) § 56 ; Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, préc., art. 8 §§ 11 et 14 ; *R.T.N.U.*, vol. 1975, I-33757, Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, arts. IV §§ 3-5, V § 7 *litt.* b) et VI § 2 (inspection déclenchée par l'Organisation), et art. IX § 10 (inspection demandée par un État partie) ; Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, préc., annexe 4 § 6 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est, préc., annexe § 5 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, préc., annexe IV § 4 *litt.* c) ; *R.T.N.U.*, vol. 2375, A-24841, Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, arts. 4 § 1 et 12 *litt.* a). S'il arrive qu'un droit de veto soit ménagé à l'État sur la nomination d'inspecteurs donnés, cela ne sape aucunement l'obligatoriété du régime dont l'intégrité doit être préservée et récuse la licéité de vetos répétés qui stériliseraient *de facto* la voie d'inspection obligatoire (C.I.C.R., *Commentaire de 2020 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, article 126 – contrôle, § 4948 : « The Detaining Power is entitled to approve each ICRC delegate, but this prerogative may not be abused. Nor in any circumstance may it amount to denial of ICRC access

être souligné[1898], dressent en ce sens des couloirs d'inspection obligatoire. L'inspection n'y est pas soumise à une acceptation de l'État (autre que sa participation au régime), et elle est conduite par l'organisation, qu'elle soit déclenchée par un État membre[1899] ou par l'action de l'institution elle-même à l'instar de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques[1900]. Le pouvoir territorial est ainsi lié, notamment à fournir des visas et toute facilité d'entrée aux inspecteurs[1901], car son interférence lèserait la pleine effectivité de l'inspection de son comportement. Sans imposition du mouvement, l'emprise étatique est en effet susceptible de couvrir le manquement aux obligations internationales et le territoire risque alors d'être un

---

to prisoners of war by way of repeated rejections of any delegate proposed by the ICRC, as this would violate Article 126 »).

[1898] Conformément à son Statut (*R.T.N.U.*, vol. 276, I-3988, Statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique, art. XII A) 6)), l'accord type prévoit des inspections obligatoires (Doc. A.I.E.A., INFCIRC/153/Corr., Structure et contenu des accords à conclure entre l'Agence et les États dans le cadre du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, Partie I, §§ 1-2, et Partie II §§ 70-82), relayées par les principaux régimes multilatéraux en la matière qui imposent la conclusion de telles garanties avec inspections obligatoires (*R.T.N.U.*, vol. 729, I-10485, Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, art. III §§ 1 et 4 ; Doc. OPANAL, Inf.14/2015, Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes, tel qu'amendé, arts. 12 § 1, 13 et 16 § 1 ; Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, préc., art. 8 § 2 *litt.* c) et Annexe 2 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est, préc., arts. 5 et 10 *litt.* a) ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, préc., art. 9 *litt.* b) et annexe II ; Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale, art. 8 *litt.* b) ; *R.T.N.U.*, vol. 3379, I-56487, Traité sur l'interdiction des armes nucléaires, arts. 3 et 4 §§ 1-3), et par le Conseil de sécurité des Nations Unies qui s'appuie volontiers sur (et donne un appui à) l'Agence pour les questions nucléaires (doc. N.U., S/RES/1284 (1999), § 3, et S/RES/1441 (2002), §§ 5 et 7 (situation en Irak) ; S/RES/1696 (2006), §§ 2 et 6, S/RES/1737 (2006), §§ 1 et 8, S/RES/1929 (2010), §§ 3 et 5, et S/RES/2231 (2015), *Plan d'action global commun sur la question iranienne*, préambule, al. 9, et annexe A (plan d'action), C) 15) (programme nucléaire iranien soupçonné)).

[1899] Celui-ci doit généralement fournir des renseignements pertinents et passer par le canal d'un organe commun auquel seront soumis la pertinence desdits renseignements ; v. les régimes du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, préc., art. IV D) §§ 34, 37-46 et 67, et Protocole, 2e partie, C) § 41 ; Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, préc., art. 8 §§ 2 et 8 ; Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, préc., art. IX §§ 8 (« inspection par mise en demeure »), 9 et 17 ; Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, préc., art. 8 § 2 *litt.* d) et annexe 4 §§ 2 et 4 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est, préc., art. 13 et annexe § 2 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, préc., annexe IV §§ 2 et 4.

[1900] L'O.I.A.C. ne vise pas un État spécifiquement – et donc ne *décide* pas au sens propre – mais opère selon un schéma de vérification systématique pour les armes chimiques, installations de fabrications de ces armes et éléments pouvant servir leur fabrication (Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, préc., respectivement arts. IV, V et VI).

[1901] Ce pouvoir lié découle en son principe de l'obligation de se soumettre aux garanties exigées. Il est expressément établi par le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, préc., Protocole, 2e partie, B) § 26 ; Doc. A.I.E.A., INFCIRC/540/Corr., Modèle de protocole additionnel à l'accord (aux accords) entre un État (des États) et l'Agence internationale de l'énergie atomique relatif(s) à l'application de garanties, art. 12. Si certains accords conclus avec l'A.I.E.A. sur les modalités de l'inspection peuvent soumettre la venue des inspecteurs au consentement de l'État à leur désignation, il faut bien voir que c'est là un consentement sur les *modalités* qui ne remet pas en cause l'obligation d'accueil *de principe*, fondée sur le régime général : le refus répété est reçu comme un blocage contre lequel le Conseil de l'Agence doit agir (*R.T.N.U.*, vol. 954, I-13637, Accord relatif à l'application de garanties dans le cadre du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (A.I.E.A. – Iran), art. 9 *litt.* i) et iii)), et constitue un fait illicite comme sapant ladite obligation.

espace d'ineffectivité du droit international au profit de la liberté étatique dans les faits, ce que la communauté internationale, dans les régimes mentionnés en référence, n'accepte pas.

497. Le mouvement peut ainsi être imposé à raison de son objet lorsque l'interférence étatique paraît incompatible avec la nature du flux, qu'elle risque de porter atteinte à la souveraineté de l'État tiers en s'y immisçant ou de fragmenter la coopération internationale par le repli de l'emprise étatique. Il peut aussi l'être à raison d'un espace, pour tous types de flux dès lors qu'ils entrent dans les conditions formelles de la libre circulation.

§ 2. L'imposition du mouvement à raison de l'espace territorial

498. À côté de son imposition à raison de son objet, le franchissement de la frontière peut être imposé à raison de l'espace et c'est alors que l'internationalisation du territoire est la plus directe, car il est ouvert à la circulation internationale substantiellement indéterminée. Autrement dit, le territoire n'est plus seulement internationalisé en tant que lieu d'une attache dressant un étroit couloir avec l'extérieur, à raison de tel objet et donc de telle substance de flux comme une valise diplomatique ou un inspecteur de l'A.I.E.A., mais il l'est directement, *en tant qu'espace* territorial, pour tout objet qui souhaiterait y circuler pour tout motif, sous la seule réserve des conditions posées par le régime. L'espace ici concerné est la mer territoriale, déjà étudiée dans la première partie comme espace de l'emprise souveraine[1902], car si en effet il y a emprise, celle-ci est neutralisée s'agissant des circulations. Les navires y naviguent librement, indépendamment de ce qu'ils sont ou portent, dans leur indétermination (tourisme, commerce, science, armée…), du simple fait de leur subsomption dans la voie du droit de passage inoffensif[1903], constituée par l'innocuité qu'il s'agira ainsi de préciser dans un premier temps pour saisir la teneur du passage imposé (A). Sous cet angle, l'espace marin territorial est aussi un espace international du mouvement inoffensif, soustrait à l'emprise territoriale sous-jacente (B).

A. L'innocuité constitutive de l'imposition du passage

499. La liberté de passage qui grève la mer territoriale protège le passage inoffensif, de sorte que l'imposition du passage résulte de l'innocuité du flux qui le subsume sous ce régime où

[1902] *Supra*, au paragraphe 86. Est ici laissé de côté l'espace aérien qui accorde un accès sans autorisation préalable aux seuls aéronefs n'assurant pas des services réguliers (Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., art. 5), au vu de son faible intérêt juridique et du propos d'un commentateur autorisé selon lequel l'article est « tombé en désuétude » au regard de la pratique d'exigence quasi-systématique d'autorisation préalable (Park (K.-G.), *La protection de la souveraineté aérienne*, *op. cit.*, p. 198).

[1903] La règle est largement reconnue comme étant coutumière et fut consacrée conventionnellement par l'art. 14 de la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958 (préc.) avant de l'être par l'art. 17 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc.).

une fois qualifié il ne peut plus subir d'interférence de l'État contrôlant sa frontière[1904], sauf la possible suspension du régime évoquée ci-après. Partant, la force de l'imposition du passage et de la neutralisation de l'emprise étatique est à mesure de la précision pouvant être donnée à l'innocuité, sans quoi le pouvoir discrétionnaire de l'État pourrait ressurgir en excluant les flux du régime motif pris de leur nocivité. À cet égard, l'imposition du passage est renforcée par la précision juridique de l'innocuité du passage (1), et par l'exclusivité de l'action des navires comme critère de leur nocivité (2).

1. La précision de l'innocuité du passage par une liste close

500. Aux termes de l'article 19 § 1 de la Convention de Montego Bay, le passage est « inoffensif aussi longtemps qu'il ne porte pas atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier » et s'effectue en conformité avec le droit international. Plus précis que la Convention de Genève de 1958 en ce qu'il détermine davantage la notion d' « inoffensif » en droit[1905], le paragraphe 2 du même article 19 liste de manière exhaustive[1906] les activités contraires à l'innocuité du passage, ce qui dégage en creux la circulation protégée ainsi définie comme celle qui n'inclut pas de menace ou emploi de la force, de manœuvre avec armes, d'espionnage ou de propagande contre l'État côtier, de base pour aéronefs et engins militaires, de violation du droit douanier, fiscal, sanitaire et migratoire de l'État côtier, de pollution « délibérée et grave », de pêche, de recherches, d'atteinte aux équipements et installations de l'État côtier, et qui se cantonne à son activité de passage. Ce dernier élément, qui exclut le passage de la qualification d'inoffensif dès lors qu'il mène « toute autre activité sans rapport direct avec le passage », ouvre certes la liste qui, formellement exhaustive, peut matériellement accueillir de nombreux motifs sous celui-ci qui englobe les activités listées (toutes sont par

---

[1904] L'imposition du flux passe ainsi par l'intégration de l'innocuité-absence-de-nécessité *au sein* de la règle, non plus étape de la modération (*supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2) mais élément intrinsèque du régime qui oblitère ses autres étapes. Autrement dit le régime est défini de telle sorte à ne protéger que des flux qui par définition ne posent aucune menace, qui donc ne déclenchent nécessité de réponse, et qui donc s'imposent. Le rapprochement avec l'assistance humanitaire (développée *supra* sur l'innocuité du flux comme absence de nécessité, au paragraphe 353) est assez net, et il manque seulement à son régime la rigidité et la précision du passage inoffensif pour atteindre le degré de contrainte de la logique du régime ici étudié.

[1905] L'art. 14 § 4 de cette Convention (préc.) limitait le passage inoffensif à l'absence d'atteinte « à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État riverain », soit le contenu de l'art. 19 § 1 de la Convention de Montego Bay sans la précision de son paragraphe 2. Les États eux-mêmes ont pu constater la « latitude accordée à l'État côtier quant à l'interprétation du terme "sécurité" » dans cette convention par rapport à la précision de celle de 1982 (Lee (E. G.), « Canadian practice in international law during 1988-89 », *A.Can.D.I.*, vol. 27 (1989), p. 387).

[1906] Rien dans la disposition ne laisse supposer que la liste est ouverte, le paragraphe 2 se présentant comme une précision de l' « atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'État côtier » dont parle le paragraphe 1. V. l'interprétation uniforme du droit de passage innocent conclue par les États-Unis et l'U.R.S.S. qui, se référant à l'art. 19 § 2 de la Convention, considère sa liste exhaustive (Nash Leich (M.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 84 (1990), pp. 239-240, § 3). La reprise telle quelle de la liste dans certains droits internes plaide également en faveur de son exhaustivité (v. la note 1909 *infra*).

définition étrangère au seul passage)[1907] et les dépasse (d'« autres » activités sont envisagées)[1908]. Toutefois, l'État ne saurait y engouffrer des entraves en limitant abusivement ce qui est perçu comme étant « rapport direct » avec le passage, notamment à travers sa réglementation, ce qui sera précisé dans les développements suivants réservés aux limites posées au pouvoir territorial. Pour l'heure il faut donc noter que la liste permet de donner un sens précis à l'innocuité qui constitue l'imposition du flux, et est largement reprise par les législations étatiques[1909] bien qu'elle y soit parfois percée par l'inclusion de déterminations unilatérales[1910], ou infléchie à l'instar du critère de la pollution dont le caractère « délibéré et

[1907] Pour preuve, la reformulation de l'art. 19 de la C.N.U.D.M. par un décret français, qui place ce motif en tête de la précision du contenu du passage inoffensif en considérant qu'il ne l'est pas s'il se livre à « toute activité sans rapport direct avec le passage », avant de lister les autres éléments de l'article 19 auxquels il confère un caractère non exhaustif comme simples exemples précisant cette absence de rapport direct, en les introduisant par l'adverbe « notamment » (Décret français n° 85/185 du 6 février 1985 portant réglementation du passage des navires étrangers dans les eaux territoriales françaises, *repr. in B.D.M.*, n° 6 (octobre 1985), pp. 16-17).

[1908] La saisie étatique de ce critère est illustrée par la législation sud-coréenne, qui précise que sont contraires au droit de passage inoffensif « toutes les autres activités *prévues au décret présidentiel* qui ne sont pas directement liées au passage » (Loi de la République de Corée du 21 mars 2017 relative à la mer territoriale et aux zones contiguës, *B.D.M.*, n° 95 (2018), pp. 43-45, art. 5 § 2 *litt.* m) (nous soulignons)).

[1909] Loi de Trinité-et-Tobago de 1986 sur les eaux archipélagiques et la zone économique exclusive, *B.D.M.*, n° 9 (avril 1987), pp. 5-16, art. 12 § 2 ; Loi du 8 juillet 1987 régissant les espaces marins de la République populaire de Bulgarie, *B.D.M.*, n° 13 (mai 1989), pp. 9-31, art. 20 ; Loi de la Yougoslavie du 23 juillet 1987 relative à la mer côtière et au plateau continental, *B.D.M.*, n° 18 (juin 1991), pp. 9-22, art. 18 ; Loi de la Roumanie du 7 août 1990 concernant le régime juridique des eaux maritimes intérieures, de la mer territoriale et de la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 19 (octobre 1991), pp. 11-23, art. 9 ; Loi du Belize du 24 janvier 1992 relative à la mer territoriale, aux eaux intérieures et à la zone économique exclusive, *B.D.M.*, n° 21 (août 1992), pp. 3-21, art. 11 § 1 ; Loi de la Pologne du 21 mars 1991 relative aux zones maritimes et à l'administration maritime, *B.D.M.*, n° 21 (août 1992), pp. 71-93, art. 9 ; Loi de la Jamaïque de 1996 sur les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 34 (1997), pp. 27-44, art. 18 ; Loi de l'Indonésie n° 6 du 8 août 1996 concernant les eaux indonésiennes, *B.D.M.*, n° 38 (1999), pp. 31-38, art. 12 ; Code maritime de la Croatie, *B.D.M.*, n° 42 (2000), pp. 32-178, art. 24 ; Loi du Honduras du 30 octobre 1999 sur les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 49 (2002), pp. 18-23, art. 4 ; Loi de la Bulgarie du 11 février 2000 relative à l'espace maritime, aux voies d'eau intérieures et aux ports, *B.D.M.*, n° 49 (2002), pp. 24-50, art. 20 § 1 ; Loi de Chypre de 2011 relative à la réglementation du passage inoffensif des navires dans les eaux territoriales, *B.D.M.*, n° 78 (2012), pp. 16-20, art. 4 § 2.

[1910] Certains cas limites existent, comme celui des Bahamas qui incluent « toute autre activité définie par le Gouverneur général par voie d'ordonnance » (Loi des Bahamas n° 37 de 1993 sur la mer territoriale, les eaux archipélagiques, les eaux intérieures et la zone économique exclusive, *B.D.M.*, n° 31 (1996), pp. 31-39, art. 5 § 2) de la Russie qui ouvre le contenu du passage inoffensif à « tous autres règlements établis » en droit russe (Loi de la Russie du 16 juillet 1998 sur les eaux maritimes intérieures, la mer territoriale et la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 46 (2001), pp. 15-35, art. 11), ou de la Barbade qui ajoute « Toute autre activité pouvant être prescrite » (Chapitre 386 de la loi de Barbade relatif aux eaux territoriales de la Barbade, *B.D.M.*, n° 89 (2016), pp. 35-38, art. 7.1 *litt.* i)), qui relèguent ainsi la liste disposée par le droit international au rang de simple illustration.

grave » exigé par la Convention semble trop limité pour certains États[1911], ces torsions de la liste méconnaissant le sens de la Convention et rencontrant des protestations en pratique[1912].

501. La circulation dans la mer territoriale est ainsi imposée dans un cadre bien déterminé, dont la pratique a pu exclure le navire se livrant à un trafic de drogues[1913], au commerce interlope[1914], aux migrations clandestines[1915], à l'installation d'instruments immergés pour surveiller les mouvement de sous-marins étrangers[1916], à des incursions dans le cadre d'un différend territorial[1917], ou encore à l'activisme politique dénonçant des faits de l'État côtier[1918]. De ces illustrations comme de la liste de l'article 19 appert une autre précision qui contribue à

[1911] Loi des Bahamas n° 37 de 1993 sur la mer territoriale, les eaux archipélagiques, les eaux intérieures et la zone économique exclusive, *B.D.M.*, n° 31 (1996), pp. 31-39, art. 5 § 2 (pollution « susceptible de porter préjudice aux Bahamas, à leurs ressources ou à leur milieu marin ») ; Loi des Seychelles de 1999 sur les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 48 (2002), pp. 16-23, art. 17 § 2 *litt.* h) (pollution « pouvant causer des dommages aux Seychelles, leur population, leurs ressources et leur environnement) ; Code maritime de Madagascar du 2 avril 2004, *B.D.M.*, n° 56 (2004), pp. 65-133, art. 1.4.01. (« menace de pollution grave ») ; Code maritime de la Slovénie de 2001, *B.D.M.*, n° 60 (2006), pp. 58-124, (tout acte qui pollue la mer ou l'environnement) ; Loi du Guyana du 18 septembre 2010 *B.D.M.*, n° 74 (2010), pp. 31-50, art. 12 § 1 *litt.* g) (rejet délibéré de « toute substance qui entraîne de la pollution ») ; Loi de la République de Corée du 21 mars 2017 relative à la mer territoriale et aux zones contiguës, *B.D.M.*, n° 95 (2018), pp. 43-45, art. 5 § 2 *litt.* i) (rejet de polluants dépassant les quantités prévues par décret présidentiel) ; Loi du Venezuela du 18 novembre 2014 relative aux espaces aquatiques, *B.D.M.*, n° 97 (2019), pp. 17-52, art. 16 § 8 (« Actes ou faits produisant une pollution ») ; Loi du Myanmar du 17 juillet 2017 sur la mer territoriale et les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 99 (2019), pp. 29-35, art. 8 *litt.* h) (« pollution de la mer, de l'espace aérien ou du milieu marin »).

[1912] Démarche du 14 décembre 1994 de l'Ambassade d'Allemagne à Téhéran au nom de l'Union européenne concernant certaines dispositions du droit iranien non compatibles avec le droit de la mer, *B.D.M.*, n° 30 (octobre 1996), pp. 60-61, à propos du droit iranien incluant la collecte de renseignements « préjudiciables aux intérêts économiques de l'Iran » (là où la C.N.U.D.M. cantonne le préjudice à la défense ou à la sécurité de l'État en pareil cas), et « tout acte de pollution » (tandis que la C.N.U.D.M. exige plus strictement une pollution délibérée et grave). Dans le même sens, v. les notes de protestation à l'égard de la loi iranienne sur les zones maritimes de 1993, du Qatar (Bulletin du droit de la mer, n° 32 (1996), pp. 102-103), de l'Arabie saoudite (*B.D.M.*, n° 32 (1996), p. 104) et des Emirats arabes unis (*B.D.M.*, n° 32 (1996), p. 105).

[1913] Jamaica, Court of Appeal, 1978 (26 mai), *R. v. Dakin and others*, *I.L.R.*, vol. 73, pp. 179-185.

[1914] Les cas d'arrestation pour contrebande sont pléthores. De nombreux exemples sont fournis par le relevé minutieux de la pratique internationale qu'opérait Rousseau dans sa « Chronique des faits internationaux », incluant souvent des faits relevant, rétrospectivement, de la vétille : *R.G.D.I.P.*, t. 72 (1968), p. 443 ; *R.G.D.I.P.*, t. 77 (1973), pp. 243-244 ; *R.G.D.I.P.*, t. 77 (1973), p. 261 ; *R.G.D.I.P.*, t. 80 (1976), p. 272.

[1915] Japan, Asahikawa District Court, 1954 (19 fév.), *Japan v. Kulikov*, *in The Japanese Annual of International Law*, vol. 1 (1957), pp. 66-71. Le juge japonais note que l'accusé en aidant un migrant clandestin « has disturbed the fair and just control of entry into Japan » (p. 67), et que le navire, battant pavillon soviétique en l'espèce, ne jouissait pas du passage innocent car « such passage must not be injurious to or threaten the interests of the coastal states or their peaceful order and security » (p. 71).

[1916] Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 83 (1979), p. 543 (navires soviétiques dans les eaux territoriales norvégiennes).

[1917] Dias (S.) *et al.*, « State practice of Asian States in the field of international law », *As.Y.I.L.*, vol. 17 (2011), pp. 259-260, incursions de navire chinois dans les eaux territoriales bordant les îles Senkaku. Selon le Gouvernement japonais, « the Senkaku Islands are an inherent part of the territory of Japan in light of historical facts and based upon international law. Indeed, the Senkaku Islands are under the valid control of Japan », et le Japon ne peut permettre « any attemps by China to change the status quo through force or coercion ».

[1918] Hewitson (P.) (dir.), « Australian Practice in International Law 1992 », *A.Y.I.L.*, vol. 14 (1993), pp. 443-444, affaire du *Lusitania Expresso*, transportant des activistes protestant contre la politique de l'Indonésie au Timor et se dirigeant vers les eaux indonésiennes pour protester, bloqué par l'Indonésie pour passage non-inoffensif, admis par l'Australie qui avait des ressortissants à bord du navire.

affermir l'imposition du passage inoffensif : seule l'activité du navire est en cause, et sa nature ne saurait l'exclure de la voie de passage.

2. La limitation de la nocivité du passage à l'activité du navire

502. Conditionnée à l'innocuité précisée par la liste, l'imposition du passage repose sur l'activité du navire et non sur ce qu'il est, autrement dit sur son comportement et non sur sa nature. Partant, la circulation est d'autant plus protégée car ce n'est pas « la navigation *stricto sensu*, c'est-à-dire le *mouvement* des navires étrangers » qui est limitée, mais « surtout les *activités* de ces navires »[1919]. Le passage est inoffensif et donc imposé dès qu'il *n'*est *que* passage, le mouvement est protégé *en ce qu'il est* mouvement, et l'espace territorial est donc bien internationalisé en tant qu'espace et indépendamment de la consistance des flux qui le traversent. Il est ouvert à la circulation internationale en tant que circulation, indépendamment de l'objet circulant si tant est qu'il est inoffensif. Le fondement conventionnel soutient cette position par la formule déjà citée qui ramasse le sens de l'innocuité en la rejetant pour « toute *autre* activité sans rapport direct avec le passage »[1920]. Cela est encore confirmé contre les exclusions prétendues par certains États à raison de la seule nature du navire.

503. Ainsi d'abord pour les navires à propulsion nucléaire ou transportant des substances dangereuses, objets de pratiques excluantes de la part d'États côtiers[1921] qui sont toutefois contraires à la Convention dans la mesure où seule la « pollution délibérée et grave » écarte l'innocuité. Malgré le « danger inhérent »[1922] à ces navires, celui-ci relève de ce qu'ils *sont* et non de ce qu'ils *font* – ces deux éléments pouvant à la limite se confondre lorsqu'une négligence, faite délibérément, affecte ce que le navire est, *i.e.* un navire dont le danger est

---

[1919] Riphagen (W.), « La navigation dans le nouveau droit de la mer », *R.G.D.I.P.*, t. 84 (1980), pp. 144-177, p. 151. Le constat est surtout opéré par l'auteur vis-à-vis de la main-mise des États côtiers sur l'exploitation des ressources maritimes tombant sous son contrôle, mais il est valable pour l'ensemble du droit de la navigation (dans le même sens, v. Lucchini (L.) et Voelckel (M.), *Droit de la mer*, t. II, vol. 2, Paris, Pedone, 1996, 717 p., p. 8).

[1920] Art. 19 § 2 *litt.* l) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (nous soulignons ; cet « *autre* » montrant que tous les éléments du non-inoffensif cités au-dessus se rapportent eux-aussi à une « activité », et donc que la substance du flux est complètement étrangère à l'innocuité).

[1921] Ces pratiques sont relevées *infra*, au paragraphe 505. À ce propos, Lucchini a pu évoquer l'idée que « [s]ous la spectaculaire poussée des préoccupations écologiques, ce ne sont plus seulement les actes volontaires de pollution qui vident de son caractère inoffensif le passage, mais le passage lui-même de substances dangereuses qui est mis en cause » (Lucchini (L.), « A propos de l'Amoco-Cadiz. La lutte contre la pollution des mers : évolution ou révolution du droit international », *A.F.D.I.*, t. 24 (1978), pp. 721-754, p. 733), et observait avec Vœlckel la « malédiction » pesant sur les navires à propulsion nucléaire au vu de la menace qu'il représente et des réactions des États en conséquence (Lucchini (L.) et Vœlckel (M.), « Passage dans les eaux territoriales et séjour dans les ports du navire à propulsion nucléaire », *in* Colliard (Cl.-A.) (dir.), *Droit nucléaire et droit océanique*, Paris, Economica, 1977, ix-252 p., pp. 39-60, p. 40).

[1922] Déclaration interprétative de la Malaise faite lors de la ratification de la C.N.U.D.M., *B.D.M.*, n° 33 (1997), pp. 6-8, p. 7.

réalisé et qui émet une pollution[1923]. Hormis cette nuance et à rester dans ce que le navire *est* nonobstant son activité, l'exclusion ne résonne donc en rien avec la logique du régime, comme le confirme au demeurant l'art. 23 de la Convention de Montego Bay qui reconnaît le droit de passage inoffensif des navires à propulsion nucléaire ou transportant des substances intrinsèquement dangereuses ou nocives[1924], ce que respecte et reprend la pratique multilatérale spécifique à la question[1925]. De même ensuite pour les navires de guerre, qui peuvent inquiéter par leurs potentialités mais n'en sont pas moins protégés par le droit de passage[1926] car l'acception de l'innocuité empêche de les en disqualifier comme « non-inoffensifs » par leur seule nature[1927]. Cela étant, il est un cas limite où la nature du flux est telle qu'elle peut pour ainsi dire parler d'elle-même et être perçue à bon droit comme une activité, fût-elle en puissance. Il est du moins permis de lire dans ce sens certaines pratiques prohibant le passage *simultané* d'une quantité définie de plusieurs navires de guerre de même nationalité[1928] ou d'un

---

[1923] C'est ainsi que l'on peut lire les refus d'entrée dans la mer territoriale opposés à des navires ayant des biosalissures sur leur coque, pouvant affecter la biodiversité marine de l'espace où ils naviguent (pour un cas, v. « Le navire de croisière "*Viking Orion*" contraint au stationnement prolongé en haute mer en raison d'importantes biosalissures sur sa coque », *in* Fleury Graff (Th.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 127 (2023), pp. 634-636).

[1924] Dans ce sens et à propos des substances radioactives, v. Montjoie (M.), *Droit international et gestion des déchets radioactifs*, Paris, L.G.D.J., 2011, xvii-395 p., pp. 233-234.

[1925] Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, préc., art. 5 § 2 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, préc., arts. 2 § 2 et 4 § 2 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est, préc., arts. 2 § 2 et 7 ; *R.T.N.U.*, vol. 2153, I-37605, Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs. Vienne, le 5 septembre 1997, art. 27 § 3.

[1926] Outre le fait que les articles stipulant de manière générale le passage innocent dans les Conventions de 1958 et de 1982 n'opèrent pas de distinction entre les différents navires, les articles 23 (pour la première) et 30 (pour la seconde) des deux conventions incluent le navire de guerre dans le droit de passage en prévoyant les conséquences d'un comportement hostile. Pour une reconnaissance de cet état du droit dans la pratique, v. Marston (G.), « United Kingdom materials on international law 1978 », *B.Y.I.L.*, vol. 49 (1978), p. 395 (sur le fondement de la Convention de Genève de 1958) et « United Kingdom materials on international law 1980 », *B.Y.I.L.*, vol. 51 (1980), pp. 451-452 (déclaration du représentant britannique à la Troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer). Plus anciennement, v. le constat déjà opéré dans le projet de convention sur les eaux territoriales, préparé par le Comité préparatoire pour la conférence de codification du droit international de La Haye, 13 mars 1930, accompagné des observations et discussions des Gouvernements, Doc. S.D.N. C. 74. M. 39. 1929, texte reproduit *in A.J.I.L.*, vol. 24 (1930), Supplement, pp. 25-46, p. 40 : le droit de passage des navires de guerre est « accepted without difficulty » par les États.

[1927] *Contra*, et cela montre toute l'importance de souligner ici l'acception de l'innocuité par l'activité, Baldoni pouvait considérer (dans l'état brumeux du droit de la mer pré-conventions de 1958 et 1982) que le passage inoffensif ne bénéficiait pas aux navires de guerre car la règle « n'accorde pas le droit de passage lorsque, de par ses *caractères objectifs* déjà, le navire pourrait faire supposer qu'il ne veut pas traverser les eaux territoriales avec des intentions innocentes ; ou lorsque le navire est tel que, *même par le fait de sa seule présence*, il peut causer un préjudice à l'État riverain » (« Les navires de guerre dans les eaux territoriales étrangères », *R.C.A.D.I.*, vol. 65 (1938), pp. 185-303, p. 224 (nous soulignons)).

[1928] Loi de la Yougoslavie du 23 juillet 1987 relative à la mer côtière et au plateau continental, *B.D.M.*, n° 18 (juin 1991), pp. 9-22, art. 20 (trois navires maximum) ; Code maritime de la Croatie, *B.D.M.*, n° 42 (2000), pp. 32-178, art. 27 (trois navires maximum) ; Loi de la Russie du 16 juillet 1998 sur les eaux maritimes intérieures, la mer territoriale et la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 46 (2001), pp. 15-35, art. 13 § 2 (trois maximum s'ils se dirigent vers un port russe pour y faire escale).

seul navire porteur d'armes nucléaires[1929], car s'il peut être défendu que le libre passage du navire de guerre n'est pas conditionné à sa solitude ni à son armement et que sa simple qualité ne peut l'exclure du passage, il est aussi concevable de voir dans cette existence groupée ou assortie d'une arme dévastatrice un *comportement*, et plus précisément une menace d'emploi de la force[1930]. Sous cette réserve, le mouvement de la navigation reste solidement imposé par le droit de la mer qui le soustrait ainsi à l'emprise territoriale.

B. La soustraction du passage à l'emprise territoriale

504. Dans le cadre tracé de l'innocuité, et mise à part la possibilité du gel de l'espace par la suspension générale du droit de passage[1931], les circulations sont soustraites à l'emprise territoriale qui peut réglementer[1932] mais non atteindre le passage. La soumission du passage est ainsi exclue et seule la réglementation formelle est licite (1), ce que l'État ne peut contourner en plaçant sa réglementation comme condition d'innocuité de la navigation (2).

1. L'illicéité de la soumission du passage inoffensif à l'emprise territoriale

505. C'est d'abord un effet immédiat et bien visible de la protection du passage inoffensif que d'imposer à l'État de ne pas soumettre le passage en lui-même, dans son principe, à l'emprise territoriale, c'est-à-dire ne pas « empêcher ou (…) restreindre l'exercice du droit de

---

[1929] Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 89 (1985), p. 1035 (Islande), même chronique, *R.G.D.I.P.*, t. 91 (1987), p. 1360 (Nouvelle-Zélande), et *R.G.D.I.P.*, t. 92 (1988), pp. 977-978 (Danemark) ; Oda (Sh.) et Owada (H.), « Annual review of Japanese practice in international law – 1978-80 », *J.A.I.L.*, vol. 29 (1986), pp. 115-116 ; Loi de la Roumanie du 7 août 1990 concernant le régime juridique des eaux maritimes intérieures, de la mer territoriale et de la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 19 (octobre 1991), pp. 11-23, art. 10 (bannit de manière générale les navires porteurs d'armes de destruction massive) ; Loi du 25 juin 1992 de la Lituanie relative à la frontière internationale de la République de Lituanie, *B.D.M.*, n° 25 (juin 1994), pp. 86-92, art. 12 (également sur toutes les armes de destruction massive).

[1930] S'agissant du navire de guerre porteur d'arme nucléaire, si la Cour internationale de Justice considère que la détention d'armes nucléaires n'est pas en elle-même constitutive d'une telle menace sans plus de précision (1996 (8 juillet), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, préc., pp. 246-247, § 48), il est possible d'argumenter qu'elle est constituée par le transport de telles armes qui les frotte le long des côtes d'États tiers ; la question relève en définitive de la subjectivité de l'inquiétude qui répond à la « menace » et la fait exister en résultant de sa perception, or elle ne semblerait pas déraisonnée (et donc serait juridiquement admissible en l'absence de critère plus précis) en pareils cas. V. la position du Japon *in* Oda (Sh.) et Owada (H.), « Annual review of Japanese practice in international law – 1968 », *J.A.I.L.*, vol. 17 (1973) ; Oda (Sh.) et Owada (H.), « Annual review of Japanese practice in international law – 1974-75 », *J.A.I.L.*, vol. 27 (1984), pp. 93-97.

[1931] Aux termes de l'article 25 § 3 de la Convention de Montego Bay, l'État côtier peut « suspendre temporairement (…) l'exercice du passage inoffensif des navires étrangers », à condition que cela soit « indispensable pour assurer sa sécurité » (v. aussi l'art. 52 § 2). Riphagen pouvait observer que le passage inoffensif « *par définition* ne portant pas atteinte à la sécurité de l'État côtier (…) ce droit de suspension est en quelque sorte un "double veto", reste final de la souveraineté de l'État côtier sur la mer territoriale » (« La navigation dans le nouveau droit de la mer », *R.G.D.I.P.*, t. 84 (1980), pp. 144-177, pp. 163-164, note 72), sérieusement encadré par la disposition, notamment par les exigences de non-discrimination (la suspension vise le passage « des navires étrangers » sans distinction) et de nécessité stricte (« indispensable pour assurer sa sécurité »).

[1932] Art. 21 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc.).

passage »[1933]. Le mouvement est garanti dès que le flux est subsumé dans l'inoffensif, ou plus exactement dès qu'il n'en sort pas par son activité. Toute interférence étatique avec *le fait même de passer* est illicite[1934], et ainsi par exemple de l'exigence d'une autorisation préalable car elle questionne et soumet ce qui au contraire s'impose *a priori*[1935]. Si la pratique contient de telles interférences[1936], notamment pour les navires de guerre[1937] et les navires à propulsion nucléaire ou transportant des substances dangereuses[1938] dont il fut pourtant observé ci-dessus qu'ils

---

[1933] *Ibid.*, art. 24 § 1 *litt.* a).

[1934] Une formulation de cette logique en dehors du régime général du droit de la mer se trouve dans l'arrêt de la C.I.J., 2009 (13 juil.), *Droits de navigation et droits connexes*, préc., p. 249, § 87, où la Cour liste parmi les caractéristiques encadrant le pouvoir de réglementation du Nicaragua sur la navigation du Costa Rica que ladite réglementation « doit seulement assujettir l'activité en cause à certaines règles, sans rendre impossible ni entraver de façon substantielle l'exercice du droit de libre navigation » (et pp. 257-258, §§ 115 et 117 sur l'illicéité de l'exigence de visas à cet égard).

[1935] C'est ce que constatait par exemple la Direction générale des Affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères canadien : la Convention de Montego Bay accorde certes des droits à l'État côtier qui peut adopter des lois et règlements de lutte contre la pollution, mais pour autant « elle semble ne pas permettre à l'état [*sic*] côtier d'exiger l'obtention de son consentement » pour le passage de navires transportant des déchets dangereux, car l'article 19 limite la possibilité d'exclure le passage de l'inoffensif au cas de « pollution délibérée et grave », et parce que l'exigence de consentement préalable revient à nier le passage plus qu'à l'encadrer (Lee (E. G.), « Canadian practice in international law during 1988-89 », *A.Can.D.I.*, vol. 27 (1989), p. 387). Partant, la même Direction générale identifie trois étapes distinctes que peut comporter un « consentement préalable et éclairé » : la notification, la consultation (y compris la communication de demandes ou préoccupations précises de l'État côtier), et le consentement, pour considérer que seule l'exigence de notification préalable est permise car elle seule n'entrave pas manifestement le passage inoffensif (Kirsch (Ph.), « Canadian practice in international law in 1997-98 », *A.Can.D.I.*, vol. 36 (1998), p. 404).

[1936] Pour une telle législation générale, v. la réglementation chinoise concernant la sécurité côtière de la province de Hainan, qui prévoit que les navires étrangers dans les eaux territoriales la bordant ont interdiction d'y entrer ou d'en sortir sans examen et autorisation (Zhu (L.) et Chengyuan (M.), « Chinese practice in international law : 2012 », *C.J.I.L.*, vol. 12 (2013), pp. 383-384).

[1937] Loi de la Chine du 25 février 1992 relative à la mer territoriale et à la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 21 (août 1992), pp. 26-29, art. 6 (sur la position chinoise en la matière, v. Keyuan (Z.), « Innocent passage for warships : the Chinese doctrine and practice », *Ocean Development and International Law*, vol. 29 (1998), pp. 195-223, spéc. pp. 199-203 ; à noter que la prétention de contrôle s'y étend jusqu'à la zone économique exclusive, v. Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2009 », *C.J.I.L.*, vol. 9 (2010), p. 624 (qualifie d'illicite la présence d'un navire de surveillance étatsunien dans la Z.E.E. chinoise)) ; Déclaration interprétative de l'Iran à la signature de la C.N.U.D.M., *B.D.M.*, n° 5 (juillet 1985), p. 39, qui considère que le droit d'exiger une autorisation préalable au passage du navire de guerre dans la mer territoriale est implicitement reconnu par l'art. 21 de la C.N.U.D.M. ; Loi de la Roumanie du 7 août 1990 concernant le régime juridique des eaux maritimes intérieures, de la mer territoriale et de la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 19 (octobre 1991), pp. 11-23, art. 21 ; Loi des Seychelles de 1999 sur les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 48 (2002), pp. 16-23, art. 16 § 2 ; Loi de la Syrie du 8 novembre 2003, *B.D.M.*, n° 55 (2004), pp. 14-20, art. 9 *litt.* a) ; Loi de Vanuatu de 2010 sur le territoire maritime, *B.D.M.*, n° 73 (2010), pp. 17-25, art. 5 § 10 ; Chapitre 386 de la loi de Barbade relatif aux eaux territoriales de la Barbade, *B.D.M.*, n° 89 (2016), pp. 35-38, art. 6.2.

[1938] Torrelli (M.) (dir.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 99 (1995), p. 423 (opposition des membres de la Communauté caribéenne au projet de passage de déchets nucléaires entre la France et le Japon) ; Iran, *Act on the Marine Areas of the Islamic Republic of Iran in the Persian Gulf and the Oman Sea* de 1993, reproduit et traduit *in As.Y.I.L.*, vol. 4 (1994), p. 243, ce qui généra une protestation de la part de l'Union européenne (Marston (G.), « United Kingdom materials on international law 1995 », *B.Y.I.L.*, vol. 67 (1996), p. 777 ; Sik (K. Sw.), « Chronicle of events and incidents relating to Asia with relevance to international law », *As.Y.I.L.*, vol. 7 (1997), p. 467 (interdiction d'accès à ses eaux par la Malaisie visant un navire transportant des déchets nucléaires) ; Note verbale d'Haïti du 18 février 1988, *B.D.M.*, n° 11 (juillet 1988), p. 14 ; Déclaration interprétative de l'Egypte faite lors de la ratification de la C.N.U.D.M., *B.D.M.*, n° 25 (juin 1994), pp. 12-15, p. 13 ; Loi des Maldives n° 6/96 relative aux zones maritimes, *B.D.M.*, n° 41 (1999), pp. 14-16, art. 13 *litt.* b) ; Déclaration interprétative du Bangladesh faite lors de la ratification de la C.N.U.D.M., *B.D.M.*, n° 46 (2001), pp.

jouissent du droit de passage sans distinction, elle rencontre des protestations fondées qui confirment la soustraction du passage à une telle emprise territoriale[1939]. L'élévation de la frontière est alors contestée comme résurgence d'une emprise sous-jacente contraire à sa neutralisation internationalement convenue.

506. À l'inverse, le droit de passage n'est pas atteint dans son principe lorsqu'il est encadré par la prescription de voies de navigation plus ou moins éloignées des côtes[1940], une exigence de notification préalable[1941], ou encore l'obligation pour les navires de pêche de garder leur équipement dans la cale[1942], toutes modalités qui n'entravent en rien le mouvement ni le vident

---

13-14 ; Loi des Seychelles de 1999 sur les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 48 (2002), pp. 16-23, art. 16 § 4 ; Loi de la Syrie du 8 novembre 2003, *B.D.M.*, n° 55 (2004), pp. 14-20, art. 9 *litt.* a) ; Loi de Maurice du 28 février 2005 sur la zone maritime, *B.D.M.*, n° 62 (2006), pp. 61-71, art. 10 § 3 ; Loi du 22 Mai 2007 de la République dominicaine, *B.D.M.*, n° 65 (2007), pp. 19-30, art. 12 ; Loi de Vanuatu de 2010 sur le territoire maritime, *B.D.M.*, n° 73 (2010), pp. 17-25, art. 5 § 10 ; Loi du Guyana du 18 septembre 2010 *B.D.M.*, n° 74 (2010), pp. 31-50, art. 14 § 1.

[1939] Dans le discours, v. les objections relatives à la déclaration faite par l'Equateur lors de son adhésion formulées par la Suède, l'Allemagne, l'Irlande, la Lettonie, les Pays-Bas, la Belgique, la Finlande et l'Italie, *B.D.M.*, n° 83 (2013), pp. 17-21. Dans les faits, les États-Unis d'Amérique protestent en menant des opérations navales dites « *Freedom of Navigation Operations* », qui consistent à faire circuler leurs navires de guerres dans les eaux territoriales d'État s'opposant au passage innocent de ces bâtiments, et ce sans respecter les conditions édictées par l'État côtier (pratique mentionnée par Thouvenin (J.-M.), « La navigation », *op. cit.*, pp. 694-695 ; pour plus de précision, le lien du rapport d'activité est désormais mort mais les opérations sont officiellement affirmées *in* Holloman (T.) (ed.), *Digest of United States Practice in International Law*, disponible en ligne sur <https://2021-2025.state.gov>, pp. 462-465, et v. aussi Crook (J. R.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 105 (2011), pp. 135-137 (opérations dans la Z.E.E. chinoise contre la prétention d'autorisation préalable) et Daugirdas (Kr.) et Mortenson (J. D.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 110 (2016), pp. 120-124 (opérations étatsuniennes en mer de Chine méridionale dans une zone de 12 milles marins depuis les îles Spratley, par lesquelles les États-Unis affirment protéger « the rights, freedoms, and lawful uses of the sea and airspace guaranteed to all nations under international law » (p. 122)). D'autres exemples sont recensés par Quéneudec (J.-P.), « Chronique du droit de la mer », *A.F.D.I.*, t. 28 (1982), pp. 900-913, p. 901 (abrogation par la France du décret n° 69-690 du 19 juin 1969 qui soumettait le passage à de telles autorisations) ; Réponse du secrétaire d'État français à la mer à une question écrite de M. Lang, n° 37 005, *J.O. A.N.-Q.*, 9 mai 1988, p. 2061, reproduite *in A.F.D.I.*, t. 34 (1988), p. 947 ; Cole (E.) (dir.), « Australian Practice in International Law 1997 », *A.Y.I.L.*, vol. 19 (1999), p. 195 ; Protestation de l'Union européenne par note verbale du 14 décembre 1994, adressée au Costa Rica par l'ambassade d'Allemagne de San José au nom de l'Union européenne, contre une prétention à soumettre le passage des navires de pêche étrangers à autorisation préalable (*B.D.M.*, n° 28 (juin 1995), pp. 16-17 ; Protestation du Royaume-Uni contre une prétention de l'Égypte interprétant le silence de la Convention de Bâle sur les déchets dangereux comme fondant l'exigence d'une autorisation préalable (Marston (G.), « United Kingdom materials on international law 1995 », *B.Y.I.L.*, vol. 66 (1995), pp. 682-683, qui reproduit la déclaration égyptienne, que le Royaume-Uni qualifie de « unacceptable in substance »).

[1940] Pancracio (J.-P.), *Droit de la mer*, *op. cit.*, p. 167.

[1941] Casado Raigon (R.), « Le passage inoffensif des navires de guerre et des navires transportant des substances dangereuses. Réflexion générale sur la pratique récente », *in* INDEMER, *Le passage. Colloque international des 6 et 7 février 2009 à Monaco*, Paris, Pedone, 2010, 220 p., pp. 17-26, p. 25 ; en dehors du régime général du droit de la mer, v. C.I.J., 2009 (13 juil.), *Droits de navigation et droits connexes*, préc., § 104, p. 254, sur la compatibilité de l'identification de navires costa-riciens par le Nicaragua avec le droit de libre navigation du Costa Rica, la Cour considère que « le Nicaragua, en tant que souverain, a le droit de connaître l'identité des personnes entrant sur son territoire et de savoir si elles en sont sorties. Le pouvoir d'exiger la présentation d'un passeport ou d'une pièce d'identité fait légitimement partie de l'exercice de ce droit », ce qui serait à réviser au vu de la protection du passage innocent mais indique la compatibilité *a priori* entre simple demande d'information et libre circulation.

[1942] Loi de la Yougoslavie du 23 juillet 1987 relative à la mer côtière et au plateau continental, *B.D.M.*, n° 18 (juin 1991), pp. 9-22, art. 19.

de son sens. Certaines garanties de l'innocuité du passage en fait sont ainsi permises en dépit de son imposition directe. C'est particulièrement le cas pour les navires à propulsion nucléaire ou transportant des substances dangereuses, dont les États peuvent assortir le passage d'exigences de forme[1943], conformément à la Convention de Montego Bay qui prescrit la détention des documents requis et le respect des mesures de précaution prévues « par des accords internationaux »[1944] – cette dernière précision maintenant l'exigence dans le giron de l'objectivité commune favorable à l'internationalisation de l'espace[1945] – et admet l'imposition de voies de circulation spécifiques[1946].

2. L'illicéité de la soumission de l'innocuité du passage à la réglementation étatique

507. Entre les deux tendances de la soumission (illicite) et de la réglementation formelle (licite) du passage, il y a enfin une possible zone d'ombre qu'il convient d'éclaircir pour achever l'établissement de l'imposition de la navigation : l'État peut-il, en comprenant le passage inoffensif comme étant celui respectant sa réglementation, court-circuiter le régime à l'étape de la subsomption du flux et soumettre ainsi, en amont, le passage à son emprise, en n'ouvrant sa frontière qu'aux navires qui respectent les conditions ainsi unilatéralement fixées ? La question se pose, car la Convention de Montego Bay prévoit la possibilité d'arraisonner le navire ayant méconnu la réglementation de l'État côtier dans la mer territoriale, ce qui semble à première vue ouvrir une voie à la résurgence de l'emprise sur le passage[1947]. Le risque est donc qu'une

---

[1943] V. not. Loi du 8 juillet 1987 régissant les espaces marins de la République populaire de Bulgarie, *B.D.M.*, n° 13 (mai 1989), pp. 9-31, art. 24 ; Loi de la Roumanie du 7 août 1990 concernant le régime juridique des eaux maritimes intérieures, de la mer territoriale et de la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 19 (octobre 1991), pp. 11-23, art. 12 ; Loi de la Bulgarie du 11 février 2000 relative à l'espace maritime, aux voies d'eau intérieures et aux ports, *B.D.M.*, n° 49 (2002), pp. 24-50, art. 24 ; Décret-loi de l'Indonésie du 28 juin 2002 sur les droits et obligations des navires et aéronefs étrangers exerçant le droit de passage dans les voies archipélagiques désignées, *B.D.M.*, n° 52 (2003), pp. 20-39, art. 9 § 3 ; Code maritime de Madagascar du 2 avril 2004, *B.D.M.*, n° 56 (2004), pp. 65-133, art. 1.4.02 ; Loi de Chypre de 2011 relative à la réglementation du passage inoffensif des navires dans les eaux territoriales, *B.D.M.*, n° 78 (2012), pp. 16-20, art. 8 ; Loi du Venezuela du 18 novembre 2014 relative aux espaces aquatiques, *B.D.M.*, n° 97 (2019), pp. 17-52, art. 19 ; Loi du Myanmar du 17 juillet 2017 sur la mer territoriale et les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 99 (2019), pp. 29-35, art. 10.

[1944] Art. 23 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc.).

[1945] En méconnaissance de la disposition, certains États désarriment des « accords internationaux » les mesures de précaution pouvant être exigées, pour les définir aussi selon leur droit interne, faisant ainsi entrer leur subjectivité dans une exigence estampillée « objective » car internationalement déterminée (Loi de la Chine du 25 février 1992 relative à la mer territoriale et à la zone contiguë, *B.D.M.*, n° 21 (août 1992), pp. 26-29, art. 8 (omission du renvoi aux accords internationaux) ; Loi de la Jamaïque de 1996 sur les zones maritimes, *B.D.M.*, n° 34 (1997), pp. 27-44, art. 17 (mesures prévues « par tout autre instrument alors en vigueur ») ; Loi de l'Uruguay n° 17/033 du 20 novembre 1998, *B.D.M.*, n° 41 (1999), pp. 47-49, art. 2 (mesures prévues « par les dispositions réglementaires que le pouvoir exécutif peut adopter à ces fins »)).

[1946] Art. 22 § 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc.).

[1947] V. not. l'art. 111 § 1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui prévoit le droit de poursuite pour les navires ayant enfreint les lois et règlements étatiques notamment dans sa mer territoriale, ainsi que l'art. 220 § 2 permettant l'immobilisation du navire ayant méconnu la règlementation sur la pollution, et l'art. 30 qui montre qu'il est bien question d'*exécution* de la règle en limitant celle à l'égard du navire de guerre à la simple

réponse positive à notre question permettrait de ne considérer protégé que le flux respectueux de la réglementation, de sorte que l'entrave posée par celle-ci ne serait donc pas une atteinte au libre passage, celui-ci ne bénéficiant qu'à ceux qui la respectent. Un peu tortueux, le raisonnement doit ici être clarifié en distinguant les questions de droit, associées aux séquences du passage. D'abord au stade de l'entrée du navire, à la frontière, il est bien question de sa subsomption dans le droit de passage, et la conditionnalité du respect de la règlementation est à la fois peu conforme à l'esprit du régime, qu'elle court-circuiterait par une redéfinition de l'innocuité, et contraire à sa lettre, qui vise explicitement l'application « de toute loi ou tout règlement » dans l'obligation de ne pas entraver le passage[1948]. Seule une règlementation « relative » au passage inoffensif et non *du* passage protégé peut être édictée, au surplus sous réserve de sa conformité avec la Convention[1949]. La réglementation étatique ne saurait donc restreindre le passage protégé en son principe, en modelant l'acception fixée par ladite Convention[1950], car cela tomberait dans la conditionnalité illicite du flux, que l'État peut canaliser mais non endiguer[1951]. Ainsi la réglementation ne saurait vider la protection du passage, par exemple en comprenant l'innocuité qui la conditionne comme excluant la détention

injonction de partir. Ces dispositions sont citées par Thouvenin (J.-M.), « La navigation », *op. cit.*, pp. 699-700, qui manque toutefois d'expliciter la distinction ici opérée et laisse ainsi irrésolu le sentiment de contradiction qu'il évoque lui-même (« il pourrait paraître illogique »… mais les dispositions le font (p. 699)).

[1948] Art. 24 § 1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc.). La logique est la même en matière de libre navigation fluviale (v. Traité de paix de Paris, 30 mars 1856, disponible en ligne sur la Digithèque de matériaux juridiques et politiques : https://mjp.univ-perp.fr/traites/1856paris.htm, art. 15 ; Convention relative au régime de la navigation sur le Danube, préc., art. 26 ; Statut de Barcelone sur le régime des voies navigables d'intérêt international, préc., art. 6 ; I.L.A., « Helsinki Rules on the Uses of Waters of International Rivers », préc., art. XV (avec le commentaire, p. 508) et « Berlin Rules on Water Resources Law », préc., art. 45).

[1949] Arts. 21 § 1 et 211 § 4 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc.).

[1950] Dans le même sens sur ce sujet, Kirsch (Ph.), « Canadian practice in international law in 1997-98 », *A.Can.D.I.*, vol. 36 (1998), pp. 403-404 (le pouvoir de réglementation, notamment pour la protection environnementale, ne permet pas de soumettre le passage inoffensif car il est sous réserve du respect du droit international (art. 21) et du passage inoffensif en particulier (art. 211 § 4)) ; Protestation du 11 janvier 1994 des États-Unis d'Amérique contre l'Iran, *B.D.M.*, n° 25 (juin 1994), pp. 113-116, p. 114 (le droit de réglementer le passage inoffensif stipulé par les articles 21 et 24 de la C.N.U.D.M. ne permettent pas d'imposer des obligations « ayant pour effet d'empêcher ou de restreindre l'exercice du droit de passage inoffensif ») ; Loi de Chypre de 2011 relative à la réglementation du passage inoffensif des navires dans les eaux territoriales, *B.D.M.*, n° 78 (2012), pp. 16-20, art. 9 § 1 *litt.* a).

[1951] Cela fait finalement écho à deux anciens projets de Convention sur les eaux territoriales établis en vue de la conférence de codification du droit international de La Haye en 1930 par la Harvard Law School et le Comité préparatoire de cette conférence, qui prévoyaient respectivement qu'un État « est tenu de permettre le passage inoffensif des navires étrangers par la mer marginale, mais peut édicter des règlements, *d'un caractère raisonnable*, concernant ce passage » (Projet de Convention sur les eaux territoriales établi par la Harvard Law School en vue de la première conférence sur la codification du droit international se tenant à La Haye en 1930, texte et commentaire reproduit *in A.J.I.L.*, vol. 23 (1929), Supplement, Special Number April 1929, pp. 246-248 pour la traduction française du texte (nous soulignons)) et que « any police or navigation regulations with which such ships may be required to comply must be applied *in such a manner as to respect the right of passage* and without discrimination » (Projet de convention sur les eaux territoriales, préparé par le Comité préparatoire pour la conférence de codification du droit international de La Haye, 13 mars 1930, accompagné des observations et discussions des Gouvernements, Doc. S.D.N. C. 74. M. 39. 1929, texte reproduit *in A.J.I.L.*, vol. 24 (1930), Supplement, pp. 25-46, p. 39 (nous soulignons)).

de tel pavillon ou la direction vers telle destination, ce qui frapperait la nature du navire ou le sens de sa circulation. En bref, la question ici est celle de la *formulation* de la réglementation, qui peut porter sur le passage inoffensif mais non le soumettre. Tout autre est la question qui se pose ensuite, au stade cette fois-ci non plus de l'accès au territoire mais de sa traversée, moment où le navire est sur la mer territoriale de l'État, car c'est alors de *l'exécution* de la règlementation, dont la formulation est par hypothèse admise, qu'il est question[1952]. Or si le passage ne saurait être soumis dans son principe à la règlementation de l'État, il ne saurait pour autant la bafouer impunément dès lors qu'elle lui permet effectivement de passer : le navire a droit à l'accès au couloir, à ce que ce couloir soit effectif et non peint en trompe-l'œil sur une impasse, mais il ne peut ensuite en briser les murs. Ce n'est qu'ainsi que la Convention peut être lue sans contradiction comme préservant le passage de « l'entrave » causée par la règlementation étatique tout en admettant l'exécution de celle-ci par l'arraisonnement du navire, et qu'est en définitive précisé le passage imposé : c'est-à-dire le passage subsumé dans les voies du passage inoffensif, et respectueux d'une réglementation étatique formulée de telle manière à ne pas le remettre en cause dans son principe. La voie d'imposition du mouvement est achevée dans ce canal protégé.

508. Le droit international contient ainsi des régimes qui prévoient l'imposition du mouvement sans interférence étatique, pour peu que l'État n'altère pas leur intégrité par leur suspension (cas du passage inoffensif) ou la dénonciation du régime (rupture des relations diplomatiques ou de l'accord de siège). Un certain ordre international des circulations trouve là ses premières pierres, dans ce mouvement *a priori* imposé. Mais son noyau dur réside dans un degré supérieur d'imposition du mouvement, absolue, insusceptible d'altération par la volonté étatique qui n'a pas d'échappatoire pour soustraire son territoire au service de la communauté internationale.

Section 2. L'imposition absolue du mouvement au contrôle frontalier

509. Rares sont les régimes où le mouvement est absolument imposé à l'État territorial, dans le sens où il l'est fort d'une règle constitutive du droit international général[1953] et ne souffre ni

[1952] Il est éclairant à cet égard que le cas soit spécifiquement mentionné par le Pr Aloupi à propos de « La mise en œuvre du pouvoir de police » au sein du *Traité de droit international de la mer* (*op. cit*., pp. 935-961, pp. 938-939).

[1953] Il faut mentionner une incertitude sur ce point à propos du régime des détroits internationaux, largement admis mais dont la consécration coutumière est érodée par certaines résistances (Van Dyke (J. M.), « Rights and Responsibilities of Strait States », *in* Caron (D. D.) et Oral (N.), *Navigating Straits. Challenges for International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, xi-366 p., pp. 33-45, pp. 43-44), ce qui nuance les présents développements mais ne les renverse pas au vu de la portée du régime et des ferments coutumiers qu'il comporte.

exception ni dérogation[1954]. Rares car neutralisant fortement le pouvoir territorial, ces régimes existent toutefois et forment le noyau dur de l'idée d'un ordre international des circulations, celles-ci y étant absolument soustraites à l'interférence étatique du possible rejet à la frontière. Les territoires sont au service de la communauté, et le pouvoir étatique est entièrement lié à ouvrir sa frontière une fois le régime déclenché par la qualification du flux. Trois voies ont ainsi été ouvertes à travers les territoires en neutralisant l'emprise étatique au profit de l'intérêt international, une voie nécessaire à la circulation de la communauté internationale (§ 1), une voie nécessaire à sa sécurité (§ 2), et une voie nécessaire à son humanité (§ 3). Nous y voyons le cœur d'une communauté faite de l'existence et de l'interaction de ses membres, cœur protégé à la hauteur de sa vulnérabilité.

§ 1. La voie de la circulation de la communauté internationale

510. Les caractéristiques géomorphologiques du monde où la communauté internationale est étendue font que l'immensité des océans qui la connectent est par endroits réduite à un étroit couloir cerné par les terres. La circulation est alors hautement vulnérable à l'emprise territoriale, qui d'un coup pourrait lui couper une voie de passage essentielle comme connecteur, qu'il s'agisse d'un détroit ou d'eaux archipélagiques. Le droit international a répondu à cela en protégeant le passage d'un droit non-suspensible (A) à raison de l'importance internationale de l'espace (B).

A. L'imposition de la navigation par un droit de passage non-suspensible

511. Surtout pertinent lorsque la voie de navigation internationale, passant par un détroit ou des eaux archipélagiques, est couverte par une mer territoriale et donc par une possible interférence de l'État[1955], le droit de passage en transit ou archipélagique reprend en substance les acquis et fondements du droit de passage inoffensif, à savoir sa logique de passage sans

[1954] Ainsi, si le Protocole n° 4 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît le droit au retour « en des termes qui n'admettent pas d'exception » (C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, préc., § 248), c'est abusivement que la Cour le qualifie de droit « absolu » (*ibid*, §§ 210, 248 et 252) car elle admet dans le même temps qu'il puisse subir des « mesures dérogatoires simplement temporaires » comme les États ont pu en adopter pour lutter contre la pandémie du Covid-19 (§ 248, qui reconnaît la licéité de l'ordonnance n° 449743 en date du 12 mars 2021 du Conseil d'État français sur ce point).

[1955] Cela car l'emprise étatique s'épuise largement au-delà de la mer territoriale. C'est d'ailleurs l'extension (alors discutée) de la mer territoriale de trois à douze milles marins qui catalysa une partie des discussions sur le régime des détroits, car la haute mer succombait devant la mer territoriale dans les eaux de nombre d'entre eux, questionnant davantage cette emprise territoriale s'allongeant (v. par ex. le lien opéré par l'U.R.S.S. (p. 1), la Belgique (p. 12) ou encore l'Islande (p. 54) *in* Bureau des affaires maritimes et du droit de la mer, *Détroits servant à la navigation internationale – Genèse de la partie III de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. 1, 1992, iii-183 p., pp. 1 et 12).

activités le fourvoyant et la règlementation formelle qui peut l'accompagner[1956]. Mais s'il y a ainsi reprise d'une bonne partie du régime, l'essentiel pour le présent propos est dans la portée et surtout la protection particulières qui lui sont ici conférées. L'imposition du passage est d'abord étendue aux navigations aérienne, dont il protège le survol des eaux territoriales[1957], et sous-marine, permettant au submersible de rester submergé[1958]. Mais surtout, l'imposition du passage dans son principe gagne ici une absoluité distinctive en ce qu'il est insusceptible de suspension par l'État côtier[1959]. En cela, il fait tomber le dernier obstacle qui persistait devant le passage dans la mer territoriale, et constitue la plus haute protection de la circulation pour elle-même, dans l'indétermination de l'intérêt qu'elle véhicule, autrement dit la plus haute internationalisation de l'espace territorial en tant qu'espace. Le « passage en transit » n'est dépendant que de la qualification objective du détroit qui sera vue ci-dessous, et le flux, lui, est affranchi de l'appréciation de l'innocuité par l'État côtier qui marque encore le passage inoffensif[1960], de sorte qu'il passe au seul titre de l'espace où il se situe tandis que les possibles craintes qu'il génère ne trouvent aucun écho dans les termes du régime[1961].

512. En ce sens l'imposition du mouvement est absolue, sans faille du régime par laquelle l'État pourrait fermer sa frontière. Cette protection répond à la vulnérabilité des circulations mondiales à l'égard des voies en cause ainsi qu'à l'importance de l'intérêt que la communauté

[1956] Cela a été étudié dans le développement précédent ; sur les passages en question v. arts. 38-44 (passage en transit) et 53-54 (passage archipélagique) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc.). Il en ressort que l'exécution de la réglementation étatique est beaucoup plus restreinte, ne pouvant interférer avec la navigation, sauf cas réservé de l'exécution contrainte pour éviter « des dommages importants au milieu marin des détroits » (art. 233 de la Convention).

[1957] V. not. *ibid.*, arts. 38 §§ 1-2 et 53 § 3.

[1958] *Ibid.*, art. 39 § 1 *litt.* c), les navires passent « selon leur mode normal de navigation ».

[1959] *Ibid.*, arts. 44 et 54, non-suspension également prévue pour les détroits exclus du passage en transit où le passage inoffensif est ainsi considérablement renforcé (art. 45 § 2) ; et déjà l'art. 16 § 4 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë (préc.). En pratique, v. la déclaration du porte-parole du ministre français des Affaires étrangères du 3 août 1986, *P.E.F.*, juillet-août 1986, p. 51, reproduite *in A.F.D.I.*, t. 33 (1987), pp. 948-949 (concernant le détroit d'Ormuz qui ne pouvait être touché par la suspension par l'Iran et l'Irak dans le cadre de leur conflit du droit de passage inoffensif dans leurs eaux).

[1960] V. dans la publication du Bureau des affaires maritimes et du droit de la mer, *Détroits servant à la navigation internationale*, *op. cit.*, p. 11, la défense explicite par la France du passage en transit au lieu du seul passage inoffensif, « celui-ci pouvant être suspendu et le caractère inoffensif étant en partie laissé à l'appréciation de l'État côtier », (d'autant plus au vu du référent de la Convention de Genève de 1958, qui n'enfermait pas l'innocuité dans une liste d'activités contraires) corroborée par des positions plus élusives (par ex. de la Hongrie, p. 53) ou tranchée (not. du Koweït, p. 65), et par la critique de l'Espagne qui voit dans ce remplacement la volonté déguisée de « servir un déploiement maximum de puissance navale et aérienne » que le seul passage inoffensif ne permettrait pas (p. 13).

[1961] Du moins avant la *répression* de la réalisation du risque craint : là comme pour le passage inoffensif, l'État riverain est tenu d'admettre le flux subsumé dans le couloir traversant son territoire, sauf que les critères de l'innocuité qui *conditionnent* cette subsomption pour le passage inoffensif, permettant une certaine *prévention* par l'exclusion *a priori* du passage comme non protégé, sont ici simplement reflétés comme obligations, donc sanctionnables *a posteriori*, du navire ou aéronef (art. 39 § 1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc.).

internationale y trouve. En effet le détroit en question serait-il soumis à l'emprise territoriale, même limitée à la seule suspension, il pourrait se transformer en « goulet d'étranglement de la navigation internationale »[1962], une atteinte portée en ses points nodaux à ce qu'Ortolan appelait « la faculté essentielle et inviolable pour les peuples de communiquer entre eux »[1963]. La même crainte fut par ailleurs invoquée dans la volonté de préserver le passage dans le régime de l'État archipel[1964]. Dans le détroit ou les eaux archipélagiques, l'intérêt commun dépasse ainsi l'atteinte particulière et la frontière s'efface absolument dans cet étroit couloir des circulations internationales, de sorte que même les « considérations de respect de la sécurité intérieure et de l'ordre public n'[y] affectent pas la navigation »[1965]. C'est là le fondement étiologique du régime[1966]. En conséquence, il ne saurait être appliqué qu'à raison de l'internationalité de l'espace.

B. L'imposition de la navigation à raison de l'internationalité de l'espace

513. On ne peut ici identifier un morceau de l'espace territorial et le grever du passage *a priori*, comme pour la mer territoriale qu'il suffit de mesurer à partir de la ligne de base le long de la côte, car les détroits ne constituent pas un espace en eux-mêmes mais *désignent* un espace identifié par sa fonction de navigation, à laquelle répond sa condition juridique[1967]. Autrement dit ce n'est pas la constitution de l'espace territorial mais ce à quoi il *sert* qui permet de lui appliquer le passage en transit, de sorte que le droit international enregistre ici précisément que cet espace territorial est – et en conséquence *doit être* – au service de la communauté

[1962] Karagiannis (S.), « Les détroits », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, *op. cit.*, pp. 445-457, p. 446 ; dans la pratique, v. les positions liminaires à la 3e Conférence retranscrites par le Bureau des affaires maritimes et du droit de la mer, *Détroits servant à la navigation internationale*, *op. cit.*, de l'U.R.S.S. (p. 1-2), R.D.A. (pp. 2-3), Kenya, Norvège (p. 3), Mongolie (p. 4), Royaume-Uni, Tchécoslovaquie (5), Grèce (pp. 6-7), Bahamas (p. 7), Singapour (pp. 7-8), Liban (p. 8), R.F.A. (pp. 8-9), Emirats arabes unis, Hongrie, Arabie saoudite (p. 9), Iraq, Bulgarie, Israël (p. 10), France, Gambie, États-Unis (p. 11), Belgique (p. 12) et Sierra Leone (13), qui à des degrés divers penchent en faveur de la protection du passage tout en soulignant le besoin (juridiquement secondaire) de protection de l'État riverain. Un certain consensus existant sur la conciliation entre ces deux intérêts, l'enjeu central derrière les plats énoncés en faveur de celle-ci portait en effet sur l'admission d'une possible interférence étatique contre le passage dans son principe, stade auquel l'un ou l'autre devait bien primer et où le passage l'emporta – non sans de fortes positions pour une solution inverse – avec la garantie aujourd'hui consacrée, soumise aux seules règlementations de modalités.

[1963] Ortolan (Th.), *Règles internationales et diplomatie de la mer*, t. I, *op. cit.*, p. 146.

[1964] Bureau des affaires océaniques et du droit de la mer, *Le droit de la mer. États archipels*, *op. cit.*, v. not. la mention d'une protection du passage dans les positions de principe de l'Iran, la Norvège (p. 22), l'Australie, la Mauritanie, l'Inde, le Canada (p. 23), les Tonga, le Royaume-Uni (p. 24), Cuba, l'Islande (p. 26), Singapour, l'Arabie saoudite (p. 29), la Thaïlande (pp. 29-30), la France, l'Espagne, le Bahreïn (p. 30), ou encore le Japon (p. 31).

[1965] Déclaration interprétative des Pays-Bas faite lors de la ratification de la C.N.U.D.M., *B.D.M.*, n° 32 (1996), pp. 8-10, p. 9.

[1966] Lapidoth (R.), *Les détroits en droit international*, Paris, Pedone, 1972, 137 p., pp. 9-11 ouvre par exemple très classiquement la réflexion sur le sujet par de telles considérations.

[1967] Karagiannis (S.), « Les détroits », *op. cit.*, p. 445.

internationale, en tant qu'il contient des *voies* « qui servent à la navigation internationale »[1968], objets de l'intérêt de tous[1969]. Le seul élément objectif, non fonctionnel, est extérieur à l'espace visé, à savoir la condition qu'il doit relier deux points de haute mer ou de zone économique exclusive[1970].

514. Ce dernier critère est encore le plus simple : la voie connecte ou non deux espaces internationaux dont l'internationalité déteint ainsi sur l'espace qui les (dis)joint, et l'importance internationale est ici traduite par la configuration du lieu. Mais cette importance doit encore être corroborée par l'usage de la voie, qui traduit sa fonction, second critère qui confirme par la pratique ce que la seule situation de l'espace suggère. L'appréciation est alors moins aisée dans la mesure où elle dépend de la *perception* de l'intérêt international et de ce qui lui rend possiblement service. Comment déterminer que tel détroit et donc telle frontière doit être considéré comme servant la navigation internationale et donc devant être consacré à son service, grevé d'une imposition absolue du mouvement au bénéfice de la communauté internationale ? Divers paramètres peuvent être invoqués sans qu'aucun ne soit conventionnellement arrêté[1971] : nombre de navires, diversité des pavillons, valeur (et laquelle ?) des cargaisons, fréquence du passage, intérêts de l'espace environnant… la liste pourrait être longue. La précision juridique manque mais les États s'en accommodent, usant de l'appréciation casuistique dégagée par la Cour internationale de Justice par faisceau d'indices d'une utilisation internationale[1972], jugée satisfaisante pour identifier parmi le nombre figé de

---

[1968] C'est le titre de la partie III de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui vise les « détroits servant à la navigation internationale », et l'art. 53 §§ 4 et 12 désigne *a minima* pour le droit de passage archipélagique les « routes servant normalement à la navigation internationale » (à noter l'ajout de « normalement ») ; C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., p. 29, recherche si le détroit en question constitue « une route utile au trafic international ».

[1969] Au plein cœur de la guerre Iran-Irak, le ministre des Affaires étrangères français pouvait déclarer que la France « considère que la libre circulation à travers le détroit d'Ormuz est *une question essentielle pour l'ensemble du monde* (…) », à l'appui de sa décision d'y envoyer des navires pour y assurer la liberté de navigation (Interview du Ministre des Affaires étrangères par l'association de la presse diplomatique, reproduite *in A.F.D.I.*, t. 27 (1981), p. 895 (nous soulignons)) ; la Chine quant à elle considère que le régime des détroits servant à la navigation internationale « should be uniformly adhered to and jointly safeguarded by all States » (Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2008 », *C.J.I.L.*, vol. 8 (2009), p. 509).

[1970] Art. 37 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (préc. ; champ d'application du passage en transit), et art. 38 § 1 qui exclut les détroits dits « de type Messine » (Karagiannis (S.), « Les détroits », *op. cit.*, pp. 449-452) ; art. 53 § 3 de la même Convention s'agissant du champ d'application du droit de passage archipélagique.

[1971] Aucune des conventions générales sur le droit de la mer ne définit le « détroit servant à la navigation internationale » en dépit de l'utilisation centrale de l'expression, ce qui ne laisse pas d'émouvoir la doctrine (Karagiannis (S.), « L'élément fonctionnel dans la définition des détroits internationaux », *in Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, Paris, L'Harmattan, 1999, 438 p., pp. 169-220, p. 172 : « Le procédé est extraordinaire ! »).

[1972] La Cour ne précise pas le sens de l'utilisation internationale mais il appert des éléments retenus qu'elle est au moins partiellement constituée par tout passage autre que celui de l'État riverain : ancienneté de la pratique de passage de l'État tiers, importance pour l'État tiers, nombre et variété de pavillons passant, et fréquence du passage (C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., p. 29). Si l'adjonction de « normalement » à « servant la navigation

détroits ceux qui relèvent de l'internationalisation de l'espace[1973]. L'application du régime trouve ainsi une effectivité dans la pratique qui établit la qualification de la voie d'intérêt international, où la vulnérabilité de la circulation de la communauté internationale est ainsi préservée de l'emprise étatique.

§ 2. La voie de l'ordre public de la communauté internationale

515. Longtemps dénuée d'institution commune en la matière, la communauté internationale s'est dotée d'une sécurité collective à travers les Nations Unies et a ainsi établi un mécanisme en faveur du maintien de l'ordre public, au sens matériel de la notion qui sera mobilisée ici mais surtout développée dans le prochain chapitre. En résulte une imposition absolue de flux pacificateurs (B), permise par les pouvoirs du Conseil de sécurité des Nations Unies protégeant l'ordre en question (A).

A. L'imposition absolue permise par les pouvoirs du Conseil de sécurité protecteur de l'ordre public

516. Ce point est une caractéristique aussi majeure que connue du droit international contemporain. Sans entrer dans le détail des applications et débats qui entourent l'action du Conseil de sécurité, il faut seulement mentionner ses règles constitutives et souligner qu'il est aussi possible de les lire comme l'imposition absolue d'un mouvement : l'action lancée, elle franchit la frontière pour atteindre l'État auquel le régime de la sécurité collective ne ménage aucune opposition. C'est que le flux véhicule l'intérêt commun de la paix et de la sécurité internationales, et est porté par les pouvoirs conférés au Conseil de sécurité des Nations Unies qui en est le garant. L'intérêt commun est-il atteint, aux termes d'une définition large[1974] et en

---

internationale » pour désigner les voies d'application du droit de passage archipélagique (art. 53 §§ 4 et 12) tend à restreindre la qualification en exigeant un usage effectif et non seulement potentiel, la normalité renvoyant ici au fait, son absence pour qualifier les détroits servant à la navigation internationale n'écarte pas le rôle que l'effectivité joue pour leur qualification mais la rend plus aisée (sur le rôle de l'effectivité et contre la seule potentialité, v. Karagiannis (S.), « L'élément fonctionnel dans la définition des détroits internationaux », *op. cit.*, spéc. pp. 175-208, et tout l'article pour des précisions sur les éléments du critère fonctionnel énoncé par la Cour).

[1973] Cette relative satisfaction est notamment exprimée par l'absence de définition du « servant à la navigation internationale » dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer alors que l'expression est un critère important de l'application des régimes en cause (évoquée par endroits lors des négociations, elle n'y est guère plus précisée et y apparaît assez annexe) ; elle est notée par Karagiannis (S.), « Les détroits », *op. cit.*, p. 446).

[1974] V. l'examen du sens (et) de la pratique mené par Sorel (J.-M.), « L'élargissement de la notion de menace contre la paix », *in* S.F.D.I., *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1995, 324 p., pp. 5-57, et plus tard par Sicilianos (L.-A.), « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *R.C.A.D.I.*, vol. 339 (2009), pp. 9-436, pp. 45-53, qui souligne le lien avec la protection d'intérêts collectifs.

définitive coextensive à celle que lui confère le Conseil[1975], ce dernier est en effet habilité par la Charte à protéger la paix et la sécurité internationales par une volonté décisionnelle qui s'impose irrésistiblement à l'État visé[1976]. Vertical, impérieux et pacificateur, le mécanisme évoque bien un « ordre public international »[1977] au nom et en vertu duquel la volonté du Conseil peut perforer la frontière par son intervention, comprenant le territoire comme espace international de trouble et donc de réalisation de l'ordre. Dans cette optique les autres territoires sont eux aussi internationalisés, au service de l'action lancée car celle-ci intéressant et liant tous les États, aucun ne saurait l'entraver et chacun doit lui accorder le passage[1978].

517. Quant au fonctionnement du régime, si l'idée d'ordre public de la communauté internationale est plus nette dans l'envoi direct d'une action proprement onusienne telle que le prévoit en partie la formulation conventionnelle du mécanisme et telle que l'actualisent les opérations de maintien de la paix[1979], il est permis de voir cette idée dès le déclenchement de l'action. En effet le Conseil a le monopole de « l'impulsion de l'action militaire »[1980], et donc le monopole sur la voie d'imposition du flux chargé d'intérêt commun[1981]. Toute action qui part de son mandat relève ainsi fondamentalement de la protection de l'ordre public international, nonobstant la déviation que sa réalisation puisse ensuite subir à travers l'action particulière d'un État couverte de l'autorisation de principe. C'est dans ces conditions que le Conseil impose des flux pacificateurs en faveur de l'ordre public.

[1975] V. la position nominaliste de Combacau (J.), « Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies : résurrection ou métamorphose ? », *op. cit.*, pp. 144-145, et les nuances ouvertes par Sorel (J.-M.), « L'élargissement de la notion de menace contre la paix », *op. cit.*, spéc. pp. 46-57.

[1976] Arts. 25 et 41-42 de la Charte des Nations Unies.

[1977] Au sens policier du terme ; l'idée est émise par Ruiz Fabri (H.), « L'ordre public en droit international », *in* Redor (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 436 p., pp. 85-108, spéc. pp. 100-104, et sera développée *infra*, Section 2 § 2 du chapitre 2 du prochain titre ; v. aussi Sorel (J.-M.), « L'élargissement de la notion de menace contre la paix », *op. cit.*, pp. 45-46 qui voit dans la qualification proactive de la menace de la paix, action « offensive » envers le conflit, « l'idée d'imposer des prestations positives, une sorte de "service public de la paix" qui dépasse très largement une qualification venant geler une situation dans un pur droit de coexistence », et Geslin (A.), « Puissance publique et droit international », *op. cit.*, pp. 282-286, évoque « l'émergence d'une puissance publique internationale » à propos du Conseil de sécurité.

[1978] Art. 43 § 1 de la Charte des Nations Unies (l'article est largement resté lettre-morte dans l'application des modalités qu'il prévoit, mais n'en dispose pas moins l'obligation en question).

[1979] Sicilianos (L.-A.), « Entre multilatéralisme et unilatéralisme… », *op. cit.*, pp. 35-36, insiste sur cette différence qui oppose ces opérations à celles qui ne sont qu'autorisées et débordent ainsi le cadre institutionnel.

[1980] Selon la formule de Sicilianos (L.-A.), *ibid.*, p. 57 ; il y a monopole de l'impulsion car la légitime défense, décentralisée, n'est qu'une *réaction* à une agression initiale.

[1981] *Ibid.*, pp. 59-60.

B. Les flux pacificateurs imposés par le pouvoir du Conseil de sécurité en faveur de l'ordre public

518. Deux types de flux pacificateurs participent de la protection de l'ordre public international par le Conseil de sécurité, à savoir le flux principal qu'est l'opération de force (1) et les flux auxiliaires que sont l'aide et le contrôle de la situation (2).

1. L'imposition du flux principal de l'opération de force

519. L'opération de force imposée peut d'abord être brève, dans le cas classique de recours à la force où aéronefs, navires, chars et fantassins interviennent sur le territoire pour y rétablir l'ordre. En l'absence d'une armée à disposition du Conseil, il s'agira d'une opération autorisée[1982]. Toutefois, le flux peut aussi s'installer sur le territoire par l'arrivée suivie de la mise en place d'opérations de maintien de la paix, marquant ainsi l'espace territorial d'une présence internationale dans la durée. En effet si ces opérations sont en principe consenties dans la pratique onusienne, qui les distingue nommément des opérations d'« imposition » de la paix[1983], rien n'empêche juridiquement le Conseil de sécurité de les imposer comme toute opération subsumée sous la protection de la paix et sécurité internationales en vertu du chapitre VII de la Charte. Elles répondent à une logique consensuelle mais reposent sur un mécanisme contraignant. Partant, le consentement de l'État est certes recherché ou obtenu dans la majorité des cas[1984] et la référence au respect de sa souveraineté et intégrité territoriale est constante[1985], mais cela ne traduit pas une renonciation à la possible coercition. Celle-ci est juridiquement

---

[1982] Arts. 42, 48 et 53 § 1 ; la pratique est relevée par Corten (O.), *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, pp. 521-523.
[1983] Département des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, *Opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Principes et orientations*, New York, O.N.U., 2008, 108 p., pp. 34-35, not. la note 20 page 35.
[1984] Dans plusieurs cas, le Conseil répond à une demande de l'État visé ; v. parmi eux les doc. N.U., S/RES/1528 (2004), préambule, al. 12, (O.N.U.C.I.) ; S/RES/1545 (2004), préambule, al. 18 (O.N.U.B.) ; S/RES/1312 (2000), préambule, al. 3 (M.I.N.U.E.E.) ; S/RES/2149 (2014), préambule, al. 34 (M.I.N.U.S.C.A.) ; S/RES/2024 (2011), préambule, al. 4 et 5 (F.I.S.N.U.A.) ; S/RES/1529 (2004), préambule, al. 7 (prodromes de la M.I.N.U.S.T.A.H.) ; S/RES/743 (1992), préambule, al. 2 (F.O.R.P.R.O.N.U.) ; S/RES/425 (1978), § 3 (F.I.N.U.L.). Dans d'autres, il s'agit selon le texte d'une simple approbation : S/RES/1778 (2007), préambule, al. 16 (M.I.N.U.R.C.A.T.) ; S/RES/981 (1995), § 1 (O.N.U.R.C.) ; S/11771 (recherche du consentement de l'Egypte au déploiement de la F.U.N.U. II) ; S/22454, § 16 et S/22454/Add.3, §§ 1 et 2 (acceptation du plan de M.O.N.U.I.K. par l'Irak et le Koweït avant la création de la Mission). Enfin, certaines décisions comme celle de terminer le mandat de la M.I.N.U.E.E. en réaction à l'obstruction opposée par l'Érythrée (S/RES/1827 (2008), préambule, al. 5, et § 1), ou de se limiter à l'exigence d'accord de visas aux membres de la F.I.S.N.U.A. face au blocage des deux Soudan (S/RES/2550 (2020), § 7), ce au lieu de doter ces missions d'une force coercitive, montrent bien la nette préférence du Conseil pour le consensualisme.
[1985] Doc. N.U., S/RES/1528 (2004), préambule, al. 2 (O.N.U.C.I.) ; S/RES/1545 (2004), préambule, al. 2 (O.N.U.B.) ; S/RES/1719 (2006), préambule, al. 2 (B.N.U.B.) ; S/RES/1270 (1999), préambule, al. 5 (M.I.N.U.S.I.L.) ; S/RES/2149 (2014), préambule, al. 2 (M.I.N.U.S.C.A.) ; S/RES/1778 (2007), préambule, al. 2 (M.I.N.U.R.C.A.T.) ; S/RES/1925 (2010), préambule, al. 2 (M.O.N.U.S.C.O.) ; S/RES/1990 (2011), préambule, al. 2 (F.I.S.N.U.A.) ; S/RES/1996 (2011), préambule, al. 2 (M.I.N.U.S.S.) ; S/RES/1542 (2004), préambule, al. 3 (M.I.N.U.S.T.A.H.) ;

intacte, et résulte seulement d'une pratique héritée de la génèse de ces opérations marquée par la paralysie originelle du Conseil de sécurité[1986], doublée d'un besoin de coopération de l'État hôte afin de garantir la sécurité et le succès de la mission[1987]. En droit, donc, « [l]e consentement de l'État hôte ne découle d'aucune prescription constitutionnelle : à moins d'un blocage politique, l'Organisation a toujours le choix entre une action coopérative et une action autoritaire. »[1988] L'accès de l'opération de maintien de la paix au territoire peut donc bien être imposée au contrôle frontalier, d'autant plus que cette option autoritaire s'avère marquer la pratique récente. Outre les cas d'imposition *de facto* à l'État défaillant, où ni le consentement ni son dépassement ne sont matériellement possibles faute d'un appareil gouvernemental en place pouvant exprimer le premier ou subir le second[1989], il faut mentionner à cet égard une tendance au « *peace-keeping* robuste »[1990], où le mandat des opérations est étendu et possiblement fondé sur une coercition[1991]. L'opération est ainsi imposée à travers la frontière de l'État, et son mandat est à cet égard renforcé d'une obligation de laisser passer le flux nécessaire à l'action du Conseil, personnels comme équipements[1992], le tout constituant un régime dense et multiple où s'enchevêtrent « maintien » et « exécution » de la paix, dans un « syncrétisme à dosages variables entre consentement des parties concernées et autorisations du Conseil de sécurité sur la base du Chapitre VII. »[1993]

[1986] Lagrange (E.), *Les opérations de maintien de la paix et le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Paris, Montchrestien, Coll. « Perspectives internationales », 1999, xi-181 p., pp. 13-19.

[1987] *Ibid.*, p. 23, qui note en conséquence que « [l]'évitement systématique du chapitre VII lorsqu'est envisagée une opération de maintien de la paix s'explique par des considérations d'opportunité, davantage que par des motifs juridiques. » Dans le même sens, v. Département des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, *Opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Principes et orientations*, New York, O.N.U., 2008, 108 p., p. 35.

[1988] Lagrange (E.), *Les opérations de maintien de la paix…*, *op. cit.*, p. 33.

[1989] Sur ce point, Robert Kolb note que la pratique du maintien de la paix « robuste » répond à la « déliquescence du pouvoir étatique » dans certaines situations contemporaines (*Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2e éd., 2009, xiv-435 p., pp. 219-220). V. le cas topique de la Somalie, « cas unique » dont « [la] détérioration, [la] complexité et [le] caractère extraordinaire (…) appellent une réaction immédiate et exceptionnelle » (Doc. N.U., S/RES/794 (1992), préambule, al. 2), qui sera constituée par l'O.N.U.S.O.M. II, forces onusiennes envoyées sans consentement de l'État somalien faute d'appareil gouvernemental avec qui interagir (S/RES/814 (1993), § 5, adopté en vertu du chapitre VII).

[1990] Kolb (R.), *Ius contra bellum*, *op. cit.*, p. 218.

[1991] Par exemple, le déploiement de forces des Nations Unies au Congo (Doc. N.U., S/RES/1258 (1999), § 8) qui deviendra la M.O.N.U.C. (S/RES/1279 (1999) ne comprend aucune référence au consentement de la République démocratique du Congo, même s'il est vrai que le mandat de la M.O.N.U.C. s'inscrit dans le cadre de l'accord de cessez-le-feu. *Idem* pour la M.I.N.U.K. au Kosovo (S/RES/1244 (1999), préambule, al. 13, et §§ 5 et 8).

[1992] Doc. N.U., S/RES/2100 (2013), § 20 (M.I.N.U.S.M.A.) ; S/RES/1990 (2011), § 5 et S/RES/2550 (2020), § 21 (F.I.S.N.U.A.) ; S/RES/1996 (2011), § 7 (M.I.N.U.S.S.).

[1993] Kolb (R.), *Ius contra bellum*, *op. cit.*, p. 219. V. le constat du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, qui concernant l'autorisation de recours à la force de ces missions, souligne la porosité entre missions de « maintien » de la paix qui relèveraient du chapitre VI et missions d' « imposition » de la paix qui relèveraient du chapitre VII, dès lors qu' « il est désormais d'usage d'invoquer le Chapitre VII » afin de protéger les missions et assurer leur efficacité et que « [l]es deux types d'opération doivent faire l'objet

2. L'imposition des flux auxiliaires de l'aide et du contrôle

520. L'opération de force peut ainsi revêtir plusieurs dimensions mais n'est pas la seule option pour protéger la paix et la sécurité internationales. Qu'ils apaisent la souffrance ou limitent la violence, d'autres flux peuvent être imposés par le Conseil de sécurité qui, fort de ses pouvoirs et de sa protection de l'ordre public, peut ainsi donner une impériosité à la circulation moins nettement protégée par d'autres régimes.

521. Ainsi notamment de l'aide humanitaire. Il a été reconnu par le Conseil que les crises humanitaires érodent la paix en frappant l'être humain dont elle dépend[1994], or restreindre l'aide accroît le malheur de l'un et la rupture de l'autre[1995]. En conséquence le Conseil a pu s'en saisir et garantir lui-même « un accès humanitaire rapide, sûr et sans entrave » à travers les frontières et le territoire d'un État[1996], comme il le fit pour la Syrie[1997] selon une approche inédite qualifiée par certains commentateurs de « nouvelle ère »[1998] quoiqu'elle engendra des difficultés opérationnelles importantes[1999]. Nonobstant ces dernières, en droit le consentement de l'État n'est alors plus nécessaire[2000] et les acteurs humanitaires se contenteront de « notifier »[2001] l'État de leur passage. Il y a là un exemple notable parmi les nombreux flux qui peuvent se

---

d'une autorisation du Conseil de sécurité » (Doc. N.U., A/59/565, 2 décembre 2004, « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, § 213). Ce qui est valable pour les moyens de la mission l'est aussi pour son déploiement, le chapitre VII permettant tant l'usage de la force que la coercition de l'État visé.

[1994] Pour la qualification de crises humanitaires comme menace contre la paix et la sécurité internationales, v. d'abord les résolutions S/RES/794 (1992), préambule, al. 2 (Somalie), S/RES/929 (1994), préambule, al. 10 (Rwanda), et S/RES/940 (1994), préambule, al. 4 et 10 (Haïti)).

[1995] Parmi d'autres, doc. N.U., S/RES/2286 (2016), préambule, le Conseil lie « le fait d'entraver la fourniture de l'aide humanitaire » au fait d' « envenimer les conflits armés et nuire à l'action qu'il mène pour maintenir la paix et la sécurité internationale ».

[1996] Plus souplement, le Conseil peut également exiger de l'État qu'il « veill[e] à ménager » (S/RES/2228 (2015), § 17 (Soudan)) ou « permette » (S/RES/688 (1991), § 3 (Iraq)) l'accès humanitaire en « coopér[ant] pleinement » (S/RES/1975 (2011), § 10 (Côte d'Ivoire)) avec les organisations humanitaires.

[1997] Doc. N.U., S/RES/2139 (2014), § 6, et S/RES/2165 (2014) pour l'établissement plus complet du régime d'aide.

[1998] Marouda (M. D.), « Is State consent (to gain access) still valid for human rights monitoring when human dignity is at stake? From Syria to Ukraine and beyond », *in* Perrakis (St.) et Marouda (M. D.), *Human Dignity in periods of conflicts and crises. Human Rights and Humanitarian Law at crossroads*, Athènes, I. Sideris Publications, 2019, pp. 7-36, p. 9.

[1999] La mise en œuvre fut considérablement compromise par l'opposition de la Syrie à en juger par le rapport du Secrétaire général sur son application, v. doc. N.U., S/2014/427, §§47-49, ce qui mena à l'adoption de la résolution 2165 qui constitue la base du régime de l'aide humanitaire en Syrie, renouvelée par la suite avec quelques modifications. Le nombre de postes-frontières concernés fixé à quatre au début du régime a progressivement diminué à deux (doc. N.U. S/RES/2504 (2020), § 3) puis à un seul (doc. N.U., S/RES/2672 (2023), § 2). Ce sont plus de 36.000 camions qui ont ainsi pu franchir la frontière syrienne entre 2014 et 2020, atteignant des millions de personne par mois (Doc. N.U., S/2020/401, 14 mai 2020, *Examen des opérations humanitaires des Nations Unies nécessitant un accès par les frontières et les lignes de front – Rapport du Secrétaire général*, §§ 8-9).

[2000] Cela découle des pouvoirs du Conseil énoncés dans les développements précédents, et fut souligné en pratique notamment par le Luxembourg et les États-Unis d'Amérique (doc. N.U., S/PV.7216, pp. 3 et 7).

[2001] Doc. N.U., S/RES/2165 (2014), § 2.

subsumer sous le pouvoir « incident »[2002] du Conseil en tant qu'ils participent de la paix et de la sécurité internationales, comme c'est encore le cas de l'envoi d'une enquête telle celle qui a pu viser l'Irak après l'invasion du Koweït[2003] ou l'Iran à la suite de soupçons sur son programme nucléaire[2004].

522. Visée par le pouvoir du Conseil de sécurité qui enjoint tous ces flux, l'emprise étatique ne peut donc protéger un trouble mettant en péril la paix et la sécurité internationales, et le territoire est à cet égard au service de l'ordre public de la communauté internationale. Il est enfin au service de l'intégrité de la composante humaine de cette communauté, en ce qu'il est grevé d'une troisième voie par laquelle le mouvement s'impose absolument au nom de l'humanité.

§ 3. La voie de l'humanité dans la communauté internationale

523. Il fut envisagé un temps que l'intérêt de l'humanité puisse commander l'accès au territoire en ce qu'il porterait des ressources d'intérêt commun. C'est ainsi que les débuts du régime des ressources phytogénétiques ont contenu la notion de patrimoine commun de l'humanité[2005] plaidant pour l'accessibilité des ressources « sans restriction »[2006], mais elle fut ensuite écartée au profit de l'emprise étatique car elle appuyait les disparités Nord-Sud dans le développement de l'exploitation[2007]. Si la réflexion reste d'actualité à partir de ce régime arrêté « à mi-chemin »[2008], elle suit désormais les voies aussi souples qu'incertaines des biens publics

---

[2002] Kolb (R.), *Ius contra bellum*, *op. cit.*, p. 107.

[2003] Le Conseil instaure un mécanisme de « supervision internationale » de la destruction et neutralisation des armes chimiques, biologiques et missiles balistiques à longue portée détenus par l'Irak (doc. N.U., S/RES/687 (1991), §§ 8, 9 *litt.* b) i), 12 et 13). Il décide ensuite de créer la C.O.C.O.V.I.N.U. (S/RES/1284 (1999), §§ 1-4) qu'il appuie d'un « régime d'inspection renforcé » en réaction à la non-coopération de l'Irak (S/RES/1441 (2002), § 2). Le mécanisme prend fin en 2007 (S/RES/1762 (2007)).

[2004] Le Conseil exige une suspension du programme « sous vérification de l'AIEA » (Doc. N.U., S/RES/1696 (2006), §§ 1-2 ; S/RES/1737 (2006), §§ 1 et 8 ; S/RES/1929 (2010), §§ 3 et 5 ; Doc. N.U., S/RES/2231 (2015), *Plan d'action global commun sur la question iranienne*, annexe A, C) 15)).

[2005] F.A.O., Résolution 8/83, Engagement international sur les ressources phytogénétiques, art. 1 ; F.A.O., Résolution 4/89, Interprétation concertée de l'Engagement international, préambule, al. 1.

[2006] En effet les ressources « devraient *donc* être accessibles sans restriction » (Rés. 8/83 de la F.A.O., préc., art. 1, nous soulignons), quoique sans gratuité et sous réserve de réciprocité (Rés. 4/89 de la F.A.O., préc., § 5).

[2007] V. l'importante étude d'Hermitte (M.-A.), « La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du temps – », *in* Hermitte (M.-A.) et Kahn (Ph.), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruxelles, Bruylant, 2004, xviii-325 p., pp. 1-124 : La consécration de « patrimoine commun de l'humanité » était fondée sur un « déséquilibre originaire » qui va « empoisonner l'évolution du système », à savoir l'absence de capacité technique des États en voie de développement pour utiliser les ressources conservées, qui sont en revanche à la merci des entreprises semencières et scientifiques des pays développés (pp. 27-33).

[2008] Bastid Burdeau (G.), « Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles à l'épreuve de la mondialisation », *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, xvii-331 p., pp. 27-34, p. 33, « à mi-chemin entre la notion de patrimoine commun qui traditionnellement a pour corollaire un accès ouvert à tous, et celle de ressource nationale qui exclut l'accès des tiers sauf autorisation. »

mondiaux ou communs[2009], encore cantonnées à la *lex ferenda* et devant donc être écartées du présent propos.

524. C'est un autre intérêt de l'humanité qui nous intéresse ici, non ancré dans le territoire mais devant y accéder pour sa réalisation. C'est l'humanité portée par l'être humain en danger. Plus précisément, outre un régime spécifique comme celui des informations relatives à la sécurité de la vie humaine dont la circulation est prioritaire[2010] et bénéficie d'« un droit absolu à la transmission »[2011], c'est de l'être humain en fuite dont il est ici question. Craignant pour sa vie[2012] et plus encore pour la préservation de son intégrité, il est protégé par la prohibition absolue des tortures et mauvais traitements[2013]. Partant, le contrôle frontalier est lié par une obligation de non-refoulement (A) de sorte que les êtres humains dans les situations visées bénéficient d'un accès absolument protégé à un territoire (B).

A. L'imposition absolue dérivée de l'obligation de non-refoulement

525. L'obligation de non-refoulement lie le contrôle frontalier et lui impose absolument la circulation d'êtres humains car elle implique l'accès au territoire-refuge (1), et reprend l'absoluité de la prohibition de la torture et mauvais traitements dont elle découle en rejetant toute limitation (2).

[2009] Parmi une littérature importante, les éléments d'une prospective en droit international sont donnés par Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011, 431 p., pp. 207-211 et 281-330, notamment en ce que les biens publics mondiaux « permettraient de concilier la prise en compte de la territorialité avec les intérêts de la collectivité mondiale » (p. 209), et développés en matière environnementale par l'ouvrage dirigé par Makowiak (J.) et Jolivet (S.), *Les biens communs environnementaux : quel(s) statut(s) juridique(s) ?*, Limoges, PULIM, 2017, 210 p. ; dans les faits, la graine plantée par l'article 8 du projet de Déclaration universelle des droits de l'humanité, disposant que cette dernière « a droit à la préservation des biens communs (…) *et à l'accès universel et effectif aux ressources vitales* » (contenue dans le rapport Lepage du 25 septembre 2015 adressé au président de la République française, p. 19 ; nous soulignons), pourrait croître sous le ciel sombre de la raréfaction des ressources, épaissi par les intérêts privés qu'évoque Bastid Burdeau (G.), « Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles à l'épreuve de la mondialisation », *op. cit.*, p. 33 : l'État « pourra-t-il (…) résister à la pression des besoins de l'industrie et s'accommoder des perspectives d'épuisement de certaines ressources naturelles annoncées par les spécialistes ? »

[2010] Constitution de l'Union internationale des télécommunications, (préc.) art. 40. Dans ce sens, v. aussi l'article 46 qui prévoit que les stations de radiocommunications « sont obligées d'accepter en priorité absolue les appels et messages de détresse qu'elle qu'en soit la provenance (…) ».

[2011] U.I.T., Règlement des télécommunications internationales (2012), préc., art. 5 § 1.

[2012] V. not. l'acception de la persécution de l'individu comme incluant la menace à la vie de l'individu qui figure à l'art. 33 § 1 de la Convention de Genève sur les réfugiés (préc. ; le lien est souligné par Alland (D.) et Teitgen-Colly (C.), *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 693 p., p. 372).

[2013] La protection de l'intégrité et son caractère absolu ont été vus *supra*, au paragraphe 276. Quoique sans grande précision, la C.I.D.H. et la C.I.J. en ont récemment donné une acception incluant les migrations climatiques générées par des catastrophes ou un étiolement frappant la terre où vivent des individus et les forçant à fuir, v. C.I.D.H., 2025 (29 mai), *Climate emergency and human rights*, avis AO-32/25, Série A, n° 32, p. 145, § 433, et C.I.J., 2025 (23 juil.), *Obligations des États en matière de changement climatique (avis)*, p. 110, § 378.

1. L'implication de l'accès au territoire-refuge

526. L'obligation de non-refoulement pose un « principe humanitaire fondamental »[2014] simple : lorsque l'intégrité de l'individu est en jeu, la frontière ne saurait s'opposer à son secours. Puisée dans la pratique séculaire du droit de l'asile[2015] et reprise par le droit international des droits de l'homme[2016], l'obligation signifie plus précisément que l'État ne saurait rejeter l'individu en fuite – et l'obligation s'applique ainsi dès que[2017] et seulement

---

[2014] Comité exécutif du H.C.R., 1977, *Conclusion sur le non-refoulement*, n° 6 (XXVIII), doc. N.U. A/32/12/Add.1, *litt*. a)

[2015] En tant que condition première du droit d'asile, l'obligation de non-refoulement peut remonter à l'origine millénaire de ce dernier brossée par Alland (D.), « Asile », *in* Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 93-97, spéc. pp. 93-94 ; elle en suit le cours et monte à sa surface sous l'effet de quelque précision du régime (sur une préfiguration vue chez Vattel, v. par ex. Chetail (V.), « Théorie et pratique de l'asile en droit international classique… », *op. cit.*, p. 632). Les prodromes de l'obligation dans le droit positif sont situés au milieu du XIXe s. dans la volonté de protéger les individus fuyant les persécutions d'États despotiques, et éclosent après s'être nourris des travaux de la Société des Nations dans l'important article 33 de la Convention sur les réfugiés de 1951 (v. Goodwin-Gill (G. S.), McAdam (J.) et Dunlop (E.), *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 241-244, et Alland (D.) et Teitgen-Colly (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, pp. 224-225). Le non-refoulement est considéré aujourd'hui comme étant intrinsèquement compris dans le droit d'asile ; il en exprime l'essence de préservation de l'intégrité de l'individu qui s'articule dans les deux volets de la protection et du non-retour en cas de danger (v. not. C.I.D.H., 2018 (30 mai), *The institution of asylum and its recognition as a human right in the inter-American protection system*, préc., § 101).

[2016] La prohibition est expresse dans certains instruments (Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, préc., art. 3 § 1 ; art. 13 § 4 de la Convention interaméricaine pour la prévention de la torture (préc.) ; art. 22 § 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969). Pour les textes silencieux quant au refoulement, l'organe conventionnel en charge de leur application convient d'une obligation tacite de non-refoulement incluse dans la prohibition des traitements concernés, comme c'est le cas pour la Convention européenne des droits de l'homme (v. parmi d'autres, C.E.D.H., 2006 (12 oct.), *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, préc., §§ 68-69 ; 2014 (3 juil.), *Mohammadi c. Autriche*, req. n° 71932/12, § 59), le Pacte international sur les droits civils et politiques (C.D.H., *Observation générale n° 20 (Article 7)*, préc., § 9, et *Observation générale n° 31*, préc., § 12), ou la Convention interaméricaine des droits de l'homme (C.I.D.H., 2015 (30 juin), *Wong Ho Wing v. Peru*, Série C n° 297, § 127 (sur l'art. 5 de la Convention)).

[2017] En d'autres termes, l'obligation de non-refoulement s'applique aussi en dehors du territoire étatique dès lors que l'État en projetant son pouvoir est susceptible de refouler l'individu (ainsi en haute mer, C.E.D.H., 2012 (23 févr.), *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, préc., §§ 138 et 158 ; C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., , § 220 ; Com.I.D.H., 1997 (13 mars), *Decision of the Commission as to the merits of case 10.675*, Rapport n° 51/96, § 157). Cela n'est pas contesté par les juridictions ni par la doctrine, les unes comme l'autre ayant labouré la question définitivement en faveur d'une telle application extraterritoriale, dont la position contraire, qui persiste par endroits (v. not. l'arrêt célèbre à cet égard de la Cour suprême des Etats-Unis, rendu en 1993, *Sale and Others v. Haitian Centres Council Inc and Others* (préc.), et la position officielle retranscrite *in* Nash Leich (M.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 83 (1989), pp. 906-910), ne résiste pas à l'examen, ne serait-ce que parce qu'elle méconnaît à la fois le but fondamental de l'obligation – protéger l'individu –, sa formulation – refouler désigne une action de *r*envoi, le lieu où elle s'effectue est indifférent – et la logique propre du régime qui, redisons-le, porte sur l'accès de l'individu en fuite, c'est-à-dire sur la garantie de l'intérêt de l'individu et non sur la restriction de son action (contre la position étatsunienne, cramponnée à des distinctions techniques extrapolées pour débusquer la prétendue absurdité de l'application extraterritoriale en vertu d'une nécessité logique qui ne repose finalement sur rien, v. d'abord l'opinion dissidente du juge Blackmun (509 U.S. 155 (1993), pp. 188-208), et l'opinion critique formulée par la Com.I.D.H., 1997 (13 mars), *Decision of the Commission as to the merits of case 10.675*, préc.).

lorsque[2018] l'individu a quitté le territoire fui et se heurte à la puissance de l'État territorial – en le renvoyant vers des terres de persécutions, torture ou mauvais traitements.

527. Formulée de la sorte, l'obligation est purement négative et ne contient explicitement aucun droit d'accès, mais comment ne pas voir qu'elle implique nécessairement un tel droit dès lors qu'il faut bien atterrir quelque part, et donc que « [d]ans un monde saturé d'États, interdire le renvoi d'un étranger dans son pays d'origine, c'est bien reconnaître qu'il doit être admis dans un autre »[2019]. Certes il existe à première vue une position neutre, passive, entre le rejet et l'accueil, qui se situe dans l'ignorance du mur qui arrête sans considérer, où la fermeture bloque sans repousser. Une telle pratique retombe toutefois dans le rejet, peut-être moins marqué mais bien constitué par le refus de considération du tiers, dont la méconnaissance viole la protection juridique qui le couvre[2020] car cette protection récuse qu'il puisse être maintenu « dans les limbes d'une errance internationale »[2021] qui le rendrait *de facto* vulnérable à l'hostilité qu'il fuit. Partant, le rejet commence à « [l]a non-fourniture de l'accès sûr au territoire » qui « crée des risques inacceptables » pour les individus[2022]. Récusant le rejet comme le mépris, l'obligation de non-refoulement impose la voie de l'humanité à travers la frontière. Cela, de manière absolue car elle ne souffre aucune limite.

2. L'absence de limite à l'obligation de non-refoulement

528. Outre l'exclusion admise par le seul droit de l'asile à raison de la qualité de l'individu qui sera vue ci-dessous, l'accès impliqué par le non-refoulement ne souffre aucune limite car il jouit de l'absoluité de la protection de l'intégrité humaine et peut, sous cette égide, être dit de

---

[2018] L'obligation ne s'applique pas lorsque l'individu se situe encore sur le territoire fui, sur lequel il ne peut logiquement être refoulé dès lors qu'il ne l'a pas quitté. Cette interprétation assez commune est commandée par le terme même de « refoulement », qui désigne l'action de « pousser avec force en arrière » (https://www.cnrtl.fr/definition/refouler), ce qui suppose « par définition » que le territoire soit *derrière* l'individu (Fleury Graff (Th.) et Marie (A.), *Droit de l'asile*, *op. cit.*, p. 56), et exclut ainsi l'application de l'obligation aux demandes de visa formulées sur le territoire de persécution (Noll (Gr.), « Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law? », *I.J.R.L.*, vol. 17 (2005), pp. 542-573, p. 564). Cela ressort bien par contraste avec l'ajout de la Convention de l'Union africaine sur les réfugiés en Afrique de 1969 (*R.T.N.U.*, vol. 1001, n° I-14691), dont l'art. II § 3 dispose que le comportement des États membres ne doit pas obliger le réfugié « à retourner *ou à demeurer* » dans un tel territoire (nous soulignons).

[2019] Chetail (V.), « Migration, droits de l'homme et souveraineté… », *op. cit.*, p. 83.

[2020] Cela rejoint la prohibition du rejet aveugle qui a été étudiée *supra*, comme partie de la raison juridique qui s'impose au contrôle (aux paragraphes 447-448). Pour une critique générale de la fermeture des frontières sur ce point, v. not. la position du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : cela revient à « nier ouvertement la dignité humaine des intéressés d'une manière qui devrait être considérée comme dégradante en soi », incompatible avec le non-refoulement (doc. N.U., A/HRC/37/50, § 52), et du Comité exécutif du H.C.R., 2019, *Note sur la protection internationale*, doc. N.U. A/AC.96/1189, § 8.

[2021] Raspail (H.), « Le principe de non-refoulement en situation d'afflux massif », *R.T.D.H.*, vol. 29, n° 115 (juillet 2018), pp. 613-650, p. 633.

[2022] Comité exécutif du H.C.R., 2022, *Note sur la protection internationale*, doc. N.U. A/AC.96/1222, § 12.

ius cogens[2023]. C'est là une conséquence déjà annoncée qu'il faut encore réaffirmer, car les faits peuvent la questionner en cas d'afflux massifs (a), et préciser, en ce que l'obligation indérogeable porte sur le principe et non sur les modalités de l'accès de sorte qu'il impose *un* accès mais non *l'*accès à telle destination donnée (b).

a) Le maintien de l'obligation en cas d'afflux massif

529. Diverses crises frappent les migrations, parfois en les limitant comme en période de pandémie[2024], parfois en les accroissant lorsque le fléau en cause pousse à la fuite. Par un tel accroissement, les flux migratoires sont plus imposants et se voient qualifiés d'« afflux massif » par certains États d'accueil, c'est-à-dire possiblement comme un fait dont la force serait susceptible de modifier le droit par la mise à l'écart de certaines obligations protégeant les migrations. Dans l'idée, le flux migratoire accéderait sinon au territoire dans toute son ampleur menaçante, et le motif de la sécurité rejaillit alors en tête des prétentions étatiques[2025]. Il n'est donc pas étonnant que l'hypothèse d'une limitation de l'obligation de non-refoulement en pareil cas trouve quelque appui, dans les craintes étatiques émises dès la formation conventionnelle du droit des réfugiés[2026]. Ce serait là une limite à l'imposition de la circulation, non absolue en conséquence car conditionnée à l'absence de charge significative pour l'État territorial. L'appui en ce sens est cependant faible au regard de l'absence de texte contraignant et de l'importance

---

[2023] *Pro*, v. not. la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, préc., partie III § 5 ; Déclaration du Brésil sur les réfugiés, préc., préambule, al. 12 ; position du Conseil fédéral suisse qui vise à la fois l'art. 33 de la Convention de 1951 et l'art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 1997 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 8, n° 4 (1998), p. 616 ; C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., § 225. *Contra* : Goodwin-Gill (G. S.), McAdam (J.) et Dunlop (E.), *The Refugee in International Law*, *op. cit.* pp. 305-306 ; Raspail (H.), « Le principe de non-refoulement en situation d'afflux massif », *op. cit.*, pp. 640-641.

[2024] V. la réaction rapide du H.C.R. à la pandémie de Covid-19, dès le 16 mars 2020 dans son document *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*, spéc. § 6 ; pour une plus ample vue, v. Ogg (K.) et Taoi (Ch.), « Covid-19 Border Closures: a violation of non-refoulement obligations in international refugee and human rights law? », *A.Y.I.L.*, vol. 39 (2022), pp. 32-48, spéc. pp. 38-42.

[2025] Sur les réticences étatiques au non-refoulement motif pris de la sécurité en pareil cas, v. Goodwin-Gill (G. S.), McAdam (J.) et Dunlop (E.), *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 288-289.

[2026] La crainte de l'afflux massif a mené certains États à vouloir exclure de l'obligation de non-refoulement le cas des migrations de masse dès la négociation de la Convention de 1951. Le 25 juillet 1951 soit dès l'adoption de la Convention, le baron van Boetzelaer soutint en sa qualité de représentant des Pays-Bas l'interprétation précédemment soutenue par la Suisse selon laquelle aucune obligation ne pouvait émaner de l'article 33 en cas de migrations de masse. Après avoir souligné que « [t]he Netherlands could not accept any legal obligations in respect of large groups of refugees seeking access to its territory », le plénipotentiaire demanda à la Conférence de confirmer que « the possibility of mass migrations across frontiers or of attempted mass migrations was not covered by article 33 » ce que son président fit en l'absence d'objections (doc. N.U., A/CONF.2/SR.35, Conference of plenipotentiaries on the status of refugees and stateless persons, Summary record of the thirty-fifth meeting, 25 juil. 1951, p. 21). Dans le même sens, l'art. 3 § 2 de la Déclaration sur l'asile territorial prévoit une dérogation au non-refoulement « pour des raisons majeures de sécurité nationale ou pour protéger la population, *comme dans le cas d'un afflux en masse de personnes* » (Doc. N.U., A/RES/2312 (XXII), Déclaration sur l'asile territoriale, 14 déc. 1967 (nous soulignons)).

de la limite qui serait apportée à la protection de l'être humain qui, elle, est fermement établie et consacrée par une interdiction absolue de la léser. Et si les travaux préparatoires peuvent éclairer le sens d'un texte, en l'occurrence la formulation originelle du non-refoulement en droit des réfugiés, il est plus douteux qu'ils puissent le transformer en le limitant aussi drastiquement[2027], limitation qui serait d'autant plus importante qu'elle intègrerait une notion indéfinie, la « masse »[2028], dépendante d'une subjectivité rétive à toute fixation numérique comme l'enseigne le paradoxe du sorite[2029]. De surcroît, outre ces incertitudes et l'absoluité de la protection dont il faudrait ainsi réviser la consécration, l'hypothèse d'une telle limitation tombe définitivement dès lors qu'il est rappelé que pour massive qu'elle soit, la migration est toujours composée d'individus, chacun étant susceptible d'avoir subi ou de subir des persécutions ou mauvais traitements et ayant droit, en cette qualité que rien ne permet de détruire, à une protection[2030]. L'obligation de non-refoulement ne souffre ainsi aucune limite et pas même en cas d'afflux massif, ce qui fut explicitement confirmé par le juge des droits de l'homme à propos des difficultés connues par l'État au vu du grand nombre d'individus à sa frontière[2031]. Car elle découle d'une interdiction absolue de porter atteinte à l'intégrité humaine, l'obligation de non-refoulement impose absolument la circulation nécessaire à la fuite d'une

---

[2027] A cet égard, Hélène Raspail a raison de souligner qu'il ne s'agit pas d'une interprétation authentique, et que l'utilité des travaux mentionnés se résume donc selon l'art. 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités aux cas de doute ou de sens manifestement absurde ou déraisonnable (« Le principe de non-refoulement en situation d'afflux massif », *op. cit.*, p. 624). En définitive, ils relèvent des « intentions non stabilisées définitivement » (Reuter (P.), *Introduction au droit des traités*, Paris, PUF, 2e éd., 1985, 211 p., p. 86) qui, n'ayant pas accédé au texte final exprimant la volonté authentique, ne peuvent jouir du même effet et encore moins l'écorcher.

[2028] Le Comité exécutif du H.C.R. définit la notion seulement par un faisceau d'indices comportant des éléments du phénomène (nombre important de personnes arrivant et rapidité du rythme de leur arrivée) et sa réception par les États (inadéquation des capacités d'absorption et incapacité du système de l'asile de traiter les demandes) (Comité exécutif du H.C.R., 2004, *Conclusion sur la coopération internationale et le partage de la charge et des responsabilités dans les afflux massifs*, n° 100 (LV), doc. N.U. A/AC.96/1003, *litt.* a)).

[2029] Certaines législations ont toutefois établi un critère numérique très précis : l'art. 80/1 de la loi hongroise n° LXXX de 2007 relative à l'asile qualifie l'état de crise dû à une immigration massive dans certaines situations, parmi lesquelles « a) le nombre de demandeurs d'asile arrivant en Hongrie dépasse aa) cinq cents par jour en moyenne sur un mois, ou ab) sept cent cinquante par jour en moyenne sur deux semaines consécutives, ou ac) huit cents en moyenne sur une semaine » (traduite et citée par la C.E.D.H., 2019 (21 nov.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, préc., §41).

[2030] H.C.R., 1997, *Note on the principle of non-refoulement*, préc., C). Sur l'inclusion d'individus « de la masse » dans la protection, v. aussi : Comité exécutif du H.C.R., 1981, *Conclusion sur la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, n° 22 (XXXII), doc. N.U. A/36/12/Add.1, II, A) § 2 ; Comité exécutif du H.C.R., 2001, *Note sur la protection internationale*, préc., § 16.

[2031] C.E.D.H., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, préc., § 122 ; C.E.D.H., 2019 (21 nov.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, préc., § 155 : La Cour note les difficultés vécues par la Hongrie pour faire face au « très grand nombre de ressortissants étrangers cherchant à bénéficier d'une protection internationale » arrivés à la frontière hongroise. « Néanmoins, la nature absolue de l'interdiction des mauvais traitements consacrée par l'article 3 de la Convention impose de procéder à un examen adéquat des risques auxquels les intéressés seraient exposés dans le pays tiers concerné. » Dans le même sens, v. C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., § 262.

telle atteinte. Pour l'État territorial, une seule alternative : trouver un autre territoire, une autre frontière ouverte, sûrs, pour l'individu.

b) Le renvoi vers un « pays tiers sûr » comme seule alternative

530. L'obligation de non-refoulement impliquant l'accès au territoire nécessaire à la protection de l'être humain, elle ne s'oppose pas à la fermeture d'une frontière donnée si celle-ci ne brise pas la voie protégée de l'humanité mais ne fait que la dévier vers une protection située ailleurs. Autrement dit le mouvement est absolument imposé dans son principe mais pas dans ses modalités, certain quant à son accès à un territoire mais indéterminé quant au point d'arrivée. Encore faut-il toutefois que cet autre territoire vers lequel l'État territorial entend dévier l'être humain soit bien protecteur : le cœur du régime étant la protection de l'intégrité humaine, la déviation ne peut être opérée qu'avec la double garantie de l'accès qui, incertain, serait porteur d'un risque ôtant la protection, et de la qualité de refuge sûr du territoire d'arrivée, qui constitue tout l'enjeu de la question.

531. La voie de l'humanité ne vaut donc que pour ceux qui la respectent et sont aptes à la protéger. C'est dire si la qualification de « pays tiers sûr » supposée identifier ces protecteurs est importante pour le fonctionnement du régime[2032], d'autant plus que la pratique révèle de nombreux dispositifs de mise à distance des migrants, techniques « apo-politiques »[2033] qui favorisent la déviation des flux en vue de leur éloignement. Pour l'État territorial qui la pratique, cette déviation ne soulève alors plus une obligation substantielle, constituée par l'octroi d'une protection, mais une obligation procédurale, constituée par la correction juridique de la qualification d'un État tiers comme « sûr ». C'est d'elle que dépend la possibilité de fermer *son* territoire, par l'identification d'*un* territoire situé un peu plus loin mais accueillant, pour

---

[2032] Le mécanisme de « pays tiers sûr » et de son équivalent en amont de « pays d'origine sûre », né d'une pratique étatique relativement complexe, est cartographié par Goodwin-Gill (G. S.), McAdam (J.) et Dunlop (E.), *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 438-441, et décortiqué dans une étude de cas de Gil-Bazo (M.-T.), « The Safe Third Country Concept in International Agreements on Refugee Protection », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33 (2015), pp. 42-77, spéc. pp. 49-64. Le contrôle des frontières étant aussi maritime, il est possible de noter une expression particulière de la notion en droit de la mer, en la figure de l'obligation de débarquement en lieu sûr (Rés. MSC.155(78) amendant la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes, préambule, al. 7-8, et Annexe, § 3.1.9 inséré dans la Convention (doc. MSC 78/26/Add.1) ; précisé par la Rés. MSC.167(78), §§ 6.12-6.18 (doc. MSC 78/26/Add.2, annexe 34)), qui recoupe la protection des droits de l'homme (Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1821 (2011), *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière*, § 9.5).

[2033] Le terme est proposé par Fleury Graff (Th.), « Tenir à distance… », *op. cit.*, sur le fondement du grec ancien *ἀπό*, qui signifie « dehors, hors de, au loin ». La pratique de renvoi vers des « pays tiers sûrs » au moins désignés comme tels par l'auteur du renvoi est largement commentée, v. en général Goodwin-Gill (G. S.), McAdam (J.) et Dunlop (E.), *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 447-460 (pratique occidentale).

respecter l'imposition absolue de la circulation qui tolère la fluctuation de ses modalités mais ne cède rien sur son principe.

532. De manière générale et bien évidente, doit alors être évalué le respect des droits de l'homme par l'État tiers sur son territoire[2034], ce qui découle de la notion même de non-refoulement qui récuse le renvoi sur un territoire quel qu'il soit où l'individu subirait des mauvais traitements, notamment au vu de sa situation particulière[2035]. À cela s'ajoutent la disposition et l'aptitude de l'État tiers à accueillir l'individu, tout aussi importantes pour éviter la maltraitance finale, et notamment l'aptitude à traiter la demande du demandeur d'asile afin d'éviter le refoulement « indirect » par lequel l'individu serait ballotté de procédure défaillante en procédure défaillante jusqu'au rejet sur un territoire de persécution ou mauvais traitements[2036]. En somme, le renvoi ne saurait que déplacer et aucunement léser la protection de l'individu, et l'État doit s'en assurer en « procéd[ant] à un examen minutieux »[2037] des éléments ci-dessus, « sur la base des conditions du moment »[2038] car cette protection couvre l'individu situé confronté à l'angoisse du réel et non une abstraction formelle et généralisante. Partant, la simple participation de l'État à des traités protecteurs des droits de l'homme est insuffisante à le qualifier de « sûr » lorsqu'existent des pratiques contraires à ces droits[2039], et le seront pareillement des assurances diplomatiques générales dénuées de précisions

---

[2034] Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 1997, *Lignes directrices sur l'application de la notion de pays tiers sûr*, Recommandation n° R (97) 22, § 1 *litt.* a) et b).

[2035] Une déclaration générale de sûreté de l'État peut à cet égard s'avérer erronée selon le groupe persécuté auquel appartient l'individu (Goodwin-Gill (G. S.), McAdam (J.) et Dunlop (E.), *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 440). Par exemple, le renvoi par l'Australie de migrants homosexuels en Papouasie-Nouvelle-Guinée, où l'homosexualité est pénalement réprimée par une peine allant jusqu'à quatorze ans d'emprisonnement, est contraire à son obligation de non-refoulement. Cela d'autant plus qu'aucune garantie n'est donnée par l'Australie, si ce n'est l'affirmation de sa ministre des Affaires étrangères selon laquelle « [c]learly, the cultural sensitivies will be taken into account », largement insuffisante pour éviter tout risque de mauvais traitement à l'encontre des migrants visés (Samiec (J.) et Bale (Sk.) (dir.), « Australian Practice in International Law 2015 », *A.Y.I.L.*, vol. 34 (2017), p. 436).

[2036] Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 1997, *Lignes directrices sur l'application de la notion de pays tiers sûr*, préc., § 1 *litt.* c). En particulier s'agissant des demandeurs d'asile, l'État de destination doit être disposé et en mesure de les accueillir et de correctement traiter leur demande (H.C.R., 1997, *Note on the principle of non-refoulement*, préc., G)). En conséquence, l'obligation de l'État consiste « principalement [à] chercher à déterminer si l'intéressé aura ou non accès à une procédure d'asile adéquate dans le pays tiers de destination », c'est-à-dire une procédure d'asile qui « offre des garanties suffisantes pour éviter que le demandeur d'asile concerné ne soit expulsé vers son pays d'origine sans une évaluation appropriée » (C.E.D.H., 2019 (21 nov.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, préc., §§ 131 et 133-134 ; v. aussi 2012 (23 févr.), *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, préc., §§ 147 et 156, 2014 (3 juil.), *Mohammadi c. Autriche*, préc., § 60, et 2014 (21 oct.), *Sharifi et a. c. Italie et Grèce*, préc., § 232). Ainsi, l'exclusion spatiale du territoire ne doit pas emporter l'exclusion juridique du circuit de la demande d'asile.

[2037] C.E.D.H., 2019 (21 nov.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, préc., § 139.

[2038] *Ibid.*, § 141.

[2039] C.E.D.H., 2011 (21 jan.), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., § 353 ; C.E.D.H., 2019 (21 nov.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, préc., §§ 153, 158 et 163.

pratiques[2040]. Cela n'interdit pas aux États de dresser des listes d'États présumés sûrs pour les demandeurs d'asile, à condition toutefois que la présomption soit fondée sur une connaissance étayée de leur situation et qu'elle n'oblitère pas l'évaluation de la situation et le contrôle de sûreté qui s'imposent le cas échéant[2041].

533. C'est par tous ces verrous que le mouvement est véritablement imposé en droit et ne souffre aucune limite de principe ou qui affecteraient son principe. L'obligation de non-refoulement trace ainsi une voie pour l'humanité, incarnée par l'être humain qui pour l'emprunter doit encore se subsumer sous la protection. En lui réside la consistance de cette partie de l'ordre international des circulations : qu'y entend-on par l'humanité protégée ?

B. L'être humain couvert par l'imposition dérivée du non-refoulement

534. La circulation de l'être humain est ici imposée à l'État au nom de l'humanité d'un être en fuite, d'une humanité qui réside dans la préservation de son intégrité. Plus précisément, l'humanité est ainsi protégée envers les persécutions au sens du droit des réfugiés (1), et envers le danger de torture ou de mauvais traitement au sens du droit international des droits de l'homme (2).

1. L'imposition de l'accès du réfugié à un territoire

535. Le droit des réfugiés protège l'être humain contre le refoulement s'il est identifié comme réfugié (a) mais admet un cas où il est exclu de l'accès au territoire, ce qui empêche de parler d'imposition absolue de la circulation pour cette branche du droit international (b).

a) L'identification du réfugié

536. La Convention de 1951 définit le réfugié par la crainte de l'individu de subir des persécutions à raison de certaines caractéristiques de son existence[2042]. L'application du droit ne pouvant accéder immédiatement au psychisme où est logée cette crainte, ce sont par

---

[2040] C.E.D.H., 2011 (21 jan.), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., § 354 ; C.I.D.H., 2015 (30 juin), *Wong Ho Wing v. Peru*, préc., § 178. L'efficacité de telles assurances pour la protection de l'individu est également mise en doute par le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (doc. N.U., A/HRC/37/50, §§ 45-48) ainsi que par le Comité contre la torture (*Observation générale n° 4 (2017) sur l'application de l'article 3 de la Convention dans le contexte de l'article 22*, préc., § 20).

[2041] C.E.D.H., 2019 (21 nov.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, préc., § 152. Dans ce sens, la présomption de pays « sûr » établie par les États membres de l'Union européenne entre eux dans l'application du système Dublin ne les dispense pas de contrôler la sûreté de l'État en question et d'écarter la présomption le cas échéant (C.E.D.H., 2011 (21 jan.), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., § 342 ; C.E.D.H., 2014 (3 juil.), *Mohammadi c. Autriche*, préc., § 60).

[2042] Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, préc., art. 1 A) 2). La persécution n'est pas définie par le droit conventionnel, qui se cantonne à la rattacher aux motifs racial, religieux, national, politique, ou de l'appartenance à un certain groupe social. Pour des développements sur la notion, v. Alland (D.) et Teitgen-Colly (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, pp. 369-377 et spéc. pp. 370-373 sur le rattachement aux droits de l'homme).

ricochets « les éléments objectifs susceptibles de [la] fonder » qui, en la corroborant, constituent la qualification de réfugié[2043]. Plus précisément, celui-ci jouit de la protection et d'un accès au vu de la souffrance aigüe qu'il risque ou subit, exprimée par la violence du terme « persécution »[2044], et ce d'abord en tant que personne singularisée, qui franchit personnellement la frontière car elle est personnellement menacée[2045]. La crainte doit donc être fondée et personnelle, mais ce second critère n'écarte-t-il pas une bonne partie de personnes de la voie de l'humanité, lorsqu'elles fuient une situation qui tend à les effacer au profit du groupe auquel elles appartiennent, violations massives des droits de l'homme et guerres en tête ? L'évaluation singularisée de la qualification de réfugié est alors en décalage avec une « persécution » infligée en masse, gommant précisément les *personnes* au profit de leur seule appartenance à tel ou tel ensemble. La frontière peut-elle alors rester fermée faute de déclenchement du régime du non-refoulement ? Dans le silence de la Convention de 1951 et dans le sillage d'instruments régionaux plus larges qu'elle[2046], il est permis de répondre en corrigeant l'acception « personnelle » du réfugié, au moins en l'appréciant comme personne individualisée mais non pour autant isolée. Dans cette optique, l'acception juridique du réfugié contient la multiplicité de liens sociaux qui constituent son être, ainsi que sa perception par autrui (le persécuteur) qui peut lui vouloir du mal tout en niant sa particularité et l'enfermant dans un groupe visé[2047]. Autrement dit, la souffrance peut être personnelle sans être personnalisée, et le droit de l'asile est apte voire tend à garantir à l'être humain, en cette seule qualité, la voie du refuge.

[2043] Alland (D.) et Teitgen-Colly (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, p. 344.

[2044] *Ibid.*, pp. 373-377 ; Fleury Graff (Th.) et Marie (A.), *Droit de l'asile*, *op. cit.*, pp. 207-208 qui présentent le critère de « violation grave des droits fondamentaux » en droit européen et français.

[2045] La Convention de Genève invite à l'individualisation dans son libellé au singulier (spéc. art. 1) A)) ; pour des développements sur le caractère personnel de la persécution, v. Alland (D.) et Teitgen-Colly (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, pp. 344-358.

[2046] Plus large dans l'acception du réfugié par l'admission de l'écart de l'appartenance au groupe au profit de la seule situation subie, la Convention de l'O.U.A. régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique pose en son article I § 2 qu'est aussi réfugié l'individu fuyant une agression, occupation extérieure, une domination étrangère ou des événements troublant gravement l'ordre public (préc.). La Déclaration de Carthagène sur les réfugiés de 1984 regarde cette extension comme un modèle à suivre afin de mieux protéger l'individu au regard de situations en Amérique centrale qui entraînent des afflux massifs de réfugiés (Partie III, § 3, préc.), et la C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., § 79, observe « a tendency to strengthen in the region a more inclusive definition that must be taken into account by the States to grant refugee protection to persons whose need for international protection is evident. » Dans le même sens que la Convention de l'O.U.A., v. Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), 1966 (31 déc.), *Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees*, préc., art. I § 2.

[2047] Cela est bien souligné par Fernandez (J.), *Exilés de guerre. La France au défi de l'asile*, Paris, Armand Colin, 2019, 189 p., pp. 88-92.

537. Sera donc protégé comme (potentiel) réfugié quiconque est en fuite et demande voire paraît demander l'asile au contrôle frontalier[2048], y compris en cas de déplacement par groupe, sous la seule limite de son exclusion du champ protecteur.

b) La limite à la garantie de l'accès au territoire

538. Même qualifié de réfugié, l'individu peut encore être exclu du territoire de sorte que l'imposition de la circulation ne peut être dite absolue en droit des réfugiés. En effet, la Convention sur les réfugiés prévoit l'exclusion de la protection du non-refoulement des individus qu'il y a des « raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays » ou qui, en tant que criminels, « constitu[ent] une menace pour la communauté dudit pays »[2049]. En ce sens, les États s'enjoignent par ailleurs à veiller à ne pas accorder le statut de réfugié à un individu participant au terrorisme[2050], mais par une déviation qui frappe la qualification alors que la Convention sur les réfugiés ne limite que la protection afférente.

539. Il y a donc une pierre sur la voie qui conduit le réfugié au refuge, mais une pierre circonscrite : le libellé, le caractère humanitaire et l'objet protecteur de la Convention plaident pour une certaine limitation de l'appréciation du risque par l'État[2051], et ce aux deux niveaux de l'existence même du risque (« raisons *sérieuses* ») et de sa gravité (niveau de danger)[2052], ce qui le contraint à s'abstenir de refouler l'individu dès qu'un doute surgit quant à son innocuité,

---

[2048] Le réfugié est l'individu qui répond aux critères *nonobstant l'acte de subsomption*. Autrement dit, l'opération formelle de qualification est recognitive et non constitutive, l'individu *est* réfugié par sa seule situation et la prohibition du refoulement ne saurait être conditionnée à son enregistrement comme tel. V. Comité exécutif du H.C.R., 1977, *Conclusion sur le non-refoulement*, préc., *litt.* c) ; H.C.R., 1997, *Note on the principle of non-refoulement*, préc., C) ; Comité exécutif du H.C.R., 2001, *Note sur la protection internationale*, préc., § 16 ; C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., § 210.

[2049] Art. 33 § 2 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, préc..

[2050] Convention contre le terrorisme de l'Organisation de Shanghai pour la coopération, préc., art. 23 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, préc., art. 4 § 2 *litt.* g) ; *R.T.N.U.*, vol. 3200, I-54629, Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme. Cebu, 13 janvier 2007, art. X ; Convention interaméricaine contre le terrorisme, préc., arts. 12 et 13 ; Doc. N.U., A/RES/49/60, Annexe, Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, 9 déc. 1994, II) 5) f) et Doc. N.U. A/RES/51/210, Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, 17 décembre 1996, § 3 ; Doc. N.U., A/RES/60/288, Stratégie antiterroriste mondiale de l'Organisation des Nations Unies, 8 septembre 2006, II) 7) ; Doc. N.U., A/RES/77/298, Huitième examen de la Stratégie antiterroriste mondiale des Nations Unies, 22 juin 2023, § 32.

[2051] Lauterpacht (E.) et Bethlehem (D.), « The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion » *in* Feller (E.), Türk (V.) et Nicholson (Fr.) (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, UNHCR – Cambridge University Press, 2003, lix-717 p., pp. 87-181, pp. 135-137.

[2052] L'exigence d'un certain niveau de danger est appuyée par l'art. 1 F) de la Convention, qui exclut de son champ d'application uniquement les personnes que l'on peut raisonnablement considérer comme responsables d'un crime international, d'un crime grave de droit commun ou d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies. S'il ne se mêle pas à l'art. 33 § 2 car il en est distinct dans la technique du régime, il reste qu'il situe le degré auquel celui-ci souffre une limitation de la protection qu'il instaure.

ainsi qu'à dûment motiver sa décision le cas échéant[2053]. Enfin et quoiqu'il en soit, si la protection tombe finalement pour le réfugié par la brèche de sa dangerosité, elle reste absolue et le rattrape en sa qualité d'être humain.

2. L'imposition de l'accès de l'être humain en danger à un territoire

540. Quoiqu'il en soit de la limite posée à l'accès du territoire en droit des réfugiés, le droit international des droits de l'homme parachève la voie de l'humanité en couvrant l'être humain en danger d'une protection absolue. L'exception de l'art. 33 § 2 de la Convention de 1951 n'y trouve nul écho et encore moins d'effet, dès lors que le non-refoulement des droits de l'homme pose une prohibition *sans exception aucune*[2054], indépendamment de ce que l'individu a pu faire[2055]. Mieux encore, le régime rattrape ainsi l'être humain potentiellement exclu de la protection du droit des réfugiés car comme le souligne le Pr Fleury Graff, exclure un individu du bénéfice du non-refoulement suppose que ses craintes de persécutions sont avérées, sans quoi il n'y aurait pas d'obligation de non-refoulement en premier lieu, et ainsi « l'exclusion suppose l'inclusion »[2056]. Dès lors, les mauvais traitements et la torture recoupant largement les persécutions, le droit de l'asile ne peut ôter la protection du non-refoulement qu'à un individu qui craint par ailleurs des violations de son intégrité selon les droits de l'homme, lequel est rattrapé en cette qualité par le filet de cette « complementary protection »[2057] qui le couvre absolument. Sans exclusion au niveau de sa qualification, sans limitation de l'obligation qui l'exige, l'imposition de la circulation au nom de l'humanité à l'intégrité menacée est, à ce titre, absolue.

[2053] H.C.R., 1997, *Note on the principle of non-refoulement*, préc., § F).
[2054] Parmi les nombreuses affirmations dans ce sens, v. de manière générale celle du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la protection offerte par le principe de non-refoulement « est absolue et ne peut faire l'objet d'aucune dérogation » (Doc. N.U., A/HRC/37/50, § 37).
[2055] C.E.D.H., 26 juillet 2005, *N. c. Finlande*, req. n° 38885/02, § 159 : « As the prohibition provided by Article 3 against torture, inhuman or degrading treatment or punishment is of absolute character, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration. The protection afforded by Article 3 is thus wider than that provided by Article 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees ».
[2056] Fleury Graff (Th.), « Protection internationale, sécurité nationale et ordre public. Interstices et anfractuosités dans le droit international des réfugiés », *A.F.R.I.*, vol. 22 (2021), pp. 189-199, pp. 197-198.
[2057] C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., § 217.

Conclusion du chapitre

541. Dans ce premier versant de l'internationalisation substantielle du territoire, à raison de l'objet du contrôle ou autrement dit de *ce qui* le franchit, le contrôle frontalier est déterminé par le droit international dans le sens de l'ouverture, comme entrave qui doit être levée. À travers plusieurs régimes pouvant être lus comme composant un ordre international des circulations, le mouvement s'impose ainsi à l'État territorial dont l'emprise interférente est neutralisée selon deux degrés de contraintes.

542. Dans un premier degré, le mouvement est encore vulnérable car soumis à l'intégrité du régime protecteur : l'État y est contraint sans pouvoir de décision bloquante, mais peut encore s'y soustraire par l'extérieur en figeant, renversant ou neutralisant le régime. Ainsi d'abord à raison de l'objet du flux, lorsque celui-ci est porteur de la souveraineté de l'État qui communique avec ses relais diplomatiques, ou est nécessaire pour la coopération internationale qui exige le libre accès au siège de l'organisation internationale ou celui des inspecteurs contrôlant l'exécution du droit international *in situ*. Ainsi ensuite à raison de l'espace et plus précisément de la mer territoriale, grevée du régime de la liberté de passage qui couvre le navire qui navigue pour tout objet et le soustrait à l'emprise territoriale sous la seule condition de sa subsomption sous une innocuité internationalement définie.

543. Ce n'est toutefois que dans un second degré que l'ordre international des circulations trouve son noyau dur, dans l'imposition absolue du mouvement dans quelques régimes scellés dans le droit international général et insusceptibles de lésion. Trois voies ont ainsi été tracées par la communauté internationale. Pour la circulation, la première couvre les détroits internationaux et les eaux archipélagiques servant la navigation internationale, sans l'ouverture desquels celle-ci suffoquerait sous la fermeture des masses terrestres. Pour son ordre public, la deuxième réside dans le pouvoir du Conseil de sécurité protégeant la paix et la sécurité internationales et envoyant ainsi des flux, armés ou non, porteurs de son maintien. Pour son humanité, enfin, la troisième voie résulte de la prohibition absolue de refouler l'être humain vers un lieu où son intégrité serait mutilée. Sous ces multiples enjeux, le mouvement est poussé par une injonction juridique qui n'entend pas la nuance : une fois subsumé dans le régime protecteur, le flux trace sa route et traverse la frontière qui ne saurait le bloquer. L'emprise sur le territoire est neutralisée, au profit de son internationalisation. Il arrive enfin que l'emprise soit mise au service de cette internationalisation, enjointe non à s'effacer pour laisser libres les circulations mais au contraire à s'exécuter pour les capter lorsqu'elles sont néfastes. Le contrôle frontalier se fait alors protecteur de l'ordre public international.

Chapitre 2. L'interdiction de circulations à travers le contrôle frontalier

544. La frontière entrave mais aussi protège. En miroir d'un ordre international de circulations dégageant des voies impérieuses, le droit international a tissé un ordre public international à travers la conjonction des diverses obligations de contrôle de la frontière qu'il établit. Nous avons vu le fonctionnement de cette obligation dans le précédent titre, comme déterminant l'opération de contrôle par l'injonction de s'efforcer, qualifiée par la diligence. Il s'agit désormais d'en voir l'objet, ce vis-à-vis de quoi le contrôle frontalier doit être exécuté.

545. Déjà rencontré à propos de l'imposition de flux pacificateurs par le Conseil de sécurité, il faut ici rappeler que le concept d'ordre public international ici mobilisé est entendu au sens policier et non normatif, « l'ordre compris comme le contraire du désordre auquel peuvent donner lieu des agissements matériels »[2058]. Ainsi compris, sa mobilisation invite à « une réflexion sur l'existence de règles ou d'activités destinées à protéger l'ordre de la société internationale et à sauvegarder les intérêts de la collectivité »[2059]. La première vertu du concept réside dans cette invitation. La société internationale, marquée par une mondialisation des circulations qui la relient étroitement et la rendent interdépendante, n'a-t-elle pas besoin de telles règles afin de saisir les flux en tant que communauté ainsi liée ? Un premier récolement confirme la pertinence de l'ordre public en ce sens, en lui donnant corps dans la sécurité collective au sens classique[2060] mais aussi, selon une approche plus large, dans diverses menaces comme la pollution environnementale, les pandémies, les atteintes aux droits de l'homme, toutes concernées par des mouvements d'objets – armes[2061], déchets dangereux… – ou d'individus traversant les frontières. Toutes matières où « l'obligation de prévention s'inscrit dans une approche des relations juridiques internationales fondées sur la solidarité

[2058] Combacau (J.), « Conclusions générales », *in* Redor (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics*, *op. cit.*, pp. 415-434, p. 419. Cela, par opposition à l'ordre public normatif, qui prévoit la nullité d'actes juridiques qui lui seraient contraires et qui reste donc intérieur au droit, comme droit sur le droit. Le Pr Combacau ajoute ainsi qu'en son acception policière, l'ordre public « réduit des libertés matérielles », c'est-à-dire « tout ce qui appartient à la sphère des comportements matériels en tant qu'ils ne sont pas déterminés par des règles de droit, et qu'ils ne dépendent donc que des sujets, dans les seules limites que leur imposent leurs possibilités matérielles et la causalité naturelle à laquelle ils sont soumis » (p. 420) ; c'est « l'ordre des comportements matériels, et les sujets n'ont pas d'autres moyens de le perturber que leurs agissements matériels » (pp. 421-422). Il importe de séparer les deux car l'ignorance de la distinction au profit d'une domination de la version normative crée une remarquable confusion où la version matérielle étouffe bien que présente par résidus (ainsi dans la notice « International public order » rédigée par Hoffmeister (Fr.) et Kleinlein (Th.) *in* Peters (A.) et Wolfrüm (R.) (dir.), *M.P.E.P.I.L.*, 2019, spéc. §§ 2 et 7-8).

[2059] Ruiz Fabri (H.), « L'ordre public en droit international », *op. cit.*, p. 88.

[2060] *Ibid.*, pp. 99-103.

[2061] Bastid Burdeau (G.), « Le commerce international des armes… », *op. cit.*, p. 420, selon qui il est possible de « se demander si l'on assiste à l'émergence des éléments d'un ordre public international ».

internationale, voire mondiale »[2062]. Ainsi appuyé par cette identification de règles qui l'évoquent, l'ordre public, en tant que concept, permet ensuite de les penser par la formulation de leur commune participation à son ensemble, de sorte que chaque obligation de contrôle frontalier figure comme un maillage de cet intérêt commun. Le contrôle frontalier est ainsi déterminé comme partie d'un tout, au service de l'ordre public dans la communauté internationale, et l'on retrouve l'idée du Bien commun annoncée avec le présent titre, dont l'ordre est une « condition fondamentale »[2063] bien que non suffisante. C'est encore la tâche la plus accessible au droit international dans la poursuite d'un tel Bien[2064], et le contrôle frontalier garant d'un ordre public peut au moins poursuivre le maintien de la communauté internationale à défaut de pouvoir en réaliser toutes les aspirations.

546. Dans un premier temps, le contrôle frontalier ne protège un tel ordre public qu'en préservant les intérêts individuels localisés qui composent la communauté internationale, et l'interdiction du mouvement vise alors la préservation de la coexistence qui serait compromise si des flux néfastes pouvaient en toute liberté frapper un État donné depuis le territoire d'un autre (section 1). Bien qu'essentiel, il conviendra toutefois de traverser rapidement ce premier temps de l'ordre public car celui-ci n'advient véritablement comme protection du commun que dans un second temps, à un second niveau où s'épanouit tout son présent intérêt. Dépassant l'interindividuel, l'ordre public réside en effet surtout dans la protection d'intérêts collectifs à raison du commun lui-même (section 2). C'est alors que le territoire est non seulement saisi en tant que pour un autre, l'intérêt individuel tiers qu'il s'agit de protéger, mais aussi et surtout en tant que pour *les* autres, le commun, au service de l'intérêt proprement international.

Section 1. L'interdiction du mouvement en protection d'intérêts individuels

547. La protection d'intérêts individuels réside dans le cœur du droit international. Il s'agit du respect mutuel des souverainetés, qui impose que l'une ne subisse pas de dommages émanant

---

[2062] Op. ind. du juge Ranjeva sous C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 276 (à propos de la prévention du génocide ; nous soulignons).
[2063] C.I.J., 1962 (20 juil.), *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)* (*avis*), *C.I.J. Rec.* 1962, p. 168, à propos des buts assignés aux Nations Unies : « Il est naturel d'accorder le premier rang à la paix et à la sécurité internationales, car les autres buts ne peuvent être atteints que si cette condition fondamentale est acquise. »
[2064] S'agissant de la poursuite d'un « bien être universel », c'est-à-dire d'une préoccupation de la communauté internationale pour les conditions de vie et l'épanouissement de ses membres, Verhoeven observait que « le droit (international) doit sans doute se contenter d'établir le cadre général dans lequel doivent être exercées les actions particulières dont il faudrait être assuré qu'elles ne seront pas dans l'immédiat néfastes pour l'intérêt général, en espérant qu'elles lui soient à termes bénéfiques. (…) Un cadre implique nécessairement certaines interdictions – ce qui reflète un certain "ordre public" (…) », notant une limite presqu'inhérente au droit (comme réglementation) en cette matière si totale pour une vie humaine qui ne saurait s'épuiser dans le juridique (Verhoeven (J.), « Considérations sur ce qui est commun… », *op. cit.*, pp. 429 et 431).

du territoire de l'autre. Ainsi saisi comme partie d'un groupe fait d'autres dont il reconnaît l'égale souveraineté, l'État territorial doit assurer ce minimum nécessaire à sa *co*-existence qu'est la protection individuelle des autres parties du groupe. Là est le fondement de l'obligation de contrôle frontalier ici visée, dans l'utilisation non-dommageable du territoire exigée par l'« obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »[2065], le premier droit étant à cet égard de ne pas subir d'atteinte à ses intérêts. C'est le seuil minimal de l'ordre public international, qui suppose ces relations bilatérales de protection comme la toile suppose les fils. Fait de l'intérêt collectif, l'ordre public serait dissout par la rupture entre les membres qui le composent[2066]. Or dès lors que l'utilisation du territoire à des fins dommageables est aussi celle où des individus ou objets quittent le territoire pour aller en frapper un autre, le contrôle frontalier est fortement impliqué dans cette exigence minimale de coexistence, devant prévenir ces flux néfastes pour les autres États. C'est dans cette mesure que l'ordre public international est protégé par l'obligation du contrôle frontalier de préserver les intérêts légitimes de l'État tiers (§ 1), bien que le contrôle ne soit ainsi lié qu'à l'égard de l'État tiers et réponde peu à cet égard à une logique d'ordre *public* (§ 2).

§ 1. Le contrôle frontalier protecteur des intérêts légitimes de l'État tiers

548. Dès lors que l'obligation de contrôle frontalier est ici fondée sur le respect de la souveraineté de l'État tiers, il faut en préciser l'objet pour pouvoir cerner ce et à raison de quoi l'État territorial est ici contraint de contrôler sa frontière. Les circulations de terroristes, de déchets dangereux, d'un opposant politique ou encore de migrants peuvent-elles toutes être subsumées sous la protection de la souveraineté de l'État tiers et ainsi faire l'objet d'une obligation de contrôle fondée sur le respect de cette souveraineté ? Pour préciser ce point, il s'agit d'abord de poser l'individualité des intérêts qui commande ici le régime en indiquant sa logique (A), avant d'identifier leur consistance (B).

[2065] C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou*, préc., p. 22. Cela a été établi en introduction du premier chapitre de la présente partie afin de fonder l'étude de l'obligation de contrôle frontalier. Il est possible d'y ajouter ici, comme référence classique ancrée dans une relation bilatérale, S.A., 1941 (11 mars), *Trail Smelter*, préc., p. 1963.

[2066] C'est ce que la Pre Stern évoquait lors des débats sur le rôle de la responsabilité internationale, entre l'intérêt individuel et l'égalité souveraine d'un côté et l'intérêt collectif et la légalité internationale *per se* de l'autre, soulignant que « les deux finalités ne sont pas aussi rigidement distinctes, que cette présentation pourrait le laisser penser : bien sûr toute protection des États favorise *in fine* la survie de l'ordre juridique dans lequel ils sont insérés et toute protection de l'ordre juridique global laisse supposer que les intérêts de tous les sujets de cet ordre seront respectés » (« La responsabilité dans le système international – Conclusions générales », *in* S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, vi-338 p., pp. 319-336, p. 322).

A. L'individualité des intérêts protégés par le contrôle frontalier

549. L'obligation de contrôle frontalier est ici fondée sur l'utilisation non-dommageable du territoire comprise dans un faisceau de relations bilatérales, d'État à État, et protège ainsi les intérêts individuels de l'État tiers au sens où ce sont ses intérêts propres en tant que souverain nonobstant son appartenance à un quelconque groupe d'intérêt. Dans cette configuration, le contrôle frontalier protège la « société internationale » davantage que la « communauté internationale », en ce que la première est la simple « somme des liens et relations qui se tissent au-delà des frontières nationales des États »[2067], « société de rapports transfrontaliers »[2068] où chaque État défend ses intérêts pour lui-même.

550. Partant, l'intérêt particulier de chaque État n'est pas écarté par d'éventuels intérêts collectifs qui le couvriraient, car chacun peut être défendu et activé selon le régime qui perdure et lui correspond. Le contrôle frontalier est alors doublement déterminé, à l'égard de l'intérêt particulier et à l'égard de l'intérêt collectif. Ainsi pour la nature, que les flux polluants peuvent affecter, l'intérêt particulier protège celle sise sur le territoire d'un État, subsumée sous l'intégrité territoriale[2069], tandis que l'intérêt collectif protège la nature *per se*, indépendamment de sa localisation[2070] ; pour la santé, chaque État a un intérêt légitime à la protection sanitaire, de sorte que l'obligation coutumière d'utilisation non-dommageable suppose de prévenir les flux porteurs de maladies[2071], parallèlement au régime du Règlement sanitaire international[2072] ; ou encore pour la sécurité, où l'obligation de ne pas laisser le territoire devenir la base de départ d'activités hostiles protège tant l'intérêt particulier de l'État visé[2073] que l'intérêt collectif de la sécurité internationale[2074]. L'intérêt individuel perdure ainsi parallèlement à l'intérêt collectif

---

[2067] Kolb (R.), *Théorie du droit international*, *op. cit.*, p. 439.
[2068] *Loc. cit*.
[2069] Ce fut chronologiquement la première voie de protection de la nature en droit international, selon une vue classique bilatéraliste où elle est perçue à travers le prisme des souverainetés territoriales voisines (pour une telle vue, v. Pop (I.), *Voisinage et bon voisinage en droit international*, *op. cit.*, pp. 175-179). V. classiquement le cas de la Fonderie de Trail dont les fumées toxiques frappèrent le territoire étatsunien et notamment ses forêts, même si l'approche reste celle d'une valeur (économique) extrinsèque de la nature (S.A., 1941 (11 mars), *Trail Smelter*, préc., spéc. pp. 1917 et 1920-1925 (existence du dommage), 1928-1931 (évaluation du dommage) et 1965 (obligation de ne pas nuire en ce cas)), et aujourd'hui plus précisément les régimes de transports de déchets dangereux.
[2070] Cela sera établi *infra*, aux paragraphes 614-615.
[2071] Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 2020 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 31, n° 4 (2021), pp. 626-629 : note de la direction du droit international public sur la responsabilité internationale des États au regard du « standard "*no-harm*" » et de la diligence due dans le contexte du Covid-19.
[2072] Heathcote (S.), « State Responsibility, International Law and the Covid-19 Crisis », *A.Y.I.L.*, vol. 39 (2022), pp. 122-140, pp. 128-129. Le régime de l'intérêt collectif sanitaire sera vu *infra*, au paragraphe 612.
[2073] C'était le cas dans l'affaire classique de l'*Alabama*, dont les faits se déroulèrent lors de la guerre civile étatsunienne (S.A., 1872 (14 sept.), *Alabama*, préc.), et aujourd'hui encore dans les régimes de transports d'armes.
[2074] Cet intérêt sera étudié *infra*, aux paragraphes 607-608.

qui pourrait le redoubler selon une logique tout autre qui sera vue ci-dessous, et est invocable en tant qu'il est fondé sur un droit au respect de la souveraineté qui n'est pas effacé par une possible protection parallèle en tant que partie d'un groupe.

551. Fort de sa souveraineté, l'État tiers défend donc ses intérêts propres. Il les définit également car qui d'autre que lui, en l'absence de supérieur, définirait ce qui est *son* intérêt ? La question amène à étudier la consistance des intérêts protégés par le contrôle frontalier.

B. La consistance des intérêts protégés par le contrôle frontalier

552. Outre les éventuelles conventions bilatérales de protection mutuelle qui exigeraient de dresser une liste peu engageante, la consistance des intérêts protégés par le contrôle frontalier trouve une information générale dans sa détermination par l'État souverain qui les détient. En effet l'obligation coutumière d'utilisation non-dommageable vise à prévenir les atteintes à la « souveraineté territoriale » ou aux « droits » d'autres États, sans plus de précision. Or c'est la seule souveraineté de l'État qui fonde l'obligation de le préserver par l'utilisation non-dommageable du territoire, de sorte que c'est lui, comme souverain, qui peut déterminer ce que sa souveraineté ou ses droits désignent matériellement. À vrai dire, cette précision ne se pose guère s'agissant d'un noyau dur que chacun inclut dans l'« intérêt » de son existence sans que cela soit contesté, comme la sécurité ou la santé. Mais au-delà de ce noyau dur, ainsi que pour préciser ses termes, la détermination de ses intérêts par l'État souverain revient et relève de son pouvoir discrétionnaire : en tant que souverain, il jouit d'une auto-appréciation quant à ce qui relève de son intérêt et peut ainsi injecter du contenu dans sa « souveraineté » protégée en y subsumant un intérêt, ce qui entraîne la prohibition du flux qui le lèserait. Exemple parmi d'autres, les conventions portant sur les déchets dangereux rappellent que « tout État possède le droit souverain d'interdire l'entrée ou l'élimination de déchets dangereux et d'autres déchets d'origine étrangère sur son territoire »[2075]. Par l'exercice de ce « droit souverain »[2076], l'État donne corps à sa souveraineté en y ajoutant l'intérêt de la santé et de la nature en tant qu'atteint par ces déchets. Parallèlement au régime conventionnel conclu entre les États parties, le respect

---

[2075] V. not. la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, préc., préambule, al. 6).

[2076] La pratique africaine est notable à cet égard à la fin des années 1980, v. not. la résolution du 23 mai 1989 du Conseil des ministres de l'O.U.A. sur la décharge de déchets industriels ou nucléaires en Afrique, qui la qualifie de « crime contre l'Afrique et les populations africaines » (reproduite *in A.J.I.C.L.*, t. 2 (1990), pp. 146-147 ; la Convention de Bamako (1991), déjà citée, actera cela), et au niveau national par ex. la loi sur les déchets toxiques et nucléaires adoptée par la Côte d'Ivoire le 7 juillet 1988, reproduite *in I.L.M.*, vol. XXVIII-2 (1989), pp. 391-392, ou celle de la Gambie du 6 septembre 1988 qui pénalise la décharge de déchets étrangers sur le territoire gambien, reproduite *in A.J.I.C.L.*, t. 2 (1990), pp. 178-181.

de leur souveraineté exigé par la règle de l'utilisation non-dommageable du territoire implique désormais que le contrôle frontalier arrête les flux de déchets dangereux qui leur seraient destinés.

553. Est-ce à dire pour autant que l'État peut exiger de ses pairs d'être prémuni face à tout flux, en ayant une maîtrise absolue sur la définition de sa souveraineté ainsi opposable ? Non pas, car cette définition rencontre les limites du droit international au même titre que le pouvoir territorial de l'État. En effet, comme lorsque la frontière s'oppose à un intérêt protégé, l'intérêt dont le respect est ici exigé doit être *légitime* afin d'être reçu par l'État territorial, sans quoi l'exigence de sa protection tombe de l'ordre juridique car elle est en dehors de la substance reconnue de l'État[2077]. Son acception de la souveraineté à protéger, précisée par la définition des intérêts en cause, n'est alors pas opposable à l'autre État, car elle n'est pas admise par le droit international. Par exemple, une allégation de dommage causé par un contrôle frontalier qui laisserait libre cours à des flux migratoires contrairement à la législation de l'État de destination fondée sur une discrimination raciale serait vraisemblablement inopposable. La discrimination raciale étant rejetée par le droit international, l'État de destination ne pourrait s'en prévaloir comme composante de l'intérêt dont sa souveraineté exige la protection.

554. L'intérêt protégé par le contrôle frontalier est donc l'intérêt propre à l'État (individuel) tel que reconnu par le droit international (légitime), et il faut étudier l'intérêt invoqué pour déterminer l'objet du contrôle frontalier ainsi astreint par l'obligation de respect de l'État tiers. Les exemples pris à l'appui de ces développements ont été assez simples, mais la question plus épineuse de l'obligation de contrôle des flux de migrants en transit trouve aussi ici des éléments de réponse. Faut-il considérer qu'un État qui voit arriver des migrants sur son territoire et les laisse aller sur le territoire de l'État de destination, par hypothèse limitrophe, méconnaît son obligation d'utilisation non-dommageable du territoire en ne s'efforçant pas de prévenir ce flux par son contrôle frontalier ? C'est la situation qui a mené la Lituanie à formuler une requête introductive d'instance à l'encontre du Bélarus devant la Cour internationale de Justice, quoique sur le fondement conventionnel du trafic de migrants pour de possibles raisons de compétence[2078]. Une telle mobilisation de l'obligation d'utilisation non-dommageable serait-elle opérée, il a pu être défendu qu'elle serait impensable car l'État de destination a des obligations envers les migrants dont le respect, comme tout respect du droit international, ne

[2077] Cela a été développé *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2 § 1, à propos des motifs légitimes que l'État peut opposer à un intérêt protégé pour motiver son contrôle frontalier.
[2078] *I.C.J., Application Instituting Proceedings. Republic of Lithuania v. Republic of Belarus*, vol. I, requête du 19 mai 2025.

saurait être considéré comme un dommage[2079]. La question ne semble toutefois pas si simple, et impose d'identifier l'intérêt défendu : si l'État de destination allègue une violation de sa souveraineté dans le sens d'un intérêt à garder un contrôle absolu de sa frontière, autrement dit à pouvoir ignorer ses obligations internationales envers les êtres humains en leur qualité d'être humain, alors l'intérêt est illégitime et ne saurait être opposé en droit car il revient précisément à nier le droit. En revanche, si l'intérêt allégué est celui de l'économie et du coût matériel engendré par le traitement voire l'accueil des migrants, par hypothèse irréguliers, le discours est tout autre car l'État de destination ne désigne pas le respect de l'obligation *en lui-même* comme atteinte à un intérêt, mais l'accentuation du fait qui est l'objet de cette obligation et donc l'accentuation de la charge supportée par l'État pour la respecter en pratique, ce qui est tout autre et demande au moins à être discuté[2080]. L'obligation d'utilisation non-dommageable pourrait ainsi être au moins alléguée en pareil cas, ce qui d'ailleurs ne préjuge aucunement de l'établissement de sa violation, qui dépendra de la diligence précisée dans le précédent titre, et de l'engagement de la responsabilité de l'État qui dépendra de l'ensemble de l'affaire. Cette allégation est d'autant plus possible que l'argument de l'absence d'atteinte causée par le respect de droits tombe dans la mesure où ce respect est situé dans les relations juridiques entre l'État et les migrants ainsi que l'ensemble des créanciers du régime protecteur, tandis que l'atteinte

[2079] C'est la position de Chetail (V.), « Responsabilité internationale et flux migratoires : le droit international à l'épreuve des États de transit », *in* S.F.D.I., *Migrations et droit international*, Paris, Pedone, 2021, 587 p., pp. 109-140, pp. 122-126, dont nous essayons ici de saisir l'essence car il faut dire qu'elle est difficilement lisible sur le plan de la technique juridique. En effet, l'auteur mêle subséquemment une question de compétence et de pouvoir (sans distinction, sur la limite du droit international envers le contrôle frontalier), l'obligation de l'État de respecter le droit international envers les migrants et l'absence de dérogation à cet égard, la question d'une responsabilité objective (où est pourtant convoqué un fondement qui vise l'obligation primaire d'un État et donc un fait internationalement illicite), une considération morale supposée disqualifier l'utilisation de la catégorie juridique « flux atteignant l'intérêt de l'État territorial » en pareil cas, l'impossibilité de qualifier la prise en charge de migrants de « dommage » sauf à violer leur dignité humaine et la reconnaissance de leur droit (pourtant le dommage allégué, celui de la charge du traitement voire de l'accueil des migrants, résulterait précisément de la *protection* de cette dignité et de cette reconnaissance), et enfin l'affirmation que le coût attaché au respect du droit international ne saurait être qualifié de dommage (avec une donnée économique qui confirme qu'il n'y a pas de dommage pour les finances publiques quoiqu'il soit défendu qu'il ne pouvait de toute façon pas y en avoir un pour les raisons évoquées).

[2080] Il nous semble que Chetail (V.), « Responsabilité internationale et flux migratoires… », *op. cit.*, mêle les deux cas de figure en annonçant à l'entrée de son raisonnement que l'invocation de l'utilisation non-dommageable dans ce contexte « signifierait qu'un flux migratoire porterait atteinte à la souveraineté territoriale des États de destination et violerait ainsi leur droit de contrôler l'entrée des étrangers sur leur territoire national » (p. 122, premier cas de figure où l'État opposerait l'argument irrecevable du droit au contrôle absolu), mais mentionne ensuite les « conséquences, à savoir le coût induit par l'accueil et la prise en charge d'un grand nombre de migrants et réfugiés » (p. 125), où l'auteur maintient qu'il n'y a pas de dommage car il s'agit du respect du droit international mais en étant passé à un autre plan, celui de la charge matérielle pour répondre conformément au droit international à une situation difficile en partie causée par l'État de transit. Pour une bibliographie contredisant V. Chetail et acceptant la mobilisation de l'utilisation non-dommageable du territoire en pareil cas, v. *ibid.*, p. 124 note 63.

concerne ici la relation juridique entre l'État de transit et l'État d'accueil[2081]. Il faut au moins distinguer ces différentes relations, or ici le contrôle frontalier est obligé dans une relation juridique avec l'État tiers, qu'il faut désormais préciser.

§ 2. Le contrôle frontalier obligé à l'égard de l'État tiers

555. L'objet du contrôle frontalier est ainsi déterminé à raison de l'intérêt légitime défini par l'État tiers dans les limites du droit international. Il faut encore préciser qu'il est déterminé dans une relation bilatérale, ce qui conditionne l'opposabilité de l'obligation (A) et réduit ainsi la détermination de la décision quant à l'objet contrôlé à la seule position adoptée par l'État de destination (B).

A. L'opposabilité de l'obligation de contrôle frontalier à raison d'un lien bilatéral

556. Protégeant l'intérêt d'un État tiers, l'obligation de contrôle frontalier n'est ici opposable que par cet État tiers à raison du lien bilatéral qui l'unit à l'État territorial, car « [l]e droit subjectif se confond avec l'intérêt personnel au respect de l'obligation qui en permet l'existence puisque l'obligation existe seulement pour satisfaire des besoins propres à son bénéficiaire. »[2082]

557. Si cet élément mérite un développement à part entière pour étudier la détermination du contrôle frontalier par son objet, et ici envers qui il est tenu de contrôler cet objet, c'est que l'intérêt individuel peut aussi être convenu entre plusieurs États, ce qui appelle quelque précision au vu du cadre purement interindividuel jusqu'ici retenu. Lorsque plusieurs États conviennent de la protection d'un intérêt que l'État territorial doit dès lors préserver par son contrôle, ne bascule-t-on pas dans l'idée d'un intérêt collectif, logique de l'ordre public international qui relève de la prochaine section en ce qu'elle protège le groupe en tant que groupe, et où le contrôle frontalier est ainsi obligé dans une relation multilatérale ? À vrai dire, ce cas ne déborde ni ne change la présente analyse qui reste dans le cadre bilatéral tant que l'État territorial est tiers. En effet l'intérêt est alors certes collectif pour les États parties, qui l'ont collectivisé au sein du groupe créé par leur adhésion, mais demeure individuel pour les États tiers, faute de leur inclusion dans le groupe qui le protège. Cela est bien illustré par l'exemple des zones dénucléarisées, établies par certains États qui conviennent de joindre leurs territoires en vue de leur dénucléarisation. Du côté des États parties, il y a bien obligation *erga*

[2081] Là encore il faut noter un certain mélange opéré par V. Chetail dans la même étude, où il insiste sur l'obligation et l'absence de dérogation de l'État vis-à-vis des migrants, sans vraiment considérer la relation de responsabilité interétatique pour elle-même.
[2082] D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *op. cit.*, p. 43.

omnes partes selon la technique étudiée dans la prochaine section : au sein de la zone établie, chacun doit empêcher l'entrée d'armes nucléaires et du matériel lié à raison de son territoire et à l'égard de tous[2083], servant indirectement l'intérêt *erga omnes* de la paix et de la sécurité internationales[2084] mais surtout, et pour la relation juridique en cause ici seulement, érigeant un intérêt *erga omnes partes* à l'absence de nucléarité (militaire) sur le territoire considéré commun pour cet objectif. En revanche, pour les États tiers et dans cette seule configuration, ces zones obligent bien à bloquer les flux liés au nucléaire qui sont destinés au territoire de la zone à l'insu des États qui la composent, mais l'obligation n'est ni fondée par le régime collectif ni dépendante de celui-ci. Cela supposerait en effet que ce soit l'acte lui-même établissant la zone et ce régime qui interdise seul et directement aux États tiers de laisser couler les flux nucléaires en cause, imposition qui ne trouve pas de fondement en droit positif et serait contraire au principe *res inter alios acta*[2085]. Le fondement de l'obligation et ainsi son opposabilité restent donc très classiques, résidant là encore dans la souveraineté territoriale et l'obligation de respect mutuel qui en découle, à laquelle l'acte établissant une zone exempte d'armes nucléaires donne un contenu précis : *chaque* État, souverain, décide que *son* territoire sera exempt d'armes

[2083] Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, préc., art. 5 § 1 ; Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes, préc., art. 1 § 1 *litt.* a) et b) ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, préc., art. 4 § 1 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est, préc., art. 3 § 1 *litt.* b) ; Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale, préc., art. 3 § 1 *litt.* d) ii) et iii). V. aussi le même mécanisme en matière de déchets dangereux, Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, préc., art. 4 § 1.

[2084] V. par ex. doc. N.U., A/RES/3472 (XXX), B, préambule, al. 1 et 2. Les références par les Parties à la zone exempte d'armes nucléaires à un intérêt plus large que le leur, visant notamment la paix internationale, le désarmement complet ou le bien de l'humanité, sont pour ainsi dire systématiques : Doc. N.U., A/55/56 – S/2000/160, 29 février 2000, Lettre datée du 28 février 2000, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Mongolie auprès de l'Organisation des Nations Unies, Annexe II, Résolution 19 adoptée le 3 février 2000 par le Grand Houral d'État de la Mongolie, au sujet des mesures à prendre suite à l'adoption de la loi relative au statut d'État exempt d'armes nucléaires (cas d'une zone exempte formée par un seul État) ; Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, préc., préambule, al. 2-4 ; Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes, préc., préambule, al. 2 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, préc., préambule, al. 4-6 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est, préc., préambule, al. 2 ; Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale, préc., préambule, al. 2, 3 et 5.

[2085] Convention de Vienne sur le droit des traités, préc., art. 34.

nucléaires[2086], parfois aussi de déchets nucléaires[2087], donc que le respect de sa souveraineté territoriale implique de s'efforcer de ne pas laisser s'y introduire des flux nucléaires militaires ou des déchets, conformément au principe d'utilisation non-dommageable du territoire. Il y a là encore protection d'un intérêt particulier, bien que collectivisé entre ses détenteurs. L'obligation de contrôler la frontière eu égard à ces flux ne sera opposable dans une relation multilatérale que sur un autre fondement, qui consacre lui un intérêt collectif[2088]. Pour l'heure nous restons dans l'optique de la seule relation bilatérale, qui conditionne ainsi l'opposabilité de l'obligation de contrôle frontalier et détermine finalement la décision à laquelle il doit aboutir eu égard à son objet.

B. La détermination de la décision de contrôle frontalier par la position de l'État de destination

558. Le contrôle frontalier de l'État territorial est obligé par le respect de l'État tiers, tenu de saisir les objets qui lèseraient l'intérêt légitime de ce dernier à raison de la relation qui lie les deux États, mais finalement comment identifier cet objet, comment savoir dans les situations d'incertitude si tel objet tombe sous l'obligation de contrôle frontalier ? Il faut chercher un outil pour déterminer ce sur quoi le contrôle doit être opéré en pareil situation. Réapparaît alors la logique de protection purement interindividuelle qui est ici en cause.

[2086] A cet égard la situation est la même pour les zones communes que pour celle décrétée unilatéralement par la seule Mongolie, doit la loi relative à son statut d'État exempt d'armes nucléaires interdit « à tout État tiers de mener ou d'entreprendre les activités ci-après, ayant trait aux armes nucléaires, ou d'y participer sur le territoire de la Mongolie : (…) 2° Entreposer ou transporter, de quelque manière que ce soit, des armes nucléaires (…) » (art. 4 § 1), ainsi que de « transporter par le territoire de la Mongolie des armes nucléaires et leurs composantes ou des déchets nucléaires ou toute autre matière nucléaire conçue ou fabriquée à des fins militaires » (art. 4 § 2), et envisage les différends avec les États tiers qui pourraient résulter de la violation de ces prohibitions (art. 8 § 4) (Doc. N.U., A/55/56 – S/2000/160, 29 février 2000, Lettre datée du 28 février 2000, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Mongolie auprès de l'Organisation des Nations Unies, Annexe I, Loi de la Mongolie relative à son statut d'État exempt d'armes nucléaires, adoptée le 3 février 2000).

[2087] Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, préc., art. 7 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est, préc., art. 3 § 3 ; Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale, préc., art. 3 § 2 ; Convention en vue d'interdire l'importation de déchets dangereux et radioactifs dans les pays insulaires du Forum…, préc., art. 4 al. 1.

[2088] Ce qui n'empêche pas, comme cela a été évoqué, d'identifier un intérêt collectif en parallèle incluant donc l'État d'origine du flux et d'autres États tiers à la zone, par exemple fondé sur le régime de non-prolifération. Ainsi le Grand Khoural d'État de la Mongolie souligne qu'il est possible de considérer le statut d'État exempt d'une arme nucléaire, « dans son contexte plus large, comme une contribution concrète de la Mongolie à la politique suivie et aux efforts déployés par la communauté internationale pour renforcer le régime de non-prolifération des armes nucléaires » (Doc. N.U., A/55/56 – S/2000/160, 29 février 2000, Lettre datée du 28 février 2000, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Mongolie auprès de l'Organisation des Nations Unies, Annexe II, Résolution 19 adoptée le 3 février 2000 par le Grand Khoural d'État de la Mongolie, au sujet des mesures à prendre suite à l'adoption de la loi relative au statut d'État exempt d'armes nucléaires). Mais s'il est évident que les deux intérêts peuvent s'entrecouper *dans les faits*, il importe de les distinguer *selon leur régime juridique*, et donc en premier lieu *selon la règle qui les consacre* (en l'espèce, principe de la souveraineté territoriale dans un cas, régime de la non-prolifération (voire de la sécurité collective) dans l'autre).

559. En effet dès lors que l'intérêt individuel protégé par le droit international est auto-apprécié par l'État potentiellement lésé de la façon qui a été vue ci-dessus, c'est le consentement ou le refus de cet État qui détermineront si le flux est susceptible de constituer une lésion de son intérêt et donc détermineront en l'espèce l'activation de l'obligation de respecter sa souveraineté. Ainsi se répercute l'individualité de l'intérêt au stade de sa protection, dans la mesure où sa lésion et donc l'activation de l'obligation de le protéger vis-à-vis de tel objet dépendent uniquement du critère de la destination de cet objet et de la perception qu'en a l'État destinataire. Autrement dit, et pour prendre la mesure de la différence avec l'ordre public qui se déploiera plus bas, le flux n'est pas ici *intrinsèquement* néfaste selon le droit international, ni n'est-il *internationalement* qualifié de néfaste au regard de sa destination. Ici l'unilatéralisme domine, unilatéralisme de l'État de destination qui dicte son respect à l'État territorial. Partant et dans le seul cadre de cette logique, outre les cas *a priori* entendus comme le fait que des mercenaires soient hostiles à l'État de destination sans que celui-ci ait à le préciser, l'État d'origine ou de transit doit s'efforcer d'empêcher le passage du flux en cas d'interdiction par

l'État de destination[2089], et doit le cas échéant rechercher ce consentement avant d'autoriser le passage[2090] ou s'assurer du respect de ce consentement par l'exportation[2091].

560. Le contrôle frontalier est donc entièrement déterminé par la position de l'État tiers lorsqu'il est tenu par l'obligation de l'utilisation non-dommageable et ses diverses traductions bilatérales. L'objet contrôlé sera celui nuisible à l'État tiers tel que perçu par celui-ci. L'ordre public international y trouve un premier élément car chaque État obtient ainsi une protection de son existence opposable aux autres, et ainsi la *co*-existence est-elle en partie préservée par l'effectivité des contrôles frontaliers liés dans un faisceau de relations bilatérales. Il n'y a toutefois un véritable ordre public que dans l'intérêt collectif qui soude une communauté autour de lui, la communauté internationale autour de l'ordre public international.

Section 2. L'interdiction du mouvement en protection d'intérêts collectifs

561. L'ordre public protège les membres d'une collectivité mais plus encore cette collectivité en elle-même, en ce qu'elle est une communauté soudée autour d'un intérêt collectif au

---

[2089] Pour des expressions explicites, v. les obligations d'interdiction d'exportation vers les États ayant interdit l'importation d'un certain produit disposées par la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, préc., art. 4 § 1 *litt.* b) ; Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, art. 4 § 3 *litt.* i) ; O.C.D.E., Décision-recommandation du Conseil sur les mouvements transfrontières de déchets dangereux, 1er février 1984, doc. O.C.D.E. OECD/LEGAL/0209, principes 2 *litt.* a) et 8.

[2090] Ainsi du critère de l'octroi préalable de la licence d'importation et de transit avant d'octroyer une licence d'exportation (Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes, préc., art. IX § 3 ; Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu…, préc., art. 10 § 2 *litt.* a) et b) ; Convention internationale de l'opium adoptée par la deuxième Conférence de l'opium, préc., art. 13 al. 2) ; du critère (de la recherche) du consentement exprimé préalablement par l'État de destination (A.I.E.A., Code de bonne pratique sur le mouvement transfrontière international de déchets radioactifs, doc. A.I.E.A., INFCIRC/386, 3 nov. 1990, reproduit en anglais *in I.L.M.*, vol. XXX-2 (1991), pp. 560-564, partie III § 5 ; A.I.E.A., Orientations pour l'importation et l'exportation de sources radioactives, préc., §§ 7 *litt.* a) (vérification préalable que le bénéficiaire est autorisé par l'État importateur), 8 (demande de consentement) et 9 *litt.* b) (notification avant l'expédition) ; Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, préc., art. 6 §§ 1-3 ; Convention de Minamata sur le mercure, préc., art. 3 § 6 ; Convention en vue d'interdire l'importation de déchets dangereux et radioactifs dans les pays insulaires du Forum…, préc., art. 6 al. 3 *litt.* a) ; Protocole sur la prévention de la pollution de la région du Pacifique sud résultant de l'immersion de déchets, préc., art. 3 § 2 ; Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs, préc., art. 27 § 1 i) ; O.C.D.E., Décision-recommandation du Conseil sur les exportations de déchets dangereux à partir de la zone de l'OCDE, 5 juin 1986, doc. O.C.D.E. OECD/LEGAL/0224, § I iii)) ou de transit (A.I.E.A., Code de bonne pratique sur le mouvement transfrontière international de déchets radioactifs, préc., partie III § 5 ; Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, préc., art. 6 § 4 ; Convention en vue d'interdire l'importation de déchets dangereux et radioactifs dans les pays insulaires du Forum…, préc., art. 6 al. 2 *litt.* b) et c)).

[2091] V. par exemple l'obligation de contrôle du respect de la réglementation de l'État importateur par les autorités de l'État exportateur, telle que stipulée par la Convention internationale pour la protection des végétaux, préc., art. IV § 2 *litt.* a) (délivrance de certificats relatifs à la réglementation phytosanitaire de la Partie importatrice) et g) (garantie de la sécurité phytosanitaire de l'envoi après certification, jusqu'à l'exportation).

maintien de son ordre. C'est donc autour des intérêts collectifs de la communauté internationale que l'ordre public international trouve son plus fort déploiement, et avec lui que le territoire est saisi comme espace d'intérêt international au service de cet ordre. L'objet du contrôle frontalier passe de la protection de l'intérêt individuel du tiers, déterminé par un État donné dans une relation bilatérale, à la protection de l'intérêt collectif dans une relation multilatérale, où l'État territorial est responsable devant tous au profit de la communauté qu'ils forment ensemble. Comment le droit international opère-t-il ce passage du bilatéral au multilatéral pour déterminer le contrôle frontalier au service de tous ? En d'autres termes, comment érige-t-il un intérêt collectif qui dépasse les souverainetés prises individuellement, pour obliger le contrôle frontalier au service d'une collectivité pouvant aller jusqu'à la communauté internationale ? Il faut une certaine forme pour ce faire car les présents développements ne connaissent encore que l'obligation bilatérale, protégeant un intérêt circonscrit et ne permettant pas de s'élever à la protection du commun (§ 1). Ce n'est qu'une fois cette forme établie que nous pourrons enfin nous demander pour quoi fixer une telle obligation, quelle est la consistance de l'objet du contrôle frontalier ici en cause et donc la consistance de cet ordre public international au service duquel le contrôle serait ici placé. Ce sera le second temps de cette section, où le contrôle frontalier sera finalement plongé dans la vie internationale pour y apprécié l'effet que le droit international entend lui donner sur ce point (§ 2).

§ 1. La forme de l'obligation de contrôle frontalier au vu de son objet collectif

562. Tandis que nous avons étudié l'obligation de moyen comme forme de l'obligation de contrôle frontalier quant à la conduite de l'opération, il s'agit ici d'étudier une autre forme qui s'y ajoute car elle est située sur un autre plan[2092], relationnel, où l'obligation de contrôle frontalier est étudiée par ce qu'elle est due à d'autres et définie par son objet en tant qu'il est de protéger ces autres. Sa caractéristique est ici d'être une obligation *erga omnes (partes)*[2093], c'est-à-dire une obligation qui lie « à l'égard de tous ». C'est par cette forme que l'obligation de contrôle frontalier peut directement participer de la protection d'un ordre public, car elle le marque d'un régime proprement « public » dans la mesure où le contrôle n'est plus cantonné à la relation privée bilatérale mais est désormais tenu par un milieu de relations à l'égard d'un

[2092] Car nous recourrons à son étude, il faut ici préciser que l'on s'éloigne du propos de Coulée (Fr.), *Droit des traités et non-réciprocité : recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, Th. Paris II, dir. J. Combacau, 1999, 620 p., p. 167, qui d'un même coup vide la juridicité des obligations de moyen et confond les classifications en considérant que ces « dispositions peu contraignantes selon lesquelles les parties "s'efforcent", "s'emploient de leur mieux à…" (…) en l'absence de normes précises » « [n]e comportent pas d'obligations intégrales », celles-ci relevant de la logique *erga omnes* ici étudiée).

[2093] Sauf distinction exprimée, le terme « *erga omnes* » sera ci-dessous utilisé comme incluant l'*erga omnes partes*.

groupe qui peut s'étendre au niveau universel de la communauté internationale. Le contrôle frontalier est lié, le territoire est saisi, et finalement l'objet est contrôlé « à l'égard de tous ». Ce fort potentiel de l'obligation *erga omnes* pour saisir le contrôle frontalier comme partie d'un ordre public international exige que l'on puisse identifier cette forme de l'obligation, en droit et au-delà du seul sentiment que tel objet relève de cette forme (A). Ce n'est qu'ensuite que l'on pourra mesurer l'opérabilité du caractère *erga omnes* de l'obligation de contrôle pour le déterminer en faveur d'intérêts collectifs (B).

A. L'identification du caractère erga omnes de l'obligation de contrôle frontalier au vu de son objet collectif

563. Liant le contrôle frontalier à l'égard de tous, l'obligation *erga omnes* est apparemment pertinente pour le déterminer à l'égard d'un objet d'intérêt commun. Mais comment savoir si le contrôle frontalier est ainsi déterminé ? Cela dépend-il de la formulation de l'obligation, auquel cas l'idée d'ordre public international serait dépendante de sa détermination par l'obligation, ou cette forme de l'obligation répond-elle à l'intérêt qu'il s'agit de protéger et donc à l'objet du contrôle frontalier, et alors l'ordre public international y trouverait une forme inhérente à son statut d'intérêt commun ? Dans le premier cas, il faudrait d'abord déterminer la nature de l'obligation avant d'étudier l'objet de contrôle. Dans le second, c'est l'inverse et l'objet du contrôle apparaît premier, la forme de l'obligation se plaçant à son service et donc au service de la communauté internationale qui saisit ainsi le territoire comme espace de réalisation de l'intérêt commun. L'obligation *erga omnes* prend alors tout son sens comme étant intimement liée et non simplement opportune pour la saisie du contrôle au service d'un ordre public international, car c'est bien la forme de l'obligation qui suit la nature de l'intérêt à protéger (1). Il s'agira ensuite de déterminer cette nature à l'aune du groupe lié par un intérêt au sein duquel le contrôle frontalier s'inscrit (2).

1. Le critère de la nature de l'intérêt protégé par le contrôle frontalier

564. Nous l'avons dit, l'obligation de contrôle frontalier est *erga omnes* dès lors qu'il a pour objet la protection d'un intérêt collectif, juridiquement protégé[2094], et c'est donc la nature de

[2094] En effet l'intérêt ne permet pas l'identification de l'obligation *erga omnes*, mais de l'*erga omnes* de l'obligation, de son caractère une fois celle-ci fondée par ailleurs en droit positif. Par exemple le fait que la pollution atmosphérique fasse l'objet d'une « préoccupation pour l'humanité tout entière » « ne crée *en soi* aucun droit ni obligation et, en particulier, ne fait naître aucune obligation *erga omnes* » susceptible d'imposer à elle seule de prévenir toute émanation du territoire qui frapperait la qualité de l'air (C.D.I., « Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », *A.C.D.I.* 2021, vol. II(1), pp. 9-55, p. 16 (nous soulignons)). Il faut donc d'abord qu'il y ait une source de droit positif déterminant le contrôle frontalier, et le rôle des traités multilatéraux doit être souligné à cet égard, posant de nombreux régimes de contrôle frontalier consacrant des intérêts collectifs et donc

l'intérêt protégé qui fonde le caractère *erga omnes* de l'obligation de contrôle, ce qu'il faut démontrer (a) avant de voir que la nature de l'intérêt protégé apparaît aussi comme variable de l'obligation *erga omnes* qui peut adopter deux modalités (b).

a) La nature de l'intérêt protégé, fondement du caractère erga omnes de l'obligation de contrôle

565. Bien qu'antérieures dans leur existence[2095], les obligations *erga omnes* ont été classiquement identifiées par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* à l'occasion d'un *obiter dictum* où l'intérêt protégé figure comme clef de leur identification. C'est « [v]u l'importance des droits en cause »[2096] et donc au vu de leur nature que l'obligation est ainsi caractérisée, quoique ce critère de l'importance doive faire l'objet de réserve comme le montrera la suite de ces développements.

566. Il faut insister sur cette primauté de l'intérêt protégé et donc de l'objet du contrôle frontalier dans l'analyse, celui-ci fixant la forme de l'obligation et non l'inverse, car c'est là la pertinence de la forme *erga omnes* de l'obligation pour déterminer le contrôle en faveur d'un ordre public international, en ce qu'elle *suit* les exigences d'un tel ordre et détermine ainsi le contrôle selon l'exigence de protection commune. Outre le *dictum* de la Cour internationale de Justice dont la seule autorité ne suffit pas à fonder ce point technique, cet ordre d'analyse est confirmé par un blocage qui peut rapidement apparaître si l'on emprunte un cheminement inverse, usé par certains[2097] et partant du caractère de l'obligation pour saisir la nature de l'intérêt protégé. Tous les régimes de contrôle frontalier n'étant pas explicites quant à la nature de l'obligation, il convient d'autant plus de confirmer l'identification de la forme de l'obligation par l'intérêt, contre ce cheminement partant de l'obligation. Suivre ce dernier est encore le meilleur moyen d'en voir le blocage. À partir de l'obligation *erga omnes* caractérisée par ce

---

des obligations *erga omnes* (v. Reuter (P.), *Introduction au droit des traités*, *op. cit.*, p. 12, qui souligne leur « fonction toute nouvelle (…) : la défense des intérêts communs de l'humanité » ; Simma (Br.), « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *op. cit.*, p. 322, qui parle des traités multilatéraux comme « workhorses » des intérêts collectifs.

[2095] V. not. Delbrück (J.), « "Laws in the public interest" – Some observations on the foundations and identification of *erga omnes* norms in international law », *in* Götz (V.), Selmer (P.), Wolfrum (R.) (dir.), *Liber amicorum Günther Jaenicke – Zum 85. Geburtstag*, Berlin, Springer, 1998, xxv-1038, pp. 17-36, pp. 19-26, qui recense des cas d'obligations répondant à la logique *erga omnes* (*i.e.* la protection d'un intérêt collectif) sans nécessairement en revêtir le régime contemporain.

[2096] C.I.J., 1970 (5 févr.), *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, *C.I.J. Rec.* 1970, p. 32, § 33.

[2097] C'est notamment le cas de G. Gaja, dont la position n'est pas moindre puisque la question occupe une partie importante de l'angle retenu pour son cours général à l'Académie de La Haye (« The protection of general interests in the international community. General course on public international law (2011) », *R.C.A.D.I.*, vol. 364 (2013), pp. 9-185), et puisqu'il fut rapporteur de l'Institut de droit international sur la question (v. not. I.D.I., « Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international – First Report », *A.I.D.I.*, vol. 71-I (2005), pp. 119-212).

qu'elle est due « à l'égard de tous », il faudrait commencer par identifier l'intérêt à agir de chaque créancier indépendamment d'une lésion subie en propre, pour voir que « tous » ont bien un intérêt à ce que le contrôle frontalier soit opéré à raison de l'objet en cause[2098]. Il suffirait alors d'en conclure que l'intérêt protégé par le contrôle est bien collectif puisque tous peuvent invoquer sa défaillance, et l'intérêt collectif n'a ainsi en lui-même aucun sens propre puisqu'il est enfermé dans une tautologie où sa nature (il est collectif…) est capturée par ce qui est présenté comme sa cause (…car il peut être défendu par tous). Or cette indétermination du sens de l'intérêt collectif empêche ensuite d'identifier le caractère *erga omnes* de l'obligation de contrôle[2099] : l'intérêt est collectif s'il est protégé par une obligation *erga omnes*, d'accord, mais pourquoi l'obligation serait-elle *erga omnes* ? Pourquoi la pratique la fait-elle fonctionner comme une obligation *erga omnes* pour enjoindre le contrôle frontalier à saisir tel objet ? Parce qu'il protège un intérêt collectif, mais la pensée restant dans ce chemin est alors bloquée dans une boucle sans départ jalonnée de renvois, où l'intérêt protégé est collectif parce qu'il fait l'objet d'une obligation de contrôle *erga omnes*, l'obligation est *erga omnes* car elle fonctionne en protection d'un intérêt collectif, et *in fine* l'obligation de contrôle est *erga omnes* car elle répond à un régime d'obligation *erga omnes*. Il faut donc sortir de ce chemin de raisonnement et réaffirmer la primauté de la nature de l'intérêt pour déterminer la forme de l'obligation de contrôle, car ce n'est bien qu'en *réponse* à l'intérêt que l'obligation de contrôle est parée d'*erga omnes* et outillée en conséquence, *en vue de* sa protection[2100]. Par exemple, c'est bien la nature d'intérêt commun de la prévention du génocide qui « *implique* que les obligations en cause sont dues par tout État partie à tous les autres États parties »[2101], et donc que le blocage à la frontière

---

[2098] Gaja (G.), « The protection of general interests in the international community… », *op. cit.*, p. 21.

[2099] Preuve en est que dans la partie « *Identifying obligations* erga omnes » de son rapport à l'Institut de droit international, adoptant ce cheminement bloqué, Giorgio Gaja se cantonne à donner des exemples et est silencieux sur les critères d'identification (I.D.I., « Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international – First Report », préc., pp. 128-130, ce qui fut critiqué par d'autres membres de la 5e commission (voyez les réponses de Lady Fox, p. 157, et de Christian Tomuschat, p. 160). Le second rapport tente une définition en avançant que « What characterizes an obligation *erga omnes* is that all States are concerned with compliance in any specific case, irrespective of the existence of a State, entity or individual which may be specially affected by a breach » (*A.I.D.I.*, vol. 71-I (2005), p. 190), mais retombe ainsi dans la tautologie qui définit l'obligation par le régime qui découle de sa qualification.

[2100] Dans le même sens, v. Coulée (Fr.), *Droit des traités et non-réciprocité*, *op. cit.*, pp. 174-179 (méthode) et 198-248 (substance) qui fixe l'intérêt dans une théorie de la cause, celle-ci (incarnée par la défense de tel intérêt) déterminant *in fine* le caractère intégral de l'obligation. Il est possible de s'en tenir à l'intérêt dans l'étude de ce qui est dans l'ordre juridique international, l'idée de cause étant incluse par l'approche volontariste ici aussi adoptée : l'obligation revêt ses paramètres selon ce que les États ont voulu protégé et ce que cette protection exige. En pratique, v. encore

[2101] C.I.J., 2022 (22 juil.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Gambie c. Myanmar*), *C.I.J. Rec.* 2022, pp. 515-516, § 107 (nous soulignons), et § 108, « Il *découle* de l'intérêt commun (…) que tout État partie (…) est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre (…) » (nous soulignons ; le terme « implique » est déjà utilisé dans l'arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (*Belgique c. Sénégal*), *C.I.J. Rec.* 2012, pp. 449-450, §§ 68-69). V. dans le même sens

d'armes ou personnes susceptibles de commettre pareil crime soit dû à l'égard de tous. C'est parce qu'il y a un intérêt collectif que le territoire est saisi dans la relation multilatérale, par une obligation formulée pour *répondre* à l'enjeu de protection. Il faut donc retenir le critère de la nature de l'intérêt, d'autant plus qu'en dépend également une variation de l'obligation *erga omnes*.

b) La nature de l'intérêt protégé, variation de la modalité de l'obligation erga omnes de contrôle

567. Il faut encore mentionner deux natures de l'intérêt collectif qui correspondent à deux modalités d'obligation *erga omnes*, car en dépend l'accentuation ou non de la collectivité du régime qui intéresse l'étude, soit la participation à l'idée d'un ordre public international au service duquel l'emprise étatique contrôlant sa frontière serait liée.

568. En effet une fois dite « à l'égard de tous », l'obligation de contrôle frontalier peut encore adopter deux modalités car tout intérêt collectif n'est pas protégé selon la même logique. Or l'obligation étant *erga omnes* en réponse à ce qu'exige la nature collective de l'intérêt, son régime varie aussi selon ce que peut exiger la nature de l'intérêt collectif. Dans la première modalité, l'obligation de contrôle est fondée sur un intérêt collectif qui ne tient que par le concours de tous les membres du groupe, et la lésion de l'intérêt par l'un d'entre eux suffit à rompre le régime et à dissoudre le groupe, car ils ne s'étaient entendu que sous réserve d'un respect total. Le contrôle frontalier est dû à l'égard de tous mais uniquement tant que chacun s'efforce bien de l'actionner, et l'obligation de contrôle est alors dite interdépendante car sa violation par une partie justifie l'inexécution par les autres[2102]. On voit toutefois que cette modalité poursuit mal l'idée d'ordre public international, correspondant davantage « au degré ultime de la réciprocité »[2103] et donc à la logique bilatérale de la précédente section quoiqu'elle soit dotée d'un fonctionnement *erga omnes*, si bien qu'elle est à vrai dire absente des composantes qui seront identifiées en fin de chapitre. Il faut plutôt se tourner vers la seconde modalité de l'obligation de contrôle *erga omnes*, fondée quant à elle sur un intérêt collectif qui

---

C.I.J., 2025 (23 juil.), *Obligations des États en matière de changement climatique*, préc., § 440 : la protection de la nature est d'intérêt commun, et « *il s'ensuit que* les obligations (…) sont des obligations *erga omnes* » (nous soulignons).

[2102] Fitzmaurice (G.), « Troisième rapport sur le droit des traités », *A.C.D.I.*, 1958, vol. II, pp. 20-48, p. 28. Coulée (Fr.), *Droit des traités et non-réciprocité*, *op. cit.*, p. 26, donne pour l'obligation interdépendante les exemples du désarmement, de l'interdiction d'hostilités *ratione loci*, ou encore de la prohibition de la pêche.

[2103] Coulée (Fr.), *Droit des traités et non-réciprocité*, *op. cit.*, p. 25, qui remet ainsi l'obligation interdépendante du côté des obligations fondées sur la réciprocité, quoiqu'elle ne soit pas « simple » (bilatérale) mais « globale » (p. 28).

ne dépend pas de son intégrité et survit à sa lésion. L'obligation de contrôle frontalier est alors dite intégrale[2104] et répond davantage à la protection d'un ordre public international, le contrôle étant déterminé par la protection d'un commun « objectif »[2105] qui n'est pas soumis aux aléas de son respect par les membres du groupe et persiste en dépit de ses lésions. Peu importe le comportement des membres de la communauté, l'État territorial doit continuer à s'efforcer de capter les flux qui affectent l'intérêt. L'obligation intégrale est ainsi la forme privilégiée de l'internationalisation du territoire à cet égard, le pouvoir territorial étant lié par « la force de l'obligation [qui] est autonome, absolue et intrinsèque pour chaque partie »[2106].

569. Comment l'identifier ? Là encore il faut commencer par identifier l'intérêt pour éviter la tautologie dégagée ci-dessus à propos de l'identification du caractère *erga omnes*, car on voit bien que c'est à raison de l'intérêt en cause que l'obligation *erga omnes* adopte telle ou telle modalité, que les contrôles frontaliers puissent s'éteindre dès que l'un faillit ou au contraire qu'ils soient tenus de maintenir leur effort au profit d'une collectivité dont l'intérêt les dépasse. La nature de l'intérêt protégé est ainsi déterminant pour la contrainte posée au contrôle frontalier, aux deux niveaux de son objet *erga omnes* et de son maintien en cas de manquement par l'un des membres du régime. Il faut désormais pouvoir déterminer cette nature afin de placer le contrôle frontalier dans la logique multilatérale de l'ordre public international.

2. La détermination de la nature de l'intérêt protégé par le contrôle frontalier

570. Ayant établi que la nature de l'intérêt protégé est la clef pour identifier la forme de l'obligation déterminant le contrôle frontalier, il s'agit désormais de déterminer cette nature. Cela nécessite d'abord de donner son critère, qui réside dans son rapport au groupe lié à sa protection (a), et ensuite d'appliquer ce critère à la vie internationale afin de l'éprouver et de dégager les intérêts dont la nature relève de l'obligation *erga omnes* de contrôle frontalier (b).

a) La détermination de la nature de l'intérêt protégé par son rapport au groupe

571. L'obligation *erga omnes* lie le contrôle frontalier « à l'égard de tous » car elle répond à la protection d'un intérêt « collectif », terminologie que nous avons retenue ici et qui coexiste

[2104] Selon la terminologie du rapporteur Fitzmaurice à l'origine de la distinction, dans son « Troisième rapport sur le droit des traités » à la C.D.I., préc., p. 46, § 91.
[2105] Coulée (Fr.), *Droit des traités et non-réciprocité*, *op. cit.*, p. 198, où l'auteure semble retenir à cet égard le seul intérêt inscrit dans ce cadre comme « commun », reléguant le reste aux intérêts individuels.
[2106] Fitzmaurice (G.), « Troisième rapport sur le droit des traités », à la C.D.I., préc., p. 28.

particulièrement en langue anglaise avec les « general »[2107] ou « community interests »[2108] dont le sens varie selon l'auteur[2109]. C'est à la détermination de la « collectivité » de l'intérêt protégé par le contrôle frontalier qu'il faut ici s'atteler. Partant d'une définition commune, l'intérêt est « collectif » dès lors qu'il « concerne toutes les personnes d'un groupe »[2110], que ce soit une pluralité d'États, la communauté internationale ou l'humanité. À cela, l'étymologie apporte une précision essentielle en informant que « collectif » procède du latin *collectivus*, rassemblé[2111] : l'intérêt collectif est celui qui rassemble les membres du groupe, soit qui les considère précisément *en tant que membre de ce groupe*, et constitue ce qui fait que l'État territorial appartient à ce groupe, peu importe pour l'heure la qualité de ses membres[2112]. C'est cela qui, en droit, caractérise la collectivité de l'intérêt et le caractère *erga omnes* de l'obligation de contrôle qui lui répond : l'existence d'un réel groupe, c'est-à-dire d'un ensemble non réductible aux relations particulières entre les unités qui le composent, lié par un intérêt qui unit et rassemble ses membres.

572. Reste encore à cerner ce qui fait que l'intérêt protégé réunit ainsi un groupe où le contrôle frontalier est lié, soit à identifier le facteur qui donne à l'intérêt cet effet groupant qui soude les relations juridiques enserrant le contrôle. C'est alors que l'intérêt est finalement caractérisé par sa vulnérabilité, car il n'existe en droit que comme chose à protéger : on reconnaît un intérêt à la nature pour lutter contre la pollution, et un intérêt humanitaire pour

---

[2107] Gaja (G.), « The protection of general interests in the international community… », *op. cit*. L'auteur distingue d'ailleurs les « intérêts généraux » des intérêts « collectifs », en mêlant toutefois ces derniers à un simple faisceau d'intérêts interindividuels (avec l'exemple de la promotion du libre-échange dans une organisation internationale commerciale) (p. 21).

[2108] Simma (Br.), « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 250 (1994), pp. 217-384 ; Benvenisti (E.) et Nolte (G.) (dir.), *Community interests across international law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, xxviii-510 p.

[2109] Besson (S.), « Community interests in international law. Whose interests are they and how should we best identify them? », *in* Benvenisti (E.) et Nolte (G.) (dir.), *Community interests across international law*, *op. cit.*, pp. 36-49, p. 38.

[2110] Selon la définition de « collectif » donnée par Larousse, https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/collectif/17172, 3). C'est l'une des clefs des « *community interests* » qu'ils sont les intérêts « d'une communauté », internationale ou plus restreinte, que le groupe soit institutionnailsé ou non (Besson (S.), « Community interests in international law… », *op. cit.*, pp. 39-41).

[2111] Le *Trésor de la langue française* donne pour *collectivus* « ce qui groupe, rassemble » (<https://cnrtl.fr/etymologie/collectif>).

[2112] Étant rappelé que l'on se situe ici au niveau de l'intérêt protégé et non de la source qui le consacre, il faut notamment préciser que la reconnaissance de l'intérêt par des sujets particulièrement puissants, concernés ou nombreux, n'est pas un critère de la collectivité de l'intérêt, mais tout au plus une condition de la naissance d'un régime protecteur efficace d'une certaine ampleur, précision nécessaire car il est courant de voir ce critère imprécis et infondé ajouté au dossier d'une étude sans découpage de l'obligation *erga omnes* (v. par ex. Delbrück (J.), « "Laws in the public interest" – Some observations on the foundations and identification of *erga omnes* norms in international law », *op. cit.*, pp. 32-35 (discutant aussi la question de la légitimité de l'identification au regard de son procédé) ; Wolfrum (R.), « Identifying community interests in international law. Common spaces and beyond », *in* Benvenisti (E.) et Nolte (G.) (dir.), *Community interests across international law*, *op. cit.*, p. 21).

prévenir les violations de l'intégrité humaine, par exemple. La nature de l'intérêt dépend donc de la protection qu'il exige, et l'intérêt est collectif si sa protection nécessite une telle collectivité au vu de sa vulnérabilité commune au groupe : tous les contrôles frontaliers sont liés, car la défaillance de l'un frappe l'intérêt pour tous les membres du groupe. L'intérêt est donc finalement collectif lorsque sa menace est considérée comme étant *inter*dépendante et que sa protection requiert en retour un effort solidaire[2113]. C'est ainsi la commune vulnérabilité qui soude le groupe déterminant le contrôle frontalier à l'égard de tous.

573. Cela établi, le signe trompeur de l' « importance » de l'intérêt, qui entend si souvent absorber l'obligation *erga omnes*[2114] en dépit de sa complète dépendance à la subjectivité du jugement de valeur[2115], tombe comme clef d'explication. Il ne demeure qu'en tant que marqueur du critère de l'interdépendance, notamment s'agissant des intérêts essentiellement « moraux » dont la lésion réside d'abord dans la pensée et donc dans la dotation de valeur, en l'absence de répercussions sensibles[2116]. En ce sens l'obligation de contrôle frontalier sera *erga omnes* quant à la protection d'intérêts humanitaires[2117], par exemple pour éviter que des armes ne servent à

[2113] Wolfrum (R.), « Identifying community interests in international law. Common spaces and beyond », *op. cit.*, p. 21, fixe cette position dans le postulat selon lequel « international public law has a subsidiary role » et n'intervient que lorsque les efforts à un niveau moindre s'avèrent insuffisant. Dans le même sens, Besson (S.), « Community interests in international law... », *op. cit.*, p. 39.

[2114] La formulation supposée inaugurale de la Cour internationale de Justice semble avoir enfermé la pensée à cet égard, v. C.I.J., 1970 (5 févr.), *Barcelona Traction*, *préc.*, p. 32, § 33, l'obligation est *erga omnes* « [v]u l'importance des droits en cause » (les exemples listés au paragraphe 34 relevant tous du droit humanitaire ou des droits de l'homme), et la position de l'I.D.I., « Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international », Résolution de Cracovie (2005), art. 1 *litt.* a) et b).

[2115] I.D.I., « Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international », préc., préambule, « certaines obligations s'imposent à tous les sujets du droit international *dans le but de préserver les valeurs fondamentales de la communauté internationale* » (nous soulignons) ; Besson (S.), « Community interests in international law. Whose interests are they and how should we best identify them? », *op. cit.*, p. 39 ; Iovane (M.) et Rossi (P.), « International fundamental values and obligations *erga omnes* », *in* Iovane (M.), Palombino (F.), Amoroso (D.), et Zarra (G.) (dir.), *The protection of general interests in contemporary international law. A theoretical and empirical inquiry*, Oxford, Oxford University Press, 2021, xx-415 p., pp. 46-67, pp. 53-54.

[2116] Ces intérêts sont ici dits « moraux » dans le sens où ils ne sont pas susceptibles de léser *physiquement* les États ou le groupe de façon plus générale, de sorte qu'il faille un adjuvant idéel qu'exprime « l'importance » pour en multilatéraliser la teneur et le rendre interdépendant là où il peut seulement l'être : dans les esprits. La lésion résulte certes d'un fait (de la torture par exemple) et nul doute que son sentiment n'a rien d'artificiel, mais le propos est précisément ici de souligner que c'est un sentiment, qui suppose pour exister l'atteinte à une *idée* commune. Il y a là en somme un trait net des intérêts humanitaires, bien qu'une possible nuance réside dans une certaine interdépendance « physique » qui peut être trouvée en ce que leur violation affaiblit le respect général qui les préserve et risque par réaction en chaîne d'éroder cette fois-ci non l'idée humanitaire *per se*, mais son *respect matériel* en dégradant l'engagement général envers leur respect.

[2117] Les règles humanitaires revêtent ainsi le caractère *erga omnes* « par essence » au vu du respect de la personne humaine et des « considérations élémentaires d'humanité » (C.I.J., 2004 (9 juil.), *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, préc., p. 199, § 157, avec une reprise là encore du *dictum* de la *Barcelona Traction*, ce que la C.I.J. a réitéré dans l'avis de 2024 (19 juil.), *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, en incluant aussi les droits de l'homme (§§ 96 et 274)), et la prohibition du génocide est une figure éclatante à cet égard (C.I.J., 1996 (11 juil.), *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), *C.I.J. Rec.* 1996, p. 616, § 31) de même que la suppression de l'esclavage,

violer le droit international humanitaire[2118], car l'importance qui leur est conférée fait que leur menace est interdépendante, tous ressentant l'atteinte à l'idée commune de dignité humaine. Mais la place est ainsi laissée aux intérêts plus « physiques », dont l'interdépendance ne dépend plus seulement de l'importance subjective mais du fait, auquel les effets de la mondialisation et de l'Anthropocène donnent un corps bien visible : la circulation de terroristes dégrade concrètement la sécurité de tous ; celle de flux polluants érode les conditions de vie terrestre dans leur ensemble. Si ces intérêts peuvent effectivement dits être « importants », le critère de l'interdépendance permet de maintenir le caractère *erga omnes* de l'obligation de contrôle frontalier même si cette importance est contestée, et donc de préserver ce caractère des débats quant à la « valeur » de l'intérêt protégé.

574. La même logique prévaut enfin quant à la détermination de la nature de l'intérêt qui décline l'obligation *erga omnes* en obligation intégrale : celle-ci lie le groupe à raison d'un intérêt dont la menace est interdépendante mais qui résiste à sa lésion, et aussi sera-t-elle caractérisée par cette résistance. Outre le fait que tous soient touchés par l'atteinte à l'intérêt, il faut alors se demander s'il y a un sens à ce que la protection continue malgré cette atteinte. Pour anticiper sur la nature de l'intérêt protégé qui sera dégagée de la vie internationale dans le prochain développement, y a-t-il un sens à ce que le contrôle frontalier soit maintenu pour protéger la légalité internationale, la paix et la sécurité internationales, les droits de l'homme ou encore la nature[2119], même si la défaillance d'autres contrôles font que ces intérêts sont atteints par d'autres États ? Oui, dès lors que ces objets « concernent non la protection individuelle des souverainetés mais la promotion ou la sauvegarde d'un intérêt appartenant à une collectivité (partielle ou universelle) transcendant celui de chacune de ses composantes étatiques »[2120]. Autrement dit, ces intérêts protégés résistent dès lors qu'ils sont décorrélés des seules individualités étatiques[2121], et le contrôle frontalier est ainsi astreint à une obligation intégrale lorsqu'il ne protège pas le seul intérêt de l'emprise qui l'anime. Il l'est toujours pour

située « dans les intérêts généraux de l'humanité » par la S.A., 1905 (8 août), *Boutres de Mascate (France c. Royaume-Uni)*, *R.S.A.*, vol. XI, pp. 83-100, p. 93.

[2118] L'obligation de prévention en cause est établie *infra*, au paragraphe 612.

[2119] Ce sont les quatre grandes composantes de l'ordre public international protégé par le contrôle frontalier qui seront développées en fin de chapitre.

[2120] Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international... », *op. cit.*, p. 141. Dans les termes classiques de la C.I.J., 1951 (28 mai), *Réserves à la Convention…*, préc., p. 23, l'intérêt collectif s'oppose ici aux « intérêts propres » en tant qu' « intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être [du régime en question]. Il en résulte qu'on ne saurait parler d'avantages ou de désavantages individuels des États »

[2121] C'est ce qui ressort d'une lecture sous cet angle de Coulée (Fr.), *Droit des traités et non-réciprocité*, *op. cit.*, pp. 198-248 où l'obligation intégrale est identifiée par la protection d'un intérêt commun, au sens où il ne concerne pas les seuls États mais bénéficie aux particuliers ou à une communauté « soudée autour de préoccupations qui dépassent la juxtaposition d'intérêts particuliers » (p. 200).

les obligations *erga omnes* non conventionnelles, dues à « la communauté internationale dans son ensemble » et reposant ainsi sur des intérêts liés à l'existence de cette communauté qui perdurent par conséquent avec elle[2122]. Il ne l'est que parfois lorsque l'obligation est *erga omnes partes*, selon l'intérêt protégé par le régime conventionnel.

575. C'est avec ces critères en tête et les quelques exemples déjà mentionnés qu'il faut désormais s'atteler à déterminer la nature collective de l'intérêt protégé par le contrôle frontalier dans la vie internationale. La matière *erga omnes* d'un ordre public international apparaîtra ainsi en dégageant les objets susceptibles de contraindre le contrôle dans la relation multilatérale.

b) La détermination de la nature de l'intérêt protégé dans la vie internationale

576. Connue de longue date[2123], l'interdépendance de groupes à l'échelle internationale eu égard à un intérêt trouve un carburant unique dans la mondialisation, qui fait toute la difficulté contemporaine du contrôle frontalier mais l'imprime ainsi et tout autant d'une certaine communauté de fait où tous les États sont liés[2124]. En effet, l'espace mondialisé se caractérise par une forte interconnexion de ses acteurs et donc par leur grande vulnérabilité, d'autant plus qu'il sert aussi à l'alimentation de menaces qui y trouvent de multiples ramifications pour leur prospérité[2125]. Le tout est senti par les États, qui produisent du droit en réponse[2126], et notamment de la réglementation du contrôle frontalier poursuivant la sécurité et le bien-être de la communauté internationale.

577. S'agissant de la sécurité, le titre d'un rapport onusien, « Un monde plus sûr : notre affaire à tous »[2127], exprime assez l'état d'interdépendance où se situe la communauté internationale. C'est évidemment le cas pour des menaces de telle nature que leur ampleur ne peut être qu'universelle : c'est « [c]onsidérant les dévastations qu'une guerre nucléaire ferait subir *à l'humanité entière* et la *nécessité qui en résulte* de ne ménager aucun effort pour écarter

---

[2122] D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *op. cit.*, p. 87.
[2123] V. par ex. Wolfrum (R.), « Identifying community interests in international law. Common spaces and beyond », *op. cit.*, p. 19, qui évoque la piraterie.
[2124] Parmi les multiples affirmations de l'interconnexion, en faveur du multilatéralisme et récusant la possibilité même d'un repli obtus, v. le Pacte pour l'avenir adopté le 22 septembre 2024 par l'Assemblée générale des Nations Unies (doc. N.U. A/RES/79/1, spéc. préambule, § 5 pour le constat général).
[2125] Nous renvoyons ici aux données posées dans l'introduction, I) A) 2).
[2126] Le sentiment d'interdépendance voire une « conscience mondiale » sont bien soulignés par la doctrine (v. Benvenisti (E.) et Nolte (G.), « Introduction », *in* Benvenisti (E.) et Nolte (G.) (dir.), *Community interests across international law*, *op. cit.*, pp. 3-16, p. 4, et, pour la seconde formule, Simma (Br.), « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *op. cit.*, p. 234).
[2127] Doc. N.U., A/59/565, 2 décembre 2004, « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement.

le risque d'une telle guerre et de prendre des mesures en vue de sauvegarder *la sécurité des peuples* »[2128] que les États s'obligent à contrôler les flux visés par le Traité de non-prolifération des armes nucléaires. De même en prohibant les armes biologiques ou chimiques, les États entendent « assainir en général l'atmosphère internationale »[2129] et estiment ainsi agir « dans l'intérêt de l'humanité tout entière »[2130] avant d'ajouter que « la conscience de l'humanité » réprouve l'emploi de telles méthodes militaires[2131]. Mais cela est aussi le cas pour les menaces à première vue localisées qui ont tôt fait d'infiltrer les voies de l'interdépendance mondiale : les conflits armés locaux peuvent chambouler le monde entier[2132], le « monde dans son ensemble » est concerné par le trafic illicite d'armes à feu[2133], le terrorisme est mondialisé[2134] et ses acteurs « ont construit, entre les États d'origine, de transit et de destination, des réseaux internationaux leur permettant de faire circuler des combattants de toutes nationalités et les ressources dont ils ont besoin »[2135]. Enfin, le trafic de stupéfiants lui aussi « relève de la responsabilité collective de tous les États et (…) une action coordonnée dans le cadre de la coopération internationale est nécessaire à cette fin »[2136] de même que le trafic d'êtres humains et celui de biens culturels qui nécessitent une « approche globale et internationale »[2137]. Autant

---

[2128] Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, préc., préambule, al. 1 (nous soulignons). Dans le même sens, le plus récent Traité sur l'interdiction des armes nucléaires (2017) souligne que « les effets catastrophiques des armes nucléaires (…) transcendent les frontières nationales, ont des répercussions profondes sur la survie de l'humanité, l'environnement, le développement socioéconomique, l'économie mondiale, la sécurité alimentaire et la santé des générations actuelles et futures » (préc., préambule, al. 4).

[2129] Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, préc., préambule, al. 5.

[2130] *Ibid.*, préambule, al. 9 ; Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, préc., préambule, al. 6.

[2131] Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, préc., préambule, al. 10.

[2132] Simma (Br.), « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *op. cit.*, pp. 236-237.

[2133] Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, préc., préambule, al. 1.

[2134] Fernandez (J.), *Relations internationales*, Paris, Dalloz, 4e éd., 2023, xiv-809 p., pp. 612-613.

[2135] Doc. N.U., S/RES/2178 (2014), préambule, al. 11 ; dans le même esprit, v. le constat de l' « afflux ininterrompu de recrues venant du monde entier dans les rangs de l'EIIL, d'Al-Qaida et des groupes qui leur sont associés » (doc. N.U. S/RES/2322 (2016), préambule, al. 9).

[2136] Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, préc., préambule, al. 10.

[2137] Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, préc., préambule, al. 1 ; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, préc., préambule, al. 1 ; Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, préc., préambule, al. 8.

de risques pour une sécurité internationale interdépendante, liant les contrôles frontaliers jusque dans le cyberespace[2138].

578. La même interdépendance frappe ensuite les domaines qui relèvent du « bien-être » de la communauté internationale. C'est d'abord le cas des droits de l'homme et du droit humanitaire, dont l'interdépendance réside dans l'universalité de la valeur intrinsèque à l'être humain[2139] et justifie que le contrôle frontalier soit obligé à leur protection *erga omnes*. Ainsi aussi de la protection de la culture[2140], prise comme le tout mondial et divers de la « civilisation humaine » à laquelle tous participent[2141] et dont l'appauvrissement par le trafic transfrontalier frappe ainsi l'humanité dans son ensemble. C'est encore le cas de la santé, où la pandémie incarne cette interdépendance en désignant la « propagation *internationale* naturelle d'une maladie infectieuse d'origine humaine ou animale, susceptible de donner lieu à une

---

[2138] Sur l'interdépendance dans la menace cyber, v. les débats au Conseil de sécurité sur la saisie de la cybersécurité (doc. N.U., S/PV.9662 (20 juin 2024) et S/PV.9779 (8 novembre 2024) ; Wu (X.), « Chinese practice in public international law : 2017 », *C.J.I.L.*, vol. 17 (2018), p. 1054 (« Cyberspace is a new frontier for strategic security. A peaceful and prosperous cyberspace serves common interests of the whole international community », et la Chine appelle à la coopération pour la sécurité mondiale en conséquence car « Interests bind up all countries in cyberspace and put them in the same boat, hence to maintain the peaceful nature of cyberspace is crucial », « [n]o country can stay immune from threats and problems in cyberspace, and there is no such thing as absolute security ») ; Doc. N.U., A/CONF.234/L.6, Quatorzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale, Kyoto, 7-12 mars 2021, Projet de déclaration de Kyoto visant à faire progresser la prévention de la criminalité, la justice pénale et l'état de droit : vers la réalisation du Programme de développement durable à l'horizon 2030, § 2, les États se disent « profondément préoccupés par le fait que la criminalité est de plus en plus transnationale, organisée et complexe, et que les criminels exploitent de plus en plus les technologies nouvelles (…) pour mener leurs activités illicites (…). »

[2139] C'était le propos ci-dessus, au paragraphe 573.

[2140] Il convient de laisser la question de la définition de la « culture » et du patrimoine culturel, en renvoyant sur la définition extensive de ce dernier à Vrdoljak (A. F.) et Francioni (Fr.), « Introduction », *in* Vrdoljak (A. F.) et Francioni (Fr.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, lxxi-1012 p., pp. 1-10, pp. 2-5, not. p. 4 où le glissement de « bien » à « patrimoine » culturels en droit international et sa tension conceptuelle sont soulignés (sur celle-ci, v. aussi Uerpmann-Wittzack (R.), « Introduction: Cultural Heritage Law and the Quest for Human Identities », *in* Lagrange (E.), Oeter (St.) et Uerpmann-Witzack (R.) (dir.), *Cultural heritage and international law : objects, means and ends of international protection*, Cham, Springer, 2018, ix-292 p., pp. 1-11, pp. 4-6), et, surtout et de façon beaucoup plus ample, à l'étude de Bories (Cl.), *Le patrimoine culturel en droit international. Les compétences des États à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, Paris, Pedone, 2011, 556 p., pp. 33-60.

[2141] Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, préc., préambule, al. 3 ; *S.T.E.*, n° 221, Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels, préambule, al. 4 (les infractions conduisent « à la destruction du patrimoine culturel mondial ») ; *R.T.N.U.*, vol. 1037, I-15511, Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (dans un régime certes sélectif mais exprimant bien l'idée d'universalité), préambule, al. 2 (l'atteinte au patrimoine mondial appauvrit le « patrimoine de tous les peuples du monde ») et 5 (« importance que présente, pour tous les peuples du monde, la sauvegarde de ces biens uniques et irremplaçables à quelque peuple qu'ils appartiennent). En doctrine, v. le beau développement de Bories (Cl.), *Le patrimoine culturel en droit international…*, *op. cit.*, pp. 52-53, sur l'humanité du patrimoine culturel, « lié à l'Homme, entité abstraite et générale : l'Humanité entière, entité permanente, est rattachée aux éléments du patrimoine culturel et constitue son contexte humain le plus large » (le propos plus large étant que c'est le « rattachement humain » qui informe l'objet juridique « culturel »).

transmission interhumaine » à travers les frontières[2142]. Si les maladies infectieuses ont toujours existé, leur transmission est accélérée par la mondialisation où « la durée du plus long voyage aérien est plus courte que la période d'incubation de n'importe quelle maladie »[2143], et ainsi l'Assemblée mondiale de la santé prend acte « de la mondialisation du commerce et des mouvements de personnes, d'animaux, de biens et de produits alimentaires ainsi que de la rapidité avec laquelle ils s'effectuent »[2144], pour reconnaître que « de ce fait, toute recrudescence des cas de maladies infectieuses dans un pays donné peut faire courir un risque à la communauté internationale »[2145]. D'où le « souci » émis par le Règlement sanitaire international « de son application universelle en vue de protéger l'ensemble de la population mondiale de la propagation internationale des maladies »[2146], considération reprise par le récent Accord de l'OMS sur les pandémies[2147]. Une telle interdépendance concerne enfin la nature, dont la pollution est un phénomène interdépendant à l'image du milieu auquel elle porte atteinte[2148], qu'elle soit générée ou portée par les flux[2149], émise « à l'échelle mondiale »[2150] ou de façon plus localisée. C'est que ce milieu, « nature » ou « environnement », englobe de multiples éléments[2151], marin[2152], terrestre ou atmosphérique[2153], qui tous touchent « l'espace

---

[2142] Pooter (H. de), *Le droit international face aux pandémies…*, *op. cit.*, p. 16 (nous soulignons).
[2143] *Ibid.*, p. 2.
[2144] O.M.S., Cinquante-quatrième assemblée mondiale de la santé, 21 mai 2001, *Sécurité sanitaire mondiale : alerte et action en cas d'épidémie*, doc. O.M.S. WHA54.14, préambule, al. 3
[2145] *Ibid.*, préambule, al. 4.
[2146] O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 3 § 3.
[2147] Accord de l'OMS sur les pandémies, doc. O.M.S., préc., préambule, al. 6.
[2148] Beurier (J.-P.), *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 2017, 5e éd., 628 p., p. 20 ; Sands (Ph.) et Peel (J.), *Principles of international environmental law*, Cambridge, Cambridge University Press, 4th ed., 2018, lxviii-968 p., pp. 3-4.
[2149] V. par exemple la Convention de Minamata sur le mercure, Kunamoto, préc., préambule, al. 1 : « le mercure est une substance chimique préoccupante à l'échelle mondiale vu sa propagation atmosphérique à longue distance, sa persistance dans l'environnement (…), son potentiel de bioaccumulation dans les écosystèmes et ses effets néfastes importants sur la santé humaine et l'environnement » ; autre exemple, au regard des échanges internationaux, la question des eaux de ballast « présente un intérêt mondial » et donc « nécessite la prise de mesures fondées sur des règles applicables à l'échelle mondiale » (*R.T.N.U.*, vol. 3282, I-55544, Convention internationale de 2004 pour le contrôle et la gestion des eaux de ballast et sédiments des navires, préc., préambule, al. 8).
[2150] Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, préc., préambule, al. 3.
[2151] S.A., 2005 (24 mai), *Ligne du Rhin de Fer (« Ijzeren Rijn »)*, préc., § 58.
[2152] Le milieu marin est marqué par l'interdépendance (Déclaration de Washington sur la protection du milieu marin contre la pollution due aux activités terrestres, *B.D.M.*, vol. 31 (1996), pp. 82-86, préambule, al. 4), car les États y « partage[nt] divers écosystèmes et diverses ressources » (Convention sur la coopération pour la protection et le développement durable des zones marines et côtières du Pacifique du Nord-Est, préc., préambule, al. 8), de sorte que sa protection est « d'une importance capitale pour l'humanité » (Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, préc., préambule, al. 1), d'« une importance vitale pour toutes les nations » (Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, préc., préambule, al. 1).
[2153] L'atmosphère est « l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre » (C.D.I., « Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », préc., directive 1 *litt.* a)), « entité mondiale unique » (selon la formule des Pays-Bas qui salut la position de la C.D.I. (C.D.I., « 6e Rapport sur la protection de l'atmosphère », par Murase Shinya, Rapporteur spécial, *A.C.D.I.* 2021, vol. II (2), p. 7) qui contient des mouvements qui s'entremêlent en son sein (C.D.I.,

où vivent les êtres humains »[2154] et les lient ainsi indissolublement, dans cet ensemble total et omniprésent qu'est l'espace de la vie elle-même, faisant fi des cloisonnements idéels ou physiques, lignes ou infrastructures frontalières qui s'y superposent et peuvent morceler la Terre à d'autres égards. Ici, celle-ci est « foyer de l'humanité, [et] constitue un tout marqué par l'interdépendance »[2155]. Partant, cette « conception commune »[2156] qui est en même temps « préoccupation commune »[2157] fait que « [l]a finalité du droit international de l'environnement est (…) sans équivoque l'intérêt général de l'humanité et les États doivent coopérer pour servir cet intérêt. »[2158] Comment l'obligation en réponse pourrait-elle ne pas être *erga omnes* dans ce cadre[2159] ?

579. Le caractère *erga omnes* de l'obligation de contrôle frontalier a ainsi été identifié à grands traits, permettant de cerner les obligations susceptibles de bâtir un ordre public international par le maillage des frontières. Avant de passer à l'étude de la consistance de cet ordre, il faut enfin dire ici en quoi cette forme d'obligation est apte à déterminer le contrôle frontalier dans le sens d'une telle protection.

« Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », préc., p. 15 : « Les mouvements atmosphériques participent d'un schéma dynamique et fluctuant. Les mouvements transfrontières longue distance de substances polluantes et de substances de dégradation sont considérés comme l'un des principaux problèmes de l'environnement atmosphérique actuel ». Dans le même sens, l'atmosphère « est un milieu en mouvement constant à travers lequel les substances polluantes et de dégradation sont "transportées et propagées" » (p. 22, § 4)).

[2154] C.I.J., 1996 (8 juil.), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, préc., p. 241, § 29.

[2155] *Déclaration de Rio de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Rio, 14 juin 1992, doc. N.U. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), préambule, al. 5.

[2156] *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 16 juin 1972, doc. N.U., A/CONF.48/14/Rev.1, préambule, al. 1.

[2157] Convention sur la diversité biologique, préc., préambule, al. 3, « préoccupation commune à l'humanité » ; ou préoccupation « de l'humanité tout entière » (C.D.I., « Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », préc., préambule, al. 3 ; Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique, préc., préambule, al. 1) ou encore « à l'échelle mondiale » (Convention de Minamata sur le mercure, préc., préambule, al. 1).

[2158] Beurier (J.-P.), *Droit international de l'environnement*, *op. cit.*, p. 30. Quelques lignes plus haut, à la page 27, il souligne que les considérations non-juridiques sur l'environnement et sa protection mènent au constat que « la protection de la biosphère est l'intérêt commun de l'humanité, et cette constatation a des conséquences extrêmement importantes pour le droit international dans son ensemble ». Sur la nature comme intérêt collectif, v. encore Gervasi (M.), *Prevention of Environmental Harm under General International Law. An Alternative Reconstruction*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, xviii-430 p., pp. 99-121.

[2159] Ainsi, s'agissant de l'obligation de protéger l'atmosphère, entendue comme « l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre » faisant l'objet d'une « préoccupation de l'humanité tout entière », il est difficilement acceptable que sa formulation, *dans ce cadre*, soit « sans préjudice de savoir si l'obligation (…) est ou non une obligation *erga omnes* », comme le prétend la frilosité de la C.D.I., « Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », préc., p. 28 § 5, qui tranche avec la position du rapporteur spécial qui put y défendre avec à l'appui les positions de l'Allemagne et d'Antigua-et-Barbuda que « l'obligation de protéger l'atmosphère est une obligation *erga omnes*, ce qui devrait être mentionné, ne fut-ce [*sic*] que dans le commentaire » (C.D.I., « 6e Rapport sur la protection de l'atmosphère », préc., p. 20 § 51).

B. L'opérabilité du caractère erga omnes de l'obligation de contrôle frontalier en vue de son objet collectif

580. Le caractère *erga omnes* de l'obligation de contrôle frontalier ayant été identifié, comme découlant de l'intérêt collectif que la communauté internationale a à la protection de l'ordre public international dans des matières données, pour lesquelles elle court un risque interdépendant, il s'agit désormais d'en évaluer l'opérabilité pour saisir le contrôle frontalier au service d'un tel ordre. Comment la détermination du contrôle frontalier par une obligation *erga omnes* fait-elle de lui un outil de maîtrise des objets menaçant l'intérêt commun ? D'abord en rendant l'obligation opposable à raison d'un lien multilatéral dont toutes les parties peuvent ainsi exiger l'effort de contrôle frontalier (1). Ensuite en faisant que, selon sa logique propre, la décision de contrôle frontalier quant à l'objet à maîtriser est déterminée par l'ensemble du groupe (2).

1. L'opposabilité de l'obligation de contrôle frontalier à raison d'un lien multilatéral

581. En vue de la protection d'un ordre public international, le premier aspect de l'opérabilité du caractère *erga omnes* de l'obligation de contrôle est de rendre celui-ci responsable en le plaçant dans une relation multilatérale « à l'égard de tous ». Encore faut-il préciser ce « tous » car il a jusqu'à présent désigné un groupe à la composition indéfinie, simplement formé par l'interdépendance qui le lie à l'égard d'un intérêt collectif dont la protection est assignée au contrôle frontalier. Or celui-ci protège un intérêt collectif, d'accord, et cet intérêt bénéficie à un groupe, possiblement la communauté internationale dans son ensemble, mais envers qui le contrôle doit-il répondre de cette protection en droit, qui peut lui opposer l'obligation afin de l'enjoindre à s'exécuter et exiger réparation le cas échéant ? « [I]l n'y a de responsabilité qu'à l'égard de quelqu'un »[2160] et il faut l'identifier, de sorte que la relation large et indéterminée des bénéficiaires du groupe doit ici faire place à la relation juridique entre ses membres constitutifs au niveau de l'engagement.

582. En effet il est possible que tous les « bénéficiaires » agrégés à l'intérêt n'aient pas un droit consacré au respect de l'obligation de contrôle[2161], par exemple les populations frappées par le trafic de stupéfiants qui passent librement à travers une frontière lointaine, qu'ils n'existent pas à un état juridiquement opératoire à l'instar de la couche d'ozone que la captation à la frontière des substances qui l'appauvrissent entend préserver, voire qu'ils n'existent pas

[2160] Crawford (J.), « Troisième rapport sur la responsabilité des États », *A.C.D.I.*, 2000, vol. II (1), pp. 3-121, p. 31, § 84.
[2161] Besson (S.), « La *due diligence* en droit international », *op. cit.*, p. 235-236.

même dans le temps présent à l'instar des générations futures que protège le contrôle frontalier bloquant les flux polluants[2162]. Des bénéficiaires de l'intérêt protégé peuvent donc être frappés par le flux sans que cette atteinte soit juridiquement visible, ce qui *a priori* libère quelque peu le contrôle frontalier car il n'est pas responsable envers tous ceux qu'il affecte. C'est là toutefois que l'obligation *erga omnes* révèle son opérabilité pour saisir le contrôle au profit de l'intérêt collectif, en ce qu'elle permet à tout sujet de droit partie au régime, qui en tant que tel est apte à l'action juridique, de lui opposer la contrainte qui le lie dès que l'intérêt collectif est affecté. Cela, même si le sujet n'est pas *particulièrement* lésé par le flux voire également si aucun sujet ne l'est, auquel cas l'obligation pourra être dite « purement solidaire »[2163] et incarnera pleinement l'idée de protection d'un intérêt qui dépasse les seules souverainetés. C'est là la caractéristique de l'obligation *erga omnes*, permettre à « tous » ceux parties au régime protecteur d'opposer sa violation au débiteur, car tous sont créancier de son respect. Le mécanisme de l'activation de la protection par le possible engagement de la responsabilité répond ainsi à la logique collective de l'intérêt qu'il s'agit de protéger. Pris dans un lien multilatéral, le contrôle frontalier n'est pas uniquement responsable envers le tiers singularisé par le flux qui l'a atteint, par exemple l'arrivée de mercenaires sur *son* territoire. Au contraire, l'intérêt, étant collectif, multilatéralise la créance de son respect car toute lésion à lui portée électrise le régime pour l'entièreté des parties en vertu de la collectivité qui les soude et ignore leurs particularités[2164]. Toutes les parties au régime protecteur de l'intérêt collectif sont lésées en conséquence de cette soudure intérêt-groupe-membres[2165], de sorte que dans l'exemple pris

---

[2162] C.I.J., 1996 (8 juil.), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, préc., p. 242, § 29 ; Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, préc., préambule, al. 3

[2163] L'expression est de Crawford (J.), « Troisième rapport sur la responsabilité des États », à la C.D.I., préc., p. 38, § 108).

[2164] C.I.J., 2022 (22 juil.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 516, § 108 : la responsabilité à l'égard d'un manquement à une obligation *erga omnes (partes)* peut être invoquée « qu'un intérêt particulier puisse, ou non, être établi. »

[2165] V. la formulation par la C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., art. 48 § 1 (en dépit de la maladresse du qualificatif « non lésé ») : « (…) tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si : a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble », et sa mobilisation par le T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, préc., p. 59, § 180. La formulation de la C.D.I. est toutefois malheureuse en ce qu'elle désigne un « État non lésé » alors que tous le sont par définition, comme l'a soulevé le Pr Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international… », *op. cit.*, pp. 383-384, qui insiste sur le préjudice juridique subi du seul fait de la participation au régime *erga omnes*, comme membre de sa communauté. Il faut souligner ici l'intérêt majeur du « préjudice juridique » pour l'étude de ce régime, catalyseur de l'unification de l'« État lésé » (Stern (Br.), « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *A.F.D.I.*, vol. 47 (2001), pp. 3-44, spéc. pp. 29-31). V. encore sur l'intérêt à agir qui caractérise le régime de l'obligation *erga omnes (partes)*, C.I.J., 2022 (22 juil.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., pp. 515-516, §§ 107-108.

à l'instant, ce n'est pas tant le territoire et l'intérêt d'un tel qui ont été atteint par l'entrée de mercenaires, mais ce sont aussi et ici surtout un espace de la communauté internationale et l'intérêt commun de la paix et de la sécurité internationales qui sont frappés par la circulation d'individus belligènes. Ainsi les deux territoires sont saisis en tant qu'espace de réalisation de l'intérêt international : l'un en ce qu'il a failli à prévenir la circulation d'un flux néfaste pour tous, l'autre en ce qu'il accueille un intérêt frappé et commun à tous. Ainsi responsable à l'égard de tous, le contrôle frontalier est en définitive déterminé par rapport à un ensemble doublement renforcé par le mécanisme de l'obligation *erga omnes* : les parties de l'ensemble trouvent une amplification de leur action en ce qu'elle s'inscrit, précisément, dans cet ensemble, et celui-ci y prend corps en retour au niveau du fonctionnement du droit. Là où la « communauté internationale dans son ensemble » est évanescente à cet état total et peine à saisir le contrôle frontalier en elle-même, c'est à elle que sont dues les obligations *erga omnes* coutumières[2166], et à d'autres communautés réduites que le sont les obligations *erga omnes partes* de contrôle, et la communauté trouve ainsi une assise organique dans les sujets de droit qui la constituent[2167]. La saisie du contrôle est ainsi rendue opératoire pour protéger un ordre *public*, l'obligation multilatéralisant la frontière et ce qu'il s'y passe, de sorte que la surface territoriale de réalisation de l'activité concernée figure comme espace international du régime établi, scruté par le groupe et lui étant attaché par ses liens. C'est là l'œuvre de la forme *erga omnes* de l'obligation et plus profondément de la logique collective de l'intérêt qu'elle protège, qui trouvent enfin une seconde conséquence protectrice de l'ordre public dans les modalités prises par l'obligation s'agissant de la décision de contrôle frontalier.

2. La détermination de la décision de contrôle frontalier par l'ensemble du groupe

583. L'obligation *erga omnes* répond à un intérêt collectif, rend le contrôle frontalier responsable à l'égard de tous les membres du régime nonobstant leur lésion particulière, et cela se répercute enfin sur la détermination de la décision de contrôle frontalier : comment savoir si le contrôle doit contrôler tel objet, en tant que susceptible de porter atteinte à l'intérêt protégé ? Là où dans la logique purement bilatérale du respect mutuel des souverainetés la décision de contrôle frontalier était uniquement déterminée par l'appréciation de l'État tiers qu'il s'agissait de protéger, lui seul pouvant fixer ce qui ou non porte atteinte à ses intérêts en tant que souverain, la logique ici est tout autre, collective, ce qui suppose que ce soit l'ensemble du

[2166] Verhoeven (J.), « Considérations sur ce qui est commun… », *op. cit.*, p. 240.
[2167] Not. souligné par Stern (Br.), « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ?... », *op. cit.*, pp. 13-16 (idée) et 29-30 (apport conceptuel du « préjudice juridique ») qui perçoit bien la porosité entre défenses de la légalité objective et du particulier subjectif à cet égard.

groupe lié à l'intérêt qui détermine la décision de contrôle frontalier. Ainsi s'agissant du transfert de déchets dangereux, parallèlement au recueil du consentement de l'État de destination, protection de son intérêt particulier qui relève de sa décision unilatérale, l'État d'origine doit encore interdire l'exportation au vu de sa destination s'il a « des raisons de croire que les déchets en question n'y seront pas gérés selon des méthodes écologiquement rationnelles », ce qui « dé-bilatéralise » la relation en y logeant un critère multilatéral informé par l'intérêt collectif de la protection de la nature[2168]. À la protection de l'ordre *public* répond la définition commune de l'objet à contrôler. À côté de la qualification du flux par un organe international qui trouve toute sa résonnance ici mais a déjà été établie au niveau de l'opération du contrôle frontalier[2169], celui-ci est enjoint à saisir tel ou tel objet à raison précisément de l'objet du flux (a), ou à raison de son itinéraire (b), selon l'intérêt collectif tel que défini par le groupe.

a) La détermination collective du contrôle frontalier à raison de l'objet du flux

584. L'obligation de saisir tel flux est remarquablement alignée avec la logique collective lorsque le droit international fixe l'illicéité *intrinsèque* de l'objet du contrôle une fois qu'il est juridiquement qualifié : l'être humain *en tant que* terroriste, l'objet *en tant qu'*arme de

---

[2168] Le régime est bien ancré en droit positif : Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, préc., art. 4 §§ 2 *litt.* e) (et *litt.* g) pour les importations) et 8, et l'amendement adopté en 1995 (entré en vigueur en 2019) par lequel les États parties, « [c]onscients que les mouvements transfrontières de déchets dangereux, notamment vers les pays en développement, risquent fort d'être incompatibles avec une gestion écologiquement rationnelle de ces déchets », conviennent d'interdire tous les mouvements transfrontières de déchets dangereux à destination d'États qui ne sont pas membres de l'O.C.D.E., de l'Union européenne, ou le Liechtenstein (*R.T.N.U.*, vol. 3347, A-28911, selon l'alinéa 7 *bis* inséré dans le préambule et le nouvel article 4 A)) ; Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, préc., art. 4 § 3 *litt.* i) et j) ; Protocole sur le contrôle des mouvements marins transfrontières et l'élimination de déchets dangereux et autres déchets, préc., art. 7 *litt.* b) ; Convention en vue d'interdire l'importation de déchets dangereux et radioactifs dans les pays insulaires du Forum…, préc., art. 6 al. 3 *litt.* d) (exigence de la confirmation écrite par l'État importateur de l'existence d'un contrat entre l'exportateur et l'éliminateur spécifiant une gestion écologiquement rationnelle). Dans le même sens mais pour des substances chimiques plus que pour des déchets, Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, préc., art. 3 § 2 *litt*. a) i) et b) i) ; Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs, préc., art. 27 § 1 iv) ; O.C.D.E., Décision-recommandation du Conseil sur les exportations de déchets dangereux à partir de la zone de l'OCDE, préc., § I iv) ; A.I.E.A., Code de bonne pratique sur le mouvement transfrontière international de déchets radioactifs, doc. A.I.E.A., INFCIRC/386, 3 nov. 1990, reproduit en anglais *in I.L.M.*, vol. XXX-2 (1991), pp. 560-564, partie III § 7 ; Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs, préc., art 27 § 1 iii) : « Une Partie contractante qui est un État de destination ne consent à un mouvement transfrontière que si elle dispose des moyens administratifs et techniques et de la structure réglementaire nécessaires pour gérer le combustible usé ou les déchets radioactifs d'une manière qui soit conforme à la présente Convention », ce qui inclut les dispositions de sûreté de la gestion du combustible usé (chapitre 2, arts. 4-10), de sûreté de la gestion des déchets radioactifs (chapitre 3, arts. 11-17), et les dispositions générales de sûreté (chapitre 4, arts. 18-26) ; et dans le même sens mais pour des substances chimiques plus que pour des déchets, Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, art. 3 § 2 *litt*. a) i) et b) i).

[2169] Chapitre 2 du précédent titre, Section 2 § 1.

destruction massive, etc. Si une telle illicéité intrinsèque n'est pas une conséquence nécessaire de la logique collective *erga omnes*, elle lui est en revanche nécessairement liée car elle ne peut être adoptée que lorsque les seules perceptions bilatérales sont dépassées au profit du commun. L'ordre public se traduit alors par une commune expulsion du flux hors du commerce juridique international[2170], ce qui place l'objet du contrôle « *off limits* »[2171] pour tous : il doit être arrêté peu importe où il se dirige, et les territoires s'unissent en un espace commun d'exclusion de ce flux qui est prohibé en lui-même et doit être contrôlé pour lui-même. C'est notamment le cas du combattant terroriste, qui lèse la sécurité internationale par sa seule existence[2172], de l'esclave dont le commerce sape la dignité humaine par sa marchandisation[2173], mais aussi d'objets comme les armes de destruction massives, c'est-à-dire nucléaires[2174], chimiques[2175] et biologiques[2176], d'autres armes jugées intrinsèquement nocives à la paix et à l'humanité comme les mines[2177] ou armes à sous-munition[2178], ou encore de produits nocifs comme ceux contenant du mercure ajouté[2179]. Tous ces objets du contrôle sont bannis en eux-mêmes car intrinsèquement dangereux pour toutes les parties au régime, aucune d'elle ne peut ouvrir sa frontière sans favoriser le danger qu'ils présentent nécessairement et ainsi léser l'intérêt collectif.

585. Dans la plupart des cas cependant, l'objet est intrinsèquement neutre dans la mesure où il est saisi par le droit international comme « ne devant pas être en circulation *si*… », au regard d'une dangerosité seulement potentielle et de sa fonctionnalité acceptée pour d'autres intérêts.

[2170] Cette idée d'« extracommercialité internationale » provient de la thèse de Jourdain-Fortier (Cl.), *Santé et commerce international*, *op. cit*., spéc. p. 114.
[2171] Nash Leich (M.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 90 (1996), p. 86 (à propos des armes de destruction massive).
[2172] Dans le sens où l'individu est recherché et arrêté en tant que terroriste nonobstant le motif précis de son voyage qui peut être étranger au terrorisme ; il est donc recherché et arrêté pour lui-même, une fois marqué de cette qualification persistante. La détermination du contrôle frontalier à l'égard de la lutte contre le terrorisme est posée *infra*, au paragraphe 608.
[2173] Parmi de nombreux instruments, la prohibition étant par ailleurs enracinée dans le droit coutumier, v. l'art. 8 § 1 du Pacte international sur les droits civils et politiques : « Nul ne sera tenu en esclavage ; l'esclavage et la traite des esclaves, sous toutes leurs formes, sont interdits ». La détermination du contrôle frontalier à l'égard de la lutte contre le trafic d'êtres humains est posée *infra*, au paragraphe 612.
[2174] Prohibition du transfert (exportation) d'armes ou dispositifs explosifs nucléaires (Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, préc., art. I) et de son importation (*ibid.*, art. II), ce qui semble inclure le matériel à destination militaire comme la technologie capable de produire de l'uranium enrichi à grande échelle (Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, préc., § 7 *litt.* b) 1)).
[2175] Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, préc., arts. I § 1 *litt.* a) et d) et II § 1.
[2176] Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, préc., arts. III et IV.
[2177] Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, préc., art. 1 § 1 *litt.* b).
[2178] *R.T.N.U.*, vol. 2688, I-47713, Convention sur les armes à sous-munition, art. 1 § 1.
[2179] Convention de Minamata sur le mercure, préc., art. 4 § 1.

Ainsi les flux d'armes conventionnelles sont-ils autorisés de manière générale malgré leur destructivité inhérente, ne serait-ce que parce qu'ils protègent le droit de chaque État à la légitime défense, tous n'étant pas en mesure de produire (uniquement) leur propre armement[2180]. De même tout État a-t-il le droit de développer son secteur nucléaire à des fins pacifiques[2181]. Ce report du critère de licéité au contexte de l'objet est bien traduit par la notion de technologies et équipements à « double usage » en matière de non-prolifération[2182]. Dans tous ces cas où l'objet est intrinsèquement indéterminé et où le contrôle est *a priori* incertain quant à l'obligation de le saisir, il convient d'étudier l'itinéraire du flux.

b) La détermination collective du contrôle frontalier à raison de l'itinéraire du flux

586. Le contrôle frontalier est affaire d'objets qui circulent, de sorte que si la qualité de l'objet en elle-même ne permet pas de déterminer la décision du contrôle, c'est son itinéraire qui conférera à l'objet un sens, au vu de la possible atteinte qu'il est appelé à porter à l'intérêt protégé. Cet intérêt étant collectif, l'itinéraire est là aussi perçu par le groupe dans la mesure où ce n'est pas l'appréciation de l'État possiblement concerné qui importe mais la situation objective où l'objet s'inscrira une fois franchi le contrôle frontalier.

587. L'élément principal est à cet égard celui de la destination du flux, ce qui inclut son point d'arrivée mais aussi l'utilisation qui en est prévue, ce à quoi il est destiné. Cela est très bien illustré par le régime de l'embargo, qui s'inscrit à raison d'*une* destination : au vu de la situation dans un territoire donné, le Conseil de sécurité décide de l'isoler et les flux seront ainsi marqués d'illicéité lorsqu'ils lui sont destinés[2183]. Et au-delà de ce régime sporadique, en tant qu'intérêt collectif, la paix et la sécurité internationales doivent constamment être prises en compte par le

---

[2180] Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 2002 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 13, n° 4 (2003), pp. 480-481 (réponse du Conseil fédéral à des députés souhaitant promouvoir l'interdiction générale des livraisons internationales d'armes) ; Siekmann (R.C.R.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 1986-1987 », *N.Y.I.L.*, vol. 19 (1988), p. 390 (licence d'exportation pour des navires chasseurs de mine au Koweït motivée par l'art. 51 de la Charte des Nations Unies) ; Tange (P.C.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 1999-2000 », *N.Y.I.L.*, vol. 32 (2001), pp. 197-198 ; Tange (P.C.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 2006-2007 », *N.Y.I.L.*, vol. 39 (2008), p. 319 ; Réponse du ministre français de la Défense à une question écrite de M. Besson, *reproduite in A.F.D.I.*, t. 21 (1975), pp. 1051-1052.

[2181] Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, préc., art. IV § 1.

[2182] L'Arrangement de Wassenaar, déjà cité note 1800, est tout entier porté sur ce type d'objets ; v. aussi l'œuvre du Nuclear Suppliers Group, *Directives applicables aux transferts d'équipements, de matières et de logiciels à double usage dans le domaine nucléaire, ainsi que de technologies connexes*, préc..

[2183] Dans une pratique abondante, v. ainsi frappée d'illicéité l'exportation de « tous produits de base et de toutes marchandises (doc. N.U., S/RES/661 (1990), § 3 *litt.* c) (Irak)), d'armes et matériel connexe (S/RES/2219 (2015), § 1 (Côte d'Ivoire), S/RES/733 (1992), § 5 (Somalie)), d'argent (pour une entité sise sur le territoire visé ; S/RES/661 (1990), § 4 (Irak), S/RES/1572 (2004), § 11 (Côte d'Ivoire), S/RES/1596 (2005), § 15 (R.D.C.), et pour une traduction pratique par ex. le régime britannique de gel des avoirs, Hartmann (J.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2010 », *B.Y.I.L.*, vol. 81 (2010), pp. 712-725).

contrôle qui a ainsi ce vis-à-vis permanent lorsqu'il considère les flux se présentant à lui, que ce soit pour octroyer des licences d'exportation d'armes pouvant alimenter l'agressivité[2184] et notamment servir une utilisation terroriste[2185], ou pour la non-prolifération dont le régime cherche toutes les garanties possibles quant à la destination du flux. En effet l'autorisation d'exportation de matière nucléaire et/ou de technologie liée est soumise à la participation et au respect de l'État importateur du Traité sur la non-prolifération[2186], à des engagements

[2184] Traité sur le commerce des armes, préc., art. 7 § 1 *litt.* a), qui se réfère à la « paix et à la sécurité », omettant « l'internationalité » de cet intérêt ce qui selon la doctrine élargit le champ de la notion (Casey-Maslen (St.) et Clapham (A.), « Article 7. Export and Export Assessment » *in* Casey-Maslen (St.) *et al.*, *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, *op. cit.*, pp. 244-285, p. 254). Toutefois, le traité doit être interprété dans son contexte, en l'occurrence un ordre international dont la sécurité collective est l'une des caractéristiques majeures, ce qui s'accorderait mal avec une lecture qui permettrait l'envoi d'armes à un État responsable d'une agression ou d'exactions sur sa population pour sa *seule* paix et sécurité. La pratique étatique est par ailleurs abondante : Hu (Q.), « Chinese practice in international law : 2002 », *C.J.I.L.*, vol. 2 (2003), p. 674 ; Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2007(I) », *C.J.I.L.*, vol. 7 (2008), p. 490 (à propos du contrôle sur les exportations d'armes chinoises, « China is fully aware of its responsibility in upholding international and regional peace and security ») ; Zhu (L.), « Chinese practice in international law : 2013 », *C.J.I.L.*, vol. 13 (2014), p. 436 ; Wu (X.), « Chinese practice in public international law : 2016 », *C.J.I.L.*, vol. 16 (2017), pp. 599-600 (expliquant que ses critères et son système sont bien plus exigeants que le régime du Traité sur le commerce des armes, ce pourquoi elle ne le ratifie pas) ; Chen (Ch.) *et al.*, « Contemporary practice and judicial decisions of the Republic of China relating to international law, 2006 », *C.T.Y.B.I.L.A.*, vol. 24 (2006), pp. 406-408 (argument pour que l'Union européenne maintienne son embargo sur les armes à destination de la Chine) ; Siekmann (R.C.R.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 1984-1985 », *N.Y.I.L.*, vol. 17 (1986), pp. 213-214 (évite de permettre l'exportation vers des États en « tension ») ; Kaikobad (K.), Hartmann (J.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2006 », *B.Y.I.L.*, vol. 77 (2006), p. 803 ; Oda (Sh.) et Owada (H.), « Annual review of Japanese practice in international law – 1976-77 », *J.A.I.L.*, vol. 28 (1985), pp. 174-175 ; Réponse du ministre français de la Défense à une question écrite de M. Jeambrun, reproduite *in A.F.D.I.*, t. 26 (1980), p. 886 (protection de la « détente internationale »).

[2185] Traité sur le commerce des armes, préc., art. 7 §§ 1 *litt.* b) iii) et 3 ; doc. N.U., S/RES/2776 (2025), §§ 18-19 ; v. aussi les garanties sur les objets nucléaires disposées dans les notes immédiatement ci-dessous, ainsi que la prohibition de tout flux à vocation terroriste posée *infra*, au paragraphe 608.

[2186] Ce qui découle d'abord de l'obligation des États dotés d'armes nucléaires de « n'aider, n'encourager ni inciter d'aucune façon un État non doté d'armes nucléaires, quel qu'il soit, à fabriquer ou acquérir de quelque autre manière des armes nucléaires ou autres dispositifs nucléaires explosifs » (Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, préc., art. I) ; dans la pratique, v. « Australian Practice in International Law 1978-1980 », *A.Y.I.L.*, vol. 8 (1983), p. 347 ; The Netherlands, Trade and Industry Appeals Tribunal, 1985 (17 mai), *Slebos Research BV v. Minister for Economic Affairs*, *I.L.R.* vol. 101, pp. 427-429 (avalise le refus d'octroi d'une licence motif pris que le Pakistan n'étant pas partie au traité sur la non-prolifération, l'exportation d'équipement nucléaire préjudicierait l'ordre international) ; Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, préc., § 6 *litt.* a) i) ; Nuclear Suppliers Group, *Directives applicables aux transferts d'équipements, de matières et de logiciels à double usage dans le domaine nucléaire, ainsi que de technologies connexes*, préc., § 4.

d'utilisation pacifique[2187], à l'existence de garanties de l'A.I.E.A. pour les États non dotés[2188] et à la conformité avec des accords de garanties applicables conclus avec l'A.I.E.A. pour les États dotés[2189], ou encore aux assurances de sûreté des équipements et matières sensibles et de leur contrôle, notamment pour éviter les risques de détournement terroriste et de retransfert dangereux[2190]. Une logique similaire se trouve encore dans le volet du bien-être protégé par l'ordre public, notamment pour la nature qui est protégée tant au niveau de l'utilisation à venir du flux – ainsi de l'exception autorisant la circulation d'objets pour l'utilisation scientifique en

[2187] Conformément à l'esprit même du régime de non-prolifération ; v. « Australian Practice in International Law 1978-1980 », *A.Y.I.L.*, vol. 8 (1983), p. 347 ; « Australian Practice in International Law 1981 to 1983 », *A.Y.I.L.*, vol. 10 (1987), p. 429 (conclusion d'accords avec le Canada, la France et la Suède) ; Brown (J.) (dir.), « Australian Practice in International Law 1988 and 1989 », *A.Y.I.L.*, vol. 12 (1992), p. 398 (onze accords d'assurance en vigueur pour l'exportation d'uranium) ; Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, préc., art. 4 *litt.* a) ; Warbrick (C.) (dir.), « United Kingdom materials on international law 2005 », *B.Y.I.L.*, vol. 76 (2005), p. 958 ; Accord sur les directives en matière de transferts de matériels et technologies relatifs aux missiles, préc., point 5 ; Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, préc., §§ 2 (disposition générale), 6 *litt.* a) iv) (matériel et matière sensibles) et 7 *litt.* a) (suggère l'exigence d'un engagement juridiquement contraignant de non utilisation du matériel d'enrichissement pour produire de l'uranium enrichi à plus de 20%).

[2188] Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, préc., art. III §§ 1 (obligation de l'État non-doté d'accepter le contrôle de l'A.I.E.A.) et 2 (transfert de matière ou équipement nucléaires à des fins pacifiques conditionné par leur soumission aux garanties requises) ; Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, préc., art. 4 *litt.* a) ; Hartmann (J.), Shah (S.) et Warbrick (C.), « United Kingdom materials on international law 2010 », *B.Y.I.L.*, vol. 81 (2010), p. 773 ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, préc., art. 9 *litt.* c). ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est, préc., art. 4 § 3 *litt.* a) ; Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale, préc., art. 8 *litt.* c) ; Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, préc., §§ 4 (sous réserve du *litt.* b) qui autorise le transfert en l'absence d'accord de garanties « dans des cas exceptionnels pour le fonctionnement sûr d'installations existantes ») et 6 (*litt.* a) ii), à propos des exportations sensibles) ; Nuclear Suppliers Group, *Directives applicables aux transferts d'équipements, de matières et de logiciels à double usage dans le domaine nucléaire, ainsi que de technologies connexes*, préc., § 4 *litt.* b).

[2189] Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, préc., art. 4 *litt.* a) ; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est, préc., art. 4 § 3 *litt.* b) ; Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, préc., § 6 *litt*. a) ii) (exportations sensibles).

[2190] Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, préc., § 6 *litt.* a) v) (protection physique adéquate des matières et matériels) et vi) (application des normes de sûreté de l'A.I.E.A.), et § 9 *litt.* d) (limite du transfert en cas de risque de retransfert dangereux du fait de l'absence de contrôle d'exportation conforme à la résolution 1540 du Conseil de sécurité) ; Nuclear Suppliers Group, *Directives applicables aux transferts d'équipements, de matières et de logiciels à double usage dans le domaine nucléaire, ainsi que de technologies connexes*, préc., § 4 *litt.* h) et i) (transfert déconseillé en cas de risque de détournement pour terrorisme ou de retransfert dangereux en l'absence de contrôle conforme à la résolution 1540 du Conseil de sécurité) ; *R.T.N.U.*, vol. 1456, I-24631, Convention sur la protection physique des matières nucléaires, art. 4 (obligation de n'autoriser l'exportation qu'avec des assurances de protection des matières nucléaires pendant le transport), convention dont l'amendement insère les préoccupations liées au terrorisme dans son préambule (*R.T.N.U.*, vol. 3132, A-24631, Amendement à la Convention sur la protection physique des matières nucléaires, al. 8-9) ; A.I.E.A., Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives, préc., §§ 23 et 25 ; A.I.E.A., Orientations pour l'importation et l'exportation de sources radioactives, préc., § 7 *litt.* b) et c) iii).

laboratoire[2191] ou pour les « besoins jugés essentiels »[2192] par les États, de la prohibition du départ pour immersion de déchets[2193], des autorisations soumises à des considérations scientifiques et environnementales[2194], ou encore de l'utilisation internationalement licite[2195] ou du stockage écologiquement rationnel[2196] de la substance visée – que de sa destination elle-même, si l'État de destination est considéré par le groupe comme respectant les garanties de sa protection[2197] et étant apte à ce faire[2198].

588. Quant à l'autre bout de l'itinéraire du flux, lorsque l'État territorial le saisit à l'arrivée et non au départ, le contrôle frontalier doit alors considérer l'origine de l'objet afin d'éviter la

---

[2191] Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, préc., art. 6 § 2 (organismes vivants modifiés destinés à être utilisés en milieu confiné) ; Convention de Minamata sur le mercure, art. 3 § 2 (mercure utilisé pour la recherche) ; Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, art. 3 § 5 (utilisation pour la recherche en laboratoire ou comme étalon de référence).

[2192] Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, préc., arts. 2A§4, 2B§2, 2C§3, 2D§2, 2E§3, 2F§6, 2G, 2I (tolérances pour les prohibitions d'importations et d'exportations des substances visées). La notion de « besoins essentiels » fut précisée par la 4e Réunion des Parties comme recouvrant en substance les utilisations « nécessaires à la santé et à la sécurité » ou « indispensables au bon fonctionnement de la société (y compris les aspects culturels et intellectuels », lorsqu'il n'est pas possible de faire autrement et que toutes les précautions écologiques et sanitaires ont été prises (décision IV/25, § 1 *litt.* a) et b), reproduite *in* U.N.E.P., *Manuel du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone,* 14e éd., 2020, p. 152). La dernière en date fut émise pour des applications aérospatiales en Russie dans l'année 2015 (décision XXVI/3, 26e Réunion des Parties, *ibid*., p. 176), et un tableau récapitulatif de ces autorisations est disponible dans le *Manuel*, pp. 748-750.

[2193] Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, préc., art. IV § 1 *litt.* a), et surtout le Protocole à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers par l'immersion de déchets, dit « Protocole de Londres », préc., art. 4 § 1.1 qui passe de l'interdiction par liste de la Convention à une interdiction de principe concernant l'immersion, et art. 5 sur l'incinération ; Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, préc., annexe II, arts. 2 (incinération) et 3 § 1 (immersion) ; Protocole sur la prévention de la pollution de la région du Pacifique sud résultant de l'immersion de déchets, préc., art. 4 § 1 ; Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution radioactive, préc., art. II ; Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution, Protocole sur la protection du milieu marin de la mer Noire contre la pollution résultant d'opérations d'immersion, préc., art. 2 ; Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, préc., arts. 10 § 1 (incinération) et 11 § 1 (immersion).

[2194] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 210 § 3 ; Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, art. VI § 3 et annexe III ; Protocole à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers par l'immersion de déchets, art. 4 § 1.2 et annexe II, spéc. § 17 ; Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, préc., annexe II, art. 4 § 1 *litt.* b) (renvoie aux critères établis par la Commission de la Convention) ; Protocole sur la prévention de la pollution de la région du Pacifique sud résultant de l'immersion de déchets, art. 7 et annexe III ; Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution, Protocole sur la protection du milieu marin de la mer Noire contre la pollution résultant d'opérations d'immersion, préc., art. 5 et annexe III ; Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, préc., art. 11 § 2 et annexe V.

[2195] Convention de Minamata sur le mercure, préc., art. 3 § 6 *litt.* a) i) et *b)* ii), et dans le même sens la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, préc., art. 3 § 2 *litt.* a) ii) et b) ii).

[2196] Convention de Minamata sur le mercure, préc., art. 3 § 6 *litt.* a) ii) et b) ii), et art. 10 sur le régime du stockage provisoire écologiquement rationnel, internationalement déterminé.

[2197] Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, préc., art. 4 § 8 (autorisation des importations ou exportations des substances possibles à un État tiers si la Réunion des Parties considère qu'il respecte scrupuleusement les dispositions protectrices de la Convention). Pour des applications, v. la décision XXIV/2 de la 24e Réunion des Parties, reproduite *in* U.N.E.P., Manuel du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, préc., pp. 308-309.

[2198] Cela a été posé dans l'introduction du présent 2).

participation à un trouble de l'ordre public, car l'accueil d'un objet accomplit la volonté de son expéditeur et encourage dès lors son comportement. L'illustration des embargos revient : l'isolement marche dans les deux sens, et la prohibition de l'exportation peut être doublée de celle de l'importation[2199]. D'autres obligations visent spécifiquement l'origine du flux[2200], et il faut mentionner pour finir le « Processus de Kimberley », réseau international regroupant États, acteurs du commerce international et membres de la société civile, précisément dans le but de caractériser le flux de diamants à raison de la fonction belligène de leur commerce, les frappant ainsi d'une illicéité fondée sur l'obligation de protéger la paix et la sécurité internationales dont le Conseil de sécurité se fait le relais en mentionnant et en encourageant son action dans ses résolutions[2201], en édictant une obligation d'interdire l'importation des diamants dans ce sens[2202] et en s'appuyant sur ses résultats pour mettre fin à la prohibition[2203].

589. La forme *erga omnes* de l'obligation de contrôle frontalier le saisit ainsi comme outil protégeant l'ordre public international, car elle découle de la collectivité de l'intérêt à protéger. Le territoire est pris comme espace de réalisation de la saisie des flux néfastes pour la communauté internationale, espace de réalisation de l'ordre public international que le contrôle frontalier est déterminé à protéger de la sorte. La technique juridique imprime le contrôle frontalier en ce sens, l'obligation *erga omnes* le déterminant par un lien multilatéral qui le place au service de la communauté. Il faut enfin voir la consistance de l'objet collectif ainsi régi, afin de prendre la mesure de la réalité de l'ordre public international où le contrôle s'inscrit.

§ 2. La consistance de l'objet collectif de l'obligation de contrôle frontalier

590. Nous avons déjà identifiés les intérêts collectifs convoquant le contrôle frontalier dans la vie internationale, et il s'agit désormais de les préciser quant à l'objet de l'obligation, par quoi et vis-à-vis de quoi elle détermine concrètement le contrôle à agir en vue de la protection d'un ordre public international. C'est ici que se trouvent les linéaments d'un tel ordre tel que

---

[2199] Ainsi par exemple pour l'interdiction de laisser importer « tous produits de base (…) et marchandises » (doc. N.U., S/RES/661 (1990), § 3 *litt.* a) (Iraq et Koweït)).
[2200] Par ex. Convention de Minamata sur le mercure, préc., art. 3 § 8, pour les importations provenant d'États non parties : l'État de destination doit empêcher l'importation si le mercure provient d'une source non autorisée par la Convention.
[2201] Doc. N.U., S/RES/1643 (2005), préambule, al. 9 ; S/RES/2153 (2014), le Conseil encourage la Côte d'Ivoire à accueillir une mission d'évaluation du Processus (§ 14).
[2202] Doc. N.U., S/RES/1643 (2005), § 6.
[2203] Doc. N.U., S/RES/2153 (2014), la décision de mettre fin à la prohibition est motivée « compte tenu des progrès accomplis dans la mise en œuvre du Système de certification du Processus de Kimberley et dans la gouvernance de ce secteur » (§ 13).

protégé par le contrôle frontalier, dans le droit substantiel qui donne matière à la forme que le paragraphe 1 a pu établir.

591. Le « contrôle des frontières » est toutefois peu présent dans ce droit substantiel, du moins formulé ainsi. Fait premier de l'État, inhérent à son existence[2204], il n'est le plus souvent qu'impliqué, pour qui le cherche, par une obligation générale de protection de l'intérêt collectif, en tant qu'action disponible pour cette protection, avant de disparaître au niveau des obligations précises qui déclinent le régime en des actions moins « naturelles » pour l'État quant à leur adoption. C'est donc le plus souvent dans cette obligation générale qu'il faut chercher le contrôle frontalier, et d'abord dans l'injonction première de *prévention* qui est faite à l'État. En effet la prévention vise l'action de l'État comme puissance d'abord territoriale, contrôlant sa frontière pour ce qui nous intéresse, à raison d'événements extérieurs et donc en partie de flux qui lui sont étrangers et traversent son territoire. Partant le contrôle des frontières figure ici comme un moyen basique compris dans l'obligation de moyen de prévention, celle-ci apparaissant comme une « umbrella clause » dans le sens où une multitude de mesures à disposition de l'État y sont comprises et ainsi enjointes[2205]. Le contrôle des frontières est logé dans cette généralité, ce qui n'exclut pas la juridicité[2206] de l'obligation et enjoint constamment[2207] le contrôle à saisir les objets relevant du régime.

[2204] Nous renvoyons ici au premier chapitre de cette étude.

[2205] Le terme, à distinguer de la « clause parapluie » du droit des investissements, est emprunté à Krieger (H.) et Peters (A.), « Due diligence and structural change in the international legal order », *op. cit.*, p. 367.

[2206] C'est l'un des enseignements majeurs de l'arrêt de la C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 111, § 162 : le terme « s'engagent » « ne revêt pas un caractère purement incitatif et ne se limite pas à l'énoncé d'une finalité », et l'engagement « ne doit pas être interprété comme une simple introduction aux dispositions qui évoquent ensuite expressément les mesures législatives, les poursuites et l'extradition », de sorte que cette disposition est autonome, elle « crée des obligations distinctes de celles qui apparaissent dans les articles suivants. » En un mot, est-il encore affirmé p. 220, § 427, l'obligation de prévention « revêt une portée normative et un caractère obligatoire ». Une position similaire, quoique moins développée, est retenue par un tribunal arbitral à propos de l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui pose une obligation générale de préserver l'environnement marin, ce qui « entails the positive obligation to take active measures to protect and preserve the marine environment » (S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale*, préc., p. 519, § 941 ; T.I.D.M., 2024 (21 mai), *Demande d'avis consultatif*…, préc., § 184).

[2207] Une certaine ambiguïté sur l'effet permanent de l'obligation de prévention doit être notée, sans qu'elle compromette la présente étude car relevant davantage de la mécanique secondaire de la responsabilité. S'il est admis que la survenance du dommage à prévenir n'est pas une condition d'existence de l'obligation de prévention (comment pourrait-il en être autrement ?), une difficulté sur la saisie du comportement qu'elle suppose provient de la position commune de la C.D.I. et de la C.I.J., soutenant que la responsabilité d'un État pour violation de l'obligation de prévention ne peut être engagée qu'une fois le dommage à prévenir survenu (art. 14 § 3 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (préc., dont le commentaire à l'*A.C.D.I.*, 2001, vol. II (2), p. 65, § 14, est remarquablement enfermé dans cette logique qui semble aller d'elle-même) ; C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 222, § 431). Il y a difficulté car cette position neutralise partie de l'obligation *de moyens* en soumettant son effectivité à un résultat, et porte en elle la position chancelante selon laquelle « l'État *est tenu* (…) de mettre en œuvre [l]es moyens » (*ibid.*, nous soulignons) sans que ce *devoir* ne puisse être juridiquement saisi avant sa

592. Cette précision étant faite quant à l'identification des régimes de droit substantiel où, en l'absence de disposition spécifique, le contrôle frontalier peut être déniché comme participant de la prévention de l'atteinte à tel intérêt qui compose l'ordre public international, il convient d'étudier dans un premier temps la promotion de la protection ainsi établie, l'obligation s'accompagnant de la coopération des contrôles frontaliers en vue de saisir l'objet visé (A). Nous finirons dans un second temps en étudiant les composantes de l'ordre ainsi protégé, parachevant la présente étude en cernant la matière vive que le contrôle doit aujourd'hui saisir dans la vie internationale (B).

A. La promotion de la protection de l'ordre public international par la coopération des contrôles frontaliers

593. La protection d'un intérêt collectif fait du contrôle frontalier d'un État donné l'affaire de tous ceux qui participent au régime, de sorte que chacun a un intérêt juridique à opposer son obligation, mais aussi un intérêt pratique à ce que ledit contrôle soit effectif. Le droit international ne peut-il pas aussi contribuer sur ce plan de la réalisation du fait, et ne pas se borner à l'organisation d'une responsabilité lorsque le fait faillit à la norme ? Il le peut, et à l'interdépendance de la menace répond la coopération de l'action préventive. Saisi par l'obligation *erga omnes* et inscrit dans la protection d'un ordre public, le contrôle frontalier est ainsi marqué par ce « principe fondamental »[2208] de la protection commune qu'est « la notion

---

défaillance, et donc sans qu'il puisse être saisi pour lui-même car soudé à un aboutissement éventuel. Par cette confusion entre l'objet de l'obligation (*prévenir*, qui est un *agir*) et son but (non-réalisation de l'évènement), alors que seul le premier devrait compter dans l'établissement d'une violation et l'engagement consécutif de la responsabilité tandis que le second forme seulement la raison d'être de l'obligation, ce n'est donc pas le *devoir* mais seulement le « *aurait dû* » qui est saisi. L'action objet de l'obligation est ainsi enfermée dans le prisme rétrospectif d'un passé où elle a échoué, ce qui finalement sape le but premier et définitionnel de l'obligation qui est de « prévenir », sous l'illusion de respecter ce qu'elle évoque (*i.e.* « l'État devait prévenir et il ne s'est rien passé, c'est que tout est conforme, non ? »), tel que cela apparaît encore à l'imagination qui se place lors de l'arrivée de l'événement, où l'omission le laisse venir mais où l'obligation d'*agir* serait présumée respectée par la seule grâce de la non-réalisation de ce qui ne forme que son horizon redouté. Une possible solution, outre un changement à la racine de cette acception de l'obligation de prévention, serait d'exploiter « le devoir d'agir qui en est le corollaire » (*ibid.*) en lui donnant une autonomie dans ce cadre comme composante dont la violation n'est pas soumise à la réalisation du dommage, ainsi que l'illustrent déjà certaines obligations plus précises qui s'inscrivent pleinement dans la logique préventive (v. par ex. l'art. 6 § 3 du Traité sur le commerce des armes, qui prohibent le transfert d'armes qui *pourraient* servir à la violation du droit humanitaire, nonobstant leur service effectif en ce sens (préc.)). Demaria (T.), « Réflexions sur les obligations de prévention et de diligence requise en droit de la responsabilité internationale », *A.F.D.I.*, vol. 65 (2019), pp. 51-68, pp. 55-57 distingue bien les obligations de prévention selon que la réalisation du dommage est nécessaire (acception *stricto sensu*) ou non (*lato sensu*) pour marquer leur violation, mais reste, nous semble-t-il, dans le constat de ce que critique le propos ci-dessus. Pour une discussion de ces difficultés, v. Brunnée (J.), « Procedure and Substance in International Environmental Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 405 (2020), pp. 75-240, spéc. pp. 148-158.

[2208] T.I.D.M., 2001 (3 déc.), *Usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni) (mesures conservatoires)*, *T.I.D.M. Rec.* 2001, p. 110, § 82 (à propos de l'obligation de coopérer en matière de prévention de la pollution du milieu marin, fondée sur la partie XII de la Convention de Montego Bay et le droit international général) ; not. repris par T.I.D.M., 2024 (21 mai), *Demande d'avis consultatif…*, préc., § 296.

de coopération internationale », qui « au sens du droit international a beaucoup évolué et repose aujourd'hui dans une large mesure sur la notion des intérêts communs de la communauté internationale tout entière »[2209]. Nul étonnement, donc, à la trouver ici. Les régimes particuliers de circulations établis au sein d'organisations internationales telle l'Union européenne le montrent d'ailleurs particulièrement bien au niveau régional[2210].

594. On retrouve alors la détermination de l'opération du contrôle mais désormais au vu de son objet commun, et la question se situe ainsi au carrefour de la face interne de l'obligation, le type d'action qu'elle enjoint l'État à adopter telle qu'étudié dans le précédent titre, et de sa face externe, car c'est vis-à-vis d'autrui et eu égard à ce qu'il doit affronter que le contrôle est ici déterminé dans le sens de la coopération. C'est ainsi l'objet de l'ordre public international qui mène à renforcer le maillage des contrôles frontaliers qui le protègent, ce qui suppose la coopération pour développer les ressources du contrôle frontalier (1), et le soutien d'un membre du groupe en cas de déficience qui menacerait de percer la protection en en rompant une maille (2).

1. Le développement des ressources des contrôles frontaliers

595. On retrouve ici les ressources du contrôle frontalier telles que distinguées au niveau de l'obligation de contrôle comme obligation de moyen, ici doublée de la logique *erga omnes* de la protection collective, ce qui mène à considérer non plus seulement la connaissance mais son développement par l'échange d'informations entre États territoriaux (a), et non plus seulement les moyens mais leur développement par l'assistance (b). C'est par ces renforcements des ressources de chacun que l'effort du tout, du groupe protégeant son intérêt collectif, est amélioré.

a) Le développement de la connaissance des contrôles frontaliers par l'échange d'informations

596. S'agissant de la connaissance nécessaire à la saisie du flux susceptible de nuire à l'intérêt collectif, l'échange d'informations entre les États leur permet de façonner un réseau informatif, sorte d'Argus commun prévu par de nombreux régimes *erga omnes* qui saisissent le contrôle frontalier. C'est simplement cela qu'il s'agit ici de souligner, dans la protection d'un

[2209] C.D.I., « Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », préc., pp. 37-38, § 1.
[2210] V. not. l'étude de Potvin-Solis (L.), « De l'intégration à la coopération. La portée constitutionnelle des enjeux de méthode dans le contrôle européen des migrations », *in* Benlolo Carabot (M.) (dir.), *Union européenne et migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 353 p., pp. 274-301, dont il faut souligner le niveau fondamental où elle se place, ce qui l'invite d'ailleurs à étendre la question de la coopération à la production normative qui la sous-tend.

ordre public international par les contrôles frontaliers ici mutuellement informés, sans entrer plus avant dans les modalités de tels régimes dont il suffit d'indiquer qu'ils vont du simple échange d'informations – ainsi dans la lutte contre le terrorisme[2211], le trafic d'êtres humains ou de stupéfiants[2212], ou s'agissant du commerce d'armes[2213], de la protection de la santé[2214] ou de l'environnement[2215] – à l'établissement d'une base de données commune[2216] et l'obligation de la nourrir et de l'utiliser, là aussi notamment dans la lutte contre le terrorisme[2217]. Cela peut donner lieu à des systèmes relativement sophistiqués à l'instar du réseau de surveillance épidémique de l'O.M.S. qui agit comme centre de réception et de redistribution de

---

[2211] Doc. N.U., S/RES/2178 (2014), § 3 ; S/RES/2396 (2017), §§ 3 (obligation générale) et 11 (signalement des déplacements de suspects de terrorisme) ; S/RES/2368 (2017), §§ 35 et 38 (E.I.I.L. et Al-Qaïda) ; S/RES/2396 (2017), §§ 8, 12 (données P.N.R.) et 15 (données biométriques) ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, préc., art. 4 § 2 *litt.* e) (engagement à promouvoir l'échange) et art. 5 (précisions de l'obligation de coopération en la matière) ; Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme, préc., art. VI § 1 *litt.* a) (prévoit une coopération de prévention par l'alerte) ; Convention interaméricaine contre le terrorisme, préc., art. 7 §§ 1 (obligation générale) et 2 (sur les contrôles des documents de voyage) ; Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale, préc., art. 4 § 9 ; Traité de coopération entre les États membres de la Communauté d'États indépendants dans la lutte contre le terrorisme, texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p., pp. 252-262, arts. 5 § 1 *litt.* a) (obligation) et 11 (informations concernées) ; Convention du Conseil de coopération des États arabes du Golfe sur la lutte contre le terrorisme, préc., art. 9 §§ 1, 3 et 4, et art. 16 ; Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme. Varsovie, 16 mai 2005, art. 3 § 2 *litt.* a) ; Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international, préc., art. 4 § I) ; Convention de Shanghai pour la lutte contre le terrorisme, le séparatisme et l'extrémisme, texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p., pp. 469-479, arts. 6 § 1 et 7 ; Convention arabe relative à la répression du terrorisme, préc., art. 4 §§ I).

[2212] Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, préc., art. 10 § 1 ; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, préc., art. 10 § 1 ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, préc., art. 9 § 1.

[2213] Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, préc., art. 12 ; Traité sur le commerce des armes, préc., arts. 7 § 6 (fournies par l'État exportateur sur demande des États importateurs, de transit ou de transbordement), 8 (informations fournies par l'État importateur à l'État exportateur pour l'aider à son évaluation de la demande d'autorisation du transfert d'armes), 11 § 5 (prévention du détournement d'armes) et 15 §§2, 3, 4 et 7 (coopération générale).

[2214] Sanitary Convention, préc., arts. I (obligation de notification d'un cas de maladie sur le territoire) II (informations devant figurer dans la notification) et IV (informations régulièrement mises à jour) ; The Pan American Sanitary Code, préc., arts. 3 (état sanitaire interne), 4 et 5 (notification de cas de maladie sur le territoire et informations jointes) et 7 (informations mises à jour).

[2215] Convention de Minamata sur le mercure, préc., art. 19 *litt.* f) ; Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, préc., art. 11 § 1 *litt.* a) ; Convention internationale pour la protection des végétaux, préc., art. VIII § 1 *litt.* a).

[2216] Convention du Conseil de coopération des États arabes du Golfe sur la lutte contre le terrorisme, préc., art. 9 § 6 ; Convention arabe relative à la répression du terrorisme, préc., art. 3 § I) 8) (bases de données individuelles mais mises à disposition de chaque État partie).

[2217] Ainsi s'agissant de la base de données d'Interpol, à propos de la circulation des individus suspectés de terrorisme (doc. N.U., S/RES/2396 (2017), § 16 ; A/RES/77/298, Huitième examen de la Stratégie antiterroriste mondiale des Nations Unies, 22 juin 2023, § 53) et de leurs documents (S/RES/2368 (2017), § 31 (E.I.I.L. et Al-Qaïda) ; S/RES/2396 (2017), § 16 ; A/RES/77/298, Huitième examen de la Stratégie antiterroriste mondiale des Nations Unies, § 53).

l'information[2218], ou du système Eurosur de l'Union européenne qui constitue un « cadre intégré pour l'échange d'informations et pour la coopération opérationnelle au sein du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, en vue d'améliorer la connaissance de la situation et d'accroître la capacité de réaction aux fins de la gestion des frontières »[2219]. Des inquiétudes et tensions à propos de la protection de la vie privée en ressortent d'ailleurs lorsque les informations percent l'individu circulant[2220], mais cela ne relève plus du présent propos.

b) Le développement des moyens des contrôles frontaliers par l'assistance technique et opérationnelle

597. Tandis que le partage de l'information semble relativement léger quant à la charge qu'il implique, l'assistance matérielle coûte et est en conséquence moins développée par les régimes *erga omnes* de contrôle frontalier. Elle reste toutefois prévue par certains et à différents niveaux de contrainte, contre des phénomènes particulièrement vifs comme le terrorisme[2221] ou le trafic d'armes[2222], ou particulièrement techniques comme la protection sanitaire et environnementale[2223]. Alors, la coopération matérielle est généralement visée de manière large,

---

[2218] O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., les États transmettent des informations à l'O.M.S. (arts. 6 (notification de cas de maladie sur le territoire), 7 (information en cas d'événements inattendus ou inhabituels), et 9 § 2 (notification d'un risque identifié pour la santé publique résultant d'exportation ou d'importations)), et celle-ci les distribue ensuite dans le réseau d'États parties si elles sont nécessaires pour lutter contre une potentielle épidémie (art. 10 §§ 1 et 2) ; sur les réseaux de surveillance en la matière, v. De Pooter (H.), « Aperçu de la coopération internationale en matière de surveillance et de riposte aux épidémies et aux pandémies », *in* S.F.D.I., *Santé et droit international*, *op. cit.*, pp. 225-245, pp. 228-234.

[2219] Règlement (UE) n° 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières, préc., art. 18 (et régime établi par les arts. 19-23). Plus généralement sur la surveillance par et au sein de l'Union européenne, v. Racho (T.), « Le fichage des étrangers et l'externalisation des frontières : l'évolution sécuritaire de l'Union européenne », *in* Benlolo Carabot (M.) (dir.), *Union européenne et migrations*, *op. cit.*, pp. 302-313, spéc. pp. 303-309, et Delarue (J.-M.), « L'Europe des fichiers – Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, vli-1166 p., pp. 233-304 (qui déborde le seul cadre de l'Union européenne même si celui-ci reste central).

[2220] Basilien-Gainche (M.-L.), « Sécurité des frontières et/ou protection des droits », *Cités* n° 46 (2011/2), pp. 47-68, pp. 63-65. En pratique, v. par ex. au sein de l'Union européenne le travail du Contrôleur européen de la protection des données sur le droit européen des migrations (not. avis 4/2024 sur la proposition de règlement visant à améliorer la coopération policière en ce qui concerne la prévention, la détection et les enquêtes en matière de trafic de migrants et de traite des êtres humains, et à renforcer le soutien apporté par Europol pour prévenir et combattre ces formes de criminalité, et modifiant le règlement (UE) 2016/794), et au niveau onusien le rapport sur les frontières numériques de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée (Doc. N.U. A/75/590, 2020, *passim*), les risques qu'elle souligne sur les données pouvant *a fortiori* marquer leur partage.

[2221] Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, préc., art. 5 § 6 ; Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme, préc., art. VI § 1 *litt.* e) ; Convention du Conseil de coopération des États arabes du Golfe sur la lutte contre le terrorisme, préc., art. 4.

[2222] Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, préc., art. 14 (coopération en vue de recevoir l'assistance) ; Traité sur le commerce des armes, préc., art. 16 (simples possibilité de sollicitation d'une aide et création d'un fonds auquel les États sont encouragés à participer).

[2223] O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 44 § 1 ; Accord de l'OMS sur les pandémies, préc., arts. 4 § 1 et 17 ; Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, préc., art. 22 ; Convention internationale pour la protection des végétaux, art VIII § 1 *litt.* b) ;

simplement au vu de l'objet du régime, mais parfois aussi avec des mesures précises comme la formation du personnel[2224]. Par ailleurs, la présence d'une organisation internationale dédiée à la protection de l'intérêt en cause comme l'Organisation mondiale de la santé pour notamment prévenir les pandémies, permet de concentrer l'aide matérielle à travers les ressources de l'organisation avant de la diffuser[2225].

598. Le développement des ressources du contrôle frontalier n'en est pas moins incertain car il apparaît finalement aussi souvent enjoint que peu précisé par les régimes protecteurs, notamment lorsque ceux-ci ne sont pas dotés d'une organisation internationale apte à structurer la coopération. Cette incertitude est d'autant plus dommageable lorsque le besoin de coopération connaît une certaine accentuation, appelée au soutien d'un contrôle frontalier déficient.

2. Le soutien au contrôle frontalier déficient

599. L'État faible ou défaillant a été déjà évoqué au niveau de l'obligation de contrôle frontalier comme obligation de moyens : l'obligation enjoignant l'État à s'efforcer de contrôler sa frontière par ses moyens mais celui-ci ne disposant pas de ressources, difficile d'engager sa responsabilité car le fait internationalement illicite repose sur l'absence d'effort, or celui-ci est davantage neutralisé qu'absent en pareil cas. Pas de responsabilité, donc, mais une situation d'autant plus insatisfaisante que la faille dans la protection commune perdure sans guère de moyen d'exécution pour enjoindre l'État à la refermer, et alors que « [l]'inefficacité de la surveillance des frontières et du contrôle du transit par des États faibles facilite le trafic » de

---

Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, préc., art. 18 ; C.D.I., « Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », préc., directive 11 § 2 *litt.* a) ; Accord relatif aux mesures du ressort de l'État du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, préc., art. 21 § 1 *litt.* c).

[2224] Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme, préc., art. VI § 1 *litt.* e) ; Convention de Shanghai pour la lutte contre le terrorisme, le séparatisme et l'extrémisme, préc., art. 6 § 9 ; Convention arabe relative à la répression du terrorisme, préc., art. 4 § III) 2) ; Giacca (G.), « Article 16. International assistance » *in* Casey-Maslen (St.) *et al.*, *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, *op. cit.*, p. 426 ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, préc., art. 9 § 3 ; Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, préc., art. 22 § 2 ; Protocole à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers par l'immersion de déchets, dit « Protocole de Londres », préc., art. 13 § 1 ; Décision XVIII/18 de la 18e Réunion des Parties au Protocole de Montréal, § 4, reproduite *in* U.N.E.P., Manuel du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, préc., p. 333 ; Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution radioactive, préc., art. IX ; Convention sur la coopération pour la protection et le développement durable des zones marines et côtières du Pacifique du Nord-Est, préc., art. 12 § 1 *litt.* a).

[2225] Not. l'O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 5 § 3 (aide de l'O.M.S. pour les capacités de surveillance de l'état sanitaire), art. 13 §§ 3 (*idem* pour les capacités opérationnelles de réaction à un risque pour la santé publique), 4 (assistance internationale supplémentaire mobilisée par l'O.M.S. en cas d'urgence de santé publique de portée internationale) et 5 (soutient des États parties de son action coordonnée à la demande de l'O.M.S.), et art. 44 § 2 (disposition générale sur la coopération entre l'O.M.S. et les États parties).

flux néfastes[2226]. Les États directement concernés en sont d'ailleurs les premières victimes, à l'instar de la Guinée qui déclara à propos des pays pauvres que « [l]eurs sociétés désemparées (…) offrent des refuges faciles à des réseaux mafieux de la grande criminalité. La circulation des armes légères défie de plus en plus leurs frontières pour finir entre les mains dressées d'enfants soldats »[2227]. En conséquence, les États déficients appellent eux-mêmes à l'aide par la coopération[2228].

600. Le groupe soudé autour de l'intérêt collectif a donc tout intérêt à « éviter le risque du "maillon faible" », à l'instar du régime sanitaire international qui entend le faire « en instaurant un minimum sanitaire commun mondial »[2229]. Sans que ce minimum fasse nécessairement l'objet d'une norme précise et encore moins d'une obligation, il s'agit bien de chercher à le garantir en soutenant les contrôles frontaliers déficients. Cela notamment en incluant des dispositions fléchées à destination des États en développement, considérés comme manquant de moyens au vu de la tâche assignée au groupe, qu'il s'agisse de la protection de la nature[2230] ou de la lutte contre la criminalité transnationale organisée facilitée par les « insuffisances de la surveillance et du contrôle des frontières »[2231]. Toutefois, le droit (dur) international reste peu saisi sur ce point, et une obligation d'assistance ne peut être établie et opposée à un État

---

[2226] Doc. N.U., A/59/565, « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, § 20 (en l'occurrence à propos du trafic de matières et techniques nucléaires par des agents non étatiques).

[2227] Doc. N.U., A/62/PV.9, p. 33 ; v. aussi par ex. doc. N.U., A/S-20/PV.4, p. 8 : selon le représentant arménien, « Tragiquement, l'Arménie est devenue une voie de transit pour le trafic illicite des drogues. L'Arménie ne dispose pas des moyens techniques nécessaires pour s'opposer à ce trafic. » Même constat du représentant namibien sur son propre pays (*ibid*., pp. 19-20, qui explique le passage des stupéfiants par ce que « les contrôles aux frontières ne sont pas efficaces, faute de ressources suffisantes »).

[2228] Ainsi par ex. de Saint-Vincent-et-les-Grenadines qui se plaint que « du fait de [ses] ressources limitées [il] n['est] pas en mesure de surveiller et de contrôler de façon efficace [ses] frontières et [ses] côtes » (doc. N.U., A/49/PV.25, p. 4), de Sao Tomé-et-Principe qui avertit l'Assemblée générale de son besoin de ressources pour contrôler ses frontières (doc. N.U., A/60/PV.11, p. 16, à propos de la lutte contre le terrorisme), ou encore de Porto Rico (doc. N.U., A/AC.109/1999/L.13, § 194).

[2229] Pooter (H. de), *Le droit international face aux pandémies…*, préc., p. 60. Toutefois, l'auteure relève que nombre d'États restent loin de disposer des capacités minimales requises (« Aperçu de la coopération internationale en matière de surveillance et de riposte aux épidémies et aux pandémies », *op. cit.*, p. 229) ; v. aussi en la matière l'Accord de l'OMS sur les pandémies (préc., art. 17 § 2). De même en matière de cybersécurité, il est relevé que le risque est fort que l'État faiblement équipé devienne « un refuge pour des individus malintentionnés » (doc. N.U., A/70/174, Rapport du Groupe d'experts gouvernementaux chargé d'examiner les progrès de l'informatique et des télécommunications dans le contexte de la sécurité internationale, § 19).

[2230] Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, préc., art. 12 ; particulièrement visés par C.D.I., « Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », préc., p. 52 § 5, dès lors que « les pays en développement et les pays les moins avancés se heurtent souvent à des problèmes particuliers dans l'exécution de leurs obligations en matière de protection de l'environnement. » ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 202 *litt.* a) i) (formation du personnel) et iii) (fourniture de matériel)

[2231] Doc. N.U., S/RES/2457 (2019), préambule, al. 5, dans un développement notant les « problèmes considérables » auxquels l'Afrique fait face et dont « la fragilité de l'État et la faiblesse des institutions » fait partie ; S/RES/2776 (2025), § 24 (simple encouragement à l'ONUDC en faveur d'une aide au contrôle somalien) ; Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 10 § 1.

donné sans disposition du régime à laquelle l'accrocher, cela bien qu'elle s'inscrive assurément dans la logique collective ici en cause. Autrement dit, l'assistance aux États déficients et plus généralement la coopération participent de l'esprit de l'ordre public international et peuvent être qualifiées de principe directeur de sa mise en œuvre, mais sans que l'absence de transmission de moyens donnés puisse être, sans plus de précision, opposée à l'État et qualifiée d'illicéité. Tout au plus peut-il être ajouté pour finir que l'existence d'une obligation pour l'État déficient de *demander* la coopération est défendable et d'ailleurs parfois disposée[2232], car si certains y voient une ingérence dans une activité souveraine[2233] elle ne semble en réalité rien faire d'autre que tirer les conséquences d'une obligation souverainement souscrite et qu'il s'agit ensuite d'assumer[2234].

601. Le premier élément substantiel d'une protection de l'ordre public international par l'obligation de contrôle frontalier est finalement aussi répandu que ténu dans les régimes pertinents : les contrôles frontaliers doivent coopérer, de manière générale et avec une faveur particulière pour pallier les déficiences. Le reste relève d'arrangements davantage politiques qui peuvent être guidés par les dispositions générales en faveur de la coopération mais ne sauraient *a priori* être véritablement contraints de prendre telle forme d'assistance sans autre précision. Il reste que cela détermine un peu plus le contrôle frontalier dans le sens de la protection d'un ordre public international car le voici (certes humblement) renforcé en tant que partie d'un maillage établi par l'effort collectif pour protéger l'intérêt commun. Il convient enfin de conférer une matière à ce dernier, en cernant les composantes de l'ordre public international protégé par le contrôle frontalier afin d'arrimer tous ces développements juridiques à la matière vive de la vie internationale.

B. Les composantes de l'ordre public international protégé par le contrôle frontalier

602. Nous avons désormais posé toute la détermination juridique du contrôle frontalier en faveur de l'intérêt commun ici qualifié d'ordre public international, et il s'agit enfin de donner la matière concrète à laquelle cette détermination répond. Déjà les auteurs anciens bannissaient-

---

[2232] Doc. N.U., S/RES/1540 (2004), § 3 *litt.* c), dispose l'obligation des États de contrôler leur frontière pour prévenir la prolifération d'armes de destruction massive « y compris, si nécessaire, en faisant appel à la coopération internationale ».

[2233] Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, Rule 7, p. 50 § 26 : l'obligation de veiller à l'innocuité du territoire repose sur la souveraineté territoriale, et partant un État n'est sur ce fondement obligé qu'aux actions relevant de l'exercice de sa souveraineté, ce qui n'inclut pas l'assistance étrangère.

[2234] Ce n'est pas dire que l'État déficient devrait accepter *tout type* d'aide jusqu'à être obligé d'être mis sous tutelle, ce qui serait aussi contraire aux principes du droit international qu'archaïque ; mais cela pose qu'un refus borné méconnaît l'obligation de protection dès lors qu'une voie pour l'accomplir est négligée.

ils certains flux hors du « droit de commerce » qui marquait les circulations, motif pris de leur contrariété avec le droit international[2235] ; quelles sont les matières que la communauté internationale et ses sous-ensembles entendent aujourd'hui saisir au nom de leur intérêt commun, dans la vie qui est la leur et marquée par une interdépendance mondialisée ? Sur ce point, les diverses composantes de l'ordre public international peuvent être rangées en deux catégories, selon qu'elles considèrent l'ordre comme une fin et le poursuivent ainsi pour lui-même (1), ou qu'elles l'appréhendent comme un moyen et le poursuivent comme base saine du développement d'un Bien commun (2).

1. La poursuite de l'ordre public comme fin par le contrôle frontalier

603. La poursuite de l'ordre public comme fin vise l'ordre en lui-même, le fait qu'il n'y ait pas de désordre et que la communauté internationale conserve une certaine stabilité. Déterminé par un régime *erga omnes*, le contrôle de la frontière poursuit cet objectif en participant à la protection de la légalité internationale comme outil de réponse à sa violation (a), et à la protection de la paix et de la sécurité internationales comme outil de l'arsenal qui sert à les maintenir (b).

a) La protection de la légalité internationale par le contrôle frontalier

604. L'ordre est d'abord recherché par la communauté internationale dans l'effectivité de son droit, précisément supposé ordonner son activité qui subit donc *a priori* un trouble lorsque la norme est violée. C'est l'effectivité du droit et de sa fonction régulatrice qui est ici en jeu, soit leur traduction en fait car c'est dans le fait que se déroule la violation et se joue son extinction. Or le contrôle frontalier figure précisément comme un outil d'action sur le fait et peut ainsi relayer l'injonction d'exécution d'obligations que pose le droit international.

605. Le mécanisme est d'abord à l'œuvre pour l'État pris individuellement, hors groupe, car le blocage de sa frontière peut constituer un moyen de réaction à un fait internationalement illicite dans la voie classique de la rétorsion ou dans celle de la contre-mesure, selon qu'il est juridiquement tenu ou non à la circulation. Rien de bien « ordre public » toutefois dans ce jeu de l'intersubjectivité, si ce n'est dans la protection des intérêts individuels qui préserve la coexistence et donc un certain ordre selon l'idée de la première section du présent chapitre.

[2235] Heffter (A.-G.), *Le droit international de l'Europe*, *op. cit.*, p. 68 (« Tout commerce contraire aux droits fondamentaux de l'homme », notamment la traite négrière) ; Le Fur (L.), *Précis de droit international public*, *op. cit.*, p. 390 (« interdiction de tout commerce contraire au bien commun de l'humanité », notamment la traite négrière, le commerce de l'alcool, des stupéfiants, et des armes avec les peuples « non civilisés ») ; Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, t. I, *op. cit.*, p. 258 (traite négrière).

L'ordre public et l'intérêt collectif apparaissent plus nettement lorsque le blocage à la frontière en réaction à un fait internationalement illicite est élevée à l'état d'obligation. Cela est prévu par l'ordre juridique international à propos d'un noyau dur d'intérêts, dont les États ne sauraient s'accommoder de la violation et sont ainsi enjoints à réagir pour l'éteindre. Or de fait, cela passe notamment par la fermeture de la frontière pour priver la situation illicite de l'oxygène des échanges internationaux, comme a pu l'observer la Cour internationale de Justice en déclarant que les États sont tenus « de faire une distinction, dans leurs échanges avec Israël, entre le territoire de l'État d'Israël et les territoires occupés depuis 1967 », selon l'obligation « de ne pas entretenir (…) de relations économiques ou commerciales avec Israël qui seraient de nature à renforcer la présence illicite de ce dernier (…) » et de « prendre des mesures pour empêcher les échanges commerciaux ou les investissements qui aident au maintien de la situation illicite créée par Israël dans le Territoire palestinien occupé »[2236].

606. Mais quel est ce noyau dur qui détermine ce vis-à-vis de quoi le contrôle frontalier doit être activé pour protéger cette légalité privilégiée ? Il se situe dans les règles de *ius cogens*, c'est-à-dire les règles impératives du droit international, car ce sont elles que l'obligation de réaction au fait internationalement illicite garantit, héritant du développement que connu le « crime d'État » dans la codification de la responsabilité internationale avant d'y être abandonné[2237]. L'ordre juridique international formule ainsi un mécanisme de réaction contre les lésions affectant son essence, et c'est la légalité internationale en tant qu'elle participe de cette essence que le contrôle frontalier contribue ici à rétablir[2238], doublant la protection qu'il offre en amont aux intérêts ainsi protégés[2239]. En effet, la violation grave[2240] de telles règles

---

[2236] C.I.J., 2024 (19 juil.), *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, préc., § 278.

[2237] Sur l'abandon du « crime d'État », v. C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 119, §§ 5-6 avec les références, et Dupuy (P.-M.), « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan », *R.G.D.I.P.*, t. 107 (2003), pp. 305-348, spéc. pp. 320-321 avec la bibliographie citée note 63.

[2238] Nous laissons ici de côté la question de l'utilisation du contrôle frontalier comme contre-mesure dans ce cadre, car cela convoque la lourde question de la possibilité de contre-mesure sans lésion particulière, sur laquelle il faut renvoyer aux travaux du Pr Alland et en premier lieu à son étude sur « Les contre-mesures d'intérêt général », *in* Dupuy (P.-M.) (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, 296 p., pp. 167-187).

[2239] En pratique l'obligation de réaction à la violation de règles impératives est souvent doublée par les obligations spécifiques de prévention/réaction prévues par les régimes protecteurs, notamment en matière humanitaire comme le montre l'allégation du Nicaragua contre l'Allemagne en l'affaire des *Manquements allégués à certaines obligations internationales relativement au territoire palestinien occupé*, soulignant notamment l'autorisation de transfert d'armes à destination d'Israël, qui mentionne tout de même le droit international général en soulignant le caractère impératif des règles violées et l'obligation de coopération contre la violation (requête introductive d'instance du 1er mars 2024, § 87).

[2240] C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », art. 40 § 2.

crée un trouble tel pour l'ordre de la communauté internationale qu'il justifie qu'« un effort concerté et coordonné de tous les États s'impose pour en contrecarrer les effets »[2241]. L'ordre public matériel est ici troublé par la violation de l'ordre public normatif. Au carrefour des deux, on retrouve la logique *erga omnes* de l'intérêt collectif dans le sens où la lésion de l'intérêt touche toutes les parties au régime[2242], non plus au niveau d'un possible engagement de la responsabilité mais désormais à celui de l'obligation d'œuvrer pour la cessation de la violation. C'est un passage de la légalité à la police, qui perçoit la violation comme touchant tous les membres mais surtout comme étant *intolérable*, au sens propre où nul ne saurait la tolérer en la laissant perdurer. Chacun doit, en conséquence, coopérer pour y mettre fin[2243] et s'abstenir de toute aide ou assistance au maintien de la situation[2244], ce qui vise le fait internationalement illicite mais aussi le contexte de trouble qu'il a engendré, de sorte que le contrôle frontalier doit non seulement capter le flux lésant directement l'intérêt mais aussi ceux pouvant indirectement

---

[2241] *Ibid.*, p. 122, § 3.

[2242] C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 119, §§ 4 et 7, où la Commission considère respectivement que le fait de l'existence de règles de *ius cogens* est « étroitement lié » à celle d'obligations *erga omnes*, et note qu'elles « se recoupent de façon substantielle » quoique le découpage conceptuel soit ensuite hasardeux et vissé à son pragmatisme. Le lien entre les deux est plus précis chez D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *op. cit.*, p. 78, qui souligne que les deux répondent à la même logique collective où chacun est relié à l'ensemble du groupe de sorte qu'il ne peut dévier de l'obligation sans affecter le groupe, quoiqu'il s'agisse de deux plans différents de la technique juridique. C'est pourquoi l'obligation de réaction peut aussi être invoquée avec l'appui du caractère *erga omnes* de l'obligation comme le fait la C.I.J., 1971 (21 juin), *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (avis), *C.I.J. Rec.* 1971, p. 56, § 126, not. repris dans l'avis de C.I.J., 2024 (19 juil.), *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, préc., §§ 274 et 278, suivie au niveau de la formulation abstraite par l'Institut de droit international (Institut de droit international, « Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international », Résolution de Cracovie (2005), art. 5 *litt*. a) ; la proposition provient de Giorgio Gaja, rapporteur de cette résolution (« Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international – First Report », préc., pp. 132 et 149-150 à propos de l'art. 41 § 1 des Articles sur la responsabilité), Sir Kenneth Keith abondant en soulignant l'importance d'un « devoir de solidarité » dans un « monde de plus en plus interdépendant » (p. 186). Le recoupement substantiel *erga omnes – ius cogens* atténue d'ailleurs le sentiment du rapporteur Gaja d'avoir formulé une proposition « somewhat innovative, even if it is intended to be limited to the case of serious breaches » (« Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international – Second report », préc., p. 201)).

[2243] C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., art. 41 § 1. *Contra*, Krieger (H.), « Rights and obligations of third parties in armed conflicts », *in* Benvenisti (E.) et Nolte (G.) (dir.), *Community interests across international law*, *op. cit.*, pp. 448-467, p. 454, conteste la portée positive du devoir de coopérer motif pris qu'il est trop vague pour impliquer une obligation d'agir et ne trouve pas d'appui dans la pratique. Mais s'il est vrai que l'étendue d'un devoir de coopération est incertaine, celui-ci n'est pas pour autant vide de sens et s'accommoderait mal d'une négligence de la part des États qui permettrait à la situation illicite de perdurer en la nourrissant, ce qui toucherait l'essence de l'obligation nonobstant son imprécision et les incertitudes qu'elle laisse (sur ces dernières, v. Gattini (A.), « Les obligations des États en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État pour violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général », *in* Dupuy (P.-M.) (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, 296 p., pp. 145-165, pp. 150-153). Du reste, la C.D.I. n'émet aucun doute sur l'obligatoriété de la disposition alors qu'elle en souligne le laconisme (C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 122, §§ 2 et 3).

[2244] C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., art. 41 § 2.

l'atteindre en nourrissant la situation où il s'inscrit[2245]. Il y a en définitive une « obligation d'isolation »[2246] qui « va au-delà de la commission de la violation grave pour s'intéresser au maintien de la situation créée par ladite violation »[2247]. Le contrôle frontalier sert à isoler le fait internationalement illicite pour l'étouffer, comme il sert à isoler le trouble à la paix et à la sécurité internationales.

b) La protection de la paix et de la sécurité internationales par le contrôle frontalier

607. Parallèlement à la dimension normative de la protection de la légalité internationale, l'ordre public comme fin réside aussi dans une dimension matérielle où le fait atteint directement l'intérêt de la paix et de la sécurité internationales sans que la qualification d'illicéité soit nécessaire pour réagir à son encontre. L'intérêt est matériellement atteint, ce qui suffit à ce que le contrôle frontalier soit enjoint à lui répondre.

608. Cette dimension de l'ordre public protégé par le contrôle frontalier a été particulièrement développée par la conjonction de son attrait pour tous les États et des larges pouvoirs du Conseil de sécurité des Nations Unies, de sorte qu'il convient ici d'en donner un large aperçu sans entrer dans le détail des régimes. Ainsi, et à côté de la présence de la sécurité dans d'autres régimes plus larges à l'instar du droit aérien[2248], la frontière est-elle internationalement déterminée à empêcher que le territoire devienne la base d'activités

---

[2245] Ce qui n'emporte pas une isolation totale de l'*auteur*, celui-ci n'étant isolé qu'à raison de la situation et donc à mesure de l'ampleur où celle-ci s'étend (v. Jørgensen (N.), « The obligation of non-assistance to the responsible State », *in* Crawford (J.), Pellet (A.) et Olleson (S.) (dir.), *The law of international responsibility*, *op. cit.*, pp. 687-693, p. 691 ; C.I.J., 2024 (19 juil.), *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, préc., § 278).

[2246] Selon la formule de Gattini (A.), « Les obligations des États en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État pour violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général », *op. cit.*, pp. 154-157, à propos de l'art. 41 § 2 du Projet de 2001.

[2247] C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », préc., p. 123, § 11, à comparer avec l'art. 16 où l'État n'est responsable d'aide ou assistance que dans le cas où l'une des deux prêtée « est manifestement liée au comportement illicite ultérieur » (p. 70, § 5).

[2248] La sûreté de l'aviation contre les menaces non accidentelles est un point important du régime, qui lutte contre les « interventions illicites » notamment par une obligation de l'État « d'assurer la sécurité des passagers, des équipages, du personnel au sol et du public dans toutes les questions relatives à la protection contre des actes d'intervention illicite dans l'aviation civile », ce qui suppose leur diligence dans l'opération de contrôles efficaces (O.A.C.I., Annexe 17 à la Convention relative à l'aviation civile internationale – Sûreté de l'aviation. Protection de l'aviation civile internationale contre les actes d'intervention illicite, 12e éd., juillet 2022, chapitre 1, « Actes d'intervention illicite » : « Actes ou tentatives d'actes de nature à compromettre la sécurité de l'aviation civile », qui incluent notamment la destruction d'un aéronef, la prise d'otages, l'intrusion par la force à bord d'un aéronef, l'introduction à bord d'une arme, etc. ; et §§ 2.1.1, 4.1.1 (obligation), 4.3.1 (contrôle portant sur l'aéronef), 4.4.1 et 4.4.3 (« inspection-filtrage » des passagers et de leurs bagages de cabine), 4.5.1 et 4.5.2 (« inspection-filtrage » des bagages de soute et utilisation de méthodes capables de détecter les explosifs).

hostiles[2249], belligènes[2250], et doit en particulier s'élever contre le développement international de ces activités par le blocage des circulations de mercenaires[2251], de terroristes[2252] et de leur matériel[2253], finances[2254] et propagande[2255], d'armes de destruction massive et matériaux

---

[2249] Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, préc., art. 4 § 2 *litt.* a) ; Convention du Conseil de coopération des États arabes du Golfe sur la lutte contre le terrorisme, préc., art. 7 ; Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international, préc., art. 3 § II) A) 1) ; Convention arabe relative à la répression du terrorisme, préc., art. 3 § I) 1) ; et au-delà du terrorisme, v. doc. N.U. A/RES/2625 (XXV), Annexe, 1er principe al. 7-8, et A/RES/3314 (XXIX).

[2250] V. par ex. doc. N.U. S/RES/1343 (2001), §§ 4-7 (guerre civile en Sierra Leone).

[2251] Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, préc., art. 6 *litt.* a).

[2252] Bien que reprenant un régime antérieur (Dubuisson (Fr.), « Vers un renforcement des obligations de diligence en matière de lutte contre le terrorisme ? », *in* Bannelier (K.), Christakis (Th.), Corten (O.) et Delcourt (B.) (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, vi-356 p., pp. 141-157), il faut partir de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité, qui dispose que les États doivent « [e]mpêcher les mouvements de terroristes ou de groupes de terroristes en instituant des contrôles efficaces aux frontières, ainsi que des contrôles lors de la délivrance de documents d'identité et de documents de voyage et en prenant des mesures pour empêcher la contrefaçon, la falsification ou l'usage frauduleux de papiers d'identité et de documents de voyage » (§ 2, *litt.* g)), obligation ensuite réitérée à de nombreuses reprises par le Conseil (parmi les nombreuses résolutions du Conseil portant sur le terrorisme, v. S/RES/1735 (2006), § 1 *litt.* b) ; S/RES/2161 (2014), § 1 *litt.* b) ; S/RES/2734 (2024), § 1 *litt.* b)). Une obligation similaire est édictée par les régimes conventionnels, visant à « prévenir toute infiltration d'individus ou de groupes impliqués dans la planification, l'organisation et l'exécution d'actes terroristes » (Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, préc., art. 4 § 2 *litt.* c), et Protocole à la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, préc., art. 3 § 1 *litt.* b) sur l'obligation d'empêcher l'entrée de terroristes sur leur territoire ; Convention du Conseil de coopération des États arabes du Golfe sur la lutte contre le terrorisme, préc., arts. 6 et 7 ; Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international, préc., art. 3 § II) A) 1) ; Convention arabe relative à la répression du terrorisme, préc., art. 3 § I) 1)).

[2253] V. Doc. N.U., S/RES/2161 (2014), § 1, *litt.* c), les États doivent « [e]mpêcher la fourniture, la vente ou le transfert directs ou indirects aux personnes, groupes, entreprises et entités en question, de leur territoire ou par leurs ressortissants établis hors de leur territoire, ou au moyen de navires ou d'aéronefs battant leur pavillon, d'armements et de matériels connexes de tous types (…) » (repris not. par S/RES/2734 (2024), § 1 *litt.* c)). Sur le plan conventionnel, v. Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme. Alger, 14 juillet 1999, art. 4 § 2 *litt.* b) ; Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international, préc., art. 3 § II) A) 3) ; Convention de Shanghai pour la lutte contre le terrorisme, le séparatisme et l'extrémisme, préc., art. 6 § 5 ; Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection, préc., art. III § 1.

[2254] Selon le Conseil de sécurité, les États doivent « prendre des mesures fermes et énergiques afin d'endiguer les flux de fonds et autres actifs et ressources économiques à destination des personnes et entités [visées] » (Doc. N.U., S/RES/2161 (2014), § 12 ; S/RES/2253 (2015), § 21 et S/RES/2368 (2017), §§ 1 *litt.* a) et 22 ; S/RES/2734 (2024), § 1 *litt.* a)), et « veiller à ce que ni leurs nationaux ni les personnes se trouvant sur leur territoire ne mettent des ressources économiques à la disposition de l'EIIL, d'Al-Qaida et des personnes, groupes, entreprises et entités qui leur sont associés », y compris s'agissant des ressources pétrolières (S/RES/2253 (2015), § 13, et S/RES/2734 (2024), § 14), ce qui peut mener à viser un produit spécifique comme le charbon de bois, sous embargo en ce qu'il contribue au financement d'Al-Chabab en Somalie (S/RES/2776 (2025), § 14). De la même manière dans les régimes conventionnels, les États doivent adopter « les mesures nécessaires à l'identification, à la détection, au gel ou à la saisie de tous fonds utilisés ou destinés à être utilisés pour commettre [des actes liés au terrorisme], ainsi que du produit de ces [actes] » (Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, préc., art. 8 § 1. Dans le même sens, Convention interaméricaine contre le terrorisme, art. 4 § 1 *litt.* b) ; Protocole à la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, préc., art. 3 § 1 *litt.* c) ; Convention du Conseil de coopération des États arabes du Golfe sur la lutte contre le terrorisme, préc., art. 15 ; Convention de Shanghai pour la lutte contre le terrorisme, le séparatisme et l'extrémisme, préc., art. 6 § 5).

[2255] Doc. N.U., S/RES/2354 (2017), se référant au Cadre international global de lutte contre la propagande terroriste annexé au doc. S/2017/375, repris not. par S/RES/2734 (2024), préambule, al. 36, et § 28 ; Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, préc., art. 5 (pénalisation de la provocation publique à commettre une infraction terroriste).

servant leur construction[2256], d'autres armes non-conventionnelles[2257] et conventionnelles[2258], ou encore des flux alimentant les groupes terroristes ou criminels[2259] comme la traite d'êtres humains[2260] ou les trafics de stupéfiants[2261] et de biens culturels[2262].

609. Autant de menaces visées pour elles-mêmes par ces régimes juridiques dont l'objet s'épuise dans le maintien de l'ordre. Mais protéger l'ordre public peut aussi être perçu comme un moyen en vue d'un objet plus haut que le droit entend réaliser, auquel participent d'ailleurs les régimes qui viennent d'être vus bien que leur logique interne ignore cette finalité. Le contrôle frontalier est alors déterminé comme outil d'assainissement des relations internationales en vue d'un Bien commun.

2. La poursuite de l'ordre public comme moyen par le contrôle frontalier

610. L'ordre public peut être perçu comme un moyen en ce qu'il fournit la base saine d'une finalité qui le dépasse, à savoir la poursuite du Bien commun qui a pu être évoqué en tête du présent titre. L'idée alors est que le contrôle frontalier préserve un intérêt qui s'épanouit au-delà de sa seule protection tout en la nécessitant, et poursuit alors le Bien commun de l'être humain (a) et au-delà le Bien commun du vivant où tout être s'inscrit (b).

[2256] Doc. N.U., S/RES/1540 (2004), § 3 *litt.* c) : obligation d'« [a]rrêter et instituer des activitées appropriées et efficaces de contrôles aux frontières et de police afin de détecter, dissuader, prévenir et combattre (…) le trafic et le courtage illicite de ces produits » ; Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, préc., art. I § 1 *litt.* a) et d) et art. VII § 1 ; Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, préc., art. IV ; Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, préc., art. I ; Traité sur l'interdiction des armes nucléaires, préc., art. 1 § 1 *litt.* b) et c). En réaction au développement du programme nucléaire iranien, v. doc. N.U., S/RES/1737 (2006), §§ 3-4, 7 et 10 et S/RES/1929 (2010), §§ 7-8 ; en réaction au nucléaire nord-coréen, v. S/RES/1718 (2006), § 8 *litt.* a)-e) et S/RES/2397 (2017), §§ 4-7.

[2257] Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, préc., art. 1 § 1 *litt.* b) ; Convention sur les armes à sous-munition, préc., art. 1 § 1 *litt.* b) et c).

[2258] V. le régime posé *supra*, aux paragraphes 587-588.

[2259] Sur la criminalité transnationale organisée, v. la déclaration du Président du Conseil de sécurité du 7 déc. 2023, doc. N.U. S/PRST/2023/6 qui synthétise les champs de lutte et souligne que « la sécurisation de leurs frontières » revient d'abord aux États (al. 3).

[2260] V. le prochain développement, sur la protection de l'être humain.

[2261] Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, préc., arts. 3, 5, 15 et 19 (régime centré sur la pénalisation) ; contre les Talibans en Afghanistan (avant reprise du pouvoir), v. S/RES/1817 (2008), § 2, et S/RES/2274 (2018), § 44 ; contre le terrorisme, v. doc. N.U., S/RES/2734 (2024), préambule, al. 31-32.

[2262] V. par ex. la Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels, préc., préambule, al. 6 (lien avec la criminalité organisée) et 7 (avec le terrorisme), ou plus développés les Principes directeurs internationaux sur les mesures de prévention du crime et de justice pénale relatives au trafic de biens culturels et aux autres infractions connexes (doc. N.U., A/RES/69/196, spéc. principe 9 sur le contrôle des frontières), et plus contraignant la résolution 2347 (2017) du Conseil de sécurité pointant les liens entre terrorisme et pillage du patrimoine culturel (S/RES/2347 (2017), §§ 2 et 8 pour le blocage des flux). V. le prochain développement, sur la protection de l'être humain.

a) La protection de l'être humain par le contrôle frontalier

611. Présenter la frontière comme protectrice de l'être humain peut surprendre au vu de l'image funeste que lui donnent certaines pratiques migratoires, allant jusqu'au meurtre. Ces pratiques existent et nous les avons traitées[2263], mais elles n'épuisent pas l'effet de la frontière qui est aussi bloquante que protectrice. N'est-ce pas cette même frontière qui protège la liberté des peuples et traduit leurs choix, ou que le réfugié recherche pour faire écran envers son persécuteur ?

612. C'est ainsi que la frontière peut et doit protéger l'être humain, et d'abord l'être humain situé sur le territoire qu'elle entoure car les droits propres à l'individu peuvent exiger protection par la voie des obligations positives pesant sur l'État[2264], pour lequel le contrôle frontalier figure parmi les moyens élémentaires à sa disposition pour créer un espace de vie sain pour l'être humain sous sa juridiction[2265]. Mais le contrôle frontalier doit aussi protéger l'être humain où qu'il soit en vertu de l'universalité de la dignité humaine, lorsque les régimes qui la protègent étendent la condamnation de sa lésion aux flux qui en favorisent la situation. C'est l'effet non seulement des intérêts humanitaires couverts comme relevant du *ius cogens* par l'obligation de réaction qui y est attachée[2266], mais aussi de certains régimes qui imposent eux-mêmes une

---

[2263] Dans la 1re partie, aux paragraphes 278-279.

[2264] Parmi les différentes obligations positives, c'est-à-dire d'agir, en matière de droits de l'homme, la frontière s'inscrit d'abord dans celles portant sur la prévention en tant qu'outil d'exécution matérielle d'un empêchement tourné en protection. V. l'important cours de Pisillo-Mazzeschi (R.), « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. pp. 390-414 sur la prévention.

[2265] Notamment car l'obligation positive inclut l'obligation de moyen et vise alors le comportement des personnes privées (C.D.H., *Observation générale n° 31 – La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, préc., § 8 ; Pisillo Mazzeschi (R.), « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 226-228), qui constitue l'essentiel de la matière visée par la protection de la frontière dans ce cadre. Si les cas d'invocations particulières des droits de l'homme contre la défaillance du contrôle de la frontière semblent rares, ne serait-ce qu'en raison d'un lien de causalité ténu une fois la situation réduite à l'individuel, il reste que le régime *permet* une telle allégation en prévoyant ces obligations ; ainsi d'une obligation de contrôler l'entrée des armes en vertu de l'obligation de l'État de veiller à la sécurité de ses citoyens (Nepal, Supreme Court, 2012 (5 sept.), *Advocate Tulshi Simhkada v. The Constituent Assembly Parliament and others*, préc. ; dans le sens du contrôle des armes en lien avec le droit à la vie, v. aussi la position du C.D.H., *Observation générale n° 36 (Article 6 : droit à la vie)*, préc., § 21), qui peut être étendue à tous flux menaçants du même genre comme le terrorisme. Au surplus, l'obligation de l'État ne doit pas être réduite à la situation individuelle de l'individu la lui opposant, mais doit aussi être vue au niveau plus général du vis-à-vis des êtres humains sous sa juridiction, avant la question du mécanisme d'engagement de la responsabilité. Ainsi par exemple le droit à la vie est-il mobilisable sur la lutte contre les pandémies (sur les maladies comme « contexte dans la société » dont il y a peu à en tirer conséquence pour les pandémies, v. C.D.H., *Observation générale n° 36 (Article 6 : droit à la vie)*, préc., § 26, et son observation n° 6 de 1982 (aussi sur le droit à la vie – doc. N.U., HRI/GEN/1/Rev.1) qui mentionne explicitement les « épidémies » (§ 5)) et peut en conséquence plaider pour une obligation de contrôler la frontière dans ce contexte, où le droit à la santé vient aussi en renfort (spéc. l'art. 12 § 2 *litt.* c) du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels qui vise la prophylaxie ; v. Comité D.E.S.C., *Observation générale n° 14 (2000)*, doc. N.U. E/C.12/2000/4, §§ 16, 43 *litt.* f) et 44 *litt.* c)).

[2266] Cela renvoi au développement du 1) a) du présent B). À noter que dans ce cadre et sur ce fondement, la juridiction conditionnant l'opposabilité des droits de l'homme conventionnels n'est pas pertinente de sorte que la frontière est liée nonobstant la puissance exercée par l'État : seule compte sa contribution.

contribution à leur respect exigeant l'activation de la frontière comme mesure d'isolement et donc d'étiolement de la situation, à l'instar de la protection de la santé mondiale[2267], du droit international humanitaire[2268], de la prohibition des crimes internationaux[2269] ou encore des

---

[2267] Au-delà d'une obligation générale de prévenir la propagation internationale de maladies infectieuses rattachée à l'obligation coutumière de l'utilisation non-dommageable du territoire (Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 2020 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 31, n° 4 (2021), pp. 626-629 (à propos du Covid-19)) et pouvant reposer sur ce fondement sous-jacent, le régime du Règlement sanitaire international ne contient pas d'obligation générale de prévention explicite comme le pouvaient certaines conventions par le passé (The Pan American Sanitary Code, préc., art. 8) mais repose tout entier sur une telle action dans la mesure où il vise précisément à « prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique » (O.M.S., *Règlement sanitaire international*, préc., art. 2). Certaines de ses obligations supposent ainsi la prévention, par ex. lorsqu'il est prévu que les autorités compétentes aux points de contrôle de la frontière « veillent à ce que les bagages, cargaisons, conteneurs, moyens de transport, marchandises et colis postaux et les restes humains au départ et en provenance de zones affectées soient maintenus dans un état tel qu'ils soient exempts de sources d'infection ou de contamination » (*ibid.*, art. 22 § 1 *litt.* a), et Annexe 5, § 4, qui dispose une obligation d'instauration de « programmes pour lutter contre les vecteurs susceptibles de transport un agent infectieux constituant un risque pour la santé publique » autour des points d'entrée). De plus, les recommandations de l'O.M.S. informent l'obligation de prévention comme obligation de moyen au cas par cas, par exemple dans le cadre de la stratégie « d'endiguement rapide » dont l'objectif est d'enrayer une pandémie dès que le virus est détecté et avant que celui-ci ait eu la possibilité de se propager largement : les premiers cas doivent déclencher l'adoption de « mesures de santé publique destinées à bloquer la transmission (isolement, mise en quarantaine et contrôles aux frontières) » (O.M.S., 2011 (5 mai), Rapport du Comité d'examen sur le fonctionnement du Règlement sanitaire international (2005) eu égard à la grippe pandémique A (H1N1) 2009, préc., p. 48, § 59).

[2268] L'art. 1 commun aux Conventions de Genève de 1949 (préc.), selon lequel les États « s'engagent à respecter et à *faire respecter* » le droit humanitaire a une grande portée à cet égard dans la mesure où l'action que nous y soulignons vise le tiers qui méconnaît ce droit, la situation extérieure au territoire que celui-ci doit empêcher en s'extrayant de l'espace relationnel où elle prospère car encastré dans ce régime commun, il ne peut ignorer les liens qui l'attachent à sa lésion. Outre la jurisprudence déjà vue saisissant l'*erga omnes* du régime (*supra*, au paragraphe 573), la littérature sur cette disposition est considérable et il convient de renvoyer à l'œuvre du C.I.C.R., *Commentaire de la première convention de Genève (2016)*, Genève, C.I.C.R., 2020 (éd. fr.), xx-1163 p., pp. 31-60, spéc. pp. 42-53, où figurent pour ce qui intéresse la frontière « l'application de mesures de rétorsion, comme (…) le non renouvellement de privilèges commerciaux », « l'adoption de contre-mesures licites, tels des embargos sur les armes, des restrictions commerciales et financières, des interdictions de vol (…) », « le fait de conditionner, limiter ou refuser des transferts d'armes » (p. 52, § 181). Il faut tout de même ajouter qu'à propos (notamment) du laisser-aller d'armes à destination d'un État accusé de violations du droit humanitaire, matière en laquelle le Traité sur le commerce des armes relaye par ailleurs l'obligation de prévention (Traité sur le commerce des armes, préc., art. 7 §§ 1 *litt.* b) i) et 3, dont les limites sont vues par Simonet (L.), *Le traité sur le commerce des armes…*, *op. cit.*, pp. 96-106)), la Cour internationale de Justice a relevé que l'art. 1 commun aux Conventions de 1949 exprimait une obligation coutumière (C.I.J., 2024 (30 avr.), *Manquements allégués à certaines obligations internationales relativement au territoire palestinien occupé* (*Nicaragua c. Allemagne*), demande en indication de mesures conservatoires, §§ 23-24, et la requête introductive d'instance du Nicaragua, spéc. §§ 38, 45, 51, 53 pour les faits d'autorisation d'exportation d'armes, et 67, al. 3-4, et 88 sur la prévention de violations du droit humanitaire ; v. aussi dans le même contexte l'arrêt du 12 février 2024 de la Cour d'appel de La Haye, ECLI:NL:GHDHA:2024:191, déclarant illicite l'exportation de parties d'aéronefs de guerre motif pris de leur utilisation dans de possibles violations du droit humanitaire (mentionnées par la requête du Nicaragua précitée, un extrait en anglais y étant attaché en annexe 14 ; l'arrêt est chroniqué par Piéri (R.) *in* Rivier (R.) (dir.), « Jurisprudence étrangère intéressant le droit international », *R.G.D.I.P.*, t. 128 (2024), pp. 917-919).

[2269] Ainsi pour le génocide, *R.T.N.U.*, vol. 78, I-1021, Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. 1, les États « s'engagent à prévenir » le génocide ; mobilisé à propos de l'autorisation d'exportation d'armes à un État accusé de commettre un tel crime dans l'affaire devant la C.I.J., 2024 (30 avr.), *Manquements allégués à certaines obligations internationales relativement au territoire palestinien occupé*, préc., §§ 23-24 (ainsi que la requête introductive d'instance du Nicaragua, spéc. §§ 67, al. 1-2, et 86). La prohibition est notablement relayée quant à l'autorisation d'exportation d'armes par le Traité sur le commerce des armes, art. 6 § 3 (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre). En doctrine, un bon état des lieux est dressé par Van den Herik (L.) et Irving (E.), « Due diligence and the obligation to prevent genocide and crimes against humanity », *in*

droits de l'homme pour autant qu'ils sont affranchis de la juridiction conditionnant leur opposabilité conventionnelle[2270]. Tous ces régimes déterminent le contrôle frontalier en l'enjoignant à capter les flux néfastes pour l'être humain, qui est ainsi protégé comme partie de la population, comme partie du monde, et finalement toujours comme être à la dignité

Krieger (H.), Peters (A.) et Kreuzer (L.) (dir.), *Due diligence in the international legal order*, *op. cit.*, pp. 200-216. Enfin, non plus pour la prévention mais la répression, la frontière peut saisir l'individu recherché pour commission de ces crimes, en l'arrêtant lors d'une visite dans un État partie de la Cour pénale internationale par exemple (v. par ex. la C.P.I. constatant la violation de l'obligation de coopération de la Mongolie pour le non-arrêt de Vladimir Poutine, 2024 (24 oct.), *Situation in Ukraine*, n° ICC-01/22-90, § 38).

[2270] Cela peut passer par la voie médiate de la responsabilité pour aide ou assistance (art. 16 du Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (C.D.I., préc.) ; C.D.H., *Observation générale n° 36 (Article 6 : droit à la vie)*, préc., § 63), dès lors que si l'État commettait lui-même l'acte qu'il sert par ses relations il serait illicite car il aurait aussi, dans cette situation, juridiction bien qu'il ne l'ait pas en tant qu'aidant ; mais un argumentaire peut aussi être construit sur le versant coutumier des droits de l'homme, réduit à leur noyau dur mais possiblement affranchi du critère de juridiction, au moins pour cette obligation minimale et toute négative de ne pas léser l'intérêt, comme cela appert d'une pratique importante régulant les circulations d'armes sur le critère de leur utilisation confrontée aux droits de l'homme (le texte phare à cet égard est le Traité sur le commerce des armes (préc., art. 7 §§ 1, *litt.* b) ii), et 3) ; pour une pratique antérieure, v. pêle-mêle Chen (Ch.) *et al.*, « Contemporary practice and judicial decisions of the Republic of China relating to international law, 2006 », *C.T.Y.B.I.L.A.*, vol. 24 (2006), pp. 404-406 (argument pour que l'Union européenne maintienne son embargo sur les armes à destination de la Chine) ; Siekmann (R.C.R.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 1990-1991 », *N.Y.I.L.*, vol. 23 (1992), p. 389 ; Tange (P.C.), « Netherlands state practice for the parliamentary year 2006-2007 », *N.Y.I.L.*, vol. 39 (2008), pp. 318-319 (le Gouvernement indonésien est jugé suffisamment respectueux des droits de l'homme pour que l'exportation soit permise) ; Apostolaki (M.), Methymaki (E.), Musto (C.), et Tzanakopoulos (A.), « United Kingdom materials on international law 2016 », *B.Y.I.L.*, vol. 87 (2016), p. 664 ; Belgium, Commercial Court of Brussels (Ninth Chamber), 1988 (2 mai), *Lavi v. Asco and Others*, *I.L.R.* vol. 91, pp. 249-255 (nullité d'un contrat de vente d'arme à l'Iran car « Belgium considers that it is under a duty not to allow the supply of arms to regimes which violate human rights in a flagrant manner » (p. 253) de sorte qu'un contrat contraire à cette règle est nul en droit belge) ; Réponse du ministre français de la Défense à une question écrite de M. Jeambrun, reproduite *in A.F.D.I.*, t. 26 (1980), p. 886 ; Rousseau (Ch.), « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, t. 96 (1992), pp. 629-630 (interdiction d'exportations d'armes à destination de la Chine par la Suisse à la suite de la répression de Tiananmen, où la situation demeure « loin de correspondre à ce que la communauté des nations est en droit d'attendre »). En dehors de ces cas, l'absence de juridiction fait écran à la contrainte de la circulation par les droits de l'homme (Caflisch (L.), « La pratique suisse en matière de droit international public 2013 », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 25, n° 1 (2015), pp. 79-80, position de la direction du droit international public du Gouvernement suisse qui estime en conséquence qu'il n'y a pas d'obligation d'un État d'empêcher l'exportation de logiciels de surveillance ; Com.E.D.H., 1995 (18 oct.), *Tugar c. Italie*, req. n° 22869/93, où saisie d'une affaire où le contrôle défaillant de l'Italie avait permis l'exportation illicite par une société italienne de mines antipersonnel en Irak, l'une d'elles ayant blessé le requérant, la Commission considéra que le droit de l'homme n'était pas opposable faute de juridiction, celle-ci étant absente au vu du lien distendu de causalité et du caractère trop lointain des répercussions, ce qui rejoint le critère identifié *supra* (1re partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 § 2) à propos de la juridiction, critère de la *puissance* devant être exercée sur l'individu, *soumis* à l'État).

intrinsèque comme le montrent encore l'obligation d'arrêter les flux porteurs de messages qui sapent sa dignité[2271] ou le réifient par l'esclavage[2272] ou le trafic[2273].

613. Enfin, le contrôle frontalier protège aussi le bien de l'être humain à travers la protection de sa culture[2274], qui est faite de diversité[2275] et donc de la préservation de l'altérité-ipséité que la frontière incarne au niveau spatial et que son contrôle peut maintenir, en garantissant la justesse de l'ouverture mutuelle sans lequel la culture humaine s'étiole[2276]. C'est ainsi que le

---

[2271] C'est la lutte contre les appels à la haine « nationale, raciale ou religieuse qui constitue[nt] une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence » qui est ici visée (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 20 § 2 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 13 § 5 ; Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Recommandation n° 4 (97) 20 sur le « discours de haine »*, 30 octobre 1997 ; Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, *S.T.E.* n° 189, not. art. 3 sur l'interdiction de la diffusion de matériel raciste et xénophobe. Sur la condamnation de l'incitation à la haine raciale, v. également la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 4, et les commentaires de Thornberry (P.), *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Commentary*, *op. cit.*, spéc. pp. 287-289 sur l'obligation positive contenue dans le chapeau de l'article. Dans la pratique, v. notamment l'initiative politique de l'Appel de Christchurch, réunissant plus de 130 gouvernements pour éliminer les discours haineux en ligne (<https://www.christchurchcall.com>). Ainsi par exemple des propos antisémites (C.D.H., 1983 (6 avr.), *J.R.T. et W.G. Party c. Canada*, n° 1041/1981, CCPR/C/18/D/104/1981, § 8 *litt.* b) ; C.D.H., 2000 (18 oct.), *Ross c. Canada*, doc. N.U. CCPR/C/70/D/736/1997, § 11.5), islamophobes (C.E.D.H., 2004 (18 mai), *Seurot c. France*, req. n° 57383/00, p. 8, la Convention européenne des droits de l'homme ne prohibe pas directement le discours de haine, mais la Cour l'exclut ici de la protection conventionnelle en le qualifiant d'abus de droit en vertu de l'article 17 de la Convention), ou appelant à l'exécution de la Charia par la violence (C.E.D.H., 2017 (27 juin), *Belkacem c. Belgique*, req. n° 34367/14, § 33, même remarque que pour *Seurot*). Il peut aussi être fait mention de flux spécifiquement criminalisés comme la pédopornographie (Convention sur la cybercriminalité, *S.T.E.* n° 185, art. 9 ; Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0…*, *op. cit.*, p. 203, § 6).

[2272] La prohibition de l'esclavage est logée au cœur de la dignité humaine et affirmée « dans les intérêts généraux de l'humanité » selon la formule de la S.A., 1905 (8 août), *Boutres de Mascate*, préc., p. 93. En découle une obligation de prévention (Convention relative à l'esclavage, préc., arts. 2 *litt.* a) (obligation générale) et 3 (spéc. sur le transport d'esclaves dans les eaux territoriales) ; Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, préc., art. 2 *litt.* b)).

[2273] Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, préc., art. 11 (mesures aux frontières) ; C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration…*, préc., § 92.

[2274] Les droits de l'homme ne sont d'ailleurs pas loin dans la protection de la culture, bien que l'identité culturelle *per se* soit mal saisie par le droit international (v. Bories (Cl.), *Le patrimoine culturel en droit international…*, *op. cit.*, pp. 217-252 ; la Convention créant l'Unesco place la diffusion de la culture et de l'éducation sous l'égide de « la dignité de l'homme » et en lien avec les droits de l'homme (*R.T.N.U.*, vol. 4, I-52, préambule, al. 4, et art. 1)).

[2275] V. encore *R.T.N.U.*, vol. 2440, I-43977, Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, préambule, al. 1, « la diversité culturelle est une caractéristique inhérente à l'humanité », ainsi que l'alinéa 3 selon lequel « la diversité culturelle crée un monde riche et varié qui élargit le champ des possibles, nourrit les capacités et les valeurs humaines ».

[2276] Sur l'ouverture mutuelle, v. la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, préc., préambule, al. 3 : « l'échange de biens culturels entre nations à des fins scientifiques, culturelles et éducatives approfondit la connaissance de la civilisation humaine, enrichit la vie culturelle de tous les peuples et fait naître le respect et l'estime mutuels entre les nations » ; Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, préc., art. 1 *litt.* d) (interaction culturelle pour « bâtir des passerelles entre les peuples ») ; C.P.I., 2017 (17 août), *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Ordonnance de réparation, n°ICC-01/12-01/15-236, § 14, reprenant les mots d'un expert, « le patrimoine culturel joue un rôle central dans la façon dont les communautés *se définissent et tissent des liens entre elles*, s'identifient à leur passé et envisagent leur avenir » (nous soulignons).

contrôle frontalier est déterminé par l'obligation de lutter contre le trafic des biens culturels[2277], car son activation fait naturellement partie des mesures propres à prévenir leur enlèvement globalisé[2278]. Ici, la frontière s'élève contre le pillage et l'arrachement d'éléments culturels au milieu qui leur est propre, endiguant l'éparpillement de la culture et la stérilisation de ses éléments une fois coupés du lien vif de l'imaginaire qui les a créés au profit d'une marchandisation sans racines[2279]. C'est finalement *la* culture de l'humanité qui est ainsi protégée, en évitant ces lésions qui « entravent la compréhension mutuelle des nations »[2280].

b) La protection du vivant par le contrôle frontalier

614. Au-delà de l'être humain bien que le concernant directement, le contrôle frontalier protège enfin la vie elle-même, le vivant que l'on qualifie d'« environnement » ou « nature ». Le contrôle frontalier s'inscrit dans cette protection par l'injonction fondatrice selon laquelle les États « ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale »[2281], principe maintes fois

---

[2277] Pour un tour d'horizon descriptif, v. Shyllon (F.), « Grasping the nettle of illicit export, import, and transfer of ownership of cultural objects », *in* Vrdoljak (A. F.) et Francioni (Fr.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, lxxi-1012 p., pp. 227-249, qui embrasse notamment la dimension de droit privé.

[2278] La Convention phare en la matière est la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (préc.), préambule, al. 5 (obligation de protéger le patrimoine situé sur le territoire contre l'exportation illicite), et arts. 2 § 2 (obligation générale), 6 (système de certificats) et 7 *litt.* b) i)-ii) (prohibition de l'importation et obligation de prendre des mesures pour saisir tout bien culturel volé et importé ; la disposition a pu causer une inquiétude sur la lourdeur du contrôle des frontières impliqué, sans fondement car le contrôle *à* la frontière n'est ni automatique ni le seul moyen comme le relève O'Keefe (P.), *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, Builth Wells, Institute of Art and Law, 2e éd., 2007, xiv-217 p., pp. 57-59, et p. 62 où les douanes sont situées parmi les « mesures » pour saisir le bien volé) ; pour un exemple d'activation des douanes par cette convention, v. Murphy (S. D.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *A.J.I.L.*, vol. 94 (2000), pp. 544-545. Une obligation incluant le contrôle de la frontière est également présente dans d'autres régimes protecteurs, plus localisés (Convention sur la protection du patrimoine archéologique, historique et artistique des nations américaines, Traité C-16 de l'O.E.A., arts. 3 (prohibition des importations et exportations), 7 et 10 (mesures préventives ; Charte de la renaissance culturelle africaine, art. 26), et/ou spécialisés comme à propos des patrimoines archéologique (*R.T.N.U.*, vol. 1966, I-33612, Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique, arts. 3 *litt.* i) a) et 10) ou culturel subaquatique (*R.T.N.U.*, vol. 2562, I-45694, Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, art. 14).

[2279] En écho, v. la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (préc.), préambule, al. 4, les biens culturels « ne prennent leur valeur réelle que si leur origine, leur histoire et leur environnement sont connus avec la plus grande précision ».

[2280] *Ibid.*, préambule, al. 8.

[2281] *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 16 juin 1972, doc. N.U., A/CONF.48/14/Rev.1, principe 21.

repris sous une forme conventionnelle[2282], jurisprudentielle[2283] ou encore déclarative[2284]. Il y a là un véritable intérêt collectif et élément de l'ordre public international car par ce principe, la nature est juridiquement considérée pour elle-même dans le sens où elle est affranchie de ses saisies individuelles, protégée jusque dans le commun des « régions ne relevant d'aucune juridiction nationale »[2285], ce que reprennent notamment des régimes spécifiques à la mer[2286]

[2282] Convention sur la diversité biologique, préc., art. 3 ; Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, préc., préambule, al. 10 ; Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, préc., préambule, al. 3 ; Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, préc., préambule, al. 2 ; Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, préc., art. 4 § 6 ; Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution radioactive, préc., art. III.

[2283] C.I.J., 1996 (8 juil.), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, préc., p. 242, § 29 (le principe « fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement) ; C.I.J., 1997 (25 sept.), *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, préc., p. 41, § 53 ; S.A., 2013 (18 févr.), *Indus Waters Kishenganga (Pakistan c. Inde) (sentence partielle)*, doc. C.P.A. PK-IN 82842, § 448 ; S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale*, préc., p. 519, § 941 ; T.I.D.M., 2024 (21 mai), *Demande d'avis consultatif…*, préc., §§ 186 et 246 ; C.I.J., 2025 (23 juil.), *Obligations des États en matière de changement climatique* (avis), spéc. §§ 272-273.

[2284] Outre celle de Stockholm en 1972, v. la *Déclaration de Rio de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Rio, 14 juin 1992, doc. N.U. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), principe 2 ; *Charte mondiale de la nature*, doc. N.U., A/RES/37/7, 28 octobre 1982, Annexe, § 21 *litt.* d).

[2285] Ainsi la lésion n'a pas à frapper un État ou individu donné et donc la nature n'est pas dépendante, au sein du régime, d'une telle lésion « personnalisée » pour exister par sa protection, ce qui n'efface nullement les vues largement anthropocentrées qui impriment cette protection (sur cet anthropocentrisme, v. Tourme Jouannet (E.), *Un nouveau droit international écologique. Habiter autrement la Terre*, *op. cit.*, et notre recension présentant la pensée de l'auteure *in R.G.D.I.P.*, t. 128 (2024), pp. 937-941). Cela étant dit et dans ce cadre, c'est pourquoi le lien opéré par la Cour internationale de Justice entre l'utilisation non-dommageable et le principe de prévention peut être admis s'il s'agit d'expliquer la naissance du principe de prévention dans la mesure où il fut intellectuellement bâti sur l'idée de la responsabilité de l'État à raison de son territoire qu'exprime l'utilisation non-dommageable (Duvic-Paoli (L.-A.) et Viñuales (J.), « Principle 2: Prevention », *in* Viñuales (J.) (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, liii-665 p., pp. 107-138, p. 108), mais doit être rejeté en ce qu'il entend tisser un lien juridique entre les deux, plaçant l' « origine » du principe de prévention comme règle coutumière dans « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États » (C.I.J., 2010 (20 avr.), *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, préc., pp. 55-56, § 101 ; repris par C.I.J., 2015 (16 déc.), *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, *C.I.J. Rec.* 2015, p. 706, § 104), dès lors que leurs régimes ne sont pas liés et fonctionnent selon deux logiques bien distinctes, de sorte que le second, peut-être développement historique du premier, n'en est nullement un avatar. C'est pourquoi la réduction du principe de prévention au simple évitement de préjudice à l'environnement « *d'un autre État* » (C.I.J., 2010 (20 avr.), *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, préc., p. 56, § 101, qui pourtant se réfère à l'avis *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* où la Cour donnait sa réelle signification au principe en couvrant les espaces en dehors de la juridiction nationale de sa protection ; repris par C.I.J., 2015 (16 déc.), *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière…*, préc., p. 706, § 104) sans mention des espaces en dehors des juridictions nationales, revient à nier l'autonomie et donc la raison d'être du principe de prévention, car l'environnement *d'un autre État* est déjà protégé comme intérêt légitime de l'État par l'obligation d'utilisation non-dommageable. V. Duvic-Paoli (L.-A.) et Viñuales (J.), « Principle 2: Prevention », *op. cit.*, pp. 113-114, et surtout la thèse de Gervasi (M.), *Prevention of Environmental Harm under General International Law. An Alternative Reconstruction*, *op. cit.*, spéc. pp. 75-121.

[2286] En premier lieu, la Partie XII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer s'applique à l'environnement marin dans tous les espaces maritimes sans considération de souveraineté (S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale*, préc., p. 519, § 940 ; T.I.D.M., 2024 (21 mai), *Demande d'avis consultatif…*, préc., §§ 166-171 sur l'acception de « milieu marin »). S'agissant de la « Zone », soustraite aux souverainetés, un avis souligne que c'est à la « réalisation de l'intérêt commun de tous les États » et en défense de celui-ci que contribue l'État qui y patronne les activités conformément à ses obligations défendre l'intérêt commun » (T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, préc., p. 33, §

ou à l'atmosphère[2287]. Non plus seulement intérêt étatique, la nature est ainsi protégée pour elle-même et le contrôle frontalier doit la préserver où qu'elle se situe, capter les flux polluants où qu'ils aillent.

615. Les ramifications de cette obligation nodale de prévention sont ensuite nombreuses à déterminer le contrôle frontalier en ce sens. C'est le cas pour la protection de l'atmosphère[2288], du milieu marin[2289] et de certaines menaces planant sur lui comme les déchets immergés et/ou

---

76). Dans d'autres régimes protecteurs, la « mer » désigne généralement à cet égard « toutes les eaux marines à l'exception des eaux intérieures des États » (Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, préc., art. III § 3), et la « zone maritime » englobe tant les eaux intérieures que la haute mer (Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, préc., art. 1 *litt.* a)).

[2287] Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, préc., art. 1 § 1, la « couche d'ozone » désigne « la couche d'ozone atmosphérique présente au-dessus de la couche limite de la planète », sans considération de souveraineté et de situation dans l'espace aérien des États donc. Dans le même sens, C.D.I., « Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », préc., directive 1 *litt.* a) (l' « atmosphère » désigne « l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre »), b) (« pollution atmosphérique » vise les émissions ou rejets contribuant à des effets nocifs « qui s'étendent au-delà de l'État d'origine ») et c) (définit la « dégradation atmosphérique » comme toute altération des conditions atmosphériques affectant significativement l'environnement), en dépit d'une confusion par laquelle la C.D.I. cantonne la définition de la pollution atmosphérique à ce qu'elle appelle les « effets transfrontières » qui sont limités à ceux frappant le territoire d'un autre État (ce qui ne résulte aucunement de la formulation du projet de directive, mais seulement de son commentaire, p. 24 § 11 et p. 27 § 2), par opposition aux « effets mondiaux » qui frappent l'environnement *per se*.

[2288] Si la question du contrôle des frontières est moins évidente concernant la protection de l'atmosphère, nul État disposant dans son espace aérien de mécanisme de contrôle des polluants comme les douanes terrestres, maritimes ou aériennes, il n'empêche que la question reste pertinente au regard de l'analogie évidente avec d'autres questions intéressant plus directement le contrôle des frontières, dans la mesure où il y a bien un flux émanant du territoire de l'État qui est susceptible de le quitter pour frapper un espace tiers, atmosphère d'un autre État ou de l'espace international, au gré des vents mouvant les exhalaisons polluantes. Du reste, la protection de l'atmosphère ne concerne pas seulement les exhalaison *per se*, mais aussi les produits les permettant, qui eux passent par la frontière contrôlée. S'agissant de certains éléments (en l'absence de convention de protection de l'atmosphère *en général*), v. la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, art. 2 §§ 1 et 2 *litt.* b) (obligation de prévention générale) ; Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, préc., arts. 2 (réglementant la quantité d'importation possible proportionnellement au regard du niveau de consommation permis, aujourd'hui remplacé par des articles plus précis à raison de produits spécifiques insérés par amendements, allant jusqu'à la réduction à zéro supposant la prohibition d'importations et exportations (arts. 2A à 2I)) et 4 §§ 1 (prohibition de l'importation de toutes les substances visées en provenance d'États non parties) et 2 (*idem* pour l'exportation). Une tentative d'identification a été opérée par la Commission du droit international, qui énonce notamment que « Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence requise dans l'adoption de mesures appropriées, conformément aux règles de droit international applicables, en vue de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique » (« Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », préc., directive 3).

[2289] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., spéc. arts. 192 et 194 (sur lequel v. T.I.D.M., 2024 (21 mai), *Demande d'avis consultatif…*, préc., § 198) ; *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 16 juin 1972, doc. N.U., A/CONF.48/14/Rev.1, principe 7. Pour des formulations régionales, v. Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, préc., art. 2 § 1 *litt.* a) ; Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, préc., art. 5 § 1 ; Convention sur la protection de l'environnement marin et des zones côtières du Pacifique du Sud-Est, préc., art. 3 §§ 1 et 5 ; Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution, préc., art. V § 2 ; Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, préc., art. 3 § 1 ; Convention sur la coopération pour la protection et le développement durable des zones marines et côtières du Pacifique du Nord-Est, préc., art. 5 § 1.

incinérés en mer[2290], la pollution provenant de sources telluriques[2291] ou de navires[2292], ou encore la protection des ressources biologiques[2293] et de la biodiversité[2294]. C'est par cette

[2290] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 210 ; Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, préc., arts. I et II ; Protocole à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers par l'immersion de déchets, préc., art. 2 ; Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, préc., art. 4 et annexe II ; Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, préc., arts. 10 et 11 ; Protocole sur la prévention de la pollution de la région du Pacifique sud résultant de l'immersion de déchets, préc., art. 3 § 1 ; Protocole sur le contrôle des mouvements marins transfrontières et l'élimination de déchets dangereux et autres déchets, préc., arts. 4, 5, 7 et 8.

[2291] Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, préc., art. 3 et annexe I ; Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, préc., art. 7 ; Protocole relatif à la conservation et à la gestion des zones marines et côtières protégées du Pacifique du Sud-Est, 1989, *B.D.M.*, vol. 15 (1990), pp. 49-55, art. VII § 1 ; Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution, préc., art. VII, et Protocole sur la protection du milieu marin de la mer Noire contre la pollution d'origine tellurique, préc., art. 1 ; Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, préc., art. 6 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 207.

[2292] *R.T.N.U.*, vol. 1341, I-22484, Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires – Convention dite « MARPOL », art. 5 § 2 (c'est l'État du pavillon qui est chargé de délivrer un certificat d'innocuité aux navires en ce que leur conception respecte les règles environnementales établies dans les annexes (art. 5 § 1) ; mais l'État du port soumet les navires y mouillant à inspection, et doit en l'absence de certificat ou d'inconformité avec celui-ci prendre « les mesures nécessaires pour empêcher le navire d'appareiller avant qu'il puisse le faire sans danger excessif pour le milieu marin », soit le retenir sur son territoire pour protéger l'environnement d'un flux à risque). Les critères retenus par MARPOL sont précisés de manière très détaillée par le Recueil international de règles applicables aux navires exploités dans les eaux polaires (recueil sur la navigation polaire) de l'O.M.I., préc., Partie II-A, spéc. § 1.2 (normes de construction du navire) ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 194 § 3 *litt.* b), et art. 219 (la Convention ne prévoit pas d'obligation de l'État du port de contrôler la navigabilité des navires, mais un tel contrôle a-t-il été effectué et révélé la dangerosité du navire au vu des règles et normes internationales applicables, l'État est alors tenu de « pren[dre], autant que faire se peut, des mesures administratives pour empêcher ce navire d'appareiller ») ; Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, préc., art. 6 ; Convention sur la protection de l'environnement marin et des zones côtières du Pacifique du Sud-Est, 12 nov. 1981, préc., art. 4 *litt.* b) ; Protocole relatif à la conservation et à la gestion des zones marines et côtières protégées du Pacifique du Sud-Est, préc., art. VII § 2 *litt.* a) ; Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures, préc., art. 3 § 1 *litt.* b) (inspection du navire par les agents de l'État du port) ; Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution, préc., art. VIII ; Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, préc., art. 8 § 1 et annexe IV (qui concerne davantage l'État du pavillon, mais aussi l'État territorial si le navire a des activités sur le fond des mers et le sous-sol adjacent à ses côtes (règle 3 § 1) ; obligation d'inspection pour assurer l'innocuité du navire dans sa conception (règle 5 F) 1)) et délivrance de certificats après inspection (règle 5 G) 1)) ; Convention sur la coopération pour la protection et le développement durable des zones marines et côtières du Pacifique du Nord-Est, préc., art. 6 § 1 *litt.* b) ; Convention internationale de 2004 pour le contrôle et la gestion des eaux de ballast et sédiments des navires, préc., arts. 9 § 3 et 10 § 3 (seulement en cas d'inspection (approfondie) dont la tenue est à la discrétion de l'État du port, celui-ci *doit* prendre les mesures pour empêcher le navire de rejeter de l'eau de ballast s'il s'avère néfaste, ce qui suppose de le maintenir à quai (confirmé par art. 10 § 2)).

[2293] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., arts. 117 (obligation générale de prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation de ces ressources) et 119 (modalités de la conservation, prise en considération des données scientifiques et de l'objectif de protection des espèces) ; Convention pour l'interdiction de la pêche au filet maillant dérivant de grande dimension dans le Pacifique Sud, arts. 2 (prohibition de l'utilisation de filets maillants aux navires de pêche, notamment ceux relevant de la juridiction de l'État) et 3 § 1 *litt.* b) ii) (interdiction par l'État du transbordement de poissons pris au filet maillant dérivant dans les zones relevant de sa juridiction) ; Accord relatif aux mesures du ressort de l'État du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, préc., arts. 9 (refus d'entrée dans le port des navires liés à la pêche illicite, non déclarée et non réglementée), 11 et 18 *litt.* b) (refus d'autorisation d'utiliser le port pour ces navires), 12 (inspection des navires).

[2294] Convention sur la diversité biologique, préc., art. 8 *litt.* h) (obligation d'empêcher l'arrivée d'espèces exotiques nuisibles) ; Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, préc., arts. 2 § 2 (obligation d'empêcher que le transfert d'un organisme vivant modifié affecte

dernière qu'il convient de clore les développements de la présente étude, non sans revenir sur la pensée qui l'a ouverte car la biodiversité contient la vie et l'altérité qui en fait toute la valeur, dont les frontières ont pu donner à voir l'essence et les difficultés dans le champ bien fin et hasardeux de l'existence humaine.

la diversité biologique) et 25 § 1 (lutte contre le trafic illicite) ; Convention internationale pour la protection des végétaux, préc., art. IV § 2 *litt.* b) (détection d'organismes nuisibles), c) (inspection des végétaux introduits dans les échanges internationaux pour empêcher la dissémination d'organismes nuisibles), d) (désinfection des envois de végétaux) ; Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique, préc., art. 15.

Conclusion du chapitre

616. Dans l'idée de détermination du contrôle frontalier qui anime cette partie et plus précisément de détermination du contrôle par son objet qui anime le présent titre, le pouvoir territorial est lié par le droit international à saisir des flux susceptibles de léser des intérêts internationalement protégés. Déterminé par son objet, c'est-à-dire obligé de saisir tel ou tel flux, le contrôle frontalier participe à la protection d'un ordre public international qu'il préserve de circulations allant des armes de destruction massive au navire polluant, au service de la communauté d'intérêt.

617. Il est d'abord lié vis-à-vis d'autres États pris individuellement, en protection de leurs intérêts particuliers, car la coexistence interétatique est fondée sur un respect mutuel des souverainetés qui implique que chacune s'efforce à garantir que son territoire ne soit pas l'occasion d'une atteinte portée à une autre. Le contrôle frontalier est alors placé dans un faisceau de relations bilatérales, où chacun exige le respect de ses intérêts propres et où le contrôle est lié à raison de ces intérêts tels que définis par la souveraineté qui les détient et les couvre, sous la seule limite de l'internationalement admissible car l'État ne pourra pas opposer un intérêt à être prémuni de flux perçus de façon illicite. La protection d'un ordre public international par le contrôle frontalier trouve là ses premiers éléments car il est avant tout fondé sur une coexistence pacifique, mais il reste rudimentaire et cantonné à une logique interindividuelle où seule vaut la position de l'État concerné, seul protégé. Autrement dit, l'idée d'ordre public liant une communauté suppose la préservation des membres qui composent cette communauté mais ne peut s'épanouir dans une logique bilatérale.

618. En effet l'ordre public international ne se déploie pleinement que par la protection d'intérêts collectifs, qui lient la communauté en tant que communauté. L'intérêt collectif est protégé à l'égard du groupe tout entier car c'est lui qui *fait* le groupe dont les membres sont liés par le souci commun d'une menace interdépendante. Cette protection est outillée par la forme *erga omnes* de l'obligation de contrôle frontalier, qui détermine le contrôle à l'égard de tous et le place ainsi dans un lien multilatéral qui l'extirpe de la logique bilatérale que nous avons vue. La forme rend ainsi opératoire la détermination du contrôle frontalier en vue de l'objet commun de l'ordre public, et cet objet collectif peut ensuite prendre une consistance variée au gré des intérêts et inquiétudes de la communauté internationale, qui entend promouvoir la protection par la coopération des contrôles frontaliers en vue de composantes de l'ordre public que nous avons dessinées pour finir, allant de la protection de la légalité internationale à celle du vivant en passant par la paix et la sécurité internationales et la protection de l'être humain.

Conclusion du titre

619. À raison de son objet, la détermination du contrôle frontalier trace un ordre international des flux, le droit international saisissant le pouvoir territorial pour le lier au sein d'un régime où il devra lever ou fermer la frontière selon l'objet qui se présente au contrôle, sans l'interférence de l'emprise étatique dans le jeu de la modération établi en première partie. Que l'entrave soit neutralisée ou la protection obligée, le contrôle frontalier et avec lui le territoire sont placés au service de la communauté internationale en ce qu'elle a intérêt à certaines circulations.

620. L'entrave posée par le contrôle frontalier est neutralisée par l'imposition du mouvement qui dessine les voies de circulations essentielles pour la communauté internationale, celles qui ne souffrent pas l'interférence de l'emprise étatique. Les régimes sont assez rares, et seuls certains posent une imposition absolue de la circulation car d'autres contiennent une telle imposition dans leur logique interne mais ouvrent une possibilité à l'État de les altérer. On y trouve d'abord la protection des communications qui relient la communauté, et c'est ainsi par les voies préservées de l'emprise étatique que l'organisation internationale doit pouvoir accueillir les personnes qui l'animent, les navires voguer par les mers et détroits, ou l'État entretenir sa présence diplomatique. À ces communications s'ajoutent des flux qui visent le territoire comme lieu d'achèvement de l'intérêt, qu'il soit celui du respect contrôlé du droit international, du trouble à l'ordre public qu'il s'agit de faire cesser, ou enfin de l'arrivée d'un être humain fuyant pour son intégrité. Comme espace de passage ou d'arrivée, le territoire s'inscrit dans la communauté internationale comme parcelle d'un ordre de circulations jugées essentielles.

621. La protection, ensuite, oblige le contrôle frontalier à préserver la communauté des circulations qui peuvent l'atteindre et le place ainsi au service d'un certain ordre public international. Au premier degré de la coexistence, l'ordre exige que les parties de la communauté se respectent et se préservent mutuellement, le contrôle frontalier protégeant les intérêts particuliers de chacun en s'assurant que le territoire n'est pas la source d'une atteinte à un État tiers, dans une logique bilatérale. Mais la coexistence est aussi une existence en commun, second degré qui est celui de la communauté où l'idée d'ordre public s'épanouit particulièrement comme intérêt collectif. Le contrôle frontalier est alors déterminé par un lien multilatéral, à l'égard de toutes les parties à l'intérêt commun, car il s'inscrit dans un monde interdépendant où chacun a intérêt à son bon fonctionnement. L'ordre public international

soude ainsi les contrôles frontaliers et les verrouillent contre les flux qui rompent la légalité internationale ou la paix, ainsi que ceux qui lèsent l'être humain et le vivant.

Conclusion de la seconde partie

622. Tandis que la première partie était marquée par l'oscillation du territoire entre espace sous emprise étatique et espace d'intérêt international, le contrôle frontalier étant modéré par le droit international pour articuler les deux aspects, cette seconde partie le voit basculer comme espace d'intérêt international, le contrôle étant désormais déterminé au service des tiers, de l'État situé à la communauté internationale dans son ensemble. À mesure de cette détermination du contrôle par le droit international, le territoire est internationalisé. L'étude du contrôle de la frontière s'enrichit ainsi d'une dimension qui recoupe pour partie la modération, dont il accentue la contrainte posée à l'État territorial. Ce dernier n'est pas pour autant dépassé et les termes de la dialectique entre l'emprise et l'international persistent, car le contrôle est enraciné dans la souveraineté territoriale posée dès le premier chapitre de la présente étude. Il reste que son pouvoir est lié et ainsi ouvert à l'intérêt international qui domine alors dans la relation juridique.

623. Il est d'abord lié quant à l'opération du contrôle frontalier, où l'indétermination qui perdurait dans la seule quête de modération se voit effacée à mesure que le droit international précise ce que le contrôle doit faire. D'abord à un niveau fondamental, l'obligation de contrôle frontalier détermine le pouvoir territorial dans le sens d'une action, d'un effort que le droit international qualifie, et l'opération est ainsi déterminée quant au principe même de sa réalisation. Ensuite s'agissant des modalités de l'opération, le droit international harmonise les contrôles frontaliers en les liant par une myriade de normes qui précisent chacune de leurs étapes et constituent du sens international opposable à l'emprise étatique qui entendrait percevoir et exécuter le contrôle comme elle seule l'entend.

624. Le pouvoir de contrôle frontalier est ensuite lié quant à son objet même, astreint à s'ouvrir ou à se fermer à certains flux identifiés par le droit international qui trace ainsi un ordre international des flux préservé du pouvoir discrétionnaire de l'interférence étatique, alors saisie comme un rouage au service de l'ordre commun. Ici, le contrôle frontalier est déterminé dans le sens de l'ouverture aux communications essentielles à la communauté internationale ou de l'accueil salutaire d'une humanité en fuite, et dans le sens de la fermeture lorsqu'il s'agit de protéger des composantes de l'ordre public comme la légalité internationale ou les droits de l'homme.

625. Ainsi la souveraineté conserve l'irréductibilité de l'État territorial et de sa frontière dans la relation juridique, mais son ouverture par l'engagement l'inscrit dans une pratique au service de l'intérêt international où l'emprise qu'elle incarne tend à s'effacer.

Conclusion de l'étude

« (…) le vent ne tarda pas à souffler avec violence.
Le roseau, secoué et courbé par les vents, s'en tira facilement ;
mais l'olivier, résistant aux vents, fut cassé par leur violence. »
Ésope, *Fables*[2295]

626. L'étude qui s'achève ici s'est ouverte en dépliant le territoire, fermé par l'emprise de l'État, comme espace de réalisation d'intérêts internationaux, existant *aussi* vis-à-vis des tiers, à l'instar du sujet de droit « État » qui y est sis et ne peut exister sans altérité car l'existence juridique est une situation faite de relations. C'est dans cette optique que nous avons cherché à comprendre le contrôle des frontières en droit international, dans l'altérité qu'indique la frontière au contact d'autrui et qui questionne la place de la souveraineté territoriale en tant qu'elle s'inscrit nécessairement dans un ensemble, la société ou communauté internationale, qui suppose et repose sur ce contact. Par la frontière et sa vertu heuristique, le territoire a été « pensé à la limite »[2296].

627. À cette limite et eu égard à l'altérité qu'elle concentre, la première exigence posée au droit international a été de garantir la viabilité de la société internationale à l'égard du contrôle frontalier, c'est-à-dire *modérer* ce contrôle qui sinon serait susceptible d'altérer la totalité des circulations qui font cette société en tissant les relations en son sein. Le droit international s'est avéré apte à cette tâche, dont il a d'abord fallu prendre la mesure en étudiant le fondement étatique du contrôle frontalier pour évaluer la possibilité de le modérer. Il est alors apparu en premier lieu que l'État territorial persisterait à travers tout le fil de l'étude, car son pouvoir de contrôle prend racine dans la souveraineté qui en fait une liberté de principe, pouvant certes être limitée mais uniquement par l'acceptation d'un intérêt protégé qui lui fait face, et persistant par ailleurs dans la limite comme pouvoir discrétionnaire résultant de toutes les indéterminations de la réglementation. Quelle qu'elle soit par la suite, l'ouverture du territoire n'est ainsi aucunement dissolution de l'État. C'est sur ce fondement que le contrôle frontalier marque le territoire de l'emprise étatique, jusqu'à en être projeté et apparaître ainsi comme un fait non seulement inhérent à l'État, mais invasif, exercé en dehors du territoire et déployé à

[2295] « Le roseau et l'olivier », trad. fr. Chambry (É.), Paris, Les Belles Lettres, Coll. « 100 ans », 2020, xlvii-201 p., p. 77 (n° 143). La morale explicite est qu'il ne faut pas résister contre plus fort que soi, mais nous lisons ici la fable comme expression de la mesure au sens de rejet de l'*hubris*, trait fondamental de la pensée grecque.
[2296] L'expression clôturait l'introduction pour souligner la valeur heuristique de la frontière pour l'étude, et est tirée d'Amilhat Szary (A.-L.), *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, *op. cit.*, p. 148.

travers des agents tiers. L'emprise étatique est donc tenace, mais le droit international trouve des prises pour la limiter, par la liberté pratique de l'État qui contrairement à la souveraineté peut être réduite, et par l'opposabilité de la limite et l'imputation du fait qui suit le déploiement du contrôle frontalier hors le territoire et hors les organes de l'État *stricto sensu*. La modération étant donc possible dans la mesure indiquée à partir de ce premier pôle, étatique, il s'est alors agi de traiter l'opposition du tiers qui l'exige, second pôle de la dialectique de l'espace territorial qui complète la modération, de l'un *vis-à-vis de l'autre*. Il a d'abord fallu dresser le portrait de ce tiers, cet Autre vis-à-vis duquel le contrôle frontalier est limité et le territoire apparaît comme espace d'intérêt international, ce qui nous a mené à tirer certains enseignements de la pensée classique du droit international avant de se plonger dans le droit positif où les intérêts s'opposant au contrôle frontalier sont consacrés. Ainsi la dialectique est formée, un tiers fait face à l'État territorial, deux perceptions du territoire s'opposent, et le droit international doit encore la rendre opératoire pour répondre à l'exigence qui lui a été posée, rendre la société internationale viable au niveau de ses relations transfrontalières en la dotant d'un outil ordonnant le contact d'intérêts afin d'éviter leur destruction mutuelle. Il faut en d'autres termes un mécanisme d'articulation, nécessaire dès lors que le droit international protège simultanément deux intérêts qui peuvent entrer en collision à la frontière et dont il récuse la destruction de l'un par l'autre en prohibant l'arbitraire qui nierait la relation juridique ainsi établie. Partant, le contrôle frontalier doit bien être modéré et l'est par la recherche d'un juste milieu, dont l'équilibre est plus ou moins heureux mais sa recherche est bien permise par le droit international.

628. La modération du contrôle frontalier est donc établie par le droit international et ses termes ont ainsi été donnés. La viabilité de la société internationale vivant par relations transfrontières y trouve une certaine garantie, mais il s'avère que cette société est aujourd'hui hautement dépendante de ces relations et très rapprochée par leur densité, de sorte que la modération du contrôle frontalier ne suffit plus et que le droit international est aussi convoqué pour *déterminer* le contrôle, préciser la limite du pouvoir territorial de sorte à réduire voire neutraliser la marge de l'emprise étatique et placer cette emprise au service de l'intérêt international. En d'autres termes, le droit international tend ici à faire du pouvoir de contrôle frontalier un pouvoir *lié*, comme le rouage mécanique d'une communauté dans laquelle il s'inscrit et qu'il ne saurait briser par son repli. D'abord au niveau de son opération, la détermination du contrôle frontalier l'oblige à agir, le pouvoir territorial étant dès lors astreint à produire un effort qualifié par le droit international, et harmonise ses multiples modalités de

sorte que le contrôle ne peut percevoir et saisir les flux comme il l'entend. C'est là un premier plan pour lier le contrôle et en faire un rouage, qui le détermine comme action. Ensuite au niveau de son objet, et c'est là la finalité de la détermination du contrôle frontalier au service de la communauté internationale car l'intérêt dernier réside non dans l'action mais dans son effet sur les faits, le droit international lie le contrôle frontalier par certains régimes qui neutralisent l'interférence étatique au vu de l'objet qui est en cause, que ce soit pour lever l'entrave du contrôle frontalier au service d'un ordre international de circulations, ou pour garantir la protection au service d'un ordre public international. Ainsi leur détermination fait des contrôles frontaliers autant de partie d'un ordre international des flux qui les inclut, préservant les circulations de l'unilatéralité de l'emprise étatique au profit de la communauté qu'elles relient dans l'espace international. Parfois plus loin que la modération, toujours contre le repli, la frontière est en définitive incluse dans un ensemble dont elle fait partie, la société ou communauté internationale. Et si elle y marque certes l'emprise étatique sur le territoire qu'elle détoure, elle permet aussi son ouverture vis-à-vis de l'Autre et une saine coexistence entre le particulier et l'universel, malgré des insuffisances et dysfonctionnement évidents du droit international et de sa pratique contemporaine.

629. Nous avons d'entrée défini l'étude comme cherchant la compréhension de la réglementation du phénomène plus que sa lecture critique eu égard aux douleurs qui résultent de ce dernier point. Peut-être faut-il toutefois finir en considérant ces insuffisances et dysfonctionnements du droit international, car ils prolongent l'interrogation de la frontière, en confrontant la pensée de la limite à la limite de la pensée. Le constat est fréquent, la frontière apparaît être « de moins en moins une ligne de "suture" (…) et de plus en plus une ligne de "rupture" »[2297]. Seule la relation juridique, écrivait Roubier, « peut nous faire toucher du doigt cet équilibre fondamental des prérogatives, c'est-à-dire des droits ou des pouvoirs, avec les obligations ou les devoirs »[2298], mais encore faut-il que ses justes termes soient inscrits et la force maîtrisée pour que l'équilibre trouve quelque satisfaction au-delà de la seule égalité désincarnée dans l'abstraction juridique. Par leur induration en murs, les frontières sont « destinées à devenir de sinistres cimetières linéaires »[2299], symboles de divisions mortifères ainsi emplis d'une connotation péjorative qui se diffuse de la détestation des frontières au soupçon enthousiaste à l'idée de leur disparition[2300]. Si la frontière sans Autre est une frontière

[2297] Rosière (St.), *Frontières de fer*, *op. cit.*, p. 169.
[2298] Roubier (P.), *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, pp. 7-8.
[2299] Dorion (H.), *Éloge de la frontière*, *op. cit.*, p. 18.
[2300] *Ibid.*, pp. 17-21.

« morte »[2301], celle qui le supprime est assurément « infâme »[2302]. Ces faits existent, induration et rejets meurtrissant, et le juriste que nous sommes ne peut qu'en prendre acte pour constater les limites de l'effectivité de son outil, les limites de la justice de son art, et finalement les limites de sa pensée. Cette dernière peut toutefois dire encore un dernier mot en remettant la frontière à sa juste place, enrichie de la saisie juridique développée le long de cette étude, qui, malgré ses faiblesses, a bien pour dernier objet la construction du fait par la conciliation d'intérêts contraires. La frontière et la réglementation de son contrôle y apparaissent sur une fine ligne de crête, car « [s]i la délimitation des frontières a quelque chose à voir avec la précieuse identité de ce qu'elle détoure, elle n'est pas pour autant une clôture. Ce qui est délimité est poreux, c'est un lieu de franchissement contrôlé : en deçà d'un certain degré de contrôle la frontière n'est plus qu'un mot, au-delà, elle impose un intenable enfermement »[2303]. L'État comme sujet doté d'une identité a besoin d'une limite qui le pose contre la dissolution dans un Tout finissant dans le rien, mais sa rigidité cassante, entendant nier l'Autre ou ne le considérer qu'au gré de ses humeurs, ne saurait à terme qu'emporter sa perte par l'implosion interne d'une existence figée dans une froide mêmeté, comme l'enseigne la folie dionysiaque qui frappa les Thébains[2304]. Par sa dualité, à l'interface, la frontière est un « lieu d'alerte »[2305] du rapport à l'Autre, recherche constante du juste milieu où « met[tre] de la distance dans la proximité »[2306]. C'est dire si elle doit être souple. Face aux puissants vents du mouvement, la frontière doit ployer comme le roseau, s'assouplir au contact de la réalité par l'ouverture de la puissance fermement enracinée dans la souveraineté territoriale. La rigidité absolue de l'olivier ne saurait que la briser après un coûteux effort ayant meurtri bien des êtres fracassés, car la dureté du bois ne peut s'opposer à la violence du monde qu'à condition de la bien cerner. Cette violence serait-elle assimilée à tout Autre que soi, elle ne saurait conduire qu'à l'arrachement.

[2301] Buzzati (D.), *Le Désert des Tartares*, *op. cit*., p. 19.
[2302] Ataei (A.), *La frontière des oubliés*, Paris, Gallimard, 2023, Coll. « Du monde entier », trad. fr. Nouri (S.), 151 p., p. 110, surnom que les gens donnèrent à la frontière entre l'Afghanistan et le Pakistan, « constituée de deux clôtures de barbelés séparées par un champ magnétique fatal à tout être vivant ». L'auteure en restitue un sinistre récit : « Ma mère courait vers les barbelés. La foule était très nombreuse. Je courais derrière elle. Ses mains ont touché les barbelés. Elle a été secouée, de tout son corps avant de s'effondrer sur le sol. Il ne restait rien, juste un bout de bois mort, avec des mains violettes… »
[2303] Alland (D.), « Le droit international sans Terminus ? Réflexions sur la délimitation », *op. cit.*, p. 38. Dans le même sens, v. Foucher (M.), « Frontières : rejet, attachement, obsession », *op. cit.*, p. 8.
[2304] Nous avons utilisé le mythe pour ouvrir l'étude, *supra*, au paragraphe 2.
[2305] Amilhat Szary (A.-L.), *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, *op. cit.*, p. 150.
[2306] Formule du groupe de géographes strasbourgeois « Frontière », citée dans le même sens par Amilhat Szary (A.-L.), *ibid.*, p. 27.

630. Certes, la frontière vivante cause du « souci »[2307], car l'Autre est toujours incertain. Mais c'est le souci d'une vie faite de rencontres, d'ailleurs, d'un étranger. L'Autre suppose du Même, le Même a besoin d'Autre. Un *identique* totalisant, fait d'un Même que rien ne sépare ni ne distingue, signerait « l'unité silencieuse »[2308] de la Mêmeté figée dans une béatitude mortifère, sans altérité, condamnée au pareil. Contre ce froid silence, la friction de l'altérité fait du bruit, et c'est l'éternel défi d'une humanité partagée que d'en faire un son, de la cacophonie faire de l'harmonie, sur les cordes des frontières vibrant du Bien commun de l'altérité réconciliée.

[2307] Buzzati (D.), *Le Désert des Tartares*, *op. cit.*, p. 19.
[2308] Plotin, Traité 10 (V, 1), 4, 38, « si tu supprimes la différence, il ne restera plus qu'une unité silencieuse » (*Traités 7 à 21*, Paris, GF Flammarion, éd. Brisson (L.) et Pradeau (J.-Fr.), 2003, 544 p., p. 160). Dans l'ordre international, un État mondial « porte en soi la liquidation de toute identité collective » (Jouannet (E.), « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale », *A.P.D.* t. 47 (2003), pp. 191-232, p. 213).

Bibliographie

Sauf pour la jurisprudence, ne sont pas reproduites les pratiques recueillies dans les revues et annuaires nationaux ou dans les recueils internationaux.

I. Pensée

A. Dictionnaires

- Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, xxv-1649 p., pp. 837-842
- Alland (D.), *Les 100 mots du droit international*, Paris, PUF, 2021, Coll. « Que Sais-Je ? », 127 p.
- Andriantsimbazovina (J.) *et al.*, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, Coll. « Dictionnaire Quadrige », xviii-1074 p., pp. 357-360
- Arnaud (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit (1993)*, Paris, L.G.D.J., Rééd. Coll. « Anthologie du droit », 2018, xxxvii-758 p.
- Basdevant (J.) et Union académique internationale, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, xv-755 p.
- Ndior (V.) (dir.), *Dictionnaire de l'actualité internationale*, Paris, Pedone, 2021, 569 p.
- Raynaud (Ph.) et Rials (St.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 3e éd., Coll. « Quadrige Dicos poche » xv-892 p.
- Rey (A.) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2012, 3 t., xvii-4168 p.
- Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xli-1198 p.
- Van Lang (A.), Gondouin (G.) et Inserguet-Brisset (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Dalloz, 8e éd., 2021, xii-619 p.

B. Monographies et ouvrages collectifs unis

- Agier (M.), *L'étranger qui vient. Repenser l'hospitalité*, Paris, Éditions du Seuil, 2018, Coll. « Points essais », 152 p.
- Akande (D.) et Gillard (E.-Ch.), *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, publication commandée par le Bureau de la coordination des affaires humanitaires des Nations Unies, 2016, 61 p.
- Alem (L.), *Contrôle et mobilité des capitaux en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2025, 592 p.
- Alland (D.) et Teitgen-Colly (C.), *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 693 p.
- Alland (D.), *Anzilotti et le droit international public. Un essai*, Paris, Pedone, 2e éd., 2013, 199 p.
- Alland (D.), *Justice privée et ordre juridique international*, Paris, Pedone, 1994, 503 p.

- Alland (D.), *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 10e éd., 2023, 377 p.
- Amilhat Szary (A.-L.), *Qu'est-ce qu'une frontière aujourd'hui ?*, Paris, PUF, 2015, 160 p.
- Ancel (J.), *Géographie des frontières*, Paris, Gallimard, 1938, xi-209 p.
- Ancelin (J.), *La lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre*, Bruxelles, Bruylant, 2017, xvii-753 p.
- Anzilotti (D.), *Cours de droit international (1929)*, trad. fr. Gidel (G.), Paris, L.G.D.J. – Université Panthéon-Assas, 1999, Coll. « Les Introuvables », 534 p.
- Anzilotti (D.), *Cours de droit international (1929)*, trad. fr. Gidel (G.), Paris, L.G.D.J. – Université Panthéon-Assas, 1999, Coll. « Les Introuvables », 534 p.
- Apollis (G.), *L'emprise maritime de l'Etat côtier*, Paris, Pedone, 1981, 293 p.
- Arendt (H.), *Qu'est-ce que la politique ?*, Paris, Éditions du Seuil, Coll. « Points essais », éd. fr. Widmaier (C.), 2014, 309 p.
- Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Vrin, 2007, Coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », trad. fr. Tricot (J.), 579 p.
- Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Vrin, 2007, Coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », trad. fr. Tricot (J.), 579 p.
- Aristote, *Les Politiques*, Paris, GF Flammarion, 2015, trad. et prés. Pellegrin (P.), 589 p.
- Aron (R.), *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 8e éd., 2004, xxxvii-794 p.
- Ataei (A.), *La frontière des oubliés*, Paris, Gallimard, 2023, Coll. « Du monde entier », trad. fr. Nouri (S.), 151 p.
- Atias (Chr.), *Philosophie du droit*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 4e éd., ix-410 p.
- Aubenque (P.), *La prudence chez Aristote (1963)*, Paris, PUF, 1993, Coll. « Quadrige », 220 p.
- Badie (B.), *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Paris, Fayard, Coll. « L'espace du politique », 1995, 276 p.
- Baranger (D.), *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. « Que Sais-Je ? », 7e éd., 2017, 127 p.
- Barreto Santana de Andrade (D.), *Les droits de l'homme dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce : vers la cohérence. Le cas des droits économiques, sociaux et culturels*, Th. Aix-Marseille Université, 2018, dir. Ghérari (H.), 619 p.
- Basdevant-Gaudemet (Br.), *Aux origines de l'Etat moderne. Charles Loyseau, 1564-1627, théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, 1976, ix-306 p.
- Battistella (D.), Cornut (J.) et Baranets (E.), *Théories des relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 6e éd., 2019, 800 p.
- Bauman (Z.), *Étrangers à nos portes*, Paris, Premier Parallèle, 2020, trad. fr. Joly (Fr.), 133 p.
- Beaud (O.), *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, Coll. « Léviathan », 1994, 512 p.
- Bergé (J.-S.), *Les situations en mouvement et le droit. Essai d'une épistémologie pragmatique*, Paris, Dalloz, 2021, Coll. « Méthodes du droit », xv-327 p.
- Bertrand (R.) (dir.), *L'exploration du monde. Une autre histoire des Grandes Découvertes*, Paris, Éditions du Seuil, éd. augmentée, 2023, 541 p.
- Beurier (J.-P.), *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 2017, 5e éd., 628 p.
- Bhagwati (J.), *Éloge du libre-échange*, Paris, Éditions d'Organisation, 2005, trad. fr. Destombes (J.), 128 p.

- Blois (Cl. de), *La construction du concept moderne de frontière terrestre en France : des traités de Westphalie au traité de Paris (1648-1815)*, Thèse Université de Paris, 2021, dir. A. Vergne, 828 p.
- Bodin (J.), *Les six livres de la République*, Lyon, Jacques Du Puys, 4e éd., 1579, 1058 p.
- Bonde (A.), *Traité élémentaire de droit international public*, Paris, Dalloz, 1926, iii-566 p.
- Bonfils (H.), *Manuel de droit international public*, 6e éd., Paris, A. Rousseau, 1912, viii-1121 p.
- Bories (Cl.), *Le patrimoine culturel en droit international. Les compétences des Etats à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, Paris, Pedone, 2011, 556 p.
- Bossuyt (M.), *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, xi-262 p.
- Braudel (F.), *Civilisation matérielle, économie et capitalisme – XVe-XVIIIe s. Tome 1. Les structures du quotidien : le possible et l'impossible* (1979), Malakoff, Armand Colin, rééd. 2022, 476 p.
- Burdeau (G.), *L'Etat*, Paris, Seuil, Rééd. 2009, xii-204 p.
- Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. I, vol. II « Le pouvoir politique », Paris, L.G.D.J., 1980, 3e éd., 385 p.
- Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. II, « L'Etat », Paris, L.G.D.J., 1980, 3e éd., 733 p.
- Burdeau (G.), *Traité de science politique*, t. IV, « Le statut du pouvoir dans l'Etat », Paris, L.G.D.J., 1983, 3e éd., 648 p.
- Burgorgue-Larsen (L.), *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme* in context. *La justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2e éd., 2023, 598 p.
- Buzzati (D.), *Le Désert des Tartares*, Paris, Robert Laffont, 1949, Coll. « Pocket », trad. fr. Arnaud (M.), 267 p.
- Cahier (Ph.), *Étude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les Etats où elles résident*, Milan, A. Giuffrè, 1959, vii-449 p.
- Cannizzaro (E.), *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milan, A. Giuffrè, 2000, xiv-511 p.
- Carré de Malberg (R.), *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, t. I, Paris, Sirey, 1920, xxxvi-837 p., rééd. Paris, Dalloz, 2004, coll. « Bibliothèque Dalloz »
- Carreau (D.) *et al.*, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6e éd., 2017, xiii-941 p.
- Cassella (S.), *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff, 2011, xiii-577 p.
- Chanda (N.), *Au commencement était la mondialisation. La grande saga des aventuriers, missionnaires, soldats et marchands*, Paris, CNRS Éditions, 2010, trad. fr. Lescourret (M.-A.), 446 p.
- Chandler (A.), *Institutions of Isolation. Border Controls in the Soviet Union and Its Successor States, 1917-1993*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1998, 205 p.
- Chemillier-Gendreau (M.), *L'injustifiable. Les politiques françaises de l'immigration*, Paris, Bayard, 1998, 284 p.
- Chetail (V.), *International migration law*, Cambridge, CUP, 2019, xlvii-449 p.
- Chevallier (J.), *L'Etat de droit*, Paris, L.G.D.J., 6e éd., 2017, Coll. « Clefs / Politique », 156 p.
- Chevallier (J.), *L'Etat*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2011, Coll. « Connaissance du droit », 121 p.

- Cicéron, *La République*, *in La République. Le Destin*, Paris, Gallimard, 1994, trad. fr. Bréguet (E.) (pour *La République*), lxx-261 p.
- Cicéron, *Traité des lois*, Paris, Les Belles Lettres, C.U.F., 2022, trad. fr. Plinval (G. de), lxxiii-131 p.
- Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2019, 13e éd., 878 p.
- Cornelisse (G.), *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, ix-388 p.
- Corten (O.), *« À la paix comme à la guerre ? » Le droit international face aux exécutions extrajudiciaires ciblées*, Paris, Pedone, 2021, 173 p.
- Corten (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, « Collection de droit international », xxii-696 p.
- Corten (O.), *Le droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 3e éd., 2020, 903 p.
- Coulée (Fr.), *Droit des traités et non-réciprocité : recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, Th. Paris II, dir. J. Combacau, 1999, 620 p.
- Couveinhes-Matsumoto (Fl.), *Droit international économique*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 2023, 663 p.
- Couveinhes-Matsumoto (Fl.), *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Jus Gentium », xxiv-692 p.
- Crawford (J.), *The Creation of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2de éd., 2006, lxxii-870 p.
- Crottet (Br.), *L'OMC et la protection de la santé publique*, Th. Paris II, 2010, dir. Leben (Ch.), 624 p.
- Cusset (Chr.) et Salamon (G.) (dir.), *À la rencontre de l'étranger. L'image de l'Autre chez les Anciens*, Paris, Les Belles Lettres, Coll. « Signets », 2021, xxi-342 p.
- Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, Coll. « La couleur des idées », 308 p.
- Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011, 431 p.
- Demoule (J.-P.), *Homo Migrans. Une histoire globale des migrations*, Paris, 2024, Payot et Rivages, Coll. « Petite Bibliothèque Payot Histoire », 460 p.
- Desautels-Stein (J.), *The Right to Exclude. A Critical Race Approach to Sovereignty, Borders, and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2023, x-353 p.
- Desmoulins (Th.), *L'arbitraire, histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'antiquité à nos jours*, Th. Paris II, dir. Saint-Bonnet (Fr.), 2018, 628 p.
- Di Qual (L.), *La compétence liée*, Paris, L.G.D.J., 1964, vii-626 p.
- Distefano (G.), *Droit international des espaces – Morceaux choisis*, Paris, Pedone, 2e éd., 2022, 308 p.
- Distefano (G.), *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial,* Paris, Pedone, 2002, xi-590 p.
- Dollfus (O.), *La mondialisation*, Paris, Presses de Sciences Po, Coll. « La bibliothèque du citoyen », 3e éd., 2007, 175 p.
- Dorion (H.), *Éloge de la frontière*, Montréal, Éditions Fides, 2006, 51 p.
- Dosen-Lepoutre (M.), *Le pouvoir discrétionnaire en droit international public*, Thèse Lille, 2024, dir. Ubéda-Saillard (M.), 524 p.

- Drocourt (N.), *L'autre Empire du Milieu. La diplomatie byzantine (VIIe-XIIe siècle)*, Rennes, P.U.R., 2023, Coll. « Histoire », 307 p.
- Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3e éd., 1927-1930, t. III, 856 p.
- Dullin (S.), *La frontière épaisse. Aux origines des politiques soviétiques (1920-1940)*, Paris, Éditions EHESS, Coll. « En temps & lieux », 2014, 356 p.
- Dupont (P. M.), *Droit aérien. Souveraineté et libertés dans la troisième dimension*, Paris, Pedone, 2015, 419 p.
- Dupuy (P.-M.) et Kerbrat (Y.), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 16e éd., 2022, xxxiv-994 p.
- Dupuy (R.-J.), *L'océan partagé*, Paris, Pedone, 1979, viii-287 p.
- Eagleton (Cl.), *The responsibility of States in international law*, New York, New York University Press, 1928, xxiv-291 p.
- Ésope, *Fables*, trad. fr. Chambry (É.), Paris, Les Belles Lettres, Coll. « 100 ans », 2020, xlvii-201 p.
- Fairbank (J. K.) et Goldman (M.), *Histoire de la Chine. Des origines à nos jours*, Paris, Tallandier, 2019, Coll. « Texto », trad. fr. Duran (S.), 750 p.
- Fernandez (J.), *Exilés de guerre. La France au défi de l'asile*, Paris, Armand Colin, 2019, 189 p.
- Fernandez (J.), *Relations internationales*, Paris, Dalloz, 4e éd., 2023, xiv-809 p.
- Ferry (L.) et Renaut (A.), *Philosophie politique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2007, 603 p.
- Fichte, (J.G.), *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science (1796-1797)*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 1998, trad. fr. Renaut (A.), 418 p.
- Fleury Graff (Th.) et Marie (A.), *Droit de l'asile*, Paris, PUF, 2e éd., 2021, 403 p.
- Fleury Graff (Th.), *État et territoire en droit international. L'exemple de la construction du territoire des États-Unis (1789-1914)*, Paris, Pedone, 2013, x-527 p.
- Fleury Graff (Th.), *Manuel de droit international public – Tome 2*, Paris, PUF, 2016, Coll. « Droit fondamental », 268 p.
- Flory (Th.), *Le G.A.T.T. Droit international et commerce mondial*, Paris, L.G.D.J., Coll. « Bibliothèque de droit international », 1968, iv-306 p.
- Formey (J.-H.-S.), *Principes du droit de la nature et des gens. Extrait du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1758, 3 t., lvi-234 p., ii-372 p. et ii-335 p., réimpr. Caen, Presses universitaires de Caen, 2011, Coll. « Bibliothèque de philosophie politique et juridique
- Forteau (M.), Miron (A.) et Pellet (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 9e éd., 2022, 2047 p..
- Foucault (M.), *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004, xi-435 p.
- Foucher (M.), *Frontières d'Afrique. Pour en finir avec un mythe*, Paris, CNRS Éditions, 2020, Coll. « Débats », 64 p.
- Foucher (M.), *Fronts et frontières. Un tour du monde géopolitique*, Paris, Fayard, 2nde éd., 1991, 691 p.
- Foucher (M.), *L'obsession des frontières*, Paris, Perrin, 2012, Coll. « Tempus », 219 p.
- Foucher (M.), *Le retour des frontières*, Paris, CNRS Éditions, 2020, Coll. « Débats », 61 p.
- Frankopan (P.), *Les routes de la soie. L'histoire du cœur du monde*, Paris, Flammarion, Coll. « Champs », 2022, trad. fr. Villeneuve (G.), 944 p.

- Gammeltoft-Hansen (Th.), *Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, xix-284 p.
- Gaudemet (J.) et Chevreau (E.), *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, L.G.D.J., 8e éd., 2014, 532 p.
- Gaurier (D.), *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, Rennes, P.U.R., 2014, 1137 p.
- Gentili (A.), *Les trois livres sur le droit de la guerre (1598)*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, trad. fr. Gaurier (D.), 2012, 659 p.
- Gervasi (M.), *Prevention of Environmental Harm under General International Law. An Alternative Reconstruction*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, xviii-430 p.
- Giannopoulos (Chr.), *L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2019, 658 p.
- Gidel (G.), *Le droit international public de la mer*, t. II « Les eaux intérieures », Châteauroux, Mellottée, 1932, 393 p.
- Gidel (G.), *Le droit international public de la mer*, t. III « La mer territoriale et la zone contiguë », Châteauroux, Mellottée, 1934, 813 p.
- Goldsmith (J.) et Wu (T.), *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, Oxford University Press, 2006, xii-226 p.
- Goodwin-Gill (G. S.), McAdam (J.) et Dunlop (E.), *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 3e éd., 2021, lxv-786 p.
- Goodwin-Gill (G.), *International law and the movement of persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, xxvii-324 p.
- Gottmann (J.), *The Significance of Territory*, Charlottesville, The University Press of Virginia, 1973, x-169 p.
- Gounelle (M.), *La motivation des actes juridiques en droit international public. Contribution à une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, 292 p.
- Goyard-Fabre (S.), *La construction de la paix – ou le travail de Sisyphe*, Paris, Vrin, 1994, 277 p.
- Goyard-Fabre (S.), *Philosophie politique. XVIe-XXe siècles*, Paris, PUF, 1987, 543 p.
- Grataloup (Chr.), *Géohistoire de la mondialisation. Le temps long du monde*, Paris, Armand Colin, 3e éd., 2023, 343 p.
- Grotius (H.), *La liberté des mers – Mare Liberum (1609)*, réimpr. Paris, Editions Panthéon-Assas, 2013, trad. fr. Guichon de Grandpont (A.), 153 p.
- Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2e éd., 2012, trad. fr. Pradier-Fodéré (P.), éd. Alland (D.) et Goyard-Fabre (S.), 868 p.
- Guèvremont (V.), *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2013, Coll. « Mondialisation et droit international », xi-640 p.
- Haggenmacher (P.), *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris PUF, 1983, xxiv-682 p.
- Hamon (Fr.) et Troper (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 39e éd., 2018, 896 p.
- Hannum (H.), *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, Coll. « International Studies in Human Rights », 1987, xiii-189 p.
- Hansen (M. H.), *Polis. Une introduction à la cité grecque*, Paris, Les Belles Lettres, 2008, Coll. « Histoire », trad. fr. Regnot (Fr.), 280 p.
- Hart (H. L. A.), *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 2e éd., trad. fr. Kerchove (M. van de), 334 p.

- Hartog (Fr.), *Mémoire d'Ulysse. Récits sur la frontière en Grèce ancienne*, Paris, Gallimard, Coll. « *nrf* essais », 1996, 262 p.
- Hauriou (M.), *Principes de droit public (1910)*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, xi-734 p.
- Heffter (A.-G.), *Le droit international de l'Europe*, 3e éd., 1873, Berlin – Paris, E.-H. Schrœder – Cotillon et Fils, trad. fr. Bergson (J.), xii-527 p.
- Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, PUF, 3e éd., 2013, Coll. « Quadrige », trad. fr. Kervégan (J.-Fr.), viii-798 p.
- Hennebel (L.) et Tigroudja (H.), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2e éd., 2018, 1721 p.
- Héraclite, *Fragments*, éd. Pradeau (J.-Fr.), Paris, GF Flammarion, 2e éd., 2004, 374 p.
- Hershey (A. S.), *The essentials of international public law and organization*, New York, MacMillan, 2e éd., 1927, xxii-784 p.
- Hobbes (Th.), *Léviathan (1651)*, Paris, Gallimard, Coll. « Folio Essais », 2000, trad. fr. Mairet (G.), 1027 p.
- Honneth (A.), *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2013, Coll. « Folio essais », trad. fr. Rusch (P.), 351 p.
- Jellinek (G.), *L'Etat moderne et son droit. Première partie - Théorie générale de l'Etat (1911)*, réédition. Paris, Éditions Panthéon-Assas, Coll. « Les introuvables », 2005, 85-viii-575 p.
- Jerphagnon (L.), *Histoire de la pensée*, *in Les armes et les mots*, Paris, Robert Laffont, Coll. « Bouquins », 2012, xxix-1181 p.
- Jessup (Ph. C.), *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction*, New York, G.A. Jennings Co., Inc., 1927, xxxviii-548 p.
- Jolivet (S.), *La conservation de la nature transfrontalière*, Paris, Mare & Martin, 2015, 641 p.
- Jones (St. B.), *Boundary-Making. A handbook for statesmen, treaty editors and boundary commissioners*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1945, xv-268 p.
- Jones (St. B.), *Boundary-Making. A handbook for statesmen, treaty editors and boundary commissioners*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1945, xv-268 p.
- Jouannet (E.), *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, 490 p.
- Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 351 p.
- Jouannet (E.), *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, 306 p.
- Jourdain-Fortier (Cl.), *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Dijon – Paris, CREDIMI – LexisNexis, 2006, xvii-699 p.
- Jovanović (St.), *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pedone, 1988, 240 p.
- Joyce (D.), *Informed publics, media and international law*, Oxford, Hart Publishing, 2020, x-190 p.
- Juarez Allende (H. H.), *L'organisation mondiale des douanes. Passé, présent, futur*, Bruxelles, Bruylant, 2021, 415 p.
- Kant (E.), *Doctrine de la vertu*, *in Métaphysique des mœurs II*, Paris, GF Flammarion, trad. fr. Renaut (A.), 1994, 411 p.

- Kant (E.), *Projet de paix perpétuelle (1795)*, Paris, Vrin, Coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 2013, trad. fr. Gibelin (J.), 141 p.
- Kelsen (H.), *Théorie pure du droit (2e éd.)*, Paris – Bruxelles, L.G.D.J. – Bruylant, 1999, trad. fr. Eisenmann (Ch.), 367 p.
- Kessedjian (C.), *Droit du commerce international*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 2013, xvi-565 p.
- Kiss (A.-Ch.), *L'abus de droit en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1952, 200 p.
- Kohen (M. G.), *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, PUF, 1997, xxv-579 p.
- Kolb (R.), *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2e éd., 2009, xiv-435 p.
- Kolb (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, xli-756 p.
- Kolb (R.), *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 3e éd., 2022, 727 p.
- Kulesza (J.), *Due diligence in international law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, xvi-315 p.
- Ladet (G.), *Le statut de l'aéroport de Bâle-Mulhouse, établissement public international*, Paris, Pedone, 1984, 327 p.
- Lagrange (E.), *Les opérations de maintien de la paix et le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Paris, Montchrestien, Coll. « Perspectives internationales », 1999, xi-181 p.
- Laïdi (A.), *Histoire mondiale du protectionnisme*, Paris, Passés composés, 2022, 446 p.
- Lapidoth (R.), *Les détroits en droit international*, Paris, Pedone, 1972, 137 p.
- Lapradelle (P. (de)), *La frontière. Etude de droit international*, Paris, Les éditions internationales, 1928, 368 p.
- Laurand (V.), *La politique stoïcienne*, Paris, PUF, Coll. « Philosophies », 2005, 153 p.
- Lauterpacht (H.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, xxiv-469 p.
- Lauvaux (Ph.) et Le Divellec (A.), *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, Puf, 4e éd., 2015, 1070 p.
- Le Fur (L.), *Précis de droit international public*, Paris, Dalloz, 4e éd., 1939, 658 p.
- Lemey (M.), *L'abus de droit en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2021, xvi-477 p.
- Leriche (L.), *L'émergence d'un droit à la vie autochtone*, Paris, Pedone, 2024, 701 p.
- Liszt (Fr. von), *Le droit international. Exposé systématique*, trad. fr. Gidel (G.) d'après la 9e éd. allemande (1913), Paris, Pedone, 1927, xii-400 p.
- Loisel (A.), *Institutes coutumières, avec les notes d'Eusèbe de Laurière*, vol. 2, Paris, Durand, 1846, 521 p.
- Louter (J. de), *Le droit international public positif*, Londres – Edimbourg – New-York – etc., Oxford : imprimerie de l'Université – Humphrey Milford, 1920, t. I, xi-576 p.
- Loyseau (Ch.), *Traité des seigneuries*, Paris, A. L'Angelier, 1608, 380 p.
- Lucchini (L.) et Vœlckel (M.), *Droit de la mer. Tome 1. La mer et son droit – Les espaces maritimes*, Paris, Pedone, 1990, x-640 p.
- Lucchini (L.) et Voelckel (M.), *Droit de la mer. Tome II, vol. 2. Navigation et pêche*, Paris, Pedone, 1996, 717 p.
- Machiavel (N.), *Le Prince (1532)*, Paris, GF Flammarion, 1992, trad. fr. Lévy (Y.), 220 p.
- Mackenzie-Gray Scott (R.), *State Responsibility for Non-State Actors. Past, Present and Prospects for the Future*, Oxford, Hart, 2022, xviii-279 p.

- Mateesco Matte (N.), *Deux frontières invisibles : de la mer territoriale à l'air "territorial"*, Paris, Pedone, 1965, 294 p.
- Matsushita (M.), Schoenbaum (Th. J.), Mavroidis (P. C.) et Hahn (M.), *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2015, xci-849 p.
- Mattéi (J.-Fr.), *Platon*, Paris, PUF, Coll. « Que Sais-Je ? », 4e éd., 2018, 127 p.
- McCaffrey (St. C.), *The law of international watercourses*, Oxford, Oxford University Press, 3e éd., 2019, xlv-642 p.
- Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, Paris, L.G.D.J., t. I, 1905, 580 p.
- Mérignhac (A.), *Traité de droit public international*, Paris, L.G.D.J., t. II, 1907, 801 p.
- Mesure (S.) et Renaut (A.), *Alter Ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999, 304 p.
- Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Paris, GF Flammarion, t. II, 638 p.
- Montjoie (M.), *Droit international et gestion des déchets radioactifs*, Paris, L.G.D.J., 2011, xvii-395 p.
- Morizot (B.), *Les Diplomates. Cohabiter avec les loups sur une autre carte du vivant*, Marseille, Wildproject, 2016-2023, 443 p.
- Mourgeon (J.), *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, Coll. « Que Sais-Je ? », 8e éd., 2003, 127 p.
- Mungianu (R.), *Frontex and Non-Refoulement – The International Responsibility of the EU*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, xxi-251 p.
- Næss (A.), *L'écologie profonde (1973)*, Paris, PUF, 2021, Coll. « Classiques de l'écologie », trad. fr. Afeissa (H.-St.), prés. Yerly-Brault (Fr.), 93 p.
- Nedelsky (J.), *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, New York, Oxford University Press, 2011, xvi-542 p.
- Nordman (D.), *Frontières de France. De l'espace au territoire. XVIe – XIXe siècle*, Paris, Gallimard, 1998, Coll. « Bibliothèque des Histoires », 644 p.
- Nordquist (M. H.), Nandan (S. N.) et Rosenne (Sh.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. II, Dordrecht – Boston – Londres, M. Nijhoff, 1993, xlvii-1040 p.
- Nys (E.), *Le droit international. Les principes, les théories, les faits*, t. I, 2de éd., Bruxelles, M. Weissenbruch, 1912, 602 p.
- O'Keefe (P.), *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, Builth Wells, Institute of Art and Law, 2e éd., 2007, xiv-217 p.
- Oppenheim (L.), *International law. A treatise*, vol. I, London, Longmans, Green and Co., 1905, xxxv-647 p.
- Oppetit (Br.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, xii-156 p.
- Ortolan (Th.), *Règles internationales et diplomatie de la mer*, t. I, Paris, Plon, 4e éd., 1864, xxvii-470 p.
- Pancracio (J.-P.), *Droit de la mer*, Paris, Dalloz, 2010, xiv-520 p.
- Pancracio (J.-P.), *Droit et institutions diplomatiques*, Paris, Pedone, 2007, 268 p.
- Pancracio (J.-P.), *Droit international des espaces*, Paris, Armand Colin, 1997, 281 p.
- Park (K.-G.), *La protection de la souveraineté aérienne*, Paris, Pedone, 1991, 403 p.
- Pascal, *Pensées*, Paris, GF Flammarion, 2015, prés. Descotes (D.) et Escola (M.), 443 p.
- Pierron (J.-Ph.), *Je est un nous. Enquête philosophique sur nos interdépendances avec le vivant*, Arles, Actes Sud, 2021, Coll. « Mondes sauvages », 171 p.

- Pillet (A.), *Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, Paris, Pedone, 1899, 107 p.
- Pinto (R.), *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Paris, Economica, 1984, 420 p.
- Platon, *Le Sophiste*, Paris, Vrin, 2022, trad. fr. Dixsaut (M.), 782 p.
- Platon, *Les Lois*. *Livres I à VI*, Paris, Flammarion, 2006, trad. fr. Brisson (L.) et Pradeau (J.-Fr.), 459 p.
- Plessix (B.), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 4e éd., 2022, xxviii-1787 p.
- Plessix (B.), *Le droit public*, Paris, PUF, Coll. « Que Sais-Je ? », 1re éd., 2022, 126 p.
- Plotin, *Traités 7 à 21*, Paris, GF Flammarion, éd. Brisson (L.) et Pradeau (J.-Fr.), 2003, 544 p.
- Pooter (H. de), *Le droit international face aux pandémies : vers un système de sécurité sanitaire collective ?*, Paris, Pedone, 2015, xiii-562 p.
- Pop (I.), *Voisinage et bon voisinage en droit international*, Paris, Pedone, 1980, vii-383 p.
- Pouchkine (A.), *Boris Godounov*, Arles, Actes Sud, Coll. « Babel », 2016, trad. fr. Markowicz (A.), 141 p.
- Poulantzas (N. M.), *The Right of Hot Pursuit in International Law*, The Hague-London-New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2e éd., 2002, lix-451 p.
- Poulpiquet (V. de), *Le territoire chinois*, Paris, L.G.D.J., 1998, xi-235 p.
- Pradeau (J.-Fr.), *Gouverner avec le monde. Réflexions antiques sur la mondialisation*, Paris, Manitoba / Les Belles Lettres, 2015, 140 p.
- Pufendorf (S.), *Le droit de la nature et des gens (1672)*, Bâle, E. & J.R. Thourneisen, trad. fr. Barbeyrac (J.), 4e éd., 1732, t. I, cxxxiv-613 p., réimpr. Caen, Presses universitaires de Caen, Coll. « Bibliothèque de philosophie politique et juridique »
- Quet (M.), *Flux. Comment la pensée logistique gouverne le monde*, Paris, La Découverte, Coll. « Zones », 2022, 158 p.
- Quétel (Cl.), *Histoire des murs*, Paris, Perrin, 2014, Coll. « Tempus », 318 p.
- Razac (O.), *Histoire politique du barbelé*, Paris, Flammarion, Coll. « Champs. Essais », 2009, 240 p.
- Reischauer (E. O.), *Histoire du Japon et des Japonais. 1. Des origines à 1945*, Paris, Éditions du Seuil, 3e éd., 1997, trad. fr. Dubreuil (R.), Coll. « Points histoire », 257 p.
- Renault (L.), *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, L. Larose, 1879, 89 p.
- Renaut (A.), *L'ère de l'individu. Contribution à une histoire de la subjectivité*, Paris, Gallimard, 1989, Coll. « Bibliothèque des idées », 305 p.
- Renaut (A.), *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris, PUF, 1986, Coll. « Épiméthée », 463 p.
- Renaut (A.), *Qu'est-ce que le droit ? Aristote, Wolff et Fichte*, Paris, Vrin, 1992, Coll. « Pré-textes », 127 p.
- Renaut (A.), *Un humanisme de la diversité. Essai sur la décolonisation des identités*, Paris, Flammarion, Coll. « Bibliothèque des savoirs », 2009, 444 p.
- Reuter (P.), *Cours de droit international public (Doctorat) – La responsabilité internationale*, 1955-1956, 195 p.
- Reuter (P.), *Droit international public*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 6e éd., 595 p.
- Reuter (P.), *Introduction au droit des traités*, Paris, PUF, 2e éd., 1985, 211 p.
- Ricœur (P.), *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Gallimard, Coll. « Folio essais », 2005, 435 p.
- Ricœur (P.), *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, « Points Essais », 428 p.

- Ríos Rodriguez (J.), *L'expert en droit international*, Paris, Pedone, 2010, xviii-362 p.
- Rivier (A.), *Principes du droit des gens*, Paris, A. Rousseau, 1896, t. I, x-566 p.
- Rosière (St.), *Frontières de fer. Le cloisonnement du monde*, Paris, Syllepse, Coll. « Arguments et mouvements », 2020, 181 p.
- Rosso (C.), *Les mécanismes de flexibilité dans le droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 637 p.
- Roubier (P.), *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1951, rééd. Paris, Dalloz, 2005, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 337 p.
- Rousseau (Ch.), *Droit international public. Tome II. Les sujets de droit*, Paris, Sirey, 1974, xvi-797 p.
- Rousseau (Ch.), *Droit international public. Tome III. Les compétences*, Paris, Sirey, 1977, xvi-635 p.
- Rousseau (J.-J.), *Contrat social*, in *Œuvres complètes*, t. III, Paris, Gallimard, 1964, cclv-1978 p.
- Rygiel (Ph.), *L'ordre des circulations ? L'Institut de Droit international et la régulation des migrations (1870-1920)*, Paris, Editions de la Sorbonne, Coll. « Histoire contemporaine », 2021, 349 p.
- Sandoz (Y.), Swinarski (Chr.) et Zimmermann (Br.) (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève – Dordrecht, C.I.C.R. – Martinus Nijhoff, 1986, xxxv-1647 p.
- Sands (Ph.) et Peel (J.), *Principles of international environmental law*, Cambridge, Cambridge University Press, 4th ed., 2018, lxviii-968 p.
- Santulli (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 2e éd., 2015, 626 p.
- Santulli (C.), *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, 276 p.
- Santulli (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, xiv-540 p.
- Sapir (J.), *Le protectionnisme*, Paris, PUF, 2022, Coll. « Que Sais-Je ? », 127 p.
- Sassen (S.), *La globalisation. Une sociologie*, Paris, Gallimard, Coll. « *nrf* essais », 2009, trad. fr. Guglielmina (P.), 341 p.
- Savadogo (L.), *Essai sur une théorie générale des Etats sans littoral. L'expérience africaine*, Paris, L.G.D.J., 1997, Coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », xviii-389 p.
- Scalieris (E.), *L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Etat côtier en droit de la mer*, Paris, Pedone, 2011, 485 p.
- Schérer (R.), *Zeus hospitalier. Éloge de l'hospitalité (1993)*, Paris, Éditions de La Table Ronde, 2005, 286 p.
- Schmitt (C.), *La notion de politique. Théorie du partisan*, trad. fr. Steinhauser (M.-L.), Paris, Flammarion, 1992, 323 p.
- Schmitt (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du* Jus Publicum Europaeum *(1950),* Paris, PUF, 2e éd., Coll. « Quadrige », 2012, trad. fr. Deroche-Gurcel (L.) révisée par Haggenmacher (P.), 363 p.
- Schmitt (M.) (dir.), *Tallinn Manual 2.0 on the international law applicable to cyber operations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, xli-598 p.
- Seiller (B.), *Droit administratif 2. L'action administrative*, Paris, Flammarion, Coll. « Champs Université », 9e éd., 2024, 384 p.
- Sibert (M.), *Traité de droit international public. Le droit de la paix*, Paris, Dalloz, t. I, 1951, xxiii-992 p.

- Simonet (L.), *Le traité sur le commerce des armes. Genèse, analyse, enjeux, perspectives du premier instrument juridique consacré à la réglementation des transferts internationaux d'armes conventionnelles*, Paris, Pedone, 2015, 220 p.
- Sohn (L.) et Buergenthal (Th.), *The movement of persons across borders*, Studies in Transnational Legal Policy, n° 23, 1992, xxii-193 p.
- Spinoza (B.), *Traité politique (1672)*, Paris, GF Flammarion, rééd. 2022, trad. fr. Appuhn (Ch.), 379 p.
- Stoppioni (E.), *Le droit non écrit dans le contentieux international économique. Une analyse critique de discours*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2022, Coll. « Études de droit international », xi-681 p.
- Suárez (Fr.), *Des lois et du Dieu législateur (1612)*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003, trad. fr. Coujou (J.-P.), 688 p.
- Suárez (Fr.), *Selections from three works of Francisco Suarez*, Oxford, Clarendon Press, vol. 2, 1944, xxxii-915 p.
- Tachi (S.), *La souveraineté et l'indépendance de l'Etat et les questions intérieures en droit international*, Paris, Les Éditions Internationales, 1930, 121 p.
- Thornberry (P.), *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016, xxix-535 p.
- Torpey (J.), *L'invention du passeport. Etats, citoyenneté et surveillance*, Paris, Belin, 2005, 256 p.
- Tourme Jouannet (E.), *Le droit international, le capitalisme et la terre. Histoire des accaparements de terres d'hier à aujourd'hui*, Bruxelles, Bruylant, 2021, 412 p.
- Tourme Jouannet (E.), *Un nouveau droit international écologique. Habiter autrement la Terre*, Bruxelles, Bruylant, 2024, Coll. « Droit international », 341 p.
- Truyol y Serra (A.), *Genèse et fondements spirituels de l'idée d'une communauté universelle. De la* civitas maxima *stoïcienne à la* civitas gentium *moderne*, Lisbonne, Faculdade de Direito, 1958, 147 p.
- Turack (D. C.), *The Passport in International Law*, Lexington, D.C. Heath and Company, 1972, xviii-361 p.
- VanGrasstek (Cr.), *Histoire et avenir de l'Organisation mondiale du commerce*, Genève, Organisation mondiale du commerce, 2016, xix-690 p.
- Vattel (E. de), *Essai sur le fondement du droit naturel, et sur le premier principe de l'obligation où se trouvent les hommes d'en observer les lois*, reproduit *in Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Rey et Gravier, 1838, t. I, xxxix-477 p., pp. v-xxxix
- Vattel (E. de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Rey et Gravier, 1838, t. I, xxxix-477 p.
- Venezia (J.-Cl.), *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1959, iv-175 p.
- Vernant (J.-P.), *Œuvres. Religions, rationalités, politique*, Paris, Éditions du Seuil, 2007, 2 tomes, 2509 p.
- Verzijl (J.H.W.), *International law in historical perspective. Part. III. State territory*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1970, xii-636 p.
- Villey (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2013, 624 p.
- Virally (M.), *L'Organisation mondiale*, Paris, Armand Colin, 1972, 587 p.
- Virally (M.), *La pensée juridique (1960)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas – L.G.D.J., 2010, Coll. « Les introuvables », xli-225 p.

- Visscher (Ch. (de)), *Problèmes de confins en droit international public*, Paris, Pedone, 1969, 200 p.
- Visscher (Ch. de), *Le droit international des communications. Cours professé à l'I.H.E.I. de Paris (1921 à 1923)*, Gand-Paris, Librairie Moderne, A. Buyens – Arthur Rousseau Libraire-Editeur, 1924, 152 p.
- Visscher (Ch. de), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 4e éd., 1970, 450 p.
- Vitányi (B.), *The international regime of river navigation*, Alphen aan den Rijn, Sjithoff & Noordhoff, 1979, xiii-440 p.
- Vitoria (Fr. de), *La justice*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2014, trad. fr. Coujou (J.-P.), vii-427 p.
- Vitoria (Fr. de), *Leçon sur le pouvoir politique*, Paris, Vrin, 1980, trad. fr. Barbier (M.), 82 p.
- Vitoria (Fr. de), *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre,* Genève, Librairie Droz, 1966, Coll. « Les classiques de la pensée politique », introduction, traduction et notes de Barbier (M.), xcv-161 p.
- Weil (Pr.), *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Paris, Pedone, 1988, xi-319 p.
- Winock (M.), *La France politique. XIXe–XXe siècle*, Paris, Editions du Seuil, 2003, Coll. « Points histoire », 587 p.
- Wolff (Fr.), *Aristote et la politique*, Paris, PUF, Coll. « Philosophies », 4e éd., 2008, 125 p.
- Zoller (E.) *et al.*, *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 3e éd., 2022, Coll. « Précis », viii-257 p.

C. Cours de l'Académie de droit international de La Haye

- Abi-Saab (G.), « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 207 (1987), pp. 9-463
- Alland (D.), « L'interprétation du droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 362 (2013), pp. 41-394
- Ancel (J.), « Les frontières – Etude de géographie politique », *R.C.A.D.I.*, t. 55 (1936), pp. 203-297
- Baldoni (Cl.), « Les navires de guerre dans les eaux territoriales étrangères », *R.C.A.D.I.*, vol. 65 (1938), pp. 185-303
- Bardonnet (D.), « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé (Problèmes juridiques choisis) », *R.C.A.D.I.* t. 153 (1976), pp. 9-166
- Basdevant (J.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 58 (1936), pp. 471-692
- Besson (S.), « La *due diligence* en droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 409 (2020), pp. 153-398
- Bourquin (M.), « L'organisation internationale des voies de communication », *R.C.A.D.I.* vol. 5 (1924), pp. 159-210
- Bourquin (M.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 35 (1931), pp. 1-232
- Brierly (J.-L.), « Le fondement du droit des gens », *R.C.A.D.I.* vol. 23 (1928), pp. 463-552

- Brierly (J.-L.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 58 (1936), pp. 1-242
- Brunnée (J.), « Procedure and Substance in International Environmental Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 405 (2020), pp. 75-240
- Caflisch (L.), « Les frontières, limites et délimitations internationales – Quelle importance aujourd'hui ? », *R.C.A.D.I.*, t. 368 (2014), pp. 9-45
- Caflisch (L.), « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », *R.C.A.D.I.*, vol. 219 (1989), pp. 9-225
- Cahin (G.), « Reconstruction et construction de l'Etat en droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 411 (2020), pp. 9-573
- Cançado Trindade (A. A.), « International Law for Humankind : Towards a New *Jus Gentium* (I) General course on Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 316 (2005) pp. 9-439
- Condorelli (L.), « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.*, vol. 189 (1984), pp. 9-221
- D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *R.C.A.D.I.*, vol. 417 (2021), pp. 9-210
- Decaux (E.), « Les formes contemporaines de l'esclavage », *R.C.A.D.I.*, vol. 336 (2009), pp. 9-197
- Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 297 (2002), pp. 9-489
- Dupuy (R.-J.), « Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 165 (1979), pp. 9-231
- Gaja (G.), « The protection of general interests in the international community. General course on public international law (2011) », *R.C.A.D.I.*, vol. 364 (2013), pp. 9-185
- Gidel (G.), « Droits et devoirs des nations. La théorie classique des droits fondamentaux des Etats », *R.C.A.D.I.*, vol. 10 (1925), pp. 537-599
- Gidel (G.), « La mer territoriale et la zone contiguë », *R.C.A.D.I.*, vol. 48 (1934), pp. 133-278
- Hey (E.), « Making Sense of Soft Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 439 (2024), pp. 9-114
- Hostie (J.-F.), « Examen de quelques règles du droit international dans le domaine des communications et du transit », *R.C.A.D.I.* vol. 40 (1932), pp. 397-524
- Kaufmann (E.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 54 (1935), pp. 309-620
- Kelsen (H.), « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 84 (1953), pp. 1-203
- Krabbe (H.), « L'idée moderne de l'État », *R.C.A.D.I.*, vol. 13 (1926), pp. 509-583
- La Pradelle (P. de), « Notions de territoire et d'espace dans l'aménagement des rapports internationaux contemporains », *R.C.A.D.I.*, t. 157 (1977), pp. 415-482
- Laghmani (Sl.), « Islam et droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 428 (2023), pp. 9-127
- Leener (G. de), « Règles générales du droit des communications internationales », *R.C.A.D.I.* vol. 55 (1936), pp. 1-86
- McRae (D. M.), « The contribution of international trade law to the development of international law », *R.C.A.D.I.*, vol. 260 (1996), pp. 99-237
- Moreau-Reibel (J.), « Le droit de société interhumaine et le "*Jus Gentium*". Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius », *R.C.A.D.I.*, vol. 77 (1950), pp. 481-597
- Morelli (G.), « La théorie générale du procès international », *R.C.A.D.I.*, vol. 61 (1937), pp. 253-373

- Nolde (B. (Baron)), « Droit et technique des traités de commerce », *R.C.A.D.I.* vol. 3 (1924), pp. 291-462
- Perrakis (St.), « La protection internationale au profit des personnes vulnérables en droit international des droits de l'homme », *R.C.A.D.I.*, vol. 420 (2021), pp. 9-497
- Phillimore (Lord), « Droits et devoirs fondamentaux des Etats », *R.C.A.D.I.*, vol. 1 (1923), pp. 25-71
- Pisillo-Mazzeschi (R.), « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *R.C.A.D.I.*, vol. 333 (2008), pp. 175-506
- Politis (N.), « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *R.C.A.D.I.*, t. 6 (1925), pp. 1-121
- Redslob (R.), « Le principe des nationalités », *R.C.A.D.I.*, vol. 37 (1931), pp. 1-82
- Reuter (P.), « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 103 (1961), pp. 425-656
- Rousseau (Ch.), « L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international », *R.C.A.D.I.*, vol. 73 (1948), pp. 167-253
- Salmon (J.), « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 175 (1982), pp. 257-414
- Salmon (J.), « Quelle place pour l'Etat dans le droit international aujourd'hui ? », *R.C.A.D.I.*, t. 347 (2011), pp. 9-78
- Salvioli (G.), « Les règles générales de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 46 (1933), pp. 1-164
- Sands (Ph.), « Colonialism: a short history of international law in five acts », *R.C.A.D.I.*, vol. 431 (2023), pp. 285-410
- Scelle (G.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 46 (1933), pp. 327-703
- Schachter (O.), « International Law in Theory and Practice. General Course in Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 178 (1982), pp. 9-395
- Schoenborn (W.), « La nature juridique du territoire », *R.C.A.D.I.* vol. 30 (1929), pp. 81-189
- Scovazzi (T.), « The evolution of international law of the sea : new issues, new challenges », *R.C.A.D.I.*, vol. 286 (2000), pp. 39-243
- Shany (Y.), « The Extraterritorial Application of International Human Rights Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 409 (2020), pp. 9-152
- Shaw (M.), « A House of Many Rooms: the Rise, Fall and Rise Again of Territorial Sovereignty? », *R.C.A.D.I.*, vol. 432 (2023), pp. 45-78
- Sicilianos (L.-A.), « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *R.C.A.D.I.*, vol. 339 (2009), pp. 9-436
- Simma (Br.), « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 250 (1994), pp. 217-384
- Sur (S.), « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 363 (2013), pp. 9-331
- Truyol y Serra (A.), « Théorie du droit international public. Cours général », *R.C.A.D.I.*, vol. 173 (1981), pp. 9-443
- Varlez (L.), « Les migrations internationales et leur réglementation », *R.C.A.D.I.* vol. 20 (1927), pp. 165-348
- Verdross (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *R.C.A.D.I.* vol. 37 (1931), pp. 323-412
- Verdross (A.), « Règles générales du droit international de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 30 (1929), pp. 271-517

- Verhoeven (J.), « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 334 (2008), pp. 9-434
- Virally (M.), « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 183 (1983), pp. 9-382
- Weil (Pr.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 237 (1992), pp. 11-369
- Wilson (G. G.), « Les eaux adjacentes au territoire des Etats », *R.C.A.D.I.* vol. 1 (1923), pp. 123-176
- Winiarski (B.), « Principes généraux du droit fluvial international », *R.C.A.D.I.*, vol. 45 (1933), pp. 75-217

D. Articles et contributions

- Abi-Saab (G.), « De la jurisprudence. Quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *in Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, xxxii-1436 p., pp. 19-26
- Abi-Saab (G.), « Éloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, xxiii-659 p., pp. 59-68
- Abi-Saab (G.), « La pérennité des frontières en droit international », *Relations internationales*, n° 64 (1990), pp. 341-349
- Alland (D.), « Le droit international sans Terminus ? Réflexions sur la délimitation », *in* S.F.D.I., *Droit des frontières internationales*, Louvain-la-Neuve, Journées franco-allemandes, Paris, Pedone, 2016, 322 p., pp. 7-41
- Alland (D.), « Les contre-mesures d'intérêt général », *in* Dupuy (P.-M.) (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Paris, Pedone, 2003, 296 p., pp. 167-187
- Alland (D.), « Les représentations de l'espace en droit international public », *A.P.D.*, t. 32 (1987), pp. 163-178
- Alland (D.), « Qu'est-ce qu'un fondateur du droit international ? », *in Les fondateurs du droit international* (1904), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2014, Coll. « Les Introuvables », 457 p., pp. 7-20
- Alland (D.), « Sur quelques façons de considérer que le droit international public est ou n'est pas un droit "véritable" », *in Représentations du droit international public*, Paris, Pedone, 2023, Coll. « Doctrines », 420 p., pp. 387-418
- Aloupi (N.), « La mise en œuvre du pouvoir de police » au sein du *Traité de droit international de la mer* (Paris, Pedone, 2017, 1321 p., pp. 935-961
- Aloupi (N.), « La question de la responsabilité conjointe », *in* Chevallier-Govers (C.) et Tinière (R.), *De Frontex à Frontex : vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 298 p.
- Aloupi (N.), « Vie privée, discrétion et complaisance : bases et limites d'une réflexion sur les limites du droit international », *in* D'Argent (P.), Bonafé (B.) et Combacau (J.) (dir.), *Les limites du droit international : essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 557 p., pp. 97-115
- Álvarez Arcá (I.), « Challenges for biodiversity protection stemming from border walls in Slovenia and Korea », *S.Y.I.L.*, vol. 23 (2019), pp. 400-411

- Ameri (M.), « Les domaines d'intervention du pouvoir de police », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p., pp. 907-935
- Anzilotti (D.), « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.* t. 13 (1906), pp. 285-309
- Anzilotti (D.), « Le concept moderne de l'État et le droit international », *Droits*, n° 58 (2013/2), pp. 197-214
- Ascensio (H.), « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *R.G.D.I.P.*, t. 111 (2007), pp. 285-304
- Aumond (Fl.), « La libre circulation transfrontalière des peuples autochtones vivant de part et d'autre des frontières internationales. Un droit en construction », *in* Faberon (Fl.) (dir.), *Les régimes des autochtones et populations locales dans les outre-mers français. Droit et politiques comparés*, Nouméa, Recherches sur la cohésion sociale, 2023, 388 p., pp. 189-203
- Aznar (M. J.), « La zone contiguë », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p., pp. 367-384
- Badie (B.) et Sadoun (M.), « Introduction », *in* Badie (B.) et Sadoun (M.) (dir.), *L'Autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, 318 p.
- Bannelier (K.), « Obligations de diligence dans le cyberspace : qui a peur de la cyber-diligence ? », *R.B.D.I.* 2017/2, pp. 612-665
- Barberis (J. A.), « Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *A.F.D.I.* vol. 45 (1999), pp. 132-147
- Barbier (M.), « Introduction », *in* Vitoria (Fr. de), *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre,* Genève, Librairie Droz, 1966, Coll. « Les classiques de la pensée politique », introduction, traduction et notes de Barbier (M.), xcv-161 p., pp. vii-xcv
- Bardonnet (D.), « De la "densification" des frontières terrestres en Amérique latine », *Droit et libertés à la fin du XXe siècle. Influence des données économiques et technologiques. Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, pp. 3-44
- Bardonnet (D.), « Frontières terrestres et frontières maritimes », *A.F.D.I.* t. 35 (1989), pp. 1-64
- Bardonnet (D.), « Quelques observations sur le principe de proportionnalité en droit international », *in* Rama-Montaldo (M.) (dir.), *Le droit international dans un monde en mutation. Liber Amicorum en hommage au professeur Eduardo Jiménez de Aérchaga*, Montevideo, 1994, vol. 2, pp. 995-1036
- Barnes (R.), « Article 2 », *in* Proelss (A.) (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, Munich, C.H. Beck, 2017, li-2617 p., pp. 27-34
- Basilien-Gainche (M.-L.), « Sécurité des frontières et/ou protection des droits », *Cités* n° 46 (2011/2), pp. 47-68
- Bastid Burdeau (G.), « Le commerce international des armes : de la sécurité à la défense de l'éthique et des droits de l'homme ? », *J.D.I.* 2007/2, pp. 413-435
- Bastid Burdeau (G.), « Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles à l'épreuve de la mondialisation », *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, xvii-331 p., pp. 27-34
- Beaud (O.), « Compétence et souveraineté », *in* A.F.D.A., *La compétence*, Paris, LexisNexis, 2008, xiv-272 p., pp. 5-32

- Ben Hamida (W.), « L'admission des investissements et des investisseurs », *in* Leben (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xvii-1141 p., pp. 243-264
- Benvenisti (E.) et Nolte (G.), « Introduction », *in* Benvenisti (E.) et Nolte (G.) (dir.), *Community interests across international law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, xxviii-510 p., pp. 3-16
- Besson (S.), « Community interests in international law. Whose interests are they and how should we best identify them? », *in* Benvenisti (E.) et Nolte (G.) (dir.), *Community interests across international law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, xxviii-510 p., pp. 36-49
- Besson (S.), « The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to », *L.J.I.L.*, vol. 25 (2012), pp. 857-884
- Bethlehem (D.), « The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law », *E.J.I.L.*, vol. 25 (2014), pp. 9-24
- Bettati (M.), « Souveraineté et assistance humanitaire. Réflexions sur la portée et les limites de la résolution 43/131 de l'Assemblée générale de l'O.N.U. », *in Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, xxxiv-382 p., pp. 35-45
- Bigo (D.), « The Digitalisation of Border Controls and their Corporate Actors », *in* Bosworth (M.) et Zedner (L.) (dir.), *Privatising Border Control. Law at the Limits of the Sovereign State*, Oxford, Oxford University Press, 2022, xi-269 p., pp. 229-247
- Blumann (Cl.), « Frontières et limites », *in* S.F.D.I., *La frontière*, Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 1980, viii-304 p., pp. 3-33
- Bodeau-Livinec (P.), « Le domaine réservé : persistance ou déliquescence des fonctions étatiques face à la mondialisation », *in* S.F.D.I., *L'Etat dans la mondialisation*, Paris, Pedone, 2013, 591 p., pp. 153-175
- Bodeau-Livinec (P.), « Le rôle incontournable des Etats », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p., pp. 223-234
- Boisson de Chazournes (L.), « Normes, standards et règles en droit international », *in* Brosset (E.) et Truilhé-Marengo (E.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, 334 p., pp. 43-56
- Boklan (D.) et Bahri (A.), « The first WTO's ruling on national security exception: balancing interests or opening Pandora's box? », *W.T.R.*, vol. 19 (2020), pp. 123-136
- Bonnard (R.), « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, t. XL (1923), pp. 363-392
- Bonucci (N.), Cosnard (M.) et Nganga Malonga (A.), « Les rapports entre l'organisation internationale et l'Etat hôte », *in* Lagrange (E.) et Sorel (J.-M.), *Droit des organisations internationales*, Paris, L.G.D.J., 2013, xxxix-1197 p., pp. 601-625
- Borella (Fr.), « Le passeport », *R.G.D.I.P.* vol. 64 (1960), pp. 301-334
- Bosworth (M.) et Zedner (L.), « Introduction », *in* Bosworth (M.) et Zedner (L.) (dir.), *Privatising Border Control. Law at the Limits of the Sovereign State*, Oxford, Oxford University Press, 2022, xi-269 p., pp. 1-12
- Brighenti (A.), « Pour une territoriologie du droit », *in* Forest (P.) (dir.), *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives*, Québec, Presses universitaires de Laval, Coll. « Dikè », 2009, xi-286 p., pp. 239-260

- Brown (Ph. M.), « Protective Jurisdiction over Marginal Waters », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Meeting (1921-1969)*, vol. 17 (1923), pp. 15-31
- Brown Scott (J.), « The Liquor Treaty between the United States and Great Britain », *A.J.I.L.* vol. 18, n° 2 (1924), pp. 301-306
- Brunet (Fr.), « La densification normative en droit, processus de rationalisation et de reconnaissance de la rationalité juridique », *in* Thibierge (C.) (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, xi-1204 p., pp. 143-154
- Bunge (K.), « Francisco de Vitoria. A Redesign of Global Order on the Threshold of the Middle Ages to Modern Times », *in* Kadelbach (St.), Kleinlein (Th.) et Roth-Isigkeit (D.), *System, Order, and International Law. The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, Oxford, Oxford University Press, 2017, xxii-521 p., pp. 38-55
- Burriez (D.), « Les défis de la détermination du statut de réfugié par le HCR », *Revue des droits de l'homme*, n° 21 (2022), en ligne
- Caflisch (L. C.), « Land-locked states and their access to and from the sea », *B.Y.I.L.*, vol. 49 (1978), pp. 71-100
- Cahin (G.), « La variété des fonctions imparties aux organisations internationales », *in* Lagrange (E.) et Sorel (J.-M.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, L.G.D.J., 2014, xxxix-1197 p., pp. 671-704
- Cahin (G.), « Le concept de souveraineté chez Georg Jellinek », *in* I.H.E.I., *Les grandes pages du droit international. Volume 1 – Les sujets*, Paris, Pedone, 2015, 330 p., pp. 83-110
- Cahin (G.), « Rapport », S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p., pp. 9-52
- Calus (A.), « The Right of a State to International Intercourse », *P.Y.I.L.*, vol. 7 (1975), pp. 209-253
- Cansacchi (G.), « Sovranità e diritti sovrani », *in Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. I, Milan, A. Giuffrè, 1987, xix-604 p., pp. 187-196
- Cansacchi (G.), « Sovranità e diritti sovrani », *in Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. I, Milano, A. Giuffrè, 1987, xix-604 p., pp. 187-196
- Carlier (J.-Y.), « L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile », *R.T.D.H.*, n° 79 (2009), pp. 795-810
- Carreau (D.), « Le droit international économique face aux crises », *in Droit et libertés à la fin du XXe siècle. Influence des données économiques et technologiques. Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, xxxv-655 p., pp. 105-122
- Casado Raigon (R.), « Le passage inoffensif des navires de guerre et des navires transportant des substances dangereuses. Réflexion générale sur la pratique récente », *in* INDEMER, *Le passage. Colloque international des 6 et 7 février 2009 à Monaco*, Paris, Pedone, 2010, 220 p., pp. 17-26
- Casey-Maslen (St.) et Clapham (A.), « Article 7. Export and Export Assessment » *in* Casey-Maslen (St.) *et al.*, *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016, xxviii-502 p., pp. 244-285
- Casey-Maslen (St.), « Article 5. General Implementation » *in* Casey-Maslen (St.) *et al.*, *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016, xxviii-502 p., pp. 164-176

- Castberg (Fr.), « Distinction entre les eaux territoriales et les eaux intérieures – Rapport et conclusions », *A.I.D.I.*, vol. 45 (1954), t. I, pp. 113-193
- Casteigts (M.), « La crise existentielle des Etats entre recomposition de la souveraineté et métamorphoses des frontières », *in* D'Argent (P.), Renders (D.) et Verdussen (M.) (dir.), *Les visages de l'Etat.* Liber amicorum *Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 886 p., pp. 189-205
- Catry (J.), « La liberté du commerce international d'après Vitoria, Suárez et les scolastiques », *R.G.D.I.P.* t. 39 (1932), pp. 193-218
- Cavallar (G.), « Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel: Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans? », *J.H.I.L.*, vol. 10 (2008), pp. 181-209
- Charpentier (J.), « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in S.F.D.I., *L'Etat souverain à l'aube du XXIe siècle*, Paris, Pedone, 1994, 318 p., pp. 11-38
- Charpentier (J.), « Le problème des enclaves », *in* S.F.D.I., *La frontière. Colloque de Poitiers des 17-19 mai 1979*, Paris, Pedone, 1980, 304 p., pp. 41-56
- Chaumette (A.-L.) et Tams (Chr. J.), « Cartographie des inspections internationales », *in* Chaumette (A.-L.) et Tams (Chr. J.) (dir.), *International inspections / Les inspections internationales*, Leiden – Boston, Académie de droit international de La Haye Brill – Nijhoff, 2022, 629 p., pp. 3-65
- Chayes (A.) et Chayes (A.), *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, xiv-417 p.
- Chemillier-Gendreau (M.), « Un régime juridique pour l'immigration clandestine », *in* Chetail (V.) (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, 2007, 728 p., pp. 319-341
- Chetail (V.), « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », *in* Chetail (V.) (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, 2007, 728 p., pp. 13-133
- Chetail (V.), « Responsabilité internationale et flux migratoires : le droit international à l'épreuve des Etats de transit », *in* S.F.D.I., *Migrations et droit international*, Paris, Pedone, 2021, 587 p., pp. 109-140
- Chetail (V.), « Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel », *E.J.I.L.*, vol. 27, n° 4 (2016), pp. 901-922
- Chetail (V.), « Théorie et pratique de l'asile en droit international classique : étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés », *R.G.D.I.P.*, t. 115 (2011), pp. 625-652
- Chevallier (J.), « Les aspects idéologiques de l'Etat de droit », *in* S.F.D.I., *L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, 447 p., pp. 69-80
- Christakis (Th.), « *"Nécessité n'a pas de loi"* ? La nécessité en droit international », *in* S.F.D.I., *La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, 384 p., pp. 11-63
- Christakis (Th.), « L'Etat avant le droit ? L'exception de "sécurité nationale" en droit international », *R.G.D.I.P.* t. 112 (2008), pp. 5-47
- Clarenc (N.), « L'affaire de l'obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (*Bolivie c. Chili*) », *A.F.D.I.*, vol. 64 (2018), pp. 301-337

- Clayton (G.), « The UK and Extraterritorial Immigration Control: Entry Clearance and Juxtaposed Control », *in* Mitsilegas (V.) et Ryan (B.) (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal challenges.*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, x-449 p., pp. 391-423
- Cohen-Jonathan (G.), « Liberté de circulation des informations et souveraineté des Etats – Rapport général », *in* S.F.D.I., *La circulation des informations et le droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1978, xii-365 p., pp. 3-54
- Colliard (Cl.-A.), « La télévision directe par satellites », *in* S.F.D.I., *La circulation des informations et le droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1978, xii-365 p., pp. 143-170
- Combacau (J.), « Conclusions générales », *in* Redor (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 415-434
- Combacau (J.), « Conclusions générales », *in* S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p., pp. 301-318
- Combacau (J.), « Introduction. L'extension vers le large de l'emprise étatique », Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p., pp. 333-339
- Combacau (J.), « Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies : résurrection ou métamorphose ? », *in* Ben Achour (R.) et Laghmani (Sl.) (dir.), *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, Pedone, 1994, ii-330 p., pp. 139-158
- Combacau (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement, quelques questions et pas de réponse », in *Le droit international : unité et diversité : Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, xxxii-582 p., pp. 181-204
- Combacau (J.), « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n° 67 (1993), pp. 47-58
- Correia (V.), « Comme un air de déjà-vu : la Russie, l'espace aérien et le droit international », *R.G.D.I.P.*, t. 123 (2019), pp. 153-172
- Corten (O.), « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du "raisonnable" », *A.F.D.I.*, vol. 44 (1998), pp. 187-208
- Cot (J.-P.), « Margin of Appreciation », *M.P.E.P.I.L.*
- Coujou (J.-P.), « Introduction. La politique ontologique de Suárez », *in* Suárez (Fr.), *Des lois et du Dieu législateur (1612)*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003, trad. fr. Coujou (J.-P.), 688 p., pp. 1-81
- Coujou (J.-P.), « Vitoria. Le fondement éthique de la justice », *in* Vitoria (Fr. de), *La justice*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2014, trad. fr. Coujou (J.-P.), vii-427 p., pp. 87-420
- Crawford (J.), « The Problems of Legitimacy-Speak », *Amercian Society of International Law Proceedings*, vol. 98 (2004), pp. 271-273
- Cuadra (E.), « Air Defense Identification Zones: Creeping Jurisdiction in the Airspace », *V.J.I.L.*, vol. 18 (1978), pp. 485-512
- Dauvillier (J.), « Aux origines des notions d'Etat et de souveraineté sur un territoire », *in Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, 809 p., pp. 153-221
- De Pooter (H.), « Aperçu de la coopération internationale en matière de surveillance et de riposte aux épidémies et aux pandémies », *in* S.F.D.I., *Santé et droit international*, Paris, Pedone, 2019, 510 p., pp. 225-245

- De Sena (P.), « La « *due diligence* » et le lien entre le sujet et le risque qu'il faut prévenir : quelques observations », in S.F.D.I., *Le standard de la due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, 340 p., pp. 243-254
- Debbasch (Ch.), « La zone contiguë en droit aérien », *Revue générale de l'air*, XXIVe année (1961), pp. 249-266
- Decken (K. von der), « Article 29 », *in* Dörr (O.) et Schmalenbach (K.) (dir.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlin, Springer, 2de éd., 2018, lviii-1535 p., pp. 521-537
- Delarue (J.-M.), « L'Europe des fichiers – Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, vli-1166 p., pp. 233-304
- Delbez (L.), « Du territoire dans ses rapports avec l'Etat », *R.G.D.I.P.*, t. 39 (1932), pp. 705-738
- Delbez (L.), « La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger », *R.G.D.I.P.*, t. 37 (1930), pp. 461-475
- Delbrück (J.), « "Laws in the public interest" – Some observations on the foundations and identification of *erga omnes* norms in international law », *in* Götz (V.), Selmer (P.), Wolfrum (R.) (dir.), *Liber amicorum Günther Jaenicke – Zum 85. Geburtstag*, Berlin, Springer, 1998, xxv-1038, pp. 17-36
- Delmas-Marty (M.) et Izorche (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *R.I.D.C.*, vol. 52 (2000), pp. 753-780
- Demaria (T.), « Réflexions sur les obligations de prévention et de diligence requise en droit de la responsabilité internationale », *A.F.D.I.*, vol. 65 (2019), pp. 51-68
- Dembinski (L.), « Le territoire et le développement du droit international », *Annuaire suisse de droit international*, t. XXXI (1975), pp. 121-152
- Demelemestre (G.), « Sens, portée et enjeu de la référence à l'unité du genre humain dans la doctrine classique du droit des gens », *Réforme, Humanisme, Renaissance*, n° 85 (2017/2), pp. 95-136
- Desmons (E.), « Rousseauisme, souveraineté et commerce entre les nations », *Droits*, n° 64 (2016/2), pp. 3-16
- Dickinson (E. D.), « Jurisdiction at the Maritime Frontier », *Harvard Law Review*, vol. 40 (1926), pp. 1-29
- Díez-Hochleitner (J.), « Spain and the Law of the Sea: 20 Years under LOSC – Maritime zones under sovereignty and navigation », *S.Y.I.L.*, vol. 21 (2017), pp. 239-251
- Dinstein (Y.), « Freedom of Emigration and Soviet Jewry », *I.Y.H.R.*, vol. 4 (1974), pp. 266-274
- Dinstein (Y.), « The right to humanitarian assistance », *Karl Vasak amicorum liber. Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, xxxi-1189 p., pp. 183-198
- Dubuisson (Fr.), « Vers un renforcement des obligations de diligence en matière de lutte contre le terrorisme ? », *in* Bannelier (K.), Christakis (Th.), Corten (O.) et Delcourt (B.) (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, vi-356 p., pp. 141-157
- Dufour (G.) et Ducasse (D.), « "America First" and the return of economic isolationism and nationalism to the United States: a historic turning point for international trade law », *A.Can.D.I.*, vol. 57 (2019), pp. 223-255

- Dufour (J.-M.), « De l'exterritorialité à l'autonomie internationale : à propos des relations de l'organisation intergouvernementale avec l'Etat-hôte », *in Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, xxxi-511 p., pp. 239-256
- Dullin (S.), « Introduction », *in* Dullin (S.) et Forestier-Peyrat (E.) (dir.), *Les frontières mondialisées*, Paris, PUF – laviedesidées.fr, 2015, 98 p., pp. 5-19
- Dupuy (P.-M.), « Due diligence in the international law of liability », in *Legal aspects of transfrontier pollution*, Organisation pour la coopération économique et le développement, 1977, 487 p., pp. 369-379
- Dupuy (P.-M.), « L'enfer et le paradigme : libres propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l'objectif idéal du maintien de la paix », *in Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, 417 p., pp. 187-200
- Dupuy (P.-M.), « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan », *R.G.D.I.P.*, t. 107 (2003), pp. 305-348
- Dupuy (P.-M.), « Reviewing the Difficulties of Codification: on Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility », *E.J.I.L.*, vol. 10 (1999), pp. 371-385
- Dupuy (R.-J.), « Communauté internationale », *in Dialectiques du droit international. Souveraineté des Etats, communauté internationale et droits de l'humanité*, Paris, Pedone, 1999, 371 p., pp. 309-314
- Dupuy (R.-J.), « La mer sous compétence nationale », *in* Dupuy (R.-J.) et Vignes (D.) (dir.), *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris – Bruxelles, Economica – Bruylant, 1985, xxi-1447 p., pp. 219-273
- Dupuy (R.-J.), « Le dédoublement du monde », *R.G.D.I.P.*, t. 100 (1996), pp. 313-321
- Dutheil de la Rochère (J.), « L'affaire de l'accident du Boeing 747 de Korean Airlines », *A.F.D.I.* vol. 29 (1983), pp. 749-772
- Dutton (P. A.), « *Caelum Liberum*: Air Defense Identification Zones Outside Sovereign Airspace », *A.J.I.L.*, vol. 103 (2009), pp. 691-709
- Duvic-Paoli (L.-A.) et Viñuales (J.), « Principle 2: Prevention », *in* Viñuales (J.) (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, liii-665 p., pp. 107-138
- Eisemann (P.-M.) et Lagrange (E.), « Article 41 », *in* Cot (J.-P.), Pellet (A.) et Forteau (M.) (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3e éd., t. I, Paris, Economica, 2005, xx-1366 p., pp. 1195-1242
- Eisenmann (Ch.), « Les fonctions de l'Etat », 1960, rééd. *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, 668 p., pp. 183-220
- Eisenmann (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », 1966, rééd. *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, 668 p., pp. 289-305
- Fauchille (P.), « Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats », *R.G.D.I.P.*, t. 8 (1901), pp. 414-485
- Fauchille (P.), « Le droit d'émigration et le droit d'immigration », *Revue internationale du Travail*, vol. IX, n° 3 (mars 1924), pp. 333-350
- Febvre (L.), « Frontière », *Bulletin du Centre international de synthèse. Section de synthèse historique*, 1928/1, pp. 31-44

- Fenwick (C. G.), « Freedom of communication across national boundaries », *A.J.I.L.*, vol. 44 (1950), pp. 562-565
- Fischer (G.) et Vignes (D.), « Existe-t-il une fonction d'inspection dans la société internationale ? », *in* Fischer (G.) et Vignes (D.) (dir.), *L'inspection internationale. Quinze études de la pratique des Etats et des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 521 p., pp. 7-21
- Fleury Graff (Th.), « (Il)licéités et (dé)mesures de l'extraterritorialité », *in* Buxbaum (H.L.) et Fleury Graff (Th.) (dir.), *Extraterritoriality / L'extraterritorialité*, La Haye – Leyde, Académie de droit international de La Haye – Nijhoff, 2022, pp. 51-126
- Fleury Graff (Th.), « Extraterritorialité et juridiction en matière de droits de l'homme. "Juridiction, juridiction, quand tu nous tiens, on peut bien dire : 'Adieu prudence !'" », *in* S.F.D.I., *Extraterritorialités et droit international*, Paris, Pedone, 2020, 360 p., pp. 211-232
- Fleury Graff (Th.), « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale », *in* S.F.D.I., *Migrations et droit international*, Paris, Pedone, 2022, 587 p., pp. 13-53
- Fleury Graff (Th.), « La protection douanière. Considérations sur l'OMC », *Droits*, n° 64 (2016/2), pp. 97-114
- Fleury Graff (Th.), « Protection internationale, sécurité nationale et ordre public. Interstices et anfractuosités dans le droit international des réfugiés », *A.F.R.I.*, vol. 22 (2021), pp. 189-199
- Fleury Graff (Th.), « Santé et migrations internationales », *in* S.F.D.I., *Santé et droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2019, 510 p., pp. 247-261
- Fleury Graff (Th.), « Tenir à distance. La politique européenne d'externalisation de l'asile », *Esprit*, 2022/12, pp. 51-60
- Forteau (M.), « Le droit de l'Etat de communiquer », *in* Forteau (M.) et Latty (Fr.) (dir.), *Communication médiatique de l'Etat et droit international*, Paris, Pedone, 2022, Coll. « Cahiers internationaux », 252 p., pp. 23-44
- Forteau (M.), « Le statut des territoires sur lesquels se trouvent les murs », *in* Sorel (J.-M.) (dir.), *Les Murs et le droit international*, Paris, Pedone, Coll. « Cahiers internationaux », 2010, 202 p., pp. 91-115
- Foster (M.) et Pobjoy (J.), « A Failed Case of Legal Exceptionalism? Refugee Status Determination in Australia's 'Excised' Territory », *I.J.R.L.*, vol. 23 (2011), pp. 583-631
- Foucher (M.), « Frontières : rejet, attachement, obsession », *Pouvoirs*, n° 165 (2018/2), pp. 5-14
- Foucher (M.), « La vision géopolitique : objectifs et efficacité des murs et des clôtures », *in* Sorel (J.-M.) (dir.), *Les Murs et le droit international*, Paris, Pedone, Coll. « Cahiers internationaux », 2010, 202 p., pp. 37-45
- Frenzen (N.), « US Migrant Interdiction Practices in International and Territorial Waters », *in* Mitsilegas (V.) et Ryan (B.) (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal challenges.*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, x-449 p., pp. 369-390
- Frison-Roche (M.-A.), « Le droit des deux mondialisations », *Archives de philosophie du droit*, t. 47 (2003), pp. 17-23
- Frouville (O. de), « Attribution of conduct to the State : private individuals », in Crawford (J.), Pellet (A.) et Olleson (S.) (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, lxv-1296 p., pp. 257-280

- Frouville (O. de), « Ouverture. Qu'est-ce que le cosmopolitisme juridique ? », *in* Frouville (O. de) (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, 457 p., pp. 11-54
- Gattini (A.), « Les obligations des Etats en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat pour violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général », *in* Dupuy (P.-M.) (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Paris, Pedone, 2003, 296 p., pp. 145-165
- Geslin (A.), « Puissance publique et droit international », *in* A.F.D.A., *La puissance publique*, Paris, LexisNexis, 2012, x-314 p., pp. 269-286
- Ghérari (H.), « Les droits de l'homme et l'Organisation mondiale du commerce », *in* Boy (L.), Racine (J.-B.) et Siirainen (F.) (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, 710 p., pp. 167-202
- Giacca (G.), « Article 16. International assistance » *in* Casey-Maslen (St.) *et al.*, *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016, xxviii-502 p., pp. 419-434
- Gil-Bazo (M.-T.), « The Safe Third Country Concept in International Agreements on Refugee Protection », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33 (2015), pp. 42-77
- Giuliano (M.), « Lo Stato, il territorio e la sovranità territoriale », *Communicazioni e studi*, vol. VI (1954), pp. 19-54
- Goltzberg (St.), « À la recherche de l'arbitraire. Du droit à la sémiotique et retour », *Revue internationale de sémiotique juridique*, vol. 26 (2013), pp. 543-554
- Goodwin-Gill (G. S.), « Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection » *in* Feller (E.), Türk (V.) et Nicholson (Fr.) (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, UNHCR – Cambridge University Press, 2003, lix-717 p., pp. 185-260
- Goy (R.), « Le régime international des migrants illicites par voie de mer », *A.D.M.*, t. VII (2002), pp. 249-301
- Goyard-Fabre (S.), « Qu'est-ce que l'*état de guerre* ? », *Cahiers de philosophie de philosophie politique et juridique*, n° 10 « La guerre » (1986), pp. 149-161
- Gros Espiell (H.), « Les fondements juridiques du droit à l'assistance humanitaire », *in* UNESCO, *Le droit à l'assistance humanitaire*, Actes du colloque international organisé par l'UNESCO du 23 au 27 janvier 1995 à Paris, Éditions de l'UNESCO, 1996, v-218 p., pp. 11-21
- Gualtieri (D. S.) « The System of Non-proliferation Export Controls », *in* Shelton (D.) (dir.), *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, New York, Oxford University Press, 2000, xxvi-560 p., pp. 467-486
- Guilfoyle (D.), « Article 111 », *in* Proelss (A.) (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, Munich, C.H. Beck, 2017, li-2617 p., pp. 772-779
- Gutiérrez Castillo (V. L.), « La zone contiguë dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 », *A.D.M.*, t. 7 (2002), pp. 149-164
- Haggenmacher (P.), « La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international », *in* Truyol y Serra (A.) *et al.*, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, Bruylant, 1988, x-128 p., pp. 27-80
- Haquet (A.), « La puissance publique entre droit constitutionnel et droit administratif », *in* A.F.D.A., *La puissance publique*, Paris, LexisNexis, 2012, x-314 p., pp. 45-56

- Hauriou (A.), « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *in Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, viii-536 p., pp. 231-240
- Heathcote (S.), « State Responsibility, International Law and the Covid-19 Crisis », *A.Y.I.L.*, vol. 39 (2022), pp. 122-140
- Helman (G.) et Ratner (S.), « Saving failed States », *Foreign Policy*, n° 89 (1992-1993), pp. 3-20
- Hermitte (M.-A.), « La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du temps – », *in* Hermitte (M.-A.) et Kahn (Ph.), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruxelles, Bruylant, 2004, xviii-325 p., pp. 1-124
- Holland (N.), « Freedom of expression and opinion in wartime: assessing Ukraine's Ban on Citizen Access to Russian-Owned Websites », *American University International Law Review*, vol. 33/4 (2018), pp. 943-976
- Hoorickx (E.), « La désinformation, un enjeu sécuritaire majeur pour l'UE et l'Otan », *Revue Défense Nationale*, n° 845 (2021/10), pp. 95-100
- Infantino (F.), « The Marketisation of 'Legitimate' Violence. Inducing Deportation through Public-Private Cooperation », *in* Bosworth (M.) et Zedner (L.) (dir.), *Privatising Border Control. Law at the Limits of the Sovereign State*, Oxford, Oxford University Press, 2022, xi-269 p., pp. 153-169
- Iovane (M.) et Rossi (P.), « International fundamental values and obligations *erga omnes* », *in* Iovane (M.), Palombino (F.), Amoroso (D.), et Zarra (G.) (dir.), *The protection of general interests in contemporary international law. A theoretical and empirical inquiry*, Oxford, Oxford University Press, 2021, xx-415 p., pp. 46-67
- Jacob (P.), « Les migrations appréhendées par le droit international économique », *in* S.F.D.I., *Migrations et droit international*, Paris, Pedone, 2022, 587 p., pp. 141-153
- Jean (P.), « Le contenu de la liberté de circulation », *in* Flory (M.) et Higgins (R.) (dir.), *Liberté de circulation des personnes en droit international*, Paris, Economica, 1988, vii-263 p., pp. 21-41
- Jeanneney (J.), « L'Atlantide. Remarques sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un Etat », *R.G.D.I.P.* vol. 118 (2014), p. 95-130
- Jensen (E. T.), « Due diligence in cyber activities », *in* Krieger (H.), Peters (A.) et Kreuzer (L.) (dir.), *Due diligence in the international legal order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, xviii-402 p., pp. 252-269
- Jeuland (E.), « L'école relationniste du droit : la nouaison ? », *A.P.D.*, vol. 54 (2011), pp. 373-387
- Johnson (D. R.) et Post (D.), « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », *Stanford Law Review*, vol. 48 (1996), pp. 1367-1402
- Jørgensen (N.), « The obligation of non-assistance to the responsible State », *in* Crawford (J.), Pellet (A.) et Olleson (S.) (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, lxv-1296 p., pp. 687-693
- Jouanjan (O.), « Préface. Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *in* Jellinek (G.), *L'Etat moderne et son droit. Première partie - Théorie générale de l'Etat (1911)*, réédition. Paris, Éditions Panthéon-Assas, Coll. « Les introuvables », 2005, 85-viii-575 p., pp. 5-85
- Jouannet (E.), « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale », *A.P.D.* t. 47 (2003), pp. 191-232
- Juillard (P.), « A propos du décès de l'A.M.I. », *A.F.D.I.*, t. 44 (1998), pp. 595-612

- Juillard (P.), « Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 15/2 (2000), pp. 322-339
- Juss (S.), « Free Movement and the World Order », *I.J.R.L.*, vol. 16 (2004), pp. 289-335
- Kagan (M.), « The Beleaguered Gatekeeper: Protection Challenges Posed by UNHCR Refugee Status Determination », *I.J.R.L.*, vol. 18 (2006), pp. 1-29
- Kamto (M.), « Mondialisation et droit », *Revue hellénique de droit international*, vol. 53 (2000/2), pp. 457-485
- Kanehara (A.), « Japanese digest of international law – Covid-19 and the law of the sea: Japan's port State jurisdiction in relation to the *Diamond Princess* », *J.Y.I.L.*, vol. 64 (2021), pp. 233-245
- Karagiannis (S.), « L'élément fonctionnel dans la définition des détroits internationaux », *in Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, Paris, L'Harmattan, 1999, 438 p., pp. 169-220
- Karagiannis (S.), « Les détroits », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p., pp. 445-457
- Kempf (O.), « Cyberespace et dynamique des frontières », *Inflexions*, n°30 (2015-3), pp. 141-149
- Keyuan (Z.), « Innocent passage for warships : the Chinese doctrine and practice », *Ocean Development and International Law*, vol. 29 (1998), pp. 195-223
- Khan (D.-E.), « Article 33 », *in* Proelss (A.) (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, Munich, C.H. Beck, 2017, li-2617 p., pp. 254-271
- Khan (D.-E.), « Territory Taking Centre Stage in International Law: Some Preliminary Thoughts on the Rise of Territoriality to the Bedrock of Modern Statehood », *in* S.F.D.I., *Droit des frontières internationales*, Louvain-la-Neuve, Journées franco-allemandes, Paris, Pedone, 2016, pp. 57-68, pp. 57-59
- Kohen (M. G.) et Gómez Pulisich (F. M.), « Les eaux intérieures », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p., pp. 341-355
- Kohen (M. G.), « Internationalisme et mondialisation », *in* Morand (Ch.-A.) (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, x-477 p., pp. 107-130
- Kohen (M. G.), « Is the Notion of Territorial Sovereignty Obsolete? », *in* Pratt (M.) et Allison-Brown (J.), *Borderlands Under Stress*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2000, pp. 35-47, reproduit *in* Kohen (M. G.) (dir.), *Territoriality and International Law*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar Publishing, 2016, xxii-669 p., pp. 657-669
- Kohen (M.), « Murs, souveraineté et frontières », *in* Sorel (J.-M.) (Dir.), *Les Murs et le droit international*, Paris, Pedone, Coll. « Cahiers internationaux », 2010, 202 p., pp. 127-134
- Kolb (R.), « Commentaire article par article de la Résolution de Bruges 2003 sur l'assistance humanitaire », *in* I.D.I., *L'assistance humanitaire – Résolution de Bruges 2003*, Paris, Pedone, Coll. « Résolutions » n° 2, 2006, 47 p.
- Kolb (R.), « Du domaine réservé. Réflexions sur la théorie de la compétence nationale », *R.G.D.I.P.*, t. 110 (2006), pp. 597-630
- Kolb (R.), « Reflections on due diligence duties and cyberspace », *G.Y.I.L.*, vol. 58 (2015), pp. 113-128
- Kornprobst (Br.), « La compétence liée », *R.D.P.*, t. LXXVII, n° 5, sept.-oct. 1961, pp. 935-958
- Koskenniemi (M.), « International Law and the Emergence of Mercantile Capitalism: Grotius to Smith », *in The Roots of International Law / Les fondements du droit*

international. Liber Amicorum *Peter Haggenmacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, xiii-764 p., pp. 3-37
- Koskenniemi (M.), « The Future of Statehood », *Harvard International Law Journal*, vol. 32, n° 2 (1991), pp. 397-410
- Koulen (M.), « Dispositions de l'OMC concernant l'investissement », *in* S.F.D.I., *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Journée d'études organisée par l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris, Pedone, 1998, 140 p., pp. 101-110
- Krieger (H.) et Peters (A.), « Due diligence and structural change in the international legal order », *in* Krieger (H.), Peters (A.) et Kreuzer (L.) (dir.), *Due diligence in the international legal order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, xviii-402 p., pp. 351-390
- Krieger (H.), « Rights and obligations of third parties in armed conflicts », *in* Benvenisti (E.) et Nolte (G.) (dir.), *Community interests across international law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, xxviii-510 p., pp. 448-467
- Krynen (J.), « Aux origines historiques de l'idée de puissance publique », *in* A.F.D.A., *La puissance publique*, Paris, LexisNexis, 2012, x-314 p., pp. 37-44
- Kuijer (M.) et Werner (W.), « The paradoxical place of territory in international law », *N.Y.I.L.*, vol. 47 (2016), pp. 3-17
- Kyriakopoulos (G.), « Statut des espaces maritimes et régime juridique de la navigation aérienne », *R.G.D.I.P.*, t. 105 (2001), pp. 307-329
- La Fayette (L. de), « Access to Ports in International Law », *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 11 (1996), pp. 1-22
- Lachaume (J.-F.), « La frontière-séparation », *in* S.F.D.I., *La frontière*, Colloque de Poitiers, Paris, Pedone, 1980, viii-304 p., pp. 77-94
- Lamont (Chr. K.), « Conflict in the Skies: The Law of Air Defence Identification Zones », *Air & Space Law*, vol. 39 (2014), pp. 187-202
- Landauer (C.), « The Ever-Ending Geography of International Law: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law: A Reply to Daniel Bethlehem », *E.J.I.L.*, vol. 25 (2014), pp. 31-34
- Lanfranchi (M.-P.) et Truilhe-Marengo (E.), « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 130-100
- Lapradelle (A. de), « La question chinoise », *R.G.D.I.P.*, t. 8 (1901), pp. 272-340
- Lapradelle (P. (de)), « Théorie de la frontière », *Répertoire de droit international*, t. VIII, Paris, Sirey, 1930, pp. 487-514
- Latty (Fr.), « L'O.C.D.E. et l'encadrement juridique de l'investissement », *in* Daillier (P.), La Pradelle (G. de), Ghérari (H.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, xvi-1119 p., pp. 727-731
- Laurent (A.), « Un chemin vers l'empyrée ? L'expression de la volonté générale et l'organisation internationale selon René-Jean Dupuy », *in Les grandes pages du droit international. Vol. 10 : Les organisations internationales*, Paris, Pedone, 2024, 300 p., pp. 31-57
- Lauterpacht (E.) et Bethlehem (D.), « The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion » *in* Feller (E.), Türk (V.) et Nicholson (Fr.) (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, UNHCR – Cambridge University Press, 2003, lix-717 p., pp. 87-181
- Lauterpacht (E.), « Freedom of Transit in International Law », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 44 (1958), pp. 313-356

- Le Floch (G.), « Les lignes de démarcation à la lumière de la pratique contemporaine », *in* S.F.D.I., *Droit des frontières internationales*, Louvain-la-Neuve, Journées franco-allemandes, Paris, Pedone, 2016, 322 p., pp. 187-206
- Leben (Ch.), « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *Droits*, n° 11 (1990), pp. 35-40
- Leben (Ch.), « Le droit international et les migrations de travailleurs », *in* S.F.D.I., *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont-Ferrand, Paris, Pedone, 1979, 449 p., pp. 47-106
- Lévy (D.), « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *R.G.D.I.P.* t. 65 (1961), pp. 744-764
- Lhomme (J.), « L'autarcie, ses survivances probables ou possibles », *R.G.D.I.P.*, t. 50 (1946), pp. 25-48
- Lochak (D.), « La politique d'externalisation : obstination raisonnée ou persévérance diabolique ? », *in* Abderamane (K.) et Laval (P.-Fr.) (dir.), *La déclaration Union européenne-Turquie : ambiguïtés et devenir d'un modèle de gestion des flux migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 2023, 219 p.
- Lorimer (J.), « La doctrine de la reconnaissance, fondement du droit international », *R.D.I.L.C.*, t. 16 (1884), pp. 333-359
- Lowe (A. V.), « The development of the concept of the contiguous zone », *B.Y.I.L.*, vol. 52 (1981), pp. 109-169
- Lowe (A.V.), « The Rights of Entry into Maritime Ports in International Law », *San Diego Law Review*, vol. 14 (1977), pp. 597-622
- Lucchini (L.) et Vœlckel (M.), « Passage dans les eaux territoriales et séjour dans les ports du navire à propulsion nucléaire », *in* Colliard (Cl.-A.) (dir.), *Droit nucléaire et droit océanique*, Paris, Economica, 1977, ix-252 p., pp. 39-60
- Lucchini (L.), « A propos de l'Amoco-Cadiz. La lutte contre la pollution des mers : évolution ou révolution du droit international », *A.F.D.I.*, t. 24 (1978), pp. 721-754
- Marchi (J.-Fr.), « Bien commun et droit international », *Cahiers Portalis*, n° 4 (2017), pp. 54-67
- Marouda (M. D.), « Is State consent (to gain access) still valid for human rights monitoring when human dignity is at stake? From Syria to Ukraine and beyond », *in* Perrakis (St.) et Marouda (M. D.), *Human Dignity in periods of conflicts and crises. Human Rights and Humanitarian Law at crossroads*, Athènes, I. Sideris Publications, 2019, pp. 7-36
- Marouda (M. D.), « Jean Pictet's Red Cross principles as tools to secure access and the continued validity of State consent requirement », *in* Grignon (J.) (dir.), *Hommage à Jean Pictet*, Genève – Montréal, Schulthess éditions romandes – Editions Yvon Blais, 2016, l-640 p., pp. 89-103
- Martin (J.-Chr.), « Rapport introductif. Quelle gestion pour quelles frontières ? », *in* Martin (J.-Chr.) (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne. Défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, Paris, Pedone, 2011, 300 p., pp. 9-36
- Martínez Pérez (E. J.), « Relevant International Legal Obligations Due to the Environmental Impact of the Construction of Walls and Reinforced Fences », *S.Y.I.L.*, vol. 23 (2019), pp. 376-388
- Matringe (J.), « Les frontières, entre logique territoriale et logique personnelle », Pataut (E.) (dir.), *Etat(s) des frontières*, Paris, Pedone, Coll. « Perspectives internationales », n°37, 2017, 201 p., pp. 187-199

- McAdam (J.), « An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12 (2011), pp. 27-56
- Mechoulan (H.), « Vitoria, père du droit international ? », *in* Truyol y Serra (A.) *et al.*, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, Bruylant, 1988, x-128 p., pp. 11-26
- Mégret (Fr.), « Are There "Inherently Sovereign Functions" in International Law? », *A.J.I.L.*, vol. 115 (2021), pp. 452-492
- Meron (Th.), « The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination », *A.J.I.L.*, t. 79 (1985), pp. 283-318
- Michalet (Ch.-A.), « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec-CREDIMI, 2000, xxii-728 p., pp. 433-451
- Michoud (L.), « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, t. XXV, n° 3 (1913), pp. 429-500
- Miron (A.) et Taxil (B.), « Les extraterritorialités, entre unilatéralisme et multilatéralisme. L'*imperium* sans le *dominium* ? », *in* S.F.D.I., *Extraterritorialités et droit international*, Paris, Pedone, 2020, 360 p., pp. 15-56
- Moine (A.), « Contrôle de l'immigration, politique d'intégration et protection internationale des droits de l'homme », in S.F.D.I., *L'Etat dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, 591 p., pp. 401-425
- Momtaz (D.), « La lutte contre « l'introduction clandestine » de migrants par mer », *A.D.M.*, t. IV (1999), pp. 49-57
- Monnier (J.), « Le droit d'accès à la mer et la liberté de transit terrestre », *in* Dupuy (R.-J.) et Vignes (D.) (dir.), *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris – Bruxelles, Economica – Bruylant, 1985, xxi-1447 p., pp. 441-462
- Morrow (R. L.), « The Early American Attitude Toward the Doctrine of Expatriation », *A.J.I.L.*, vol. 26, n° 3 (1932), pp. 552-564
- Moulier (I.) et Taxil (B.), « L'engagement de la responsabilité de l'organisation internationale », *in* Lagrange (E.) et Sorel (J.-M.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, L.G.D.J., 2014, xxxix-1197 p., pp. 1013-1041
- Mouton (J.-D.), « "Etat fragile", une notion du droit international ? », *Civitas Europa*, n°28 2012/1, pp. 5-18
- Mouton (J.-D.), « La mondialisation et la notion d'Etat », *in* S.F.D.I., *L'Etat dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, 591 p., pp. 11-36
- Mouton (J.-D.), « La notion d'Etat et le droit international public », *Droits*, n° 16 (1993), pp. 45-58
- Münch (W.), « The UN Laissez Passer: Legal Reflections and Managerial Issues », *in* Fastenrath (U.) *et al.*, *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, xxvi-1346 p., pp. 269-277
- Nafziger (J.), « The General Admission of Aliens Under International Law », *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), pp. 804-847
- Nguyen (M. S.), « La gestion des déchets en droit administratif international », *R.S.D.I.D.E.*, vol. 24 (2014/1), pp. 45-67
- Noll (Gr.), « Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law? », *I.J.R.L.*, vol. 17 (2005), pp. 542-573
- Norodom (A.-Th.), « La lutte contre les ingérences étrangères dans la vie publique », *in* Pooter (H. de) et They (M.), *Les enjeux contemporains des communications*

numériques. Aspects de droit international et européen, Paris, Pedone, 2020, 200 p., pp. 109-124
- Norodom (A.-Th.), « Propos introductifs. Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », *in* S.F.D.I., *Internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Paris, Pedone, 2014, 497 p., pp. 11-35, pp. 23-24
- Nouvel (Y.), « Qu'est-ce que le territoire de la Fédération de Russie ? », *Droits*, n° 77 (2023/1), pp. 197-213
- Obregón (L.), « The Civilized and the Uncivilized », *in* Fassbender (B.) et Peters (A.) (dir.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, xl-1228 p., pp. 917-939
- Oeter (St.), « Inspection in international law. Monitoring compliance and the problem of implementation in international law », *N.Y.I.L.*, vol. XXVIII (1997), pp. 101-169
- Ogg (K.) et Taoi (Ch.), « Covid-19 Border Closures: a violation of non-refoulement obligations in international refugee and human rights law? », *A.Y.I.L.*, vol. 39 (2022), pp. 32-48
- Oppetit (Br.), « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », *in Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, xxvi-790 p., pp. 309-319
- Ost (Fr.), « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », », *in* Morand (Ch.-A.) (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, x-477 p., pp. 5-36
- Panizza (D.), « The 'Freedom of the Sea' and the 'Modern Cosmopolis' in Alberico Gentili's *De Iure Belli* », *Grotiana*, vol. 30 (2009), pp. 88-106
- Parachkevova-Racine (I.), « Le sens des libertés économiques de circulation aujourd'hui : une lecture de droit économique », *in* Bergé (J.-S.) et Giorgini (G. C.), *Le sens des libertés économiques de circulation – The sense of economic freedoms of movement*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 422 p., pp. 73-81
- Parain (Br.), « Préface », *in Histoire de la philosophie. Tome I : Orient – Antiquité – Moyen-Âge*, Paris, Gallimard, 1969, Coll. « Encyclopédie de la Pléiade », xvii-1728 p., pp. vii-xv
- Pellet (A.), « *Lotus* que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet. L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Pedone, 2008, xiv-331 p., pp. 215-230
- Perelman (Ch.), « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *A.P.D.*, t. 23 (1978), pp. 35-42
- Peters (A.), « Humanity as the A and Ω of Sovereignty », *E.J.I.L.*, vol. 20 (2009), pp. 513-544
- Peters (A.), Krieger (H.) et Kreuzer (L.), « Due diligence in the international legal order. Dissecting the leitmotif of current accountability debates », *in* Krieger (H.), Peters (A.) et Kreuzer (L.) (dir.), *Due diligence in the international legal order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, xviii-402 p., pp. 1-19
- Pettiti (L.), « The Administrative Practice, the Measures Taken and the Harassments Applied Following the Request for a Visa », *I.Y.H.R.*, vol. 4 (1974), pp. 288-301
- Pillet (A.), « Quel doit être le régime juridique des fleuves africains ? », *R.G.D.I.P.*, t. 5 (1898), pp. 829-844
- Pisillo Mazzeschi (R.), « The Relationship Between Human Rights and the Rights of Aliens and Immigrants », *in* Fastenrath (U.) *et al.*, *From Bilateralism to Community*

Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma, Oxford, Oxford University Press, 2011, xxvi-1346 p., pp. 552-573
- Pisillo-Mazzeschi (R.), « The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States », *G.Y.I.L.*, vol. 35 (1992), pp. 9-51
- Poirat (Fl.), « La doctrine des "droits fondamentaux" de l'Etat », *Droits*, n° 16 (1993), pp. 83-91
- Poirat (Fl.), « Rapport », *in* S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p., pp. 203-238
- Poirier (R.), « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *A.P.D.*, t. 23 « Formes de rationalité en droit » (1978), pp. 11-34
- Pooter (H. de) et They (M.), « Présentation », *in* Pooter (H. de) et They (M.), *Les enjeux contemporains des communications numériques. Aspects de droit international et européen*, Paris, Pedone, 2020, 200 p., pp. 5-18
- Potvin-Solis (L.), « De l'intégration à la coopération. La portée constitutionnelle des enjeux de méthode dans le contrôle européen des migrations », *in* Benlolo Carabot (M.) (dir.), *Union européenne et migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 353 p., pp. 274-301
- Quéneudec (J.-P.), « Mer territoriale et territoire maritime », *A.D.M.*, t. 2 (1997), pp. 105-116
- Racho (T.), « Le fichage des étrangers et l'externalisation des frontières : l'évolution sécuritaire de l'Union européenne », *in* Benlolo Carabot (M.) (dir.), *Union européenne et migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 353 p., pp. 302-313
- Ræstad (A.), « La portée du canon comme limite de la mer territoriale », *R.G.D.I.P.* t. 19 (1912), pp. 598-623
- Raspail (H.), « Le principe de non-refoulement en situation d'afflux massif », *R.T.D.H.*, vol. 29, n° 115 (juillet 2018), pp. 613-650
- Raspail (H.), « Rapport introductif. L'homme comme sujet du droit de la mer », *in* Raspail (H.) (dir.), *Les droits de l'homme et la mer*, Paris, Pedone, 2020, 346 p., pp. 9-50
- Raton (P.), « Les enclaves », *A.F.D.I.*, vol. 4 (1958), pp. 186-195
- Reeves (J. S.), « International Boundaries », *A.J.I.L.* vol. 38, n° 4 (1944), pp. 533-545
- Reisman (W. M.), « The Arafat Visa Affair: Exceeding the Bounds of Host State Discretion », *A.J.I.L.*, vol. 83 (1989), pp. 519-527
- Renard (G.), « Les bases philosophiques du droit international et la doctrine du "Bien commun" », *A.P.D.S.J.*, 1931, pp. 465-480
- Reuter (P.), « De l'obligation de négocier », *in Il processo internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, *Comunicazioni e studi*, vol. 14 (1975), pp. 711-733
- Reuter (P.), « Quelques réflexions sur le vocabulaire du droit international », reproduit *in Le développement de l'ordre juridique international. Écrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, ix-643 p., pp. 3-22
- Reuter (P.), « Techniciens et politiques dans l'organisation internationale », *in Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, 643 p., pp. 151-165
- Ricci (J.-Cl.), « Le Bien commun : les prémices d'une idée », *Cahiers Portalis*, n° 4 (2017), pp. 21-31
- Ríos Rodríguez (J.), « Le trafic illicite de migrants par voie maritime », *in* S.F.D.I., *L'Etat dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, 591 p., pp. 371-387
- Riphagen (W.), « La navigation dans le nouveau droit de la mer », *R.G.D.I.P.*, t. 84 (1980), pp. 144-177

- Rodière (R.), « La mer, voie naturelle », *A.D.M.*, t. 1 (1974), pp. 19-29
- Ronzitti (N.), « Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea », *in* Ando (N.), McWhinney (E.) et Wolfrum (R.) (dir.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, vol. II, pp. 1271-1286
- Rousset (D.), « Les frontières des cités grecques. Premières réflexions à partir du recueil des documents épigraphiques », *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, 1994-V, pp. 97-126
- Ruiz Fabri (H.), « Immatériel, territorialité et Etat », *Archives de philosophie du droit*, t. 43 (1999), pp. 187-212
- Ruiz Fabri (H.), « L'ordre public en droit international », *in* Redor (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 436 p., pp. 85-108
- Ruiz Fabri (H.), « La contribution de l'Organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », », *in* Loquin (E.) et Kessedjian (C.), *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec-CREDIMI, 2000, 612 p., pp. 347-380
- Ruiz Fabri (H.), « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », *in* Ruiz Fabri (H.) et Sorel (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, Coll. « Contentieux international », 2008, 286 p., pp. 103-132
- Rygiel (Ph.), « Liberté économique de circulation. Archéologie d'un énoncé », *in* Bergé (J.-S.) et Giorgini (G. C.), *Le sens des libertés économiques de circulation – The sense of economic freedoms of movement*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 422 p., pp. 195-200
- Sacerdoti (G.), « La contribution de l'Organe d'appel de l'OMC à la construction du droit international économique : système commercial multilatéral, accords régionaux, droit de l'investissement », *R.G.D.I.P.*, t. 120 (2016), pp. 721-744
- Saddiki (S.), « Les clôtures de Ceuta et de Melilla – Une frontière européenne multidimensionnelle », *Etudes internationales*, vol. 43/1 (2012), pp. 49-65
- Salah Mohamed Mahmoud (M.), « Mondialisation et souveraineté de l'Etat », *J.D.I.* 1996-3, pp. 611-662
- Salinas de Frías (A.), « Security and border walls/fences in contemporary International Law », *S.Y.I.L.*, vol. 23 (2019), pp. 319-341
- Salmon (J. J. A.), « Le concept de raisonnable en droit international public », *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, xxxii-584 p., pp. 447-478
- Salmon (J.), « Les notions à contenu variable en droit international public », in Perelman (Ch.) et Vander Elst (R.) (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, 377 p., pp. 251-268
- Sands (Ph.), « Unilateralism, Values, and International Law », *E.J.I.L.*, vol. 11 (2000), pp. 291-302
- Santulli (C.), « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation. Éléments épars du statut international des sujets internes », *in* S.F.D.I., *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 2005, 170 p., pp. 85-98
- Santulli (C.), « L'expansion de la souveraineté de l'Etat », *R.G.D.I.P.*, t. 123 (2019), pp. 355-361
- Santulli (C.), « L'inégalité des peuples chez Georges Scelle. Observations critiques sur la théorie colonialiste du droit international objectif », *in* I.H.E.I., *Les grandes pages du droit international. Volume 4 – Les espaces*, Paris, Pedone, 2018, 289 p., pp. 269-289
- Scelle (G.), « Critique du soi-disant domaine de "compétence exclusive" », *R.D.I.L.C.*, 1933, pp. 365-394

- Schindler (D.), « Humanitarian assistance, humanitarian interference and international law », *Essays in honor of Wang Tieya*, Dordrecht, M. Nijhoff Publishers, 1993, pp. 689-701
- Schou (P.), « Le rôle du territoire dans le droit international », *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 10 (1939), pp. 17-29
- Schütze (R.), « From the "Closed" to the "Open" Commercial State: A Very Brief History of International Economic Law », *J.H.I.L.*, vol. 19 (2017), pp. 495-524
- Scovazzi (T.), « La liberté de la mer : vers l'affaiblissement d'un principe vénérable ? », *A.D.M.*, t. III (1998), pp. 13-29
- Shihata (I. F.I.), « Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 9/1 (1994), pp. 47-70
- Shyllon (F.), « Grasping the nettle of illicit export, import, and transfer of ownership of cultural objects », *in* Vrdoljak (A. F.) et Francioni (Fr.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, lxxi-1012 p., pp. 227-249
- Simonneau (D.), « Militariser la zone-frontière. La légitimation des murs, d'Israël à l'Arizona », *in* Dullin (S.) et Forestier-Peyrat (E.) (dir.), *Les frontières mondialisées*, Paris, PUF – laviedesidées.fr, 2015, 98 p. pp. 59-73
- Slawotsky (J.), « The Weaponization of Human Rights in US-China Trade Policy: Impacts and Risks », *J.W.T.*, vol. 56 (2022/4), pp. 547-570
- Smets (P.-F.), « La pratique belge en matière de contrôles frontaliers et de gares communes et d'échange », *R.B.D.I.*, 1967-1, pp. 270-294
- Sorel (J.-M.), « Frontière », *Répertoire de droit international Dalloz*, 2017
- Sorel (J.-M.), « L'élargissement de la notion de menace contre la paix », *in* S.F.D.I., *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1995, 324 p., pp. 5-57
- Stern (Br.), « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats », *A.F.D.I.*, vol. 47 (2001), pp. 3-44
- Stern (Br.), « La responsabilité dans le système international – Conclusions générales », *in* S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, vi-338 p., pp. 319-336
- Stern (Br.), « Règles et principes directeurs de l'organisation mondiale du commerce : Champ d'application et futur développement dans le contexte de mondialisation », *Law, Democracy and Development*, vol. 3 (1999), pp. 15-30
- Strozzi (G.), « Liberté de l'information et droit international », *R.G.D.I.P.*, t. 94 (1990), pp. 947-996
- Su (J.), « The East China Sea air defense identification zone and international law », *C.J.I.L.*, vol. 14 (2015), pp. 271-303
- Su (J.), « The practice of States on air defense identification zones: geographical scope, object of identification, and identification measures », *C.J.I.L.*, vol. 18 (2019), pp. 811-835
- Sur (S.), « Conclusions générales », *in* S.F.D.I., *L'Etat dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Pedone, 2013, 591 p., pp. 573-587
- Sur (S.), « L'Etat entre l'éclatement et la mondialisation », *R.B.D.I.*, 1997/1, pp. 5-20,
- Sur (S.), « L'inhérence en droit international », *R.G.D.I.P.*, t. 118 (2014), pp. 785-797
- Sur (S.), « Lignes et frontières, tout bouge », *Questions internationales. « Le réveil des frontières : des lignes en mouvement »*, n° 79-80 (2016), pp. 4-12
- Sur (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *R.G.D.I.P.*, t. 89 (1985), pp. 901-928

- Sur (S.), « Sur quelques tribulations de l'Etat dans la société internationale », *R.G.D.I.P.*, t. 97 (1993), pp. 881-900
- Sur (S.), « Vers un nouvel ordre mondial de l'information et de la communication », *A.F.D.I.*, vol. 27 (1981), pp. 45-64
- Suy (E.), « Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale », *in Internationale Festschrift für Aldred Verdross. Zum 80. Geburtstag*, München/Salzburg, Wilhelm Fink Verlag, 1971, 596 p., pp. 493-508
- Taylor (G. D. S.), « The Content of the Rule Against Abuse of Rights in International Law », *B.Y.B.I.L.*, vol. 46 (1972-1973), pp. 323-352
- Teitgen-Colly (C.), « La détention des étrangers et les droits de l'homme », *in* Chetail (V.) (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, 2007, 728 p., pp. 571-618
- Thibierge (C.), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *A.P.D.*, t. 51 (2008), pp. 341-371
- Thibierge (C.), « Introduction », *in* Thibierge (C.) (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, xi-1204 p., pp. 43-66
- Thibierge (C.), « Synthèse », *in* Thibierge (C.) (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, xi-1204 p., pp. 999-1092
- Thierry (H.), « Les Etats privés de littoral maritime », *R.G.D.I.P.*, t. 62 (1958), pp. 610-617
- Thorburn (M.), « Roles and Offices at the Border. Is Privatising Border Control Intrinsically Illegitimate? », *in* Bosworth (M.) et Zedner (L.) (dir.), *Privatising Border Control. Law at the Limits of the Sovereign State*, Oxford, Oxford University Press, 2022, xi-269 p., pp. 77-93
- Thouvenin (J.-M.), « Droit international général des utilisations des fleuves internationaux », *in* Aurescu (B.) et Pellet (A.) (dir.), *Actualité du droit des fleuves internationaux. Actes des journées d'étude des 24 et 25 octobre 2008*, Paris, Pedone, 2010, 308 p., pp. 107-128
- Thouvenin (J.-M.), « Du libre-échange au juste échange ? Pour une "smart" conditionnalité sociale dans le droit du commerce international », *in* Gherari (H.) (dir.), *Les dérèglements économiques internationaux : crise du droit ou droit des crises ?*, Paris, Pedone, 2014, 286 p., pp. 127-138
- Thouvenin (J.-M.), « La navigation », *in* Forteau (M.) et Thouvenin (J.-M.) (dir.), *Traité de droit international de la mer*, Paris, Pedone, 2017, 1321 p., pp. 655-701
- Tinière (R.), « Propos introductifs – Frontex et les petits pas », *in* Chevallier-Govers (C.) et Tinière (R.), *De Frontex à Frontex : vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 298 p., pp. 13-24
- Tomkiewicz (V.), « L'affaire Russie – Mesures concernant le trafic en transit : un Groupe spécial à l'épreuve de l'article XXI du GATT de 1994 », *J.D.I.* 2020/1, pp. 121-141
- Tourme Jouannet (E.), « Le droit international de la reconnaissance », *in* Tourme Jouannet (E.) *et al.* (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2016, 370 p., pp. 7-38
- Treves (T.), « Intervention en haute mer et navires étrangers », *A.F.D.I.* vol. 41 (1995), pp. 651-675
- Trevisanut (S.), « Le sauvetage en mer : d'une obligation interétatique à un droit individuel », *in* Raspail (H.) (dir.), *Les droits de l'homme et la mer*, Actes du colloque du Mans, 24 et 25 mai 2018, Paris, Pedone, 2020, 346 p., pp. 149-163

- Trevisanut (S.), « The principle of non-refoulement at sea and the de-territorialization of border control at sea », *L.J.I.L.*, vol. 27(3) (2014), pp. 661-675
- Triggs (G.) et Wall (P.), « 'The Making of a Success': The Global Compact on Refugees and the Inaugural Global Refugee Forum », *I.J.R.L.*, vol. 32 (2020), pp. 283-339
- Trümpler (K.), « Article 8 », *in* Proelss (A.) (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, Munich, C.H. Beck, 2017, li-2617 p., pp. 84-96
- Truyol y Serra (A.), « Les principales étapes de la vie de Vitoria », *in* Truyol y Serra (A.) *et al.*, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, Bruylant, 1988, x-128 p., pp. 1-9
- Truyol y Serra (A.), « Souveraineté », *A.P.D.*, t. 35 (1990), pp. 313-326
- Tsagourias (N.), « The legal status of cyberspace: sovereignty redux? », *in* Tsagourias (N.) et Buchan (R.) (dir.), *Research handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham, Edward Elgar, 2de éd., xxvii-634 p.
- Uerpmann-Wittzack (R.), « Introduction: Cultural Heritage Law and the Quest for Human Identities », *in* Lagrange (E.), Oeter (St.) et Uerpmann-Witzack (R.) (dir.), *Cultural heritage and international law : objects, means and ends of international protection*, Cham, Springer, 2018, ix-292 p., pp. 1-11
- Van den Herik (L.) et Irving (E.), « Due diligence and the obligation to prevent genocide and crimes against humanity », *in* Krieger (H.), Peters (A.) et Kreuzer (L.) (dir.), *Due diligence in the international legal order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, xviii-402 p., pp. 200-216
- Van Dyke (J. M.), « Rights and Responsibilities of Strait States », *in* Caron (D. D.) et Oral (N.), *Navigating Straits. Challenges for International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, xi-366 p.
- Vanhullebusch (M.), « China's Air Defence Identification Zone: Towards the Crystallization of a New International Custom », *As.Y.I.L.*, vol. 22 (2016), pp. 275-282
- Vautrot-Schwartz (Ch.), « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? », *in L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, xxx-694 p., pp. 639-650
- Verzijl (J. H. W.), « Le domaine réservé de la compétence nationale exclusive », *in Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milan, Dott. A. Giuffrè, 464 p., pp. 389-403
- Villey (M.), « Préface historique » *in A.P.D.*, t. 23 « Formes de rationalité du droit », 1978, pp. 1-10
- Violi (F.), « The function of the triad 'territory', 'jurisdiction', and 'control' in due diligence obligations », *in* Krieger (H.), Peters (A.) et Kreuzer (L.) (dir.), *Due diligence in the international legal order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, xviii-402 p., pp. 75-91
- Virally (M.), « Une pierre d'angle qui résiste au temps : avatars et pérennité de l'idée de souveraineté », *in* I.U.H.E.I., *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Leiden, Sijthoff, 1977, vi-434 p., pp. 179-195
- Vitanyi (B.), « La navigation fluviale dans la doctrine du droit naturel », *R.G.D.I.P.*, t. 75 (1971), pp. 1060-1076
- Von Bogdandy (A.) et Venzke (I.), « The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals », *in* Romano (C.), Alter (K.) et Shany (Y.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2013, xcii-975 p., pp. 503-522
- Voon (T.), « Russia – Measures Concerning Traffic in Transit », *A.J.I.L.*, vol. 114/1 (2020), pp. 96-103

- Vrdoljak (A. F.) et Francioni (Fr.), « Introduction », *in* Vrdoljak (A. F.) et Francioni (Fr.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, lxxi-1012 p., pp. 1-10
- Weil (Pr.), « Des espaces maritimes aux territoires maritimes : vers une conception territorialiste de la délimitation maritime », *in Écrits de droit international*, Paris, PUF, 2000, Coll. « Doctrine juridique », vi-423 p., pp. 255-265
- Weil (Pr.), « Droit international public et droit administratif », *Mélanges offerts à Monsieur le doyen Louis Trotabas*, Paris, L.G.D.J., 1970, 572 p. pp. 511-528
- Weil (Pr.), « Vers une normativité relative en droit international ? », *R.G.D.I.P.*, t. 86 (1982), pp. 5-47
- Witmeur (R.), « L'article XX a) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international », *R.I.D.E.*, t. XXVI (2012/3), pp. 237-268
- Woehrling (J.-M.), « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », *in* A.F.D.A., *La compétence*, Paris, LexisNexis, 2008, xiv-272 p., pp. 127-144
- Wolfrum (R.), « Identifying community interests in international law. Common spaces and beyond », *in* Benvenisti (E.) et Nolte (G.) (dir.), *Community interests across international law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, xxviii-510 p., pp. 19-35
- Yakemtchouk (R.), « Les frontières africaines », *R.G.D.I.P.* t. 74 (1970), pp. 27-68
- Zanghi (Cl.), « Fondements éthiques et moraux du droit à l'assistance humanitaire », *in* UNESCO, *Le droit à l'assistance humanitaire*, Actes du colloque international organisé par l'UNESCO du 23 au 27 janvier 1995 à Paris, Éditions de l'UNESCO, 1996, v-218 p., pp. 3-10

II. Pratique

A. Traités

- Accord concernant la juxtaposition des contrôles et la création de gares communes ou de gares d'échange à la frontière néerlando-allemande, Pays-Bas – République fédérale d'Allemagne (*R.T.N.U.*, vol. 570, I-8291)
- Accord de coopération concernant les contrôles aux postes de passage commun de la frontière d'Etat, Lituanie – Lettonie (*R.T.N.U.*, vol. 1951, I-33423)
- Accord de l'O.M.S. sur les pandémies (doc. O.M.S., WHA78.1, Annexe)
- Accord de Paris (*R.T.N.U.*, vol. 3156, I-54113)
    - Doc. N.U. FCCC/PA/CMA/2018/3/Add.2, Décision 18/CMA.1 de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris
- Accord de siège entre le Gouvernement de l'Irlande et la Cour permanente d'arbitrage (*R.T.N.U.*, vol. 3420, I-56693)
- Accord de siège entre le Royaume d'Espagne et l'Union européenne (Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail) (*R.T.N.U.*, vol. 3027, I-52558)
- Accord de siège entre le Royaume d'Espagne et le Conseil oléicole international (*R.T.N.U.*, vol. 3447, I-56939)
- Accord entre l'Autorité internationale des fonds marins et le Gouvernement de la Jamaïque relatif au Siège de l'Autorité internationale des fonds marins (*R.T.N.U.*, vol. 2488, I-44661)

- Accord entre la Pologne et l'Ukraine relatif à la coopération en vue du contrôle de personnes, de marchandises et de moyens de transport traversant la frontière d'Etat Pologne-Ukraine (*R.T.N.U.*, vol. 2756, I-48625)
- Accord entre la République d'Autriche et l'O.P.E.P. relatif au siège de l'O.P.E.P. (*R.T.N.U.*, vol. 2098, I-36477)
- Accord entre la Suisse et l'Italie relatif à la création d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés au poste frontière Stabio / Gaggiolo (*R.T.N.U.*, vol. 3138, I-53798)
- Accord général sur le commerce des services
- Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T.)
- Accord relatif à l'application de garanties dans le cadre du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (A.I.E.A. – Iran) (*R.T.N.U.*, vol. 954, I-13637)
- Accord relatif à l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins exclusivement pacifiques entre le Brésil et l'Argentine (*R.T.N.U.*, vol. 1664, I-28627)
- Accord relatif à la frontière internationale entre le Royaume d'Arabie saoudite et le Sultanat d'Oman, concernant l'organisation des autorités frontalières (*R.T.N.U.*, vol. 1644, I-28250)
- Accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies (*R.T.N.U.*, vol. 11, I-147)
- Accord relatif au transit des services aériens internationaux (*R.T.N.U.*, vol. 84, I-252)
- Accord relatif aux mesures du ressort de l'Etat du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (*R.T.N.U.*, vol. 3161, I-54133)
- Accord spécial entre le Conseil de l'Europe et la France relatif au siège du Conseil de l'Europe (*R.T.N.U.*, vol. 249, I-3510)
- Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires
- Accord sur la facilitation des échanges (*R.T.N.U.*, vol. 3247, A-31874)
- Accord sur les directives en matière de transferts de matériels et technologies relatifs aux missiles, *in I.L.M.*, vol. XXVI-3 (1987), pp. 599-613
- Accord sur les migrants illégaux haïtiens, États-Unis d'Amérique – Haïti (*A.J.I.L.*, vol. 76 (1982), pp. 374-375 et *I.L.M.*, vol. XX-5 (1981), pp. 1198-1202)
- Accord sur les obstacles techniques au commerce (O.T.C.)
- Accord-cadre concernant des centres de contrôle binationaux à la frontière terrestre entre l'Équateur et le Pérou (*R.T.N.U.*, vol. encore inconnu, I-58070)
- Acte général de la Conférence de Berlin de 1885
- Acte relatif à la navigation et à la coopération économique entre les Etats du bassin du Niger (*R.T.N.U.*, vol. 587, I-8506)
- Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership to strengthen shared international commitments on the protection of refugees and migrants
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
- Charte arabe des droits de l'homme
- Charte des Nations Unies
- Charte sociale européenne révisée (*S.T.E.* n° 163)
- Constitution de l'Organisation internationale pour les migrations (*R.T.N.U.*, vol. 1560, I-2807)
- Constitution de l'Union internationale des télécommunications (*R.T.N.U.*, vol. 1826, I-31251)
- Convention américaine relative aux droits de l'homme

- Convention arabe relative à la répression du terrorisme, texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p.
- Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs (*R.T.N.U.*, vol. 2153, I-37605)
- Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (*R.T.N.U.*, vol. 823, I-11806)
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (*R.T.N.U.*, vol. 1465, I-24841)
- Convention contre le terrorisme de l'Organisation de Shanghai pour la coopération (*R.T.N.U.*, vol. 2815, I-49374)
- Convention créant une Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (*R.T.N.U.*, vol. 4, I-52)
- Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (*R.T.N.U.*, vol. 1673, I-28911)
    - Doc. N.U. UNEP/CHW.15/5/Add.1/Rev.1, *Manuel pratique à l'intention des parties prenantes pour garantir que les notifications de mouvements transfrontières satisfassent aux exigences en matière de gestion écologiquement rationnelle*
- Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique (*R.T.N.U.*, vol. 2101, I-36508)
- Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre. Genève, le 12 août 1949 (*R.T.N.U.*, vol. 75, I-972)
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV) (*R.T.N.U.*, vol. 75, I-973)
- Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958 (*R.T.N.U.* vol. 516, I-7477)
- Convention de l'ASEAN sur la lutte contre le terrorisme (*R.T.N.U.*, vol. 3200, I-54629)
- Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international, texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p.
- Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme (*R.T.N.U.*, vol. 2219, I-39464)
- Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (*R.T.N.U.*, vol. 3014, I-52375)
- Convention de l'Union africaine sur les réfugiés en Afrique (*R.T.N.U.*, vol. 1001, n° I-14691)
- Convention de Minamata sur le mercure (*R.T.N.U.*, vol. 3202, I-54669)
- Convention de Paris du 10 septembre 1919 relative au contrôle du commerce des armes et des munitions, reproduite *in* Colliard (Cl.-A.), *Droit international et histoire diplomatique. Documents choisis*, Paris, Domat Montchrestien, 2e éd., 1950, xiii-784 p., pp. 83-94
- Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (*R.T.N.U.*, vol. 2244, I-39973)

- Convention de Shanghai pour la lutte contre le terrorisme, le séparatisme et l'extrémisme, texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p.
- Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (*R.T.N.U.*, vol. 2256, I-40214)
- Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (*R.T.N.U.*, vol. 1513, I-26164)
- Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Doc. N.U. A/CONF.67/16)
- Convention de Vienne sur le droit des traités (*R.T.N.U.*, vol. 1155, I-18232)
- Convention de Vienne sur les relations consulaires (*R.T.N.U.*, vol. 596, I-8638)
- Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (*R.T.N.U.*, vol. 500, I-7310)
- Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (*R.T.N.U.*, vol. 1582, I-27627)
- Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée (*R.T.N.U.*, vol. 2225, I-39574)
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (*R.T.N.U.*, vol. 1834, I-31363)
- Convention du Conseil de coopération des Etats arabes du Golfe sur la lutte contre le terrorisme (texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p.)
- Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (*R.T.N.U.*, vol. 2488, I-44655)
- Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels (*S.T.E.*, n° 221)
- Convention en vue d'interdire l'importation de déchets dangereux et radioactifs dans les pays insulaires du Forum et de contrôler les mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux dans la région du Pacifique Sud (Convention de Waigani) (*R.T.N.U.*, vol. 2161, I-37758)
- Convention et Statut sur la liberté du transit (*R.T.S.N.*, vol. 7, n° 171)
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
- Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Strasbourg, 26 novembre 1987, *S.T.E.* n° 126
- Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (*R.T.N.U.*, vol. 1966, I-33612)
- Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant (*S.T.E.* n° 93)
- Convention européenne sur les fonctions consulaires (*S.T.E.*, n° 61)
- Convention interaméricaine concernant la condition des étrangers sur les territoires des parties contractantes (*R.T.S.N.*, vol. 132, n° 3045)
- Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes (*R.T.N.U.*, vol. 2029, I-35005)
- Convention interaméricaine contre le terrorisme, texte reproduit *in* Nations Unies, Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme, vol. I, 2019, xvi-584 p.
- Convention interaméricaine pour la prévention de la torture (*Série sur les traités*, O.E.A., n° 67)
- Convention internationale concernant l'emploi de la radiodiffusion dans l'intérêt de la paix (*R.T.S.N.*, vol. 186, n° 4319)

- Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (*R.T.N.U.*, vol. 2163, I-37789)
- Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (*R.T.N.U.*, vol. 1341, I-22484)
- Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (*R.T.N.U.*, vol. 1185, A-18961)
- Convention internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage maritimes (*R.T.N.U.*, vol. 1405, I-23489)
    - Rés. MSC.155(78) amendant la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes, doc. MSC 78/26/Add.1
    - Rés. MSC.167(78), doc. MSC 78/26/Add.2, annexe 34
- Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (*R.T.N.U.*, vol. 1891, I-32194)
- Convention internationale de 2004 pour le contrôle et la gestion des eaux de ballast et sédiments des navires (*R.T.N.U.*, vol. 3282, I-55544)
- Convention internationale de l'opium (*R.T.S.N.*, vol. 8, n° 222)
- Convention internationale de l'opium adoptée par la deuxième Conférence de l'opium (Société des Nations) (*R.T.S.N.*, vol. 81, n° 1845)
- Convention internationale pour la protection des végétaux (nouveau texte révisé à Rome du 17 novembre 1997 ; *R.T.N.U.*, vol. 2367, A-1963)
- Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (*R.T.N.U.*, vol. 2178, I-38349)
- Convention internationale pour la simplification des formalités douanières (*R.T.S.N.*, vol. 30, n° 775)
- Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (*R.T.N.U.*, vol. 2370, A-13561)
- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*R.T.N.U.*, vol. 660, I-9464)
- Convention internationale sur l'harmonisation des contrôles des marchandises aux frontières (*R.T.N.U.* vol. 1409, I-23583)
- Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (*R.T.N.U.*, vol. 2220, I-39481)
- Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (*R.T.N.U.*, vol. 1650, I-28383)
- Convention portant réglementation de la navigation aérienne (*R.T.S.N.*, vol. 11, n° 297)
- Convention pour l'interdiction de la pêche au filet maillant dérivant de grande dimension dans le Pacifique Sud (*R.T.N.U.*, vol. 1899, I-32370)
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*R.T.N.U.*, vol. 78, I-1021)
- Convention pour la protection de la mer Noire contre la pollution et Protocole sur la protection du milieu marin de la mer Noire contre la pollution résultant d'opérations d'immersion (*R.T.N.U.*, vol. 1764, I-30674)
- Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (*R.T.N.U.*, vol. 2354, I-42279)
- Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (*R.T.N.U.*, vol. 1037, I-15511)
- Convention pour la répression de la contrebande des marchandises alcooliques (*R.T.S.N.* vol. 42, n° 1033)
- Convention relative à l'aviation civile internationale (*R.T.N.U.*, vol. 15, n° 102)

    - O.A.C.I., Annexe 2 à la Convention relative à l'aviation civile internationale – Règles de l'air, 10e éd., juillet 2005
    - O.A.C.I., Annexe 9 à la Convention relative à l'aviation civile internationale – Facilitation, 16e éd., juillet 2022
    - O.A.C.I., Annexe 15 à la Convention relative à l'aviation civile internationale – Services d'information aéronautique, 16e éd., juillet 2018
    - O.A.C.I., Annexe 17 à la Convention relative à l'aviation civile internationale – Sûreté de l'aviation. Protection de l'aviation civile internationale contre les actes d'intervention illicite, 12e éd., juillet 2022
    - Protocole du 10 mai 1984 à la Convention A.C.I., adopté par l'Assemblée de l'O.A.C.I. à sa 25e session et entré en vigueur le 1er octobre 1998
- Convention relative à l'esclavage (*R.T.S.N.*, vol. 60, n° 1414)
- Convention relative à l'Organisation de coopération et de développement économiques (*R.T.N.U.*, vol. 888, I-12736)
- Convention relative à la création de bureaux à contrôles nationaux juxtaposés à la frontière, Belgique – France (*R.T.N.U.*, vol. 188, I-2525)
- Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale, reproduite *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p.
- Convention relative au commerce de transit des Etats sans littoral (*R.T.N.U.*, vol. 597, I-8641)
- Convention relative au régime de la navigation sur le Danube (*R.T.N.U.*, vol. 33, I-518)
- Convention relative au statut des apatrides (*R.T.N.U.*, vol. 360, I-5158)
- Convention relative au statut des réfugiés (*R.T.N.U.*, vol. 189, I-2545)
    - Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides (*R.T.N.U.*, vol. 189, I-2545)
- Convention relative au statut du fleuve Gambie (disponible en ligne : https://www.omvg.org/sites/default/files/document/2023-01/convention-relative-au-statut-du-fleuve-gambie.pdf)
- Convention relative au statut du fleuve Sénégal (FAOLEX n° LEX-FAOC016004)
- Convention relative aux droits de l'enfant (*R.T.N.U.*, vol. 1577, I-27531)
- Convention relative aux droits des personnes handicapées (*R.T.N.U.*, vol. 2515, I-44910)
- Convention révisée pour la navigation du Rhin, acte de Mannheim du 17 octobre 1868 (disponible en ligne : https://ccr-zkr.org/files/conventions/convrev_f.pdf)
- Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage (*R.T.N.U.*, vol. 266, I-3822)
- Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (*R.T.N.U.*, vol. 2161, I-37770)
    - Doc. N.U. ECE/MP.PP/2/Add.8, Décision I/7 de la première Réunion des Parties à la Convention d'Aarhus
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (*R.T.N.U.*, vol. 1249, I-20378)
- Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (*R.T.N.U.*, vol. 1989, I-34028)
    - Doc. N.U. ECE/MP.EIA/6, Annexe II, Décision III/2 de la troisième Réunion des Parties de la Convention d'Espoo

- Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (*R.T.N.U.*, vol. 2056, I-35597)
- Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (*R.T.N.U.*, vol. 1015, I-14860)
- Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (*R.T.N.U.*, vol. 1975, I-33757)
- Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage (*R.T.N.U.*, vol. 1651, I-28395)
    - Doc. UNEP/CMS/COP11/Doc.23.3.2 (*Guidelines for Addressing the Impact of Linear Infrastructure on Large Migratory Mammals in Central Asia*)
    - Doc. UNEP/CMS/Resolution 11.24
- Convention sur la coopération pour la protection et le développement durable des zones marines et côtières du Pacifique du Nord-Est, *B.D.M.*, vol. 48 (2002), pp. 39-48
- Convention sur la cybercriminalité, *S.T.E.* n° 185
- Convention sur la diversité biologique (*R.T.N.U.*, vol. 1760, I-30619)
    - Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, Doc. N.U. UNEP/CBD/COP/6/24 (décision VI/24 de la Conférence des Parties de la Convention sur la diversité biologique)
- Convention sur la haute mer (*R.T.N.U.*, vol. 450, I-6465)
- Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (*R.T.N.U.*, vol. 1302, I-21623)
    - Doc. N.U. ECE/EB.AIR/2006/2, Décision 2006/2, prise au titre de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance
- Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (*R.T.N.U.*, vol. 1046, I-15749)
- Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique (*R.T.N.U.*, vol. 2099, I-36495)
- Convention sur la protection de l'environnement marin et des zones côtières du Pacifique du Sud-Est, disponible en ligne : https://www.ecolex.org/details/treaty/convention-for-the-protection-of-the-marine-environment-and-coastal-area-of-the-south-east-pacific-tre-000741/
- Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique sud, 24 nov. 1986, *B.D.M.*, vol. 10 (1987), pp. 58-75
- Convention sur la protection du patrimoine archéologique, historique et artistique des nations américaines (Traité C-16 de l'O.E.A.)
- Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique (*R.T.N.U.*, vol. 2562, I-45694)
- Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (*R.T.N.U.*, vol. 2440, I-43977)
- Convention sur la protection physique des matières nucléaires (*R.T.N.U.*, vol. 1456, I-24631)
- Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (*R.T.N.U.*, vol. 993, I-14537)
    - Doc. C.I.T.E.S., Conf. 14.3 (Rev.CoP18), Annexe, Guide sur les procédures CITES pour le respect de la Convention
- Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection (*R.T.N.U.*, vol. 2122, I-36984)

- Convention sur les armes à sous-munition (*R.T.N.U.*, vol. 2688, I-47713)
- Convention sur les missions spéciales (*R.T.N.U.*, vol. 1400, I-23431)
- Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées (*R.T.N.U.*, vol. 33, I-521)
- Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (*R.T.N.U.*, vol. 1, I-4)
- Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (*R.T.N.U.*, vol. 520, I-7515)
- Convention V de La Haye de 1907 concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (*Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3e série, t. III, pp. 521-522)
- Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique (*R.T.N.U.*, vol. 1771, I-30822)
    - Doc. N.U. FCCC/CP/2014/10/Add.3, Décision 13/CP.20 adoptée par la Conférence des Parties à la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques
- Échange de notes constituant un accord relatif au procès-verbal approuvé entre la Commission saoudienne et la Commission koweïtienne relatif au levé à la délimitation de la zone neutre, concernant l'établissement de postes de contrôle aux frontières de la zone neutre (*R.T.N.U.*, vol. 1750, I-30548)
- International sanitary convention for aerial navigation, texte reproduit *in A.J.I.L.*, vol. 31 (1937), Supplement, pp. 28-47
- *Liquor Treaties* entre les Etats-Unis d'Amérique et : le Royaume-Uni (*B.Y.I.L.*, vol. 5 (1924), pp. 188-190), la Norvège (*A.J.I.L.*, vol. 18 (1924), Supplement, pp. 197-199), l'Italie (*A.J.I.L.*, vol. 19 (1925), Supplement, pp. 6-8), la Suède (*A.J.I.L.*, vol. 19 (1925), Supplement, p. 8), l'Allemagne (*A.J.I.L.*, vol. 19 (1925), Supplement, p. 9), le Panama (*A.J.I.L.*, vol. 19 (1925), Supplement, pp. 113-115), les Pays-Bas (*A.J.I.L.*, vol. 19 (1925), Supplement, pp. 115-116), Cuba (*A.J.I.L.*, vol. 20 (1926), Supplement, pp. 136-139), la France (*A.J.I.L.*, vol. 21 (1927), Supplement, pp. 72-75), l'Espagne (*A.J.I.L.*, vol. 21 (1927), Supplement, pp. 116-119), la Belgique (*A.J.I.L.*, vol. 22 (1928), Supplement, pp. 167-169), et la Grèce (*A.J.I.L.*, vol. 23 (1929), Supplement, pp. 61-63).
- Memorandum of Understanding between the Republic of Nauru and Australia on the Enduring Regional Processing Capability in Republic of Nauru, 20 octobre 2021
- Pacte de la Société des Nations
- Pacte international sur les droits civils et politiques
- Protocole à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers par l'immersion de déchets, dit « Protocole de Londres », *B.D.M.*, vol. 34 (1997), pp. 71-99
- Protocole à la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p.
- Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (*R.T.N.U.*, vol. 2237, A-39574)
- Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (*R.T.N.U.*, vol. 3205, A-44655)
- Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (*S.T.E.* n° 189)

- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) (*R.T.N.U.*, vol. 1125, I-17512)
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) (*R.T.N.U.*, vol. 1125, I-17513)
- Protocole au traité instituant la Communauté économique africaine, relatif à la libre circulation des personnes, au droit de résidence et au droit d'établissement, adopté le 29 janvier 2018 (non encore en vigueur)
- Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (*R.T.N.U.*, vol. 2326, A-39574)
- Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (*R.T.N.U.*, vol. 2241, A-39574)
- Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (*R.T.N.U.*, vol. 2226, A-30619)
- Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (*R.T.N.U.*, vol. 1522, I-26369)
- Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (*R.T.N.U.*, vol. 3008, A-30619)
- Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (*R.T.N.U.*, vol. 2131, A-20378)
- Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (*R.T.N.U.*, vol. 2375, A-24841)
- Protocole relatif à la conservation et à la gestion des zones marines et côtières protégées du Pacifique du Sud-Est, 21 sept. 1989, *B.D.M.*, vol. 15 (1990), pp. 49-55
- Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution radioactive, 21 sept. 1989, *B.D.M.*, vol. 15 (1990), pp. 43-48
- Protocole relatif aux contrôles frontaliers et à la police, à la coopération judiciaire en matière pénale, à la sécurité civile et à l'assistance mutuelle concernant la liaison fixe trans-Manche, France – Royaume-Uni (*R.T.N.U.*, vol. 1747, I-30456)
- Protocole sur la prévention de la pollution de la région du Pacifique sud résultant de l'immersion de déchets, *B.D.M.*, vol. 10 (1987), pp. 76-86
- Protocole sur le contrôle des mouvements marins transfrontières et l'élimination de déchets dangereux et autres déchets, à la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution (*R.T.N.U.*, vol. 2417, I-43614)
- Sanitary Convention, signée à Washington le 14 octobre 1905, entrée en vigueur le 1er mars 1909, texte reproduit *in A.J.I.L.*, vol. 3 (1909), Supplement, pp. 237-251
- Statut de Barcelone sur le régime des voies navigables d'intérêt international (*R.T.S.N.*, vol. 7, n° 172)
- Statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique (*R.T.N.U.*, vol. 276, I-3988)
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (*R.T.N.U.*, vol. 2187, I-38544)
- The Pan American Sanitary Code, texte reproduit *in A.J.I.L.*, vol. 20 (1926), Supplement, pp. 34-50
- Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, texte situé dans Doc. N.U. A/50/1027, adopté par A/RES/50/245

- Traité de coopération entre les Etats membres de la Communauté d'Etats indépendants dans la lutte contre le terrorisme, texte reproduit *in* Nations Unies, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme*, vol. I, 2019, xvi-584 p.
- Traité de paix de Neuilly-sur-Seine, 27 novembre 1919
- Traité de paix de Paris, 30 mars 1856
- Traité de paix de Saint-Germain-en-Laye, 10 septembre 1919
- Traité de paix de Versailles, 28 juin 1919
- Traité de Paix du Trianon, 4 juin 1920
- Traité en vue de la coopération amazonienne (*R.T.N.U.*, vol. 1202, I-19194)
- Traité entre les Etats-Unis d'Amérique et la Fédération de Russie sur des mesures pour la poursuite de la réduction et limitation des armes stratégiques offensives (dit « Traité New Start »), 8 avril 2010, reproduit *in I.L.M.*, vol. 50 (2011/3), pp. 342-348
- Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (*R.T.N.U.*, vol. 2400, I-43345)
- Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale (*R.T.N.U.*, vol. 2970, I-51633)
- Traité relatif à la mise en œuvre de contrôles frontaliers dans les ports maritimes de la Manche et de la mer du Nord des deux pays, Royaume-Uni – France (*R.T.N.U.*, vol. 2290, I-40803)
- Traité sur l'interdiction des armes nucléaires (*R.T.N.U.*, vol. 3379, I-56487)
- Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (*R.T.N.U.*, vol. 729, I-10485)
- Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud (*R.T.N.U.*, vol. 1445, I-24592)
- Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est (*R.T.N.U.*, vol. 1981, I-33873)
- Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique, dit « de Pelindaba » (*I.L.M.*, vol. XXXV-3 (1996), pp. 702-723)
- Traité sur le commerce des armes (*R.T.N.U.*, vol. 3013, I-52373)
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
- Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (*R.T.N.U.*, vol. 2442 (pour le texte français), I-44001)
- Traité visant à faciliter les opérations de contrôle frontalier du trafic ferroviaire, routier et maritime, Allemagne – République tchèque (*R.T.N.U.*, vol. 1952, I-33467)
- Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (Doc. OPANAL, Inf.14/2015)

B. Actes d'organisations internationales

1. Documents onusiens

a) Secrétaire général

- Doc. N.U. S/11052, *Rapport du Secrétaire général sur l'application de la résolution 340 (1973) du Conseil de sécurité*
- Doc. N.U. S/11302/Add.1, *Rapport du Secrétaire général sur le dégagement des forces israéliennes et syriennes*

- Doc. N.U. S/22454, *Rapport du Secrétaire général sur l'application du paragraphe 5 de la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité*
- Doc. N.U. S/24353, *Rapport du Secrétaire général conformément à la résolution 762 (1992) du Conseil de sécurité*
- Doc. N.U. S/24923, *Rapport du Secrétaire général sur l'ancienne République yougoslave de Macédoine*
- Doc. N.U. S/25000, *Nouveau rapport du Secrétaire général conformément à la résolution 787 (1992) du Conseil de sécurité*
- Doc. N.U. S/2014/427, Rapport du Secrétaire Général sur l'application de la résolution 2139 (2014) du Conseil de sécurité
- Doc. N.U. S/2014/427, *Rapport sur l'application de la résolution 2139 (2014) du Conseil de sécurité*
- Doc. N.U. S/2020/401, 14 mai 2020, *Examen des opérations humanitaires des Nations Unies nécessitant un accès par les frontières et les lignes de front – Rapport du Secrétaire général*
- Doc. N.U. S/2020/401, *Examen des opérations humanitaires des Nations Unies nécessitant un accès par les frontières et les lignes de front – Rapport du Secrétaire général*

b) Conseil de sécurité

- Doc. N.U. S/11771 (1975)
- Doc. N.U. S/PV.7216,14 juillet 2014
- Doc. N.U. S/PV.8822, 16 juillet 2021
- Doc. N.U. S/PV.9087, 8 juillet 2022
- Doc. N.U. S/PV.9133, 15 sept. 2022
- Doc. N.U. S/PV.9133, 15 septembre 2022
- Doc. N.U. S/PV.9327 (Resumption 1), 23 mai 2023
- Doc. N.U. S/PV.9327, 23 mai 2023
- Doc. N.U. S/PV.9662, 20 juin 2024
- Doc. N.U. S/PV.9779, 8 novembre 2024
- Doc. N.U. S/2017/466 (Groupe d'expert créé par la résolution 1973 (2011) du Conseil de sécurité, Rapport final, 1er juin 2017)
- Doc. N.U. S/2019/998, Annexe, *Guide technique pour la mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) et d'autres résolutions pertinentes du Conseil de sécurité*
- Doc. N.U. S/PRST/2013/15
- Doc. N.U. S/PRST/2023/6
- Doc. N.U. S/RES/186 (1964)
- Doc. N.U. S/RES/341 (1973)
- Doc. N.U. S/RES/350 (1974)
- Doc. N.U. S/RES/355 (1974)
- Doc. N.U. S/RES/425 (1978)
- Doc. N.U. S/RES/661 (1990)
- Doc. N.U. S/RES/687 (1991)
- Doc. N.U. S/RES/688 (1991)
- Doc. N.U. S/RES/689 (1991)
- Doc. N.U. S/RES/733 (1992)

- Doc. N.U. S/RES/743 (1992)
- Doc. N.U. S/RES/769 (1992)
- Doc. N.U. S/RES/787 (1992)
- Doc. N.U. S/RES/794 (1992)
- Doc. N.U. S/RES/795 (1992)
- Doc. N.U. S/RES/814 (1993)
- Doc. N.U. S/RES/871 (1993)
- Doc. N.U. S/RES/929 (1994)
- Doc. N.U. S/RES/940 (1994)
- Doc. N.U. S/RES/943 (1994)
- Doc. N.U. S/RES/981 (1995)
- Doc. N.U. S/RES/983 (1995)
- Doc. N.U. S/RES/1244 (1999)
- Doc. N.U. S/RES/1258 (1999)
- Doc. N.U. S/RES/1270 (1999)
- Doc. N.U. S/RES/1272 (1999)
- Doc. N.U. S/RES/1279 (1999)
- Doc. N.U. S/RES/1284 (1999)
- Doc. N.U. S/RES/1312 (2000)
- Doc. N.U. S/RES/1343 (2001)
- Doc. N.U. S/RES/1373 (2001)
- Doc. N.U. S/RES/1410 (2002)
- Doc. N.U. S/RES/1441 (2002)
- Doc. N.U. S/RES/1474 (2003)
- Doc. N.U. S/RES/1493 (2003)
- Doc. N.U. S/RES/1509 (2003)
- Doc. N.U. S/RES/1519 (2013)
- Doc. N.U. S/RES/1528 (2004)
- Doc. N.U. S/RES/1529 (2004)
- Doc. N.U. S/RES/1540 (2004)
- Doc. N.U. S/RES/1542 (2004)
- Doc. N.U. S/RES/1545 (2004)
- Doc. N.U. S/RES/1562 (2004)
- Doc. N.U. S/RES/1572 (2004)
- Doc. N.U. S/RES/1596 (2005)
- Doc. N.U. S/RES/1643 (2005)
- Doc. N.U. S/RES/1696 (2006)
- Doc. N.U. S/RES/1701 (2006)
- Doc. N.U. S/RES/1704 (2006)
- Doc. N.U. S/RES/1718 (2006)
- Doc. N.U. S/RES/1719 (2006)
- Doc. N.U. S/RES/1735 (2006)
- Doc. N.U. S/RES/1737 (2006)
- Doc. N.U. S/RES/1762 (2007)
- Doc. N.U. S/RES/1778 (2007)
- Doc. N.U. S/RES/1780 (2007
- Doc. N.U. S/RES/1807 (2008)

- Doc. N.U. S/RES/1817 (2008)
- Doc. N.U. S/RES/1827 (2008)
- Doc. N.U. S/RES/1874 (2009)
- Doc. N.U. S/RES/1894 (2009)
- Doc. N.U. S/RES/1896 (2009)
- Doc. N.U. S/RES/1925 (2010)
- Doc. N.U. S/RES/1929 (2010)
- Doc. N.U. S/RES/1952 (2010)
- Doc. N.U. S/RES/1975 (2011)
- Doc. N.U. S/RES/1980 (2011)
- Doc. N.U. S/RES/1990 (2011)
- Doc. N.U. S/RES/1996 (2011)
- Doc. N.U. S/RES/2024 (2011)
- Doc. N.U. S/RES/2066 (2012)
- Doc. N.U. S/RES/2100 (2013)
- Doc. N.U. S/RES/2119 (2013)
- Doc. N.U. S/RES/2139 (2014)
- Doc. N.U. S/RES/2149 (2014)
- Doc. N.U. S/RES/2153 (2014)
- Doc. N.U. S/RES/2161 (2014)
- Doc. N.U. S/RES/2165 (2014)
- Doc. N.U. S/RES/2178 (2014)
- Doc. N.U. S/RES/2195 (2014)
- Doc. N.U. S/RES/2219 (2015)
- Doc. N.U. S/RES/2226 (2015)
- Doc. N.U. S/RES/2228 (2015)
- Doc. N.U. S/RES/2231 (2015)
- Doc. N.U. S/RES/2253 (2015)
- Doc. N.U. S/RES/2274 (2018)
- Doc. N.U. S/RES/2284 (2016)
- Doc. N.U. S/RES/2286 (2016)
- Doc. N.U. S/RES/2309 (2016)
- Doc. N.U. S/RES/2313 (2016)
- Doc. N.U. S/RES/2322 (2016)
- Doc. N.U. S/RES/2331 (2016)
- Doc. N.U. S/RES/2347 (2017)
- Doc. N.U. S/RES/2368 (2017)
- Doc. N.U. S/RES/2373 (2017)
- Doc. N.U. S/RES/2396 (2017)
- Doc. N.U. S/RES/2397 (2017)
- Doc. N.U. S/RES/2417 (2018)
- Doc. N.U. S/RES/2457 (2019)
- Doc. N.U. S/RES/2482 (2019)
- Doc. N.U. S/RES/2550 (2020)
- Doc. N.U. S/RES/2573 (2021)
- Doc. N.U. S/RES/2598 (2021)
- Doc. N.U. S/RES/2605 (2021)

- Doc. N.U. S/RES/2666 (2022)
- Doc. N.U. S/RES/2672 (2023)
- Doc. N.U. S/RES/2734 (2024)
- Doc. N.U. S/RES/2766 (2024)
- Doc. N.U. S/RES/2776 (2025)

c) Assemblée générale

- Doc. N.U. A/59/565, 2 décembre 2004, « Un monde plus sûr : notre affaire à tous », Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement
- Doc. N.U. A/60/PV.11, 2005 (18 sept.)
- Doc. N.U. A/62/PV.9, 2007 (27 sept.)
- Doc. N.U. A/71/L.1, Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants
- Doc. N.U. A/71/PV.6 A, Assemblée générale, Soixante et onzième session, 6e séance plénière, 19 septembre 2016, Réunion plénière de haut niveau sur la gestion des déplacements massifs de réfugiés et de migrants
- Doc. N.U. A/73/PV.60, Assemblée générale, Soixante-treizième session, 60e séance plénière, Mercredi 19 décembre 2018
- Doc. N.U. A/77/26, *Rapport du Comité des relations avec le pays hôte*
- Doc. N.U. A/78/26, *Rapport du Comité des relations avec le pays hôte*
- Doc. N.U. A/RES/110(II), *Mesures à prendre contre la propagande en faveur d'une nouvelle guerre et contre ceux qui y incitent*
- Doc. N.U. A/RES/217(III), Déclaration universelle des droits de l'homme
- Doc. N.U. A/RES/285(III), Violation par l'Union des Républiques socialistes soviétiques des droits fondamentaux de l'homme, des usages diplomatiques traditionnels et des principes de la Charte
- Doc. N.U. A/RES/428 (V)
- Doc. N.U. A/RES/1803(XVII), Souveraineté permanente sur les ressources naturelles
- Doc. N.U. A/RES/2158 (XXI), Souveraineté permanente sur les ressources naturelles
- Doc. N.U. A/RES/2312 (XXII), Déclaration sur l'asile territoriale
- Doc. N.U. A/RES/2625 (XXV), Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies
- Doc. N.U. A/RES/2916(XXVII), Élaboration d'une convention internationale sur les principes régissant l'utilisation par les États de satellites artificiels de la Terre aux fins de la télévision directe
- Doc. N.U. A/RES/3281(XXIX), Charte des droits et devoirs économiques des Etats
- Doc. N.U. A/RES/3314 (XXIX), Définition de l'agression
- Doc. N.U. A/RES/3452 (XXX), Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants
- Doc. N.U. A/RES/3472 (XXX), Étude complète de la question des zones exemptes d'armes nucléaires sous tous ses aspects
- Doc. N.U. A/RES/36/55, Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction
- Doc. N.U. A/RES/37/7, *Charte mondiale de la nature*

- Doc. N.U. A/RES/37/92, Principes régissant l'utilisation par les États de satellites artificiels de la Terre aux fins de la télévision directe internationale
- Doc. N.U. A/RES/43/131, Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre
- Doc. N.U. A/RES/43/173, 1988 (9 déc.), *Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*,
- Doc. N.U. A/RES/43/48, *Rapport du Comité des relations avec le pays hôte*
- Doc. N.U. A/RES/45/100, Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre
- Doc. N.U. A/RES/45/111, *Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus*
- Doc. N.U. A/RES/45/113, Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté
- Doc. N.U. A/RES/45/113, Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté
- Doc. N.U. A/RES/46/182, Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence de l'O.N.U.
- Doc. N.U. A/RES/49/60, Annexe, Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international
- Doc. N.U. A/RES/51/210, Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international
- Doc. N.U. A/RES/57/239, Création d'une culture mondiale de la cybersécurité
- Doc. N.U. A/RES/60/251, Conseil des droits de l'homme
- Doc. N.U. A/RES/60/288, Stratégie antiterroriste mondiale de l'Organisation des Nations Unies
- Doc. N.U. A/RES/61/295, Annexe, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones
- Doc. N.U. A/RES/69/196, Principes directeurs internationaux sur les mesures de prévention du crime et de justice pénale relatives au trafic de biens culturels et aux autres infractions connexes
- Doc. N.U. A/RES/70/175, Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela)
- Doc. N.U. A/RES/73/151 et A/73/12 (Part II), Pacte mondial sur les réfugiés
- Doc. N.U. A/RES/73/165, Annexe, Déclaration des Nations Unies sur les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales
- Doc. N.U. A/RES/73/195, Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières
- Doc. N.U. A/RES/77/114, Rapport du Comité des relations avec le pays hôte
- Doc. N.U. A/RES/77/298, Huitième examen de la Stratégie antiterroriste mondiale des Nations Unies
- Doc. N.U. A/RES/78/116, Rapport du Comité des relations avec le pays hôte
- Doc. N.U. A/RES/79/1, Pacte pour l'avenir

d) Commission du droit international

- « Troisième rapport sur le droit des traités », *A.C.D.I.*, 1958, vol. II

- « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-sixième session – Projet d'articles sur la responsabilité des États » (*A.C.D.I.*, 1974, vol. II(1))
- « Sixième rapport sur la responsabilité des États », *A.C.D.I.*, 1977, vol. II (1)
- « Responsabilité des Etats – Texte des articles 23 à 27 et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa trentième session », *A.C.D.I.*, 1977, vol. II (2)
- « Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats », *A.C.D.I.* 1980, vol. II (1)
- « Huitième rapport sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, par M. Alexander Yankov, rapporteur spécial », *A.C.D.I.*, 1988, vol. II(1)
- « Statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique », *A.C.D.I.* 1989, vol. II(2)
- « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *A.C.D.I.*, 2000, vol. II (1)
- « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » *A.C.D.I.*, 2001, vol. II (2)
- « Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaire y relatif », *A.C.D.I.*, 2001, vol. II(2)
- « Guide de la pratique sur les réserves au traité », *A.C.D.I.* 2011, vol. II (3)
- « Huitième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe », *A.C.D.I.* 2016, vol. II (1)
- « Protection des personnes en cas de catastrophe », *A.C.D.I.* 2016, vol. II (2)
- « Sixième Rapport sur la protection de l'atmosphère », *A.C.D.I.* 2021, vol. II (2)
- « Projets de directive sur la protection de l'atmosphère », *A.C.D.I.* 2021, vol. II(1)

e) Comité des droits de l'homme

- C.D.H., *Observation générale n° 6 (article 6 – Droit à la vie)*, Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.1
- C.D.H., *Observation générale n° 18 – Non-discrimination*, doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.1
- C.D.H., 1990, *Observation générale n° 19 – Protection de la famille (article 23)*, doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.5
- C.D.H., *Observation générale n° 20 – Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Article 7)*, Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.1
- C.D.H., *Observation générale n° 21 – Droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité (Article 10)*, Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.1
- C.D.H., *Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation (article 12)*, doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9
- C.D.H., *Observation générale n° 29 – État d'urgence (Article 4)*, doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11
- C.D.H., *Observation générale n° 31 – La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte*, doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13
- C.D.H., *Observation générale n° 34 – Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression*, doc. N.U. CCPR/C/GC/34
- C.D.H., *Observation générale n° 35 (article 9 – liberté et sécurité de la personne)*, Doc. N.U. CCPR/C/GC/35
- C.D.H., *Observation générale n° 36 (Article 6 : droit à la vie)*, doc. N.U. CCPR/C/GC/36

- C.D.H., 5e rapport périodique du Cameroun, doc. N.U. CCPR/C/CMR/CO/5
- C.D.H., 6e rapport périodique du Danemark, doc. N.U. CCPR/C/DNK/CO/6

f) Conseil des droits de l'homme, groupes de travail et rapporteurs spéciaux

- Conseil des droits de l'homme, *La promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur Internet*, doc. N.U. A/HRC/RES/32/13
- Conseil des droits de l'homme, *Liberté d'opinion et d'expression*, doc. N.U. A/HRC/RES/44/12
- Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la Mission indépendante d'établissement des faits sur la Libye*, 31 août 2022, Doc. N.U. A/HRC/50/63
- Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, *Désinformation et liberté d'opinion et d'expression*, 13 avril 2021, doc. N.U. A/HRC/47/25
- Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée (à propos des technologies numériques employées dans le contrôle des frontières), 2020, doc. N.U. A/75/590
- Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, 2018, doc. N.U. A/HRC/38/52)
- Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, 2010, Doc. N.U. A/65/295
- Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Le recours aux services de sociétés militaires et de sécurité privées dans la gestion de l'immigration et des frontières et ses incidences sur la protection des droits de tous les migrants, 9 juillet 2020, Doc. N.U. A/HRC/45/9
- Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Prisons et centres privatisés de détention d'immigrants, 4 août 2017, Doc. N.U. A/72/286
- Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peoples à disposer d'eux-mêmes – Visite en Grèce, 14 juillet 2023, doc. N.U. A/HRC/54/29/Add.1
- Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, 4 août 2022, doc. N.U. A/77/268
- Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, 10 janv. 2008, Doc. N.U. A/HRC/7/4
- Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, 24 déc. 2012, Doc. N.U. A/HRC/22/44
- Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, Annexe, Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants, 2 juillet 2018, doc. N.U. A/HRC/39/45
- Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 23 nov. 2018, Doc. N.U. A/HRC/37/50

- Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 28 déc. 2021, Doc. N.U. A/HRC/49/50
- Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, 8 mai 2015, Doc. N.U. A/HRC/29/36
- Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, doc. N.U. A/79/160
- Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, sur la protection du droit à la vie dans le contexte des opérations de maintien de l'ordre, 1er avril 2014, doc. N.U. A/HRC/26/36
- Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines d'esclavage, *Lien entre déplacements et formes contemporaines d'esclavage*, 26 juillet 2021, doc. N.U. A/HRC/48/52
- Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, 2017, doc. N.U. A/72/287
- Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, *Rapporteur's Digest on Freedom of Religion or Belief*, Genève, Nations Unies, 2e éd., 2023, 192 p.
- Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, Rapport sur sa mission en Turquie, 21 juin 2017, doc. N.U. A/HRC/35/22/Add.3
- Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, du Groupe de travail sur la détention arbitraire, Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, du Rapporteur spécial sur la traite des êtres humains, Rapporteur spécial sur la violence contre les femmes et les filles, et Groupe de travail sur la discrimination contre les femmes et les filles, Lettre conjointe à l'Arabie saoudite, doc. AL SAU 9/2022, 3 octobre 2022
- Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, *Mort illégale de réfugiés et de migrants*, 15 août 2017, doc. N.U. A/72/335
- Rapporteuse spéciale sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, *Désinformation et liberté d'opinion et d'expression pendant les conflits armés*, 12 août 2022, doc. N.U. A/77/288

g) Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

- Déclaration concernant l'actuelle crise des migrants, 2015, doc. N.U. A/70/18
- Déclaration 3 (2020) sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et ses effets sous l'angle de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, doc. N.U. A/76/18
- Déclaration 1 (2022) sur la discrimination raciale à l'égard des personnes qui fuient le conflit armé en Ukraine, 2022, doc. N.U. A/77/18
- Recommandation générale XXVII concernant la discrimination à l'égard des Roms (57e session, 2000)
- Recommandation générale XXX concernant la discrimination contre les non-ressortissants (65e session, 2005)
- Views of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination on the implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and its effectiveness, 17 sept. 2004, doc. N.U. E/CN.4/2004/WG.21/10/Add.1

h) Comité contre la torture

- Comité contre la torture, *Observation générale n° 4 (2017) sur l'application de l'article 3 de la Convention dans le contexte de l'article 22*, doc. N.U. CAT/C/GC/4

i) Comité des droits économiques, sociaux et culturels

- Comité D.E.S.C., *Observation générale n° 14 (2000)*, doc. N.U. E/C.12/2000/4

j) Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

- Comité exécutif du H.C.R., 1977, *Conclusion sur le non-refoulement*, n° 6 (XXVIII), doc. N.U. A/32/12/Add.1
- Comité exécutif du H.C.R., 1977, *Conclusion sur la détermination du statut de réfugié*, n° 8 (XXVIII), doc. N.U. A/32/12/Add.1
- Comité exécutif du H.C.R., 1977, *Conclusion sur le regroupement des familles*, n° 9 (XXVIII), doc. N.U. A/32/12/Add.1
- Comité exécutif du H.C.R., 1981, *Conclusion sur le regroupement des familles*, n° 24 (XXXII), doc. N.U. A/36/12/Add.1
- Comité exécutif du H.C.R., 1981, *Conclusion sur la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, n° 22 (XXXII), doc. N.U. A/36/12/Add.1
- Comité exécutif du H.C.R., 1986 (13 oct.), *Conclusion n° 44 (XXXVII). Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile*, reproduite *in* Doc. N.U. A/41/12/Add.1
- Comité exécutif du H.C.R., 1997, *Conclusion sur les enfants et les adolescents réfugiés*, n° 84 (XLVIII), doc. N.U. A/52/12/Add.1
- Comité exécutif du H.C.R., 1998, *Conclusion générale sur la protection internationale*, n° 85 (XLIX), doc. N.U. A/53/12/Add.1
- Comité exécutif du H.C.R., 1999, *Conclusion sur la protection de la famille du réfugié*, n° 88 (L), doc. N.U. A/54/12/Add.1
- Comité exécutif du H.C.R., 2001, *Note sur la protection internationale*, doc. N.U. A/AC.96/951
- Comité exécutif du H.C.R., 2003, *Conclusion sur les garanties de protection dans les mesures d'interception*, n° 97 (LIV), Doc. N.U. A/AC.96.987
- Comité exécutif du H.C.R., 2004, *Conclusion sur la coopération internationale et le partage de la charge et des responsabilités dans les afflux massifs*, n° 100 (LV), doc. N.U. A/AC.96/1003
- Comité exécutif du H.C.R., 2019, *Note sur la protection internationale*, doc. N.U. A/AC.96/1189
- Comité exécutif du H.C.R., 2022, *Note sur la protection internationale*, doc. N.U. A/AC.96/1222
- H.C.R., 1997, *Note on the principle of non-refoulement*, disponible en ligne : https://www.refworld.org/docid/438c6d972.html
- H.C.R., 2001, *Asylum processes (fair and efficient asylum procedures)*, doc. N.U. EC/GC/01/12
- H.C.R., 2007, *Note on the integration of refugees in the European Union*

- H.C.R., 2020, *Normes relatives aux procédures de détermination du statut de réfugié relevant du mandat du H.C.R.*
- H.C.R., 2020, *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*
- H.C.R., *Principes directeurs du H.C.R. sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile*, disponible en ligne : https://www.refworld.org/docid/3b1f7cc44.html
- H.C.R., *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugié*, Genève, rééd. 2019, doc. N.U. HCR/1P/4/FRE/REV.4

k) Organisation mondiale de la Santé

- O.M.S., Cinquante-quatrième assemblée mondiale de la santé, 21 mai 2001, *Sécurité sanitaire mondiale : alerte et action en cas d'épidémie*, doc. O.M.S. WHA54.14
- O.M.S., *Règlement sanitaire international* (2005) (3e éd., 2016 ; et tel qu'amendé en 2022 et 2024)
- O.M.S., 2011 (5 mai), Rapport du Comité d'examen sur le fonctionnement du Règlement sanitaire international (2005) eu égard à la grippe pandémique A (H1N1) 2009, Doc. O.M.S. A/64/10

l) Agence internationale de l'énergie atomique

- A.I.E.A., Code de bonne pratique sur le mouvement transfrontière international de déchets radioactifs, doc. A.I.E.A., INFCIRC/386, reproduit en anglais *in I.L.M.*, vol. XXX-2 (1991), pp. 560-564
- A.I.E.A., Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives, doc. A.I.E.A. IAEA/CODEOC/2004
- A.I.E.A., Détection de matières radioactives aux frontières, doc. A.I.E.A. IAEA-TECDOC-1312/F
- A.I.E.A., Intervention en cas de détection de mouvements fortuits ou de trafic illicite de matières radioactives, doc. A.I.E.A. IAEA-TECDOC-1313/F
- A.I.E.A., Modèle de protocole additionnel à l'accord (aux accords) entre un Etat (des Etats) et l'Agence internationale de l'énergie atomique relatif(s) à l'application de garanties, doc. A.I.E.A. INFCIRC/540/Corr.
- A.I.E.A., Orientations pour l'importation et l'exportation de sources radioactives, éd. 2012, doc. A.I.E.A. IAEA/CODEOC/IMO-EXP/2012
- A.I.E.A., Prévention des mouvements fortuits et du trafic illicite de matières radioactives, doc. A.I.E.A. IAEA-TECDOC-1311/F
- A.I.E.A., Règlement de transport des matières radioactives, éd. 2018
- A.I.E.A., Structure et contenu des accords à conclure entre l'Agence et les Etats dans le cadre du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, doc. A.I.E.A. INFCIRC/153/Corr.

m) Organisation de l'aviation civile internationale

- O.A.C.I., 2017, *Plan pour la sûreté de l'aviation dans le monde*

n) Organisation maritime internationale

- Recueil international de règles applicables aux navires exploités dans les eaux polaires (recueil sur la navigation polaire), 15 mai 2015, Résolution MEPC.264(68), doc. O.M.I. MEPC 68/21/Add.1

o) Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

- Déclaration des principes directeurs de l'utilisation de la radiodiffusion par satellites pour la libre circulation de l'information, l'extension de l'éducation et le développement des échanges culturels, 15 novembre 1972
- UNESCO (Askerud (P.) et Clément (É.)), *La lutte contre le trafic illicite des biens culturels. Guide pour la mise en œuvre de la Convention de l'UNESCO de 1970*, Paris, UNESCO, 2000, 312 p.

p) Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture

- F.A.O., Résolution 8/83, Engagement international sur les ressources phytogénétiques
- F.A.O., Résolution 4/89, Interprétation concertée de l'Engagement international

q) Union internationale des télécommunications

- U.I.T., Règlement des télécommunications internationales (2012), reproduit *in Actes finals de la Conférence mondiale sur les télécommunications internationales* (Dubai, 2012), CMTI-12

r) Autres

- Bureau des affaires océaniques et du droit de la mer, *Le droit de la mer. Etats archipels – Genèse de la Partie IV de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, Nations Unies, 1990, 146 p.
- Bureau des affaires maritimes et du droit de la mer, *Détroits servant à la navigation internationale – Genèse de la partie III de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. 1, 1992, iii-183 p.
- Bureau du représentant spécial du Secrétaire général pour le droit de la mer, *Droit d'accès des Etats sans littoral à la mer et depuis la mer et liberté de transit. Historique de la Partie X, articles 124 à 132 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, Nations Unies, 1988, iv-122 p.
- *Déclaration de Rio de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Rio, 14 juin 1992, doc. N.U. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I)

- *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 16 juin 1972, Doc. N.U. A/CONF.48/14/Rev.1
- Département des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, *Opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Principes et orientations*, New York, O.N.U., 2008, 108 p.
- Observation générale conjointe n° 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour (doc. N.U. CMW/C/GC/4 – CRC/C/GC/23)
- P.N.U.E. et organes de la Convention de Bonn, 2019, *Central Asian Mammals and Linear Infrastructure Atlas*, CMS Technical Series Publication n° 41, 95 p.
- Rapport du Groupe d'experts gouvernementaux chargé d'examiner les progrès de l'informatique et des télécommunications dans le contexte de la sécurité internationale, 22 juillet 2015, Doc. N.U. A/70/174
- *Study of discrimination in respect of the right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country*, 1963, par José D. Inglés, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/220/Rev.1
- U.N.E.P., *Manuel du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone,* 14e éd., 2020

2. Organisation mondiale du commerce

- Doc. O.M.C., WT/MIN(22)/31, 17 juin 2022, *Déclaration ministérielle sur la réponse de l'OMC à la pandémie de Covid-19 et la préparation aux pandémies futures*
- Doc. O.M.C. WT/TPR/OV/27, 20 nov. 2024, *Tour d'horizon de l'environnement commercial international (Rapport annuel de la Directrice générale)*

3. Organisation mondiale des douanes

- *Cadre de normes SAFE*, éd. 2021
- *Guide permettant de mesurer le temps nécessaire pour la mainlevée des marchandises*, version 3, 2018

4. Organisation de coopération et le développement économiques

- O.C.D.E., Décision-recommandation du Conseil sur les mouvements transfrontières de déchets dangereux, 1er février 1984, doc. O.C.D.E. OECD/LEGAL/0209
- O.C.D.E., Décision-recommandation du Conseil sur les exportations de déchets dangereux à partir de la zone de l'OCDE, 5 juin 1986, doc. O.C.D.E. OECD/LEGAL/0224
- O.C.D.E., Décision du Conseil sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets destinés à des opérations de valorisation, 30 mars 1992, doc. O.C.D.E. OECD/LEGAL/0266

5. Conseil de l'Europe

- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1821 (2011), *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière*
- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2243 (2018), *Regroupement familial des réfugiés et des migrants dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*
- Conseil de l'Europe, *Travaux préparatoires de l'article 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, 1977, doc. Cour (77) 9
- Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, juin 2017, *Réaliser le droit au regroupement familial des réfugiés en Europe*
- Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2003)5 aux Etats membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile
- Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° 4 (97) 20 sur le « discours de haine »
- Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (97) 22 sur les lignes directrices sur l'application de la notion de pays tiers sûr

6. Union européenne

- Action commune 2005/889/PESC du 12 décembre 2005 établissant une mission de l'Union européenne d'assistance à la frontière au point de passage de Rafah (EUBAM Rafah), telle qu'amendée ultérieurement (version consolidée au 1er juillet 2023)
- Action commune 2008/851/PESC du 10 novembre 2008 concernant l'opération militaire de l'Union européenne en vue d'une contribution à la sûreté maritime dans l'ouest de l'océan Indien et en mer Rouge (EUNAVFOR ATALANTA), telle qu'amendée ultérieurement (version consolidée au 12 décembre 2022)
- Commission européenne, *Fonds fiduciaire d'urgence de l'UE pour l'Afrique – Rapport annuel 2023*, Office des publications de l'Union européenne, 2024, 76 p.
- Décision 2013/233/PESC du 22 mai 2013 relative à la mission d'assistance de l'Union européenne pour une gestion intégrée des frontières en Libye (EUBAM Libya), telle qu'amendée ultérieurement (version consolidée au 1er octobre 2023
- Décision n° 2/2019 du 27 mars 2019 du Conseil d'administration de l'Agence « Frontex »
- Décisions (PESC) 2019/797 du 17 mai 2019 concernant des mesures restrictives contre les cyberattaques qui menacent l'Union ou ses États membres
- Décision (PESC) 2020/472 du 31 mars 2020 relative à une opération militaire de l'Union européenne en Méditerranée (EUNAVFOR MED IRINI), telle qu'amendée ultérieurement (version consolidée au 20 mars 2023)
- Code des douanes de l'Union (Règlement (UE) 952/2013 établissant le code des douanes de l'Union
- Règlement (UE) n° 656/2014 du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne
- Règlement (UE) n° 2016/399 du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)
- Règlement (UE) n° 2019/1896 du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes

7. Union africaine

- Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique*, 21 oct.-10 nov. 2019
- Organisation de l'unité africaine, Document d'Addis-Abeba sur les réfugiés et les déplacements forcés de population en Afrique, adopté par le symposium de l'OUA et du HCR sur les réfugiés et les déplacements forcés de population en Afrique le 10 septembre 1994, disponible en ligne : https://www.refworld.org/docid/3ae68f438.html

8. Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (A.S.E.A.N.)

- Déclaration de l'A.S.E.A.N. sur les droits de l'homme

9. Organisation des États américains

- Assemblée générale de l'O.E.A., AG/RES. 1497 (XXVII-O/97)
- Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Declaration of principles on freedom of expression*, 2-20 octobre 2000
- Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme
- *Declaration on security in Americas*, doc. OEA/Ser.K/XXXVIII CES/DEC.1/03 rev. 1

10. Comité international de la Croix-Rouge

- *Commentaire de la première convention de Genève (2016)*, Genève, C.I.C.R., 2020 (éd. fr.), xx-1163 p.
- *Commentaire de 2020 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, disponible en ligne : https://ihl-databases.icrc.org/fr/ihl-treaties/gciii-1949/toc/commentary/2020
- Droit international humanitaire coutumier établi par le Comité international de la Croix-Rouge, disponible en ligne : https://ihl-databases.icrc.org/fr/customary-ihl/v1

11. Autres

- Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), 1966 (31 déc.), *Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees*, tels qu'adoptés le 24 juin 2001 à la 40e session de l'organisation à New Delhi
- Déclaration de Durban, adoptée par la Conférence mondiale de Durban contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance, tenue du 31 août au 8 septembre 2001 à Durban (Afrique du Sud)
- Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, adoptée lors du Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama, Carthagène des Indes, Colombie, 22 novembre 1984
- Déclaration de Mexico pour renforcer la protection internationale des réfugiés en Amérique latine, 16 novembre 2004
- Déclaration du Brésil sur les réfugiés, déplacés et apatrides en Amérique latine et dans les Caraïbes du 3 décembre 2014
- Nuclear Suppliers Group, *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires*, doc. N.S.G. INFCIRC/254/Rev.14/Part 1

- Nuclear Suppliers Group, *Directives applicables aux transferts d'équipements, de matières et de logiciels à double usage dans le domaine nucléaire, ainsi que de technologies connexes*, doc. N.S.G., INFCIRC/254/Rev.12/Part 2, 29 juil. 2022 (version plus ancienne antérieure aux amendements techniques reproduite *in I.L.M.,* vol. XXXI-5 (1992), pp. 1099-1134)
- O.A.C.I., Conseil, Résolution du 17 mars 1989, reproduite *in I.L.M.*, vol. XXVIII-4 (1989), pp. 898-899
- Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies, Public Documents, vol. II, 2023, List of Dual-Use Goods and Technologies and Munitions List ; Missile Technology Control Regime, 2024, *Equipment, Software and Technology Annex* (MTCR/TEM/2024/Annex)

C. Actes d'organismes scientifiques

1. Institut de droit international

- « Projet de règlement international de navigation fluviale » (Session de Heidelberg – 1887)
- « Rapport de M. Rolin-Jaequemyns sur l'expulsion des étrangers » (*A.I.D.I.*, vol. 10 (1888/1889 – Session de Lausanne))
- « Le régime juridique des aérostats », (Session de Madrid – 1911)
- « Reconnaissance, détermination et signification en Droit international du Domaine laissé par ce dernier à la compétence exclusive de l'Etat – Rapport de Louis Le Fur » (*A.I.D.I.*, vol. 36 (1931 – Session de Cambridge), t. I)
- « Reconnaissance, détermination et signification en Droit international du Domaine laissé par ce dernier à la compétence exclusive de l'Etat – Note complémentaire de M. Huber », (*A.I.D.I.*, vol. 36 (1931 – Session de Cambridge), t. I)
- « Règlement pour la navigation des fleuves internationaux », Session de Paris – 1934
- « Reconnaissance, détermination et signification en Droit international du Domaine laissé par ce dernier à la compétence exclusive de l'Etat – Rapport complémentaire de M. Le Fur » (*A.I.D.I.*, vol. 37 (1932 – Session d'Oslo), t. I)
- « La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats – Rapport définitif présenté par M. Charles Rousseau » (*A.I.D.I.*, vol. 44 (1952 – Session de Sienne), t. I)
- « La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats – Observations de M. Alfred Verdross » (*A.I.D.I.*, vol. 44 (1952 – Session de Sienne), t. I)
- « La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats – Observations de M. Edvard Hambro » (*A.I.D.I.*, vol. 44 (1952 – Session de Sienne), t. I)
- « La détermination du domaine réservé et ses effets – Délibérations » (*A.I.D.I.*, vol. 45 (1954 – Session d'Aix-en-Provence), t. II)
- « La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats » (Session de Saint-Jacques-de-Compostelle – 1989)
- « L'assistance humanitaire » (Session de Bruges – 2003)
- « Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international – First Report », *A.I.D.I.*, vol. 71-I (2005 – Session de Cracovie)
- « Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international – Second Report », *A.I.D.I.*, vol. 71-I (2005 – Session de Cracovie)

- « Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international », Session de Cracovie (2005)

2. Association de droit international

- I.L.A., « Helsinki Rules on the Uses of Waters of International Rivers », *International Law Association Reports of Conferences*, vol. 52 (1966), pp. 484-533
- I.L.A., « Berlin Rules on Water Resources Law », *International Law Association Reports of Conferences*, vol. 71 (2004), pp. 334-411
- I.L.A. Study Group on Due Diligence in International Law, *Second Report*, 2016 (juil.), 48 p.

3. Autres

- Akkerman (M.), *Le business de l'édification des murs – Synthèse*, 2019, Transnational Institute, 10 p.
- Déclaration d'Uppsala, *The Right to Leave and the Right to Return* (reproduite *in The International Migration Review*, vol. 7/1 (1973), pp. 62-66)
- Déclaration de Strasbourg, *The Right to Leave and Return*, (reproduite *in A.J.I.L.*, vol. 81 (1987), pp. 434-438)
- Molnar (P.) et Gill (L.) conjoint à l'université de Toronto et à The Citizen Lab, *Bots at the Gate. A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System*, 2018, 80 p.

D. Jurisprudence et avis

1. Cour permanente de Justice internationale et Cour internationale de Justice

- C.P.J.I., 1923 (7 févr.), *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Série B, n° 4
- C.P.J.I., 1923 (17 août), *Vapeur « Wimbledon »* (*Royaume-Uni, France, Italie et Japon c. Allemagne*), Série A, n° 1
- C.P.J.I., 1924 (30 août), *Concessions Mavrommatis en Palestine* (*Grèce c. Royaume-Uni*), Série A, n° 2
- C.P.J.I., 1925 (21 nov.), *Article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne (Frontière entre la Turquie et l'Irak)* (avis), Série B, n° 12
- C.P.J.I., 1926 (25 mai), *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (*Allemagne c. Pologne*), Série A, n° 7
- C.P.J.I., 1927 (7 sept.), *Lotus* (*France c. Turquie*), Série A, n° 10 (et op. diss. des juges Lord Finlay et Nyholm)
- C.P.J.I., 1927 (8 déc.), *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, Série B, n° 14
- C.P.J.I., 1929 (10 sept.), *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, Série A, n° 23
- C.P.J.I., 1931 (5 sept.), *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (*avis*), Série A/B, n° 41 (et op. ind. du juge Anzilotti)
- C.P.J.I., 1931 (15 oct.), *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne* (avis), Série A/B, n° 42
- C.P.J.I., 1931 (11 déc.), *Accès et stationnement des navires de guerre polonais dans le port de Dantzig*, Série A/B, n° 43

- C.P.J.I., 1932 (11 août), *Interprétation du statut du territoire de Memel* (*Royaume-Uni, France, Italie et Japon c. Lituanie*), Série A/B, n° 49
- C.P.J.I., 1933 (5 avr.), *Statut juridique du Groënland oriental* (*Danemark c. Norvège*), Série A/B, n° 53
- C.P.J.I., 1934 (12 déc.), *Oscar Chinn*, Série A/B, n° 63 (et op. ind. du juge Anzilotti)
- C.P.J.I., 1937 (8 oct.), *Phares en Crète et à Samos* (*France c. Grèce*), Série A/B, n° 71
- C.I.J., 1948 (28 mai), *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)* (avis), *C.I.J. Rec.* 1948
- C.I.J., 1949 (9 avr.), *Détroit de Corfou* (*Royaume-Uni c. Albanie*), *C.I.J. Rec.* 1949 (et op. diss. des juges Alvarez et Krylov)
- C.I.J., 1949 (11 avr.), *Réparation des dommages subis aux services des Nations Unies* (*avis*), *C.I.J. Rec.* 1949
- C.I.J., 1951 (28 mai), *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (avis)*, *C.I.J. Rec.* 1951
- C.I.J., 1951 (18 déc.), *Pêcheries* (*Royaume-Uni c. Norvège*), *C.I.J. Rec.* 1951
- C.I.J., 1952 (27 août), *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* (*France c. Etats-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Rec.* 1952
- C.I.J., 1953 (17 nov.), *Minquiers et Écréhous* (*France c. Royaume-Uni*), *C.I.J. Rec.* 1953
- C.I.J., 1955 (7 juin), *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain*, *C.I.J. Rec.* 1955 (et op. ind. du juge Lauterpacht)
- C.I.J., 1957 (6 juil.), *Certains emprunts norvégiens* (*France c. Norvège*), *C.I.J. Rec.* 1957 (et op. ind. du juge Badawi)
- C.I.J., 1959 (21 mars), *Interhandel* (*Suisse c. Etats-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Rec.* 1959
- C.I.J., 1959 (20 juin), *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières* (*Belgique c. Pays-Bas*), *C.I.J. Rec.* 1959
- C.I.J., 1960 (12 avr.), *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, *C.I.J. Rec.* 1960 (et déclarations des juges Badawi et Basdevant, op. diss. des juges Armand-Lugon, Fernandes, et Spender, et op. ind. du juge Wellington Koo)
- C.I.J., 1962 (15 juin), *Temple de Préah Vihéar* (*Cambodge c. Thaïlande*), *C.I.J. Rec.* 1962
- C.I.J., 1962 (20 juil.), *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)* (*avis*), *C.I.J. Rec.* 1962
- C.I.J., 1966 (18 juil.), *Sud-Ouest africain* (*Ethiopie c. Afrique du Sud et Libéria c. Afrique du Sud*), *C.I.J. Rec.* 1966 (et op. diss. du juge Tanaka)
- C.I.J., 1969 (20 févr.), *Plateau continental de la mer du nord* (*République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas*), *C.I.J. Rec.* 1969
- C.I.J., 1970 (5 févr.), *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, *C.I.J. Rec.* 1970
- C.I.J., 1971 (21 juin), *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (avis), *C.I.J. Rec.* 1971
- C.I.J., 1974 (25 juil.), *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *C.I.J. Rec.* 1974
- C.I.J., 1978 (19 déc.), *Plateau continental de la mer Égée* (*Grèce c. Turquie*), *C.I.J. Rec.* 1978 (op. diss. De Castro)
- C.I.J., 1980 (24 mai), *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), C.I.J. Rec.* 1980

- C.I.J., 1980 (20 déc.), *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte* (avis), *C.I.J. Rec.* 1980 (et op. ind. du juge Ago)
- C.I.J., 1986 (27 juin), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *C.I.J. Rec.* 1986
- C.I.J., 1986 (22 déc.), *Différend frontalier* (*Burkina Faso c. Mali*), *C.I.J. Rec.* 1986
- C.I.J., 1988 (20 déc.), *Actions armées frontalières et transfrontalières* (*Nicaragua c. Honduras*), *C.I.J. Rec.* 1988
- C.I.J., 1989 (20 juil.), *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), C.I.J. Rec.* 1989
- C.I.J., 1989 (15 déc.), *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (avis consultatif)*, *C.I.J. Rec.* 1989
- C.I.J., 1994 (3 févr.), *Différend territorial* (*Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad*), *C.I.J. Rec.* 1994
- C.I.J., 1996 (8 juil.), *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (avis), *C.I.J. Rec.* 1996 (et op. diss. du juge Shahabuddeen)
- C.I.J., 1996 (11 juil.), *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), *C.I.J. Rec.* 1996
- C.I.J., 1997 (25 sept.), *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, *C.I.J. Rec.* 1997
- C.I.J., 1999 (29 avr.), *Immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* (*avis consultatif*), *C.I.J. Rec.* 1999
- C.I.J., 2002 (14 févr.), *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (*République démocratique du Congo c. Belgique*), *C.I.J. Rec.* 2002
- C.I.J., 2003 (6 nov.), *Plates-formes pétrolières* (*République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Rec.* 2003
- C.I.J., 2004 (9 juil.), *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (*avis*), *C.I.J. Rec.* 2004
- C.I.J., 2005 (19 déc.), *Activités armées sur le territoire du Congo* (*République démocratique du Congo c. Ouganda*), *C.I.J. Rec.* 2005
- C.I.J., 2007 (26 févr.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *C.I.J. Rec.* 2007 (et op. ind. du juge Ranjeva)
- C.I.J., 2008 (23 mai), *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (*Malaisie c. Singapour*), *C.I.J. Rec.* 2008
- C.I.J., 2008 (4 juin), *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (*Djibouti c. France*), *C.I.J. Rec.* 2008
- C.I.J., 2008 (15 oct.), *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (*Géorgie c. Russie*) (ordonnance), *C.I.J. Rec.* 2008
- C.I.J., 2009 (13 juil.), *Droits de navigation et droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *C.I.J. Rec.* 2009
- C.I.J., 2010 (20 avr.), *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *C.I.J. Rec.* 2010
- C.I.J., 2010 (30 nov.), *Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *C.I.J. Rec.* 2010
- C.I.J., 2011 (5 déc.), *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995* (*Ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce*), *C.I.J. Rec.* 2011
- C.I.J., 2012 (3 févr.), *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (*Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant*), *C.I.J. Rec.* 2012

- C.I.J., 2012 (20 juil.), *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (*Belgique c. Sénégal*), *C.I.J. Rec.* 2012
- C.I.J., 2012 (19 nov.), *Différend territorial et maritime* (*Nicaragua c. Colombie*), *C.I.J. Rec.* 2012
- C.I.J., 2013 (16 avr.), *Différend frontalier (Burkina Faso c. Niger)*, *C.I.J. Rec.* 2013
- C.I.J., 2014 (31 mars), *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (*Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)*, *C.I.J. Rec.* 2014 (et op. diss. du juge Owada)
- C.I.J., 2015 (16 déc.), *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, *C.I.J. Rec.* 2015
- C.I.J., 2018 (1er oct.), *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique* (*Bolivie c. Chili*), *C.I.J. Rec.* 2018
- C.I.J., 2019 (25 févr.), *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, *C.I.J. Rec.* 2019
- C.I.J., 2020 (14 juil.), *Appel concernant la compétence du Conseil de l'O.A.C.I. en vertu de l'article 84 de la Convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)* (Contre-mémoire de l'Etat du Qatar, 2019 (25 févr.), vol. I, et Duplique en la même affaire, 2019 (29 juil.), vol. I)
- C.I.J., 2020 (11 déc.), *Immunités et procédures pénales* (*Guinée équatoriale c. France*), *C.I.J. Rec.* 2020
- C.I.J., 2021 (4 févr.), *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (*Qatar c. Emirats arabes unis*), *C.I.J. Rec.* 2021
- C.I.J., 2021 (21 oct.), *Délimitation maritime dans l'océan Indien* (*Somalie c. Kenya*), *C.I.J. Rec.* 2021
- C.I.J., 2022 (21 avr.), *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (*Nicaragua c. Colombie*), *C.I.J. Rec.* 2022
- C.I.J., 2022 (22 juil.), *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Gambie c. Myanmar*), *C.I.J. Rec.* 2022
- C.I.J., 2023 (30 mars), *Certains actifs iraniens* (*République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Rec.* 2023
- C.I.J., 2024 (31 janv.), *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (*Ukraine c. Fédération de Russie*)
- C.I.J., 2024 (2 févr.), *Allégations de génocide au titre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Ukraine c. Fédération de Russie ; 32 Etats intervenants*) (*exceptions préliminaires*)
- C.I.J., 2024 (30 avr.), *Manquements allégués à certaines obligations internationales relativement au territoire palestinien occupé* (*Nicaragua c. Allemagne*), demande en indication de mesures conservatoires
- C.I.J., 2024 (19 juil.), *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est (avis)*
- C.I.J., 2025 (23 juil.), *Obligations des États en matière de changement climatique (avis)*

2. Tribunal international du droit de la mer

- T.I.D.M., 1999 (1er juil.), *Navire « Saiga » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, *T.I.D.M. Rec.* 1999

- T.I.D.M., 2001 (3 déc.), *Usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni) (mesures conservatoires)*, *T.I.D.M. Rec.* 2001
- T.I.D.M., 2011 (1er févr.), *Responsabilités et obligations des Etats dans le cadre d'activités menées dans la Zone (avis consultatif)*, *T.I.D.M. Rec.* 2011
- T.I.D.M., 2012 (15 déc.), *Ara Libertad* (*Argentine c. Ghana*), *T.I.D.M. Rec.* 2012
- T.I.D.M., 2015 (2 avr.), *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, *T.I.D.M. Rec.* 2015
- T.I.D.M., 2024 (21 mai), *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*

3. Sentences arbitrales

- S.A., 1842, *William Turner* (Commission Etats-Unis/Mexique), *in* Lapradelle (A. G. de) et Politis (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, t. I, Paris, Pedone, 1905, liv-863 p., pp. 494-500
- S.A., 1843 (30 nov.), *Portendick* (*France c. Grande-Bretagne*), *in* La Pradelle (A. de) et Politis (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les Éditions internationales, 1957, 2e éd., t. I, liv-863 p., pp. 512-544
- S.A., 1870 (1er août), *Fermeture de Buenos-Ayres (Argentine c. Grande-Bretagne)*, *in* La Pradelle (A. de) et Politis (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les Éditions internationales, 2e éd., t. II, xxxviii-1046 p., pp. 637-667
- S.A., 1872 (14 sept.), *Alabama* (Etats-Unis c. Royaume-Uni), *in* La Pradelle (A. de) et Politis (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les Éditions Internationales, 2e éd., t. II, 1957, xxxviii-1046 p., pp. 713-983 / *R.S.A.*, vol. XXIX, pp. 125-134
- S.A., 1873 (25 sept.), *The First National Bank of Saint-Albans v. Great Britain*, *in* Lapradelle (A. de), Politis (J.) et Salomon (A.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les Éditions internationales, 1954, t. III, xci-768 p., pp. 281-290
- S.A., 1903, *Faber*, Commission mixte de réclamations Allemagne – Venezuela, *R.S.A.* vol. X, pp. 438-467
- S.A., 1903, *Maal*, Commission mixte de réclamations Pays-Bas – Venezuela, *R.S.A.* vol. X, pp. 730-733
- S.A., 1905 (8 août), *Boutres de Mascate (France c. Royaume-Uni)*, *R.S.A.*, vol. XI, pp. 83-100
- S.A., 1909 (23 oct.), *Grisbådarna* (*Norvège c. Suède*), *R.S.A.*, vol. XI, pp. 147-166
- S.A., 1910 (7 sept.), *North Atlantic Coast Fisheries* (*Grande-Bretagne c. Etats-Unis d'Amérique*), *R.S.A.*, vol. XI, pp. 167-226
- S.A., 1913 (6 mai), *Carthage (France c. Italie)*, *R.S.A.*, vol. XI, pp. 449-461
- S.A., 1921 (9 déc.), *Wanderer (Grande-Bretagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 68-77
- S.A., 1925 (1er mai), *Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, *R.S.A.*, vol. II, pp. 615-742
- S.A., 1926 (2 nov.), *J. and O. L. B. Nason and Aubrey Williams (U.S.A.) v. United Mexican States*, *R.S.A.* vol. IV, pp. 81-82
- S.A., 1926 (16 nov.), *J. W. and N.I. Swinney (U.S.A.) v. United Mexican States*, *R.S.A.* vol. IV, pp. 98-101
- S.A., 1926 (26 nov.), *D. Guerrero Vda. De Falcón (United Mexican States) v. United States of America*, *R.S.A.* vol. IV, pp. 104-106
- S.A., 1926 (3 déc.), *Teodoro García and M. A. Garza (United Mexican States) v. United States of America*, *R.S.A.* vol. IV, pp. 119-134

- S.A., 1928 (4 avr.), *Île de Palmas*, trad. fr. Rousseau (Ch.) *in R.G.D.I.P.*, t. 42 (1935), pp. 156-202
- S.A., 1929 (30 avr.), *James H. McMahan (U.S.A.) v. United Mexican States*, *R.S.A.* vol. IV, pp. 486-496
- S.A., 1929 (1er août), *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. Etat polonais*, *Rec. T.A.M.* (1929), pp. 336-348
- S.A., 1931 (28 janv.), *Île de Clipperton* (*Mexique c. France*), *R.S.A.*, vol. II, pp. 1105-1111
- S.A., 1932 (18 juil.), *Kronprins Gustav Adolf* (*Suède c. Etats-Unis d'Amérique*), *R.S.A.*, vol. II, pp. 1239-1305
- S.A., 1941 (11 mars), *Trail Smelter* (*Etats-Unis d'Amérique c. Canada*), *R.S.A.*, vol. III, pp. 1905-1982
- S.A., 1954 (6 juil.), *Société anonyme de Filatures de Schappe – Décision n° 174* (Commission de conciliation franco-italienne), *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 598-611
- S.A., 1957 (16 nov.), *Lac Lanoux* (*Espagne c. France*), *R.S.A.*, vol. XII, pp. 281-317
- S.A., 1977 (18 févr.), *Canal de Beagle (Argentine c. Chili)*, *R.S.A.*, vol. XXI, pp. 53-264
- S.A., 1978 (9 déc.), *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France* (*France c. Etats-Unis d'Amérique*), *R.S.A.* vol. XVIII, pp. 417-493
- S.A., 1986 (17 juil.), *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent (Canada c. France)*, *R.S.A.*, vol. XIX, pp. 225-296
- S.A., 1991 (4 mars), *LAFICO c. Burundi*, publiée *in R.B.D.I.*, vol. 23 (1990), pp. 517-562
- S.A., 1998 (9 oct.), *Territorial sovereignty and scope of the dispute (Eritrea and Yemen)*, *R.S.A.*, vol. XXII, pp. 209-332
- S.A., 2005 (24 mai), *Ligne du Rhin de Fer (« Ijzeren Rijn »)* (*Belgique c. Pays-Bas*), *R.S.A.*, vol. XXVII, pp. 35-125
- S.A., 2007 (30 jan.), *Eurotunnel (The Channel Tunnel Group Limited et France-Manche S.A. c. Royaume-Uni et France)*, C.P.A. n° 2003-06
- S.A., 2013 (18 févr.), *Indus Waters Kishenganga (Pakistan c. Inde) (sentence partielle)*, doc. C.P.A. PK-IN 82842
- S.A., 2013 (20 déc.), *Indus waters Kishenganga* (*Pakistan c. Inde*), *R.S.A.*, vol. XXXI, pp. 1-358
- S.A., 2016 (12 juil.), *Mer de Chine méridionale (Philippines c. Chine)*, *R.S.A.*, vol. XXXIII, pp. 153-617
- S.A., 2016 (19 déc.), *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, aff. CIRDI n° ARB/11/20
- S.A., 2020 (21 mai), *The "Enrica Lexie" Incident* (*Italie c. Inde*), aff. P.C.A. n° 2015-28

4. Comités conventionnels

a) Comité des droits de l'homme

- C.D.H., 1981 (29 juil.), *Delia Saldias de Lopez c. Uruguay*, doc. N.U. CCPR/C/13/D/52/1979
- C.D.H., 1981 (29 juil.), *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, doc. N.U. CCPR/C/13/D/56/1979

- C.D.H., 1982 (23 mars), *Vidal Martins v. Uruguay*, Doc. N.U. CCPR/C/15/D/57/1979
- C.D.H., 1983 (31 mars), *Lichtensztejn v. Uruguay*, CCPR/C/18/D/77/1980
- C.D.H., 1983 (22 juil.), *Varela Nuñez c. Uruguay*, doc. N.U. CCPR/C/OP/2
- C.D.H., 1983 (6 avr.), *J.R.T. et W.G. Party c. Canada*, n° 1041/1981, CCPR/C/18/D/104/1981
- C.D.H., 1990 (23 juil.), *Hugo van Alphen c. Pays-Bas*, CCPR/C/39/D/305/1988
- C.D.H., 1993 (31 mars), *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, doc. N.U. CCPR/C/47/D/359/1989
- C.D.H., 1994 (21 juil.), *Peltonen c. Finlande*, doc. N.U. CCPR/C/51/D/492/1992
- C.D.H., 1996 (1er nov.), *Stewart c. Canada*, CCPR/C/58/D/538/1993 (avec l'op. diss. de Mmes Evath et Medina Quiroga, cosignée par M. Aguilar Urbina)
- C.D.H., 1997 (3 avr.), *A. c. Australie*, CCPR/C/59/D/560/1993
- C.D.H., 1997 (3 avr.), *Canepa c. Canada*, doc. N.U. CCPR/C/59/D/558/1993 (et l'op. diss. de Mme Chanet)
- C.D.H., 2000 (18 oct.), *Ross c. Canada*, doc. N.U. CCPR/C/70/D/736/1997
- C.D.H., 2004 (9 févr.), *Shams c. Australie*, CCPR/C/90/D/1255/2004
- C.D.H., 2004 (26 juil.), *Madafferi c. Australie*, doc. N.U. CCPR/C/81/D/1011/2001
- C.D.H., 2004 (2 nov.), *El Ghar c. Libye*, doc. N.U. CCPR/C/82/D/1107/2002
- C.D.H., 2007 (20 juil.), *El Dernawi c. Libye*, CCPR/C/90/D/1143/2002
- C.D.H., 2008 (22 oct.), *Sayadi et Vinck c. Belgique*, CCPR/C/94/D/1472/2006
- C.D.H., 2009 (19 mars), *Mavlonov et Sa'di c. Ouzbékistan*, n° 1334/2004, doc. N.U. CCPR/C/95/D/1334/2004
- C.D.H., 2011 (18 juil.), *Nystrom et consorts c. Australie*, CCPR/C/102/D/1557/2007
- C.D.H., 2011 (21 juil.), *Jama Warsame c. Canada*, CCPR/C/102/D/1959/2010 (et l'op. diss. de Sir Rodley)
- C.D.H., 2014 (23 juil.), *Ilyasov c. Kazakhstan*, CCPR/C/111/D/2009/2010
- C.D.H., 2017 (19 mai), *A.S., D.I., O.I. et G.D. c. Italie*, CCPR/C/130/D/3042/2017,
- C.D.H., 2018 (6 avr.), *Budlakoti c. Canada*, doc. N.U. CCPR/C/122/D/2264/2013
- C.D.H., 2021 (2 juil.), *Petromelidis v. Greece*, CCPR/C/132/D/3065/2017
- C.D.H., 2022 (25 juil.), *Cayzer c. Australie*, doc. N.U. CCPR/C/135/D/2981/2017

b) Comité contre la torture

- Comité contre la torture, 2008 (10 nov.), *J.H.A. c. Espagne*, CAT/C/41/D/323/2007

c) Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

- Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 2014 (18 févr.), *A. M. M. c. Suisse*, communication n° 50/2012, CERD/C/84/D/50/2012

5. Panels du G.A.T.T. puis Organe de règlement des différends de l'O.M.C.

- Panel du G.A.T.T., 1991 (3 sept.), *Etats-Unis – Restrictions à l'importation du thon (dit « Thon I »)*, DS21/R
- Panel du G.A.T.T., 1994 (16 juin), *Etats-Unis – Restrictions à l'importation du thon (dit « Thon II »)*, DS29/R

- Groupe spécial de l'O.R.D., 1996 (29 janv.), *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Etats-Unis – Essence)*, WT/DS2/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 1998 (12 juin), *Australie – Mesures visant les importations de saumons (Australie – Saumons)*, WT/DS18/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 1999 (31 mai), *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements (Turquie – Produits textiles)*, WT/DS34/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 2003 (15 juil.), *Japon – Mesures visant l'importation de pommes (Japon – Pommes)*, WT/DS245/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 2004 (10 nov.), *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris (Etats-Unis – Jeux et paris)*, WT/DS285/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 2010 (29 sept.), *Etats-Unis – Certaines mesures visant les importations de volaille en provenance de Chine (Etats-Unis – Volaille)*, WT/DS392/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 2014 (14 oct.), *Inde – Mesures concernant l'importation de certains produits agricoles (Indes – Produits agricoles)*, WT/DS430/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 2015 (24 juil.), *Etats-Unis – Mesures affectant l'importation d'animaux, de viandes et d'autres produits d'origine animale en provenance d'Argentine (Etats-Unis – Animaux)*, WT/DS447/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 2017 (17 oct.), *Indonésie – Mesures concernant l'importation de viande de poulet et de produits à base de poulet (Indonésie – Poulet)*, WT/DS484/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 2019 (5 avr.), *Russie – Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 2022 (30 nov.), *Indonésie – Mesures relatives aux matières premières (Indonésie – Matières premières)*, WT/DS592/R
- Groupe spécial de l'O.R.D., 2024 (5 mars), *Union européenne et certains Etats membres – Certaines mesures visant l'huile de palme et les biocarburants dérivés du palmier à huile (UE – Huile de palme (Malaisie))*, WT/DS600/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 1996 (29 avr.), *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Etats-Unis – Essence)*, WT/DS2/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (16 jan.), *CE – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (CE – Hormones)*, WT/DS26/AB/R – WT/DS48/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (12 oct.), *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Etats-Unis – Crevettes)*, WT/DS58/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 1998 (20 oct.), *Australie – Mesures visant les importations de saumons (Australie – Saumons)*, WT/DS18/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 1999 (14 déc.), *Argentine – Mesures de sauvegardes à l'importation de chaussures (Argentine – Chaussures)*, WT/DS121/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 1999 (14 déc.), *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (Corée – Produits laitiers)*, WT/DS98/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2000 (11 déc.), *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée (Corée – Viande de bœuf)*, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2001 (12 mars), *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (CE – Amiante)*, WT/DS135/AB/R

- Organe d'appel de l'O.R.D., 2001 (1er mai), *Etats-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie (Etats-Unis – Viande d'agneau)*, WT/DS177/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2001 (22 oct.), *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes. Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Etats-Unis – Crevettes 21:5)*, WT/DS58/AB/RW
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2002 (15 févr.), *Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée (Etats-Unis – Tubes et tuyaux)*, WT/DS202/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2002 (26 sept.), *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines (CE – Sardines)*, WT/DS231/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2003 (26 nov.), *Japon – Mesures visant l'importation de pommes (Japon – Pommes)*, WT/DS245/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2005 (7 avr.), *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Etats-Unis – Jeux et paris)*, WT/DS285/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2007 (3 déc.), *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (Brésil – Pneumatiques rechapés)*, WT/DS332/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2008 (16 oct.), *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Canada – Maintien de la suspension)*, WT/DS321/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2008 (16 oct.), *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Etats-Unis – Maintien de la suspension)*, WT/DS320/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2009 (21 déc.), *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels (Chine – Produits audiovisuels)*, WT/DS363/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2010 (29 nov.), *Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande (Australie – Pommes)*, WT/DS367/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (30 janv.), *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières (Chine – Matières premières)*, WT/DS394/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (4 avr.), *Etats-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle (Etats-Unis – Cigarettes aux clous de girofle)*, WT/DS406/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2012 (16 mai), *Etats-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (Etats-Unis – Thon II)*, WT/DS381/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (22 mai), *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque (CE – Phoque)*, WT/DS400/AB/R et WT/DS401/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2014 (7 août), *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène (Chine – Terres rares)*, WT/DS314/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2015 (15 jan.), *Argentine – Mesures affectant l'importation de marchandises (Argentine – Mesures à l'importation)*, WT/DS438/AB/R, WT/DS444/AB/R, WT/DS445/AB/R

- Organe d'appel de l'O.R.D., 2015 (4 juin), *Inde – Mesures concernant l'importation de certains produits agricoles (Inde – Produits agricoles)*, WT/DS430/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2016 (16 sept.), *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et modules solaires (Inde – Cellules solaires)*, WT/DS456/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2017 (23 févr.), *Fédération de Russie – Mesures visant l'importation de porcins vivants, de viande de porc et d'autres produits du porc en provenance de l'Union européenne (Russie – Porcins)*, WT/DS475/AB/R
- Organe d'appel de l'O.R.D., 2019 (11 avr.), *Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides (Corée – Radionucléides)*, WT/DS495/AB/R

6. Cour pénale internationale

- C.P.I., 2017 (17 août), *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Ordonnance de réparation, n° ICC-01/12-01/15-236
- C.P.I., 2024 (24 oct.), *Situation in Ukraine*, n° ICC-01/22-90

7. Commission et Cour interaméricaines des droits de l'homme

- Com.I.D.H., 1997 (13 mars), *Decision of the Commission as to the merits of case 10.675*, Rapport n° 51/96
- Com.I.D.H., 1999 (29 sept.), *Alejandre Jr. et a. c. Cuba*, aff. n° 86/99
- C.I.D.H., 1985 (13 nov.), *Compulsory membership in an association prescribed by law for the practice of journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights)*, avis consultatif OC-5/85
- C.I.D.H., 2001 (5 févr.), *"The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile*, Série C, n° 73
- C.I.D.H., 2003 (17 sept.), *Juridical condition and rights of undocumented migrants*, avis OC-18/03, Série A, n° 18
- C.I.D.H., 2004 (7 sept.), *Tibi c. Équateur*, Série C, n° 114
- C.I.D.H., 2009 (28 janv.), *Perozo et al. v. Venezuela*, Série C, n° 195
- C.I.D.H., 2010 (23 nov.), *Vélez Loor v. Panama*, Série C n° 218
- C.I.D.H., 2012 (24 oct.), *Nadege Dorzema et al. c. République dominicaine*, Série C, n° 251
- C.I.D.H., 2013 (25 nov.), *Pacheco Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia*, Série C, n° 272
- C.I.D.H., 2014 (19 août), *Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*, avis OC-21/14, Série A, n° 21
- C.I.D.H., 2015 (30 juin), *Wong Ho Wing v. Peru*, Série C n° 297
- C.I.D.H., 2017 (15 nov.), *The Environment and Human Rights*, avis OC-23/17
- C.I.D.H., 2018 (30 mai), *The institution of asylum and its recognition as a human right in the inter-American protection system (interpretation and scope of articles 5, 22(7) and 22(8), in relation to article 1(1) of the American convention on human rights)*, avis OC-25/18, Série A, n° 25
- C.I.D.H., 2020 (3 juin), *Roche Azaña et al. c. Nicaragua*, Série C, n° 403
- C.I.D.H., 2025 (29 mai), *Climate emergency and human rights*, avis AO-32/25, Série A, n° 32

8. Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

- C.A.D.H.P., 2024 (3 sept.), *Habyalimana Augustino et Muburu Abdulkarim c. Tanzanie*, req. n° 015/2016

9. Commission et Cour européennes des droits de l'homme

- Com.E.D.H., 1957 (20 déc.), *Re Application No. 172/56 (X. v. Kingdom of Sweden)*, *I.L.R.* vol. 24 (1957), pp. 328-337
- Com.E.D.H., 1959 (30 juin), *Re Application No. 434/58 (X v. Government of Sweden)*, *I.L.R.* vol. 28, pp. 242-252
- Com.E.D.H., 1965 (25 sept.), *X c. République fédérale d'Allemagne*, req. n° 1611/62
- Com.E.D.H., 1978 (6 mars), *Asiatiques d'Afrique orientale*, req. n° 4715/70, 4783/71 et 4827/71
- Com.E.D.H., 1995 (18 oct.), *Tugar c. Italie*, req. n° 22869/93
- Com.E.D.H., 1997 (20 Mai), *Marangos c. Chypre*, req. n° 31106/96
- C.E.D.H., 1968 (23 juil.), *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au principal)*, req. n° 1474/62
- C.E.D.H., 1976 (7 déc.), *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72
- C.E.D.H., 1977 (14 juil.), *X et Y c. Suisse*, req. n°s 7289/75 et 7349/76
- C.E.D.H., 1980 (6 nov.), *Guzzardi c. Italie*, req. n° 7367/76
- C.E.D.H., 1985 (28 mai), *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81
- C.E.D.H., 1987 (26 mars), *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81
- C.E.D.H., 1996 (25 juin), *Amuur c. France*, req. n° 19776/92
- C.E.D.H., 1999 (8 juil.), *Ceylan c. Turquie*, req. n° 23556/94
- C.E.D.H., 2001 (11 janv.), *Xhavara et a. c. Italie et Albanie*, req. n° 39473/98
- C.E.D.H., 2001 (22 mars), *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98 (et op. conc. du juge Loucaides)
- C.E.D.H., 2001 (22 mars), *K.-H.W. c. Allemagne*, req. n° 37201/97 (et op. conc. du juge Loucaides)
- C.E.D.H., 2001 (22 mai), *Baumann c. France*, req. n° 33592/96
- C.E.D.H., 2001 (21 nov.), *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97
- C.E.D.H., 2001 (12 déc.), *Banković et a. c. Belgique et a.*, req. n° 52207/99
- C.E.D.H., 2002 (29 août), *Momcilovic c. Croatie*, req. n° 59138/00
- C.E.D.H., 2003 (13 nov.), *Napijalo c. Croatie*, req. n° 66485/01
- C.E.D.H., 2003 (27 nov.), *Shamsa c. Pologne*, req. n°s 45355/99 et 45357/99
- C.E.D.H., 2004 (18 mai), *Seurot c. France*, req. n° 57383/00
- C.E.D.H., 2004 (8 juil.), *Ilasçu et a. c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99
- C.E.D.H., 2004 (16 nov.), *Issa et a. c. Turquie*, req. n° 31821/96
- C.E.D.H., 2005 (26 juil.), *N. c. Finlande*, req. n° 38885/02
- C.E.D.H., 2006 (7 mars), *Hocaogullari c. Turquie*, req. n° 77109/01
- C.E.D.H., 2006 (23 mai), *Riener c. Bulgarie*, req. n° 46343/99
- C.E.D.H., 2006 (12 oct.), *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° 13178/03
- C.E.D.H., 2006 (31 oct.), *Földes et Földesné Hajlik c. Hongrie*, req. n° 41463/02
- C.E.D.H., 2006 (21 déc.), *Bartik c. Russie*, req. n° 55565/00
- C.E.D.H., 2007 (28 juin), *Mansur Pad et a. C. Turquie*, req. n° 60167/00

- C.E.D.H., 2008 (29 jan.), *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 (et opinion en partie dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann et Hirvelä)
- C.E.D.H., 2008 (3 juin), *Andreou c. Turquie*, req. n° 45653/99
- C.E.D.H., 2008 (2 oct.), *Leroy c. France*, req. n° 36109/03
- C.E.D.H., 2008 (4 nov.), *Balsytė-Lideikienė c. Lituanie*, req. n° 72596/01
- C.E.D.H., 2009 (30 juin), *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, req. n° 61498/08
- C.E.D.H., 2009 (16 juil.), *Féret c. Belgique*, req. n° 15615/07
- C.E.D.H., 2010 (7 janv.), *Rantsev c. Chypre et Russie*, req. n° 25965/04
- C.E.D.H., 2010 (29 mars), *Medvedyev et a. c. France*, req. n° 3394/03
- C.E.D.H., 2010 (6 juil.), *Gözel et Özer c. Turquie*, req. n°s 4353/04 et 31098/05
- C.E.D.H., 2011 (21 jan.), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09
- C.E.D.H., 2011 (1er févr.), *Faruk Temel c. Turquie*, req. n° 16853/05
- C.E.D.H., 2011 (10 févr.), *Soltysyak c. Russie*, req. n° 4663/05
- C.E.D.H., 2011 (7 juil.), *Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni*, req. n° 55721/07 (et op. conc. du juge Bonello)
- C.E.D.H., 2012 (19 jan.), *Popov c. France,* req. n°s 39472/07 et 39474/07
- C.E.D.H., 2012 (24 jan.), *Miażdżyk c. Pologne*, req. n° 23592/07
- C.E.D.H., 2012 (9 févr.), *Vejdeland et a. c. Suède*, req. n° 1813/07
- C.E.D.H., 2012 (23 févr.), *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09 (et op. conc. du juge Pinto de Albuquerque)
- C.E.D.H., 2012 (3 avr.), *Gillberg c. Suède*, req. n° 41723/06
- C.E.D.H., 2012 (12 sept.), *Nada c. Suisse*, req. n° 10593/08
- C.E.D.H., 2012 (6 nov.), *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, req. n° 22341/09
- C.E.D.H., 2012 (27 nov.), *Stamose c. Bulgarie*, req. n° 29713/05
- C.E.D.H., 2012 (18 déc.), *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. n° 3111/10
- C.E.D.H., 2014 (28 janv.), *Abdul Wahab Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 11987/11
- C.E.D.H., 2014 (3 juil.), *Mohammadi c. Autriche*, req. n° 71932/12
- C.E.D.H., 2014 (10 juil.), *Tanda-Muzinga c. France*, req. n° 2260/10
- C.E.D.H., 2014 (3 oct.), *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n° 12738/10
- C.E.D.H., 2014 (21 oct.), *Sharifi et a. c. Italie et Grèce*, req. n° 16643/09
- C.E.D.H., 2014 (4 nov.), *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12
- C.E.D.H., 2014 (2 déc.), *Battista c. Italie*, req. n° 43978/09
- C.E.D.H., 2015 (1er déc.), *Cengiz et a. c. Turquie*, req. n°s 48226/10 et 14027/11
- C.E.D.H., 2016 (24 mai), *Biao c. Danemark*, req. n° 38590/10 (et op. diss. commune aux juges Villiger, Mahoney et Kjølbro)
- C.E.D.H., 2016 (15 déc.), *Khlaifia et a. c. Italie*, req. n° 16483/12 (et op. en partie dissidente du juge Serghides)
- C.E.D.H., 2017 (23 févr.), *De Tommaso c. Italie*, req. n° 43395/09
- C.E.D.H., 2017 (27 juin), *Belkacem c. Belgique*, req. n° 34367/14
- C.E.D.H., 2018 (25 jan.), *J.R. et a. c. Grèce*, req. n° 22696/16
- C.E.D.H., 2018 (27 mars), *Berkovich et autres c. Russie*, req. n° 5871/07
- C.E.D.H., 2019 (21 nov.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15 (et op. diss. des juges Bianku et Vučinić)
- C.E.D.H., 2020 (13 févr.), *N.D. et N.T. c. Espagne*, req. n°s 8675/15 et 8697/15
- C.E.D.H., 2020 (5 mai), *M. N. et a. c. Belgique*, req. n° 3599/18
- C.E.D.H., 2021 (21 jan.), *Géorgie c. Russie (II)*, req. n° 38263/08
- C.E.D.H., 2021 (11 mai), *Stetsov c. Ukraine*, req. n° 5170/15

- C.E.D.H., 2021 (9 juil.), *M.A. c. Danemark*, req. n° 6697/18
- C.E.D.H., 2021 (21 sept.), *Carter c. Russie*, req. n° 20914/07
- C.E.D.H., 2021 (14 oct.), *Democracy and Human Rights Resource Centre and Mustafayev c. Azerbaïdjan*, req. n° 74288/14 et 64568/16
- C.E.D.H., 2021 (18 nov.), *M.H. and others v. Croatia*, req. n°s 15670/18 et 43115/18
- C.E.D.H., 2022 (5 avr.), *A.A. et a. c. Macédoine du nord*, req. nos 55798/16 et a.
- C.E.D.H., 2022 (14 sept.), *H.F. et a. c. France*, req. n °s 24384/19 et 44234/20
- C.E.D.H., 2022 (20 oct.), *M.T. and others v. Sweden*, req. n° 22105/18
- C.E.D.H., 2022 (30 nov.), *Ukraine et Pays-Bas c. Russie*, req. nos 8019/16, 43800/14, et 28525/20
- C.E.D.H., 2023 (27 juin), *Bryan et a. c. Russie*, req. n° 22515/14
- C.E.D.H., 2024 (25 juin), *Ukraine c. Russie (Crimée)*, req. nos 20958/14 et 38334/18
- C.E.D.H., 2025 (12 juin), *S.S. c. Italie*, req. n° 21660/18

10. Cour de justice des Communautés européennes / de l'Union européenne

- C.J.C.E., 1974 (4 déc.), *Yvonne van Duyn c. Home Office*, aff. C-41/74
- C.J.U.E., 2012 (16 oct.), *Hongrie c. République slovaque*, aff. C-364/10
- C.J.U.E., 2013 (19 déc.), *Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland* (C-84/12) (et conclusions de l'avocat général P. Mengozzi)
- C.J.U.E., 2017 (7 févr.), aff. *X. et X. c. Etat belge*, C-638/16 PPU (et conclusions de l'avocat général P. Mengozzi)
- CJUE, 2022 (26 avr.), *NW contre Landespolizeidirektion Steiermark et Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, C-368/20 et C-369/20

11. Autres juridictions internationales

- T.A.N.U., 1955 (3 déc.), *Julhiard c. Secrétaire général des Nations Unies*, *I.L.R.*, vol. 22 (1955), pp. 809-819
- T.A.O.I.T., 1970 (26 mai), *Frank c. Organisation internationale du travail (nos 1 et 2)*, *I.L.R.*, vol. 48 (1975), pp. 254-261
- Tribunal Iran-Etats-Unis d'Amérique, 1987 (2 nov.), *Kenneth P. Yeager c. Iran*, sentence n° 324-10199-1

12. Juridictions internes

- Australia, High Court of Australia, 1925 (18 déc.), *Ex parte Walsh and Johnson; In re Yates*, [1925] 37 CLR 36
- Belgium, Commercial Court of Brussels (Ninth Chamber), 1988 (2 mai), *Lavi v. Asco and Others*, *I.L.R.* vol. 91, pp. 249-255
- Belgium, Court of Cassation (Second Chamber), 1980 (16 avr.), *Lo Yin Ling and Man Kin Ping*, *I.L.R.* vol. 82, pp. 104-106
- Benelux, Court of Justice, 1988 (20 déc.), The Netherlands, Council of State (Judicial Division), 1989 (1 juin), *MABK and Another v. Minister for Foreign Affairs*, *I.L.R.* vol. 99, pp. 38-43
- Brazil, Supreme Court, 1939 (27 sept.), *Feldman v. Justiça Publica*, *Annual Digest of Public International Law Cases* 1938-1940, Case No. 144
- Conseil constitutionnel français, 2021 (15 oct.), *Société Air France*, n° 2021-940 QPC

- England, Court of Appeal, 1962 (31 août), *Reg. v. Governor of Brixton Prison,* Ex parte *Soblen*, *I.L.R.* vol. 33, pp. 255-293
- England, Divisional Court, Queen's Bench Division, 1973 (9 oct.), Court of Appeal, 1974 (4 fév.), *R. v. Secretary of State for the Home Department*, *ex parte Thakrar*, *I.L.R.* vol. 59, pp. 450-471
- England, House of Lords, 2004 (9 déc.), *Regina (European Roma Rights Centre and Others) v. Immigration Officer at Prague Airport and Another (United Nations High Commissioner for Refugees Intervening)*, *I.L.R.* vol. 131, pp. 652-711
- Federal Republic of Germany, Federal Constitutional Court (BVerfG) (Second Chamber), 1996 (14 mai), *Asylum Legislation (Accelerated Airport Procedure) Constitutionality Case*, *I.L.R.* vol. 130, pp. 606-639
- Federal Republic of Germany, Federal Supreme Court (BGH), 1992 (3 nov.), *Border Guards Prosecution Case* (Case No 5 StR 370/92), *I.L.R.* vol. 100, pp. 366-393
- Federal Republic of Germany, Superior Provincial Court (Oberlandesgericht) of Düsseldorf, 1983 (31 mai), *Joint Customs Post Case*, *I.L.R.* vol. 86, pp. 526-532
- Federal Republic of Germany, Supreme Administrative Court (*Verwaltungsgerichtshof) of Baden-Württemberg*, 1971 (20 déc.), *Greek National Residence Permit Case*, *I.L.R.* vol. 72, pp. 570-573
- France, Conseil d'Etat, 1988 (19 fév.), *Société Robatel SLPI*, *I.L.R.* vol. 106, pp. 192-197
- Israel, Supreme Court sitting as High Court of Justice, 1952 (7 juil.), *I.L.R.* vol. 19 (1952), Case No. 125, pp. 587-591
- Italia, Naples Tribunal, 1976 (17 déc.), *Re Pulos and others*, *I.L.R.* vol. 77, pp. 587-592
- Jamaica, Court of Appeal, 1978 (26 mai), *R. v. Dakin and others*, *I.L.R.*, vol. 73, pp. 179-185
- Japan, Asahikawa District Court, 1954 (19 fév.), *Japan v. Kulikov*, *in The Japanese Annual of International Law*, vol. 1 (1957), pp. 66-71
- Japan, Tokyo District Court, 1988 (22 mars), *State of Japan v. Toshiba Machine Co. and others*, reproduit *in J.A.I.L.*, vol. 31 (1988), pp. 206-211
- Nepal, Supreme Court, 2012 (5 sept.), *Advocate Tulshi Simhkada v. The Constituent Assembly Parliament and others*, *Nepal Kanoon Patrika*, vol. 55, n° 1 (2013), pp. 69-74, chroniqué *in As.Y.I.L.*, vol. 18 (2012), pp. 212-213
- Netherlands, District Court of Arnhem, 1986 (15 sept.), *Public Prosecutor v. Melchemie Holland BV*, reproduit *in N.Y.I.L.*, vol. 19 (1988), p. 511
- Netherlands, Supreme Court, 1988 (9 déc.), *R.M. v. The State of the Netherlands*, reproduit *in N.Y.I.L.*, vol. 21 (1990), pp. 395-399
- Pays-Bas, Cour d'appel de La Haye, 12 février 2024, arrêt ECLI:NL:GHDHA:2024:191, chroniqué *in R.G.D.I.P.*, t. 128 (2024), pp. 917-919
- Philippines, Supreme Court, 1989 (15 sept.), *Marcos v. Manglapus* (177 SCRA 668), cité *in As.Y.I.L.*, « State practice – Philippines », pp. 281-282
- Poland, Supreme Court, Fifth Division, 1924 (17 déc.), *Poland (Republic of) v. Stanek*, *Annual Digest of Public International Law Cases* 1923-1924, Case No. 52
- South Africa, Supreme Court, Orange Free State Provincial Division, 1980 (7 mars), *Nkondo v. Minister of Police and Another*, *I.L.R.* vol. 82, pp. 358-375
- Spain, Constitutional Court, décision du 4 avril 2005 (CCD 72/2005), reproduite partiellement *in S.Y.I.L.*, vol. 11 (2005) pp. 292-298
- The Netherlands, Council of State (Judicial Division), 1983 (11 nov.*), MvdV v. Minister for Foreign Affairs*, *I.L.R.* vol. 101, pp. 406-409

- The Netherlands, Supreme Court, 1984 (24 jan.), Court of Appeal of the Hague, 1986 (29 mai), *Compania Naviera Panlieve SA v. Public Prosecutor*, *I.L.R.* vol. 101, pp. 409-418
- The Netherlands, Trade and Industry Appeals Tribunal, 1985 (17 mai), *Slebos Research BV v. Minister for Economic Affairs*, *I.L.R.* vol. 101, pp. 427-429
- United Kingdom, House of Lords, 2002 (31 oct.), *Regina (Saadi and Others) v. Secretary of State for the Home Department*, *I.L.R.* vol. 133, pp. 482-498
- United States, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1964 (20 fév.), *Worthy v. United States*, *I.L.R.* vol. 35, pp. 131-135
- United States, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1979 (16 jan.), *United States v. Cortes and Others*, *I.L.R.* vol. 91, pp. 486-492
- United States, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1979 (23 fév.), *United States v. Conroy and Others*, *I.L.R.* vol. 91, pp. 493-508
- United States, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1979 (23 fév.), *United States v. Conroy and Others*, *I.L.R.* vol. 91, pp. 493-508
- United States, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1980 (19 mars), *United States v. Monroy and Others*, *I.L.R.* vol. 91, pp. 539-542
- United States, Court of Appeals, Second Circuit, 1950, 1950 (25 jan.), *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, *Annual Digest of Public International Law Cases* 1948, Case No. 74, pp. 231-237
- United States, District Court, Connecticut, 1964 (20 fév.), Supreme Court, 1965 (3 mai), *Zemel v. Rusk, I.L.R.*, vol. 38, pp. 100-111
- United States, District Court, District of Kansas, 1980 (31 déc.), *Fernandez v. Wilkinson*, *I.L.R.* vol. 87, pp. 446-460
- United States, District Court, Eastern District, New York, 1977 (28 fév. et 26 mai), *Van Bokkelen and Rohr S.A. v. Grumman Aerospace Corporation*, *I.L.R.* vol. 66, pp. 311-316
- United States, Supreme Court, 1804, *Church v. Hubbart*, 6 U.S. 187 (1804)
- United States, Supreme Court, 1889 (13 mai), *Chae Chan Ping v. United States (The Chinese Exclusion Case)*, 130 U.S. 581 (1889)
- United States, Supreme Court, 1892 (18 janv.), *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892)
- United States, Supreme Court, 1893 (15 mai), *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893)
- United States, Supreme Court, 1953 (16 mars), *Shaughnessy v. United States Ex Rel. Mezei*, *I.L.R.* vol. 20 (1953), pp. 264-276
- United States, Supreme Court, 1958 (16 juin), *Kent et al. v. Dulles, Secretary of State*, *I.L.R.* vol. 26 (1958-II), pp. 131-145
- United States, Supreme Court, 1964 (22 juin), *Aptheker et al. v. The Secretary of State*, *I.L.R.* vol. 35, pp. 89-96
- United States, Supreme Court, 1993 (21 juin), *Sale and Others v. Haitian Centres Council Inc and Others* (United States, Supreme Court, 1993 (21 juin)), *I.L.R.*, vol. 95, pp. 576-610
- United States, United States District Court, D. Massachusetts, 1922 (18 sept.), *The Grace and Ruby*, *Annual Digest of Public International Law Cases* 1919-1922, Case No. 74, pp. 111-112
- Zimbabwe, Supreme Court, 1994 (13 juin), *Rattigan and Others v. Chief Immigration Officer, Zimbabwe and Others*, *I.L.R.* vol. 103, pp. 224-234

Index

Les numéros renvoient aux paragraphes.

I. Index thématique

A

ABUS DE DROIT : 107 ; 447

ACTIVITES DANGEREUSES :
dommages transfrontières résultant d'— : 385 ; 396 ; 413

AERONEF :
— en détresse : 256
destruction d'— : 194 ; 278
inspection de l'— : 439 ; 452 ; 456
V. DROIT AERIEN

AEROPORT : 117 ; 158 ; 163
V. Droit aérien

AGENCE INTERNATIONALE DE L'ENERGIE ATOMIQUE : 496 ; 587
V. Nucléaire

AIR :
V. DROIT AERIEN

ALTERITE : 2 ; 28-39 ; 211 ; 293 ; 627-630

ARBITRAIRE : 95-96 ; 100 ; 106 ; 128 ; 255 ; 316 ; 335 ; 355 ; 359 ; 441
notion d'— : 299-303
prohibition de l'— : 305-314

ARMES : 391 ; 397 ; 410 ; 419 ; 424 ; 434 ; 454 ; 457 ; 496 ; 545 ; 557 ; 559 ; 573 ; 585 ; 596 ; 606 ; 608 ; 612
trafic d'— : 397 ; 405 ; 419 ; 421 ; 454 ; 465 ; 475 ; 559 ; 577 ; 596-597 ; 608
non-prolifération : 410 ; 424 ; 435 ; 454 ; 465 ; 496 ; 577 ; 584-585 ; 587 ; 600 ; 608
V. Organisation pour l'interdiction des armes chimiques

ASILE : 257 ; 275
détention des demandeurs d'— : 322
droit de chercher — : 203 ; 446
examen de la demande d'— : 178 ; 361 ; 447-449 ; 452 ; 462-463
statut du réfugié : 342 ; 361 ; 434 ; 462-463 ; 517-520
vulnérabilité des demandeurs d'— : 277
V. Garanties procédurales, Non-refoulement

ASSISTANCE HUMANITAIRE : 130 ; 133 ; 254-255 ; 306-310 ; 317 ; 323 ; 334 ; 353 ; 462-463 ; 485 ; 521

AUTOLIMITATION (THEORIE DE L'—) : 103

AUTORISATION PREALABLE : 116 ; 121 ; 162 ; 239 ; 306 ; 498 ; 505 ; 612

B

BIEN COMMUN : 484 ; 545

BIENS CULTURELS :
V. Criminalité transnationale

BONNE FOI : 107 ; 300 ; 365

C

CAMPS : 274-275

CAPITAUX :
FLUX DE — ILLICITES : 397 ; 407 ; 427 ; 434 ; 587 ; 608
V. Droit des investissements

CATASTROPHE :
V. Assistance humanitaire

CIRCULATIONS :
V. Mouvement

COMMERCE : 9 ; 227 ; 230
— juridique : 584
V. Droit de commerce, Droit du commerce

COMMUNAUTE INTERNATIONALE : 329 ; 382 ; 484-485 ; 496 ; 545 ; 582

COMMUNICATIONS :
— interétatiques : 120-121 ; 524

COMPETENCE :
articulation des — : 160
— extraterritoriale : 140-164
— territoriale : 67
notion de — : 66

COMPLICITE : 179

CONFLIT ARME :
ligne de cessez-le-feu : 469-470 ; 475
V. Assistance humanitaire, Guerre, Paix et sécurité internationales

CONNAISSANCE : 401-407 ; 454-455 ; 596
V. Surveillance

CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS UNIES : 462-463 ; 466 ; 470 ; 472-473 ; 475 ; 515-522

CONSENTEMENT PREALABLE : 133 ; 397 ; 455-456 ; 465 ; 559

CONSERVATION (DROIT DE —) : 76-78 ; 226-230 ; 451

CONSIDERATIONS ELEMENTAIRES D'HUMANITE : 256 ; 278

CONTROLE :
efficacité du — : 450-457
moyens de — : 408-414 ; 456-457 ; 597
notion de — : 19 ; 24-26
privatisation du — : 169-174 ; 455
V. Connaissance, Obligation, Surveillance

COOPERATION : 156-165 ; 455 ; 593-601 ; 606

COURS D'EAU INTERNATIONAUX : 112 ; 115 ; 240

CRIMES INTERNATIONAUX :
prévention de — : 545 ; 566 ; 573 ; 612

CRIMINALITE TRANSNATIONALE : 9 ; 13 ; 470 ; 474 ; 600
trafic d'armes : 397 ; 405 ; 419 ; 421 ; 454 ; 465 ; 475 ; 559 ; 577 ; 596-597 ; 599
trafic d'êtres humains : 152 ; 397 ; 421 ; 454 ; 456-457 ; 577 ; 584 ; 596 ; 608 ; 612
trafic de biens culturels : 397 ; 419 ; 456-457 ; 465 ; 577-578 ; 608 ; 613
trafic de diamants : 419 ; 435 ; 588
trafic de matière radioactive : 434

trafic de ressources naturelles : 475
trafic de stupéfiants : 152 ; 165 ; 193 ; 329 ; 397 ; 410 ; 421 ; 456-457 ; 501 ; 577 ; 596-597 ; 599 ; 608
V. Capitaux, Kimberley (Processus de —), Terrorisme (lutte contre le —)

CYBERESPACE : 9 ; 13 ; 88 ; 183-184 ; 350 ; 362 ; 406 ; 410 ; 419 ; 490 ; 577 ; 600 ; 612

D

DECHETS :
— dangereux : 397 ; 419 ; 421 ; 454-457 ; 465 ; 505 ; 552 ; 557 ; 559 ; 583 ; 587 ; 615
trafic de — : 419

DELEGATION : 138 ; 168-180
— du contrôle migratoire : 170 ; 177-179
V. Imputation

DETENTION : 170 ; 193 ; 274-275 ; 300 ; 322 ; 335 ; 356 ; 361-362 ; 364 ; 366 ; 434 ; 448 ; 450

DETRESSE : 256

DETROITS : 509-514

DILIGENCE DUE : 385 ; 399-429

DIPLOMATIE :
V. Relations diplomatiques

DISCRIMINATION : 334-344
V. Droit international du commerce, Droits de l'homme

DOMAINE RESERVE : 109-124

DOMMAGES TRANSFRONTIERES :
V. Activités dangereuses

DOUANES : 435 ; 449-450 ; 452

DROIT AERIEN :
accès au territoire aérien : 117 ; 498
fermeture du territoire aérien : 451
sécurité aérienne : 608
territoire aérien : 87
violation du territoire aérien : 270
V. Aéronef, Drones, Zone d'identification de défense aérienne

DROIT AU RETOUR : 192 ; 196 ; 261-262 ; 302 ; 361 ; 364 ; 509

DROIT DE COMMERCE : 221 ; 230-231 ; 451 ; 602

DROIT DE LA MER : 82 ; 85-86
— et migrations : 146 ; 152 ; 165 ; 501
V. Détroits, Eaux archipélagiques, Eaux intérieures, Haute mer, Mer territoriale, Nature (protection de la —), Passage, Poursuite (droit de —), Sauvetage, Transit, Zone contiguë

DROIT DE LA SANTE : 297
V. Santé

DROIT DE QUITTER TOUT PAYS : 123 ; 196 ; 260 ; 324 ; 329 ; 335 ; 346 ; 350 ; 356 ; 361-362 ; 445 ; 448

DROIT DES INVESTISSEMENTS :
admission des capitaux : 112 ; 122
libre circulation de l'investisseur : 122

DROIT DU COMMERCE : 132 ; 295 ; 302
accord obstacles techniques au commerce : 295 ; 319 ; 323 ; 332 ; 365-366 ; 434
accord sanitaire et phytosanitaire : 327 ; 356 ; 362 ; 365-366 ; 434 ; 441-443
discrimination : 250 ; 335-336 ; 342
— et droits de l'homme : 330
— et santé : 327 ; 332 ; 342 ; 365 ; 441-443
— et sécurité : 128 ; 321 ; 323 ; 350-351
formalités douanières : 452
libre-échange : 248-250 ; 295
motifs légitimes : 318-319 ; 321 ; 323-324 ; 326-327 ; 329-330 ; 332

nécessité : 347 ; 351 ; 356 ; 358 ; 361-362 ; 364-367
restrictions quantitatives : 250
sauvegardes : 317 ; 326 ; 351 ; 361 ; 441
V. Commerce, Droit de commerce, Protectionnisme

DROIT HUMANITAIRE :
protection du — : 573 ; 578 ; 605-606 ; 612
V. Assistance humanitaire

DROIT INTERNATIONAL :
protection du — : 604-606

DROITS DE L'HOMME : 37 ; 296
dignité humaine : 254-255 ; 273 ; 339 ; 612
discrimination : 335-344
— et cyberespace : 183
— et droit du commerce : 330
motifs légitimes : 322-324 ; 326-327 ; 330
nécessité : 347 ; 350 ; 352 ; 356 ; 359 ; 361-362 ; 364-366
protection des — : 330 ; 578 ; 606 ; 612
V. Asile, Assistance humanitaire, Détention, Droit au retour, Droit de quitter tout pays, Enfants, Garanties procédurales, Intégrité (protection de l'—), Liberté de l'information, Migrations, Vie (droit à la —), Vulnérabilité

DRONES : 117 ; 405

DUE DILIGENCE :
V. Diligence due

E

EAUX ARCHIPELAGIQUES : 86 ; 510-514

EAUX INTERIEURES : 82 ; 116
accès au port : 110 ; 116 ; 256
blocage du port : 451
inspection dans le port : 454 ; 456 ; 465

ÉCONOMIE NATIONALE : 325-326 ; 342 ; 351

EMBARGO : 466 ; 470 ; 473 ; 587-588 ; 605

ÉMIGRATION :
V. Droit de quitter tout pays

EMPRISE : 2 ; 15-27

ENCLAVE :
V. Territoire

ENFANTS : 277 ; 322 ; 330 ; 361 ; 366

ENQUETE :
V. Inspection

ENVIRONNEMENT :
V. Nature (protection de la —)

ESCLAVAGE :
V. Criminalité transnationale

ÉTAT :
— archipel : 511-514
— défaillant : 414 ; 519 ; 599-600
— enclavé : 234 ; 297
— hôte : 244 ; 493-495
— sans littoral : 133 ; 239 ; 297 ; 311-313 ; 319

EXPULSION :
V. Migrations

EXTRATERRITORIALITE : 138 ; 140-166 ; 177 ; 526

F

FORCE (RECOURS A LA —) : 270 ; 278-279

FRONTIERE :
—-zone : 157-159
notion de — : 14 ; 22-25 ; 31 ; 38-39

G

GARANTIES PROCEDURALES : 446-449

GUERRE : 74-75 ; 323 ; 327

V. Assistance humanitaire

H

HAUT-COMMISSARIAT POUR LES REFUGIES : 462-463

HAUTE MER : 140 ; 151-154 ; 164-165 ; 526

I

IMMUNITES : 271

IMPERIUM :
V. Puissance

IMPUTATION : 168-180 ; 389-390
V. Délégation

INCURSIONS : 270 ; 419 ; 501

INSPECTION : 133 ; 496 ; 521
V. Aéronef, Eaux intérieures

INTEGRITE (PROTECTION DE L'—) : 276-277 ; 361 ; 524-540

INTERET :
collectif : 547 ; 561-615
individuel : 547 ; 552-554 ; 557-560

INVESTISSEMENT :
V. Droit des investissements

IUS COGENS : 606

IUS COMMUNICATIONIS : 218 ; 231

J

JURIDICTION : 187-203

K

KIMBERLEY (PROCESSUS DE —) : 419 ; 435 ; 588

L

LIBERTE D'EXPRESSION :
V. Liberté de l'information

LIBERTE DE L'INFORMATION : 184 ; 265-266 ; 324 ; 334 ; 350 ; 352 ; 612

LIBERTE INDIVIDUELLE :
V. Détention

LICENCE D'IMPORTATION/EXPORTATION : 132 ; 419 ; 559 ; 585 ; 587

LISTES : 465-466

M

MARGE D'APPRECIATION : 436

MAUVAIS TRAITEMENTS :
V. Intégrité (protection de l'—)

MER TERRITORIALE : 86 ; 498-507 ; 511

MERCENAIRES : 170 ; 397 ; 608

MIGRATIONS : 6 ; 9 ; 19 ; 112 ; 435 ; 471
afflux massif : 529
contrôle migratoire : 146 ; 152 ; 162-163 ; 165 ; 170 ; 177-179 ; 193 ; 427
discriminations : 339
expulsion : 447
— animales : 252
— et droit de la mer : 146 ; 152 ; 165 ; 501
— et économie : 326 ; 342
— et santé : 159 ; 327 ; 454 ; 457
— et sécurité **:** 323 ; 350
obligation de contrôle migratoire : 554
protection générale des — : 106 ; 123 ; 252
rejet des — : 50 ; 77 ; 230 ; 316 ; 433 ; 447
respect du contrôle migratoire d'un tiers : 329
zones d'accueil temporaire : 185
V. Asile, Camps, Criminalité transnationale, Détention, Délégation, Droit au retour, Droit de

quitter tout pays, Enfants, Intégrité (protection de l'—), Passeport, Regroupement familial, Sauvetage, Vie (droit à la —), Visa, Vulnérabilité

MINES ANTIPERSONNEL : 278
V. Armes

MONDIALISATION : 6-9 ; 19 ; 379 ; 576

MORALITE : 324 ; 330 ; 365 ; 367

MOTIVATION : 316-345
motif légitime (notion de —) : 318

MOUVEMENT : 2 ; 4-13

MURS : 19 ; 252 ; 279

N

NATURE (PROTECTION DE LA —) : 30 ; 37 ; 146 ; 365 ; 410 ; 550 ; 578 ; 587 ; 596-597 ; 600 ; 614-615
atmosphère : 133 ; 397 ; 419 ; 465 ; 564 ; 578 ; 582 ; 614-615
commerce d'espèces : 133 ; 397 ; 419 ; 421 ; 457 ; 615
diversité biologique : 397 ; 441 ; 443 ; 503 ; 597 ; 614-615
environnement marin : 397 ; 419 ; 500 ; 503 ; 507 ; 578 ; 587 ; 593 ; 597 ; 614-615
motif légitime : 331-332
V. Déchets, Pollution, Ressources

NAVIGATION :
liberté de — : 116
— aérienne : 112 ; 117 ; 439 ; 452 ; 456 ; 511
— fluviale : 112 ; 115 ; 240 ; 336
— internationale : 513-514
— maritime : 116 ; 498-507 ; 511-514
V. Passage

NAVIRE :
navigabilité du — : 419 ; 465 ; 615
— de guerre : 116 ; 151 ; 503 ; 505
— en détresse : 256
— porteur d'arme ou à propulsion nucléaires : 116 ; 503
— à propulsion nucléaire ou transportant des substances dangereuses : 116 ; 503 ; 505-506

NECESSITE : 279 ; 346-367

NON-REFOULEMENT : 179 ; 257 ; 448 ; 462 ; 524-540
pays tiers sûr : 530-532

NORME : 434

NOTIFICATION PREALABLE : 506

NUCLEAIRE : 434 ; 454 ; 456-457 ; 465 ; 496 ; 559 ; 577 ; 585
zones dénucléarisées : 557
V. Agence internationale de l'énergie atomique, Armes, Criminalité transnationale, Déchets, Navires, Pollution

O

OBLIGATION :
— de contrôle : 385-429 ; 544-615
— de moyen : 393-429
— de prévention : 545 ; 591
— *erga omnes* : 562-589
— intégrale : 568 ; 574
— interdépendante : 568
— positive : 612
V. Diligence due

ORDRE PUBLIC :
— interne : 324
— international : 385 ; 469-375 ; 515-522 ; 545

ORGANISATION INTERNATIONALE : 435
accès au siège d'une — : 244 ; 493-495

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE : 466 ; 596-597 ; 612
V. Pandémie, Santé

ORGANISATION MONDIALE DES DOUANES : 435 ; 452 ; 473

ORGANISATION POUR L'INTERDICTION DES ARMES CHIMIQUES : 496
V. Armes

P

PAIX ET SECURITE INTERNATIONALES : 329 ; 421 ; 466 ; 475 ; 515-522 ; 545 ; 550 ; 577 ; 587 ; 607-608
opérations de maintien de la — : 470 ; 473 ; 475 ; 519
V. Armes, Assistance humanitaire, Embargo, Guerre, Mercenaires, Terrorisme (lutte contre le —)

PANDEMIE : 327 ; 344 ; 421 ; 466 ; 509 ; 523 ; 550 ; 578 ; 596-597 ; 600
V. Organisation mondiale de la santé, Santé

PATRIMOINE COMMUN DE L'HUMANITE : 523

PASSAGE :
— archipélagique : 511-514
— en transit : 106 ; 114 ; 133 ; 238-239 ; 297 ; 311-313 ; 319 ; 511-514
— inoffensif : 226-227 ; 241 ; 317 ; 323 ; 498-507
V. Transit

PASSEPORT : 196 ; 260 ; 356 ; 454-456 ; 596

PENURIE : 326-327 ; 351

PERSONNES PRIVEES :
V. Contrôle

PEUPLES AUTOCHTONES :
libre passage des — : 252

POLLUTION :
lutte contre la — : 113 ; 332 ; 397 ; 419 ; 434 ; 454 ; 457 ; 465 ; 500 ; 503 ; 519 ; 578 ; 582 ; 584 ; 587 ; 593 ; 596-597 ; 600 ; 614-615
V. Déchets, Nature (protection de la —), Navire

PORT :
V. Eaux intérieures

POURSUITE (DROIT DE —) : 153-154

POUVOIR : 91
notion de — : 69-71
— absolu : 92-124
— discrétionnaire : 95-97 ; 126-131 ; 433
— exécutif : 419 ; 475
— judiciaire : 419
— lié : 383 ; 433 ; 486
— normatif : 419 ; 505-507

PRESENCE CONSTRUCTIVE : 154

PROPORTIONNALITE : 270 ; 359-367

PROTECTIONNISME : 19 ; 248 ; 250

PUISSANCE : 132
notion de — : 61-63
— et responsabilité : 167-203
— territoriale : 61

R

RAISONNABLE : 107 ; 315 ; 317 ; 422-429

REFUGIE :
V. Asile

REGROUPEMENT FAMILIAL : 263 ; 324 ; 326 ; 338 ; 344 ; 359 ; 361 ; 366 ; 448 ; 452

RELATIONS DIPLOMATIQUES : 120
accès au territoire de l'agent diplomatique : 96 ; 244
circulation des communications diplomatiques : 245 ; 271 ; 297 ; 490

RESPONSABILITE :
V. Complicité, Imputation

RESSOURCES :
accès aux — (phyto)génétiques : 252 ; 306 ; 524

protection des — naturelles : 327-332

RISQUE : 420-421 ; 452

S

SANTE : 146 ; 397 ; 419 ; 454-457 ; 466 ; 550 ; 578 ; 596-597 ; 600 ; 612
droit à la — : 612
— et commerce : 327 ; 332 ; 342 ; 365 ; 441-443
— et contrôle migratoire : 159 ; 327 ; 454 ; 457
V. Organisation mondiale de la santé, Pandémie

SAUVETAGE : 512

SCIENCE : 440-443

SECURITE : 73-77 ; 82 ; 85-87 ; 117 ; 146-148 ; 321 ; 323 ; 350-351 ; 353 ; 500 ;
— et commerce : 128 ; 321 ; 323 ; 350-351
— et contrôle migratoire : 323 ; 350
V. Paix et sécurité internationales

SIEGE :
V. Organisation internationale

SOCIABILITE NATURELLE : 213-221 ; 226

SOCIETE INTERHUMAINE : 216-224

SOUVERAINETE :
notion de — : 56-59
respect de la — du tiers : 405 ; 415 ; 427 ; 490 ; 547-560
— territoriale : 58 ; 385
V. Territoire

STUPEFIANTS :
V. Criminalité transnationale

SURVEILLANCE : 418 ; 454 ; 596
moyens de — : 405 ; 455
V. Connaissance

T

TECHNOLOGIE :
— de contrôle : 339 ; 405 ; 410 ; 448 ; 455-456 ; 596

TERRE : 81 ; 114

TERRITOIRE : 21 ; 38-39
application du droit au — : 182-186
communauté originelle des — : 222-224
dépassement du — : 13 ; 25-26
étendue du — : 79-87
— enclavé : 238 ; 297
— et souveraineté : 72-77
utilisation non-dommageable du — : 184 ; 547 ; 552-554 ; 614
V. Extraterritorialité, Frontière, Souveraineté, Utilisation non-dommageable du territoire

TERRORISME (LUTTE CONTRE LE —) : 329 ; 344 ; 350 ; 394 ; 397 ; 407 ; 419 ; 421 ; 427 ; 434 ; 454-456 ; 466 ; 470 ; 538 ; 577 ; 584 ; 587 ; 596-597 ; 608
V. Capitaux

TORTURE :
V. Intégrité (protection de l'—)

TRANSIT (LIBERTE DE —) : 106 ; 114 ;
— de l'État au territoire enclavé : 234 ; 297
— de l'État sans littoral : 133 ; 239 ; 297 ; 311-313 ; 319

U

UNION EUROPEENNE : 112 ; 176 ; 178-179 ; 202 ; 261 ; 277 ; 324 ; 330 ; 405 ; 421 ; 435 ; 442-443 ; 448 ; 490 ; 494 ; 500 ; 505 ; 532 ; 593
agence Frontex : 176 ; 470 ; 472-474 ; 596

UTILISATION NON-DOMMAGEABLE DU TERRITOIRE :
V. Territoire

V

VIE (DROIT A LA —) : 278-279 ; 524 ; 612

VISA : 162 ; 198-203 ; 446 ; 454-456 ; 494-496 ; 509 ; 526 ; 596

VULNERABILITE : 277 ; 361

Z

ZONE CONTIGUË : 143-144

ZONE D'IDENTIFICATION DE DEFENSE AERIENNE : 147-148

II. Index des États

Seules les occurrences où la pratique de l'État est en cause (et non son seul nom, comme dans un arrêt seulement cité pour la position de la juridiction) ont été relevées.

A

AFGHANISTAN : 239 ; 629

AFRIQUE DU SUD : 260 ; 323

ALBANIE : 193 ; 475

ALGERIE : 146 ; 353

ALLEMAGNE : 77 ; 122 ; 158 ; 160 ; 185 ; 260 ; 279 ; 326 ; 505 ; 512 ; 606

ANGOLA : 146

ARABIE SAOUDITE : 116 ; 158-159 ; 279 ; 339 ; 451 ; 490 ; 500 ; 512

ARMENIE : 255 ; 310 ; 599

AUSTRALIE : 114 ; 147 ; 178 ; 185 ; 248 ; 262 ; 271 ; 310 ; 322 ; 327 ; 361 ; 419 ; 424 ; 434 ; 490 ; 501 ; 505 ; 512 ; 532 ; 587

AUTRICHE : 270 ; 278 ; 310

AZERBAÏDJAN : 310

B

BAHAMAS : 500 ; 512

BAHREÏN : 451 ; 490 ; 512

BANGLADESH : 255 ; 274 ; 330 ; 419 ; 505

BARBADE : 500 ; 505

BELARUS : 495 ; 554

BELGIQUE : 159 ; 199-202 ; 505 ; 512 ; 612

BELIZE : 500

BENIN : 122

BOLIVIE : 239

BOSNIE-HERZEGOVINE : 475

BRESIL : 261 ; 344 ; 365

BULGARIE : 116 ; 255 ; 362 ; 500 ; 506 ; 512

BURUNDI : 122 ; 475

C

CAMEROUN : 362

CANADA : 112 ; 116 ; 122 ; 145 ; 240 ; 261 ; 278 ; 419 ; 442 ; 448 ; 455 ; 490 ; 500 ; 505 ; 507 ; 512 ; 587

CHILI : 307 ; 310

CHINE : 17 ; 19 ; 32 ; 88 ; 116 ; 146-148 ; 231 ; 245 ; 270-271 ; 310 ; 324 ; 353 ; 362 ; 410 ; 419 ; 421 ; 434 ; 454 ; 465 ; 505-506 ; 513 ; 577 ; 587

CHYPRE : 475 ; 500 ; 506-507

COLOMBIE : 122 ; 146 ; 307

CONGO (REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU —) : 421 ; 475

COREE DU NORD : 19 ; 362 ; 454

COREE DU SUD : 342 ; 367 ; 419 ; 500

COSTA RICA : 279 ; 505

COTE D'IVOIRE : 454 ; 475 ; 552 ; 588

CROATIE : 116 ; 196 ; 255 ; 310 ; 475 ; 500 ; 503

CUBA : 146 ; 194 ; 495 ; 512

D

DANEMARK : 116 ; 122 ; 154 ; 255 ; 310 ; 324 ; 344 ; 503

E

ÉGYPTE : 451 ; 505

EL SALVADOR : 423

ÉMIRATS ARABES UNIS : 451 ; 500 ; 512

ÉQUATEUR : 158-159 ; 255 ; 505

ÉRYTHREE : 475 ; 519

ESPAGNE : 116 ; 185-186 ; 193 ; 262 ; 271 ; 447 ; 511-512

ESTONIE : 255

ÉTATS-UNIS D'AMERIQUE : 50 ; 77 ; 112 ; 116 ; 122-123 ; 132 ; 143 ; 146-148 ; 151 ; 156 ; 163 ; 165 ; 185 ; 244 ; 256 ; 260-268 ; 278 ; 292 ; 310 ; 322 ; 332 ; 334 ; 339 ; 350 ; 361 ; 364 ; 419 ; 423 ; 447 ; 463 ; 490 ; 493-495 ; 500 ; 505 ; 507 ; 512 ; 526 ; 613

ÉTHIOPIE : 353 ; 475

F

FINLANDE : 255 ; 310 ; 505

FRANCE : 122 ; 154 ; 158-162 ; 171 ; 185 ; 193 ; 195 ; 199-201 ; 271 ; 275 ; 278 ; 406 ; 427 ; 442 ; 454 ; 463 ; 500 ; 505 ; 509 ; 511-513 ; 585 ; 587 ; 612

G

GAMBIE : 512 ; 552

GHANA : 122 ; 255

GRECE : 170 ; 255 ; 275 ; 278 ; 512

GUINEE : 599

GUINEE-BISSAU : 410 ; 421

GUYANA : 500 ; 505

H

HAÏTI : 116 ; 163 ; 165 ; 473 ; 475 ; 505

HONDURAS : 423 ; 500

HONGRIE : 239 ; 271 ; 275 ; 278 ; 364 ; 447 ; 511-512 ; 529

I

INDE : 122 ; 146 ; 270 ; 326 ; 353 ; 367 ; 512

INDONESIE : 255 ; 500-501 ; 506

IRAK : 511-513 ; 521

IRAN : 146 ; 173 ; 255 ; 427 ; 495 ; 500 ; 505 ; 507 ; 511-513

IRLANDE : 255 ; 310 ; 505

ISLANDE : 255-256 ; 310 ; 503 ; 512

ISRAËL : 122 ; 255 ; 262 ; 350 ; 469 ; 512 ; 605

ITALIE : 122-123 ; 146 ; 177-179 ; 193 ; 202 ; 275 ; 419 ; 490 ; 505 ; 612

J

JAMAÏQUE : 500-501 ; 506

JAPON : 19 ; 116 ; 147 ; 278 ; 419 ; 442 ; 454 ; 501 ; 503 ; 512 ; 587

JORDANIE : 490

K

KAZAKHSTAN : 352

KENYA : 512

KOSOVO : 475

KOWEÏT : 158 ; 490 ; 511

L

LESOTHO : 239 ; 319

LETTONIE : 158-160 ; 505

LIBAN : 485 ; 512

LIBERIA : 470 ; 475

LIBYE : 178-179 ; 279 ; 470 ; 474 ; 490

LITUANIE : 158-160 ; 503 ; 554

M

MADAGASCAR : 154 ; 419 ; 500 ; 506

MALAISIE : 419 ; 503 ; 505

MALDIVES : 116 ; 505

MALI : 239

MALTE : 310

MAROC : 122 ; 255

MAURICE : 122 ; 505

MAURITANIE : 512

MEXIQUE : 278

MONGOLIE : 239 ; 512 ; 557

MYANMAR : 146 ; 270 ; 500 ; 506

N

NAMIBIE : 599

NAURU : 178

NEPAL : 239 ; 419 ; 612

NICARAGUA : 146 ; 279 ; 405 ; 410 ; 423 ; 606 ; 612

NIGER : 353

NIGERIA : 271 ; 490

NORVEGE : 255 ; 310 ; 501 ; 512

NOUVELLE-ZELANDE : 116 ; 503

O

OMAN : 158-159

OUGANDA : 239

P

PAKISTAN : 270 ; 629

PALESTINE : 474

PAPOUASIE-NOUVELLE-GUINEE : 532

PAYS-BAS : 116 ; 145 ; 151 ; 154 ; 158 ; 160 ; 185 ; 271 ; 316 ; 324 ; 326 ; 329 ; 339 ; 344 ; 350 ; 361 ; 419 ; 490 ; 505 ; 512 ; 529 ; 585 ; 587 ; 612

PEROU : 158-160

PHILIPPINES : 261

POLOGNE : 158-159 ; 186 ; 500

PORTUGAL : 310 ; 361

Q

QATAR : 255 ; 451 ; 490 ; 500

R

REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE : 475

REPUBLIQUE DOMINICAINE : 279 ; 505

REPUBLIQUE TCHEQUE : 160 ; 163

ROUMANIE : 116 ; 146 ; 500 ; 505-506

ROYAUME-UNI : 116 ; 143 ; 147 ; 156 ; 158-160 ; 163 ; 178 ; 187 ; 269-270 ; 271 ; 310 ; 322 ; 344 ; 356 ; 406-407 ; 423 ; 434 ; 454-455 ; 465 ; 490 ; 494 ; 503 ; 505 ; 512 ; 587 ; 612

RUSSIE : 19 ; 116-117 ; 128 ; 192-193 ; 245 ; 260 ; 270 ; 278 ; 310 ; 334 ; 361 ; 407 ; 427 ; 493 ; 495 ; 500 ; 503 ; 512

RWANDA : 178 ; 255 ; 353

S

SAINT-VINCENT-ET-LES-GRENADINES : 599

SAO TOME-ET-PRINCIPE : 599

SERBIE : 475

SEYCHELLES : 500 ; 505

SIERRA LEONE : 475 ; 512

SINGAPOUR : 292 ; 512

SLOVAQUIE : 271

SLOVENIE : 116 ; 500

SOMALIE : 470 ; 600

SOUDAN : 310 ; 475 ; 519 ; 521

SOUDAN DU SUD : 475 ; 519

SUEDE : 122 ; 255 ; 310 ; 326 ; 505 ; 587

SUISSE : 158 ; 177 ; 245 ; 255 ; 261 ; 271 ; 339 ; 361 ; 447 ; 490 ; 528 ; 550 ; 585 ; 612

SYRIE : 146 ; 254 ; 310 ; 323 ; 334 ; 462-463 ; 469 ; 495 ; 505 ; 521

T

TAÏWAN : 147 ; 278 ; 419 ; 587 ; 612

THAÏLANDE : 270-271 ; 512

TIMOR ORIENTAL : 470 ; 475

TONGA : 512

TRINITE-ET-TOBAGO : 500

TUNISIE : 178

TURQUIE : 178 ; 184 ; 194 ; 254 ; 270 ; 278 ; 362 ; 475

U

UKRAINE : 116 ; 158-159 ; 327 ; 350 ; 407 ; 427

URUGUAY : 255 ; 506

V

VANUATU : 505

VENEZUELA : 116 ; 273 ; 495 ; 500 ; 506

Y

YEMEN : 323 ; 339 ; 490

Z

ZAMBIE : 239

ZIMBABWE : 263 ; 490

Table des matières

Introduction ***9***

I. Mouvement **12**
A. Le mouvement dans la vie des peuples 12
1. La force du mouvement dans la vie des peuples 12
2. La vivacité du mouvement contemporain dans la mondialisation 15
B. Le mouvement à travers le droit international contemporain 16
1. La promotion du mouvement par le droit international 16
2. Le retournement du mouvement contre le droit international 18

II. Emprise **20**
A. L'emprise du politique 21
1. La constance de l'emprise dans la vie des peuples 21
2. Le corollaire du contrôle de l'accès à l'espace 23
B. L'emprise en droit international 26
1. L'emprise territoriale au fondement de l'ordre interétatique 26
2. L'expression de l'emprise territoriale dans le contrôle des frontières 31

III. Contact **35**
A. L'altérité constitutive du sujet 36
1. Le sens de l'altérité pour le sujet 36
2. L'altérité du sujet de droit 42
B. L'altérité en droit international 44
1. La reconnaissance comme protection de la diversité de la société internationale 45
2. L'altérité de l'État et la dualité de l'espace territorial 47

Partie 1. La modération du contrôle des frontières par le droit international ***55***

Titre 1. Le fondement étatique du contrôle des frontières **57**
Chapitre 1. L'enracinement du contrôle dans la souveraineté territoriale 59
Section 1. L'identification du contrôle dans la souveraineté territoriale 60
§ 1. La nature de la souveraineté territoriale 60
A. Consistance de la souveraineté 60
1. La souveraineté comme liberté principielle 61
2. La souveraineté dans la liberté pratique 64
a) La médiation de la puissance étatique 65
b) La saisie de la puissance par le droit international 68
i) La compétence : possibilité du contrôle de la frontière 69
ii) Le pouvoir : exercice du contrôle de la frontière 72
B. Territorialité de la souveraineté 74
1. Le territoire dans l'état de guerre international 75
2. Le territoire dans la conservation de l'État 79
§ 2. Étendue de la souveraineté territoriale 82
A. Noyau dur de l'emprise 83
1. Le cœur terrestre 83
2. La lisière des eaux intérieures 83
B. Extension de l'emprise 84
1. L'emprise sur les éléments 85
a) L'emprise sur la mer 85
b) L'emprise sur l'air 88
2. L'emprise sur le cyberespace 89
Section 2. Conséquence de la souveraineté pour la réglementation du contrôle des frontières 91

§ 1. Le caractère absolu du pouvoir de contrôle en l'absence de droit....92
A. L'existence d'un pouvoir absolu de contrôle dans le domaine réservé....92
1. L'existence d'un pouvoir absolu en l'absence de droit....92
a) La notion de pouvoir absolu....92
b) Existence de l'État par et pour lui-même en droit international....96
i) La « souveraineté par le droit » contre l'idée de pouvoir absolu....96
ii) L'absence de lien juridique limitant l'État *a priori*....98
c) Insuffisance de la seule altérité de fait....104
2. Champ du pouvoir absolu : le « domaine réservé »....108
B. Le contenu du domaine réservé dans le contrôle des frontières....112
1. Domaine réservé à raison des espaces....114
a) Le plein contrôle à raison de la surface terrestre....114
b) Le plein contrôle à raison des eaux intérieures et de l'espace aérien....117
2. Domaine réservé à raison des flux....121
a) Le plein contrôle sur les communications interétatiques....122
b) Le plein contrôle sur les flux transnationaux....124
§ 2. La persistance du pouvoir étatique dans le droit....127
A. Le pouvoir discrétionnaire : liberté du contrôle dans le droit international....128
1. La liberté du pouvoir discrétionnaire....128
2. La banalité du pouvoir discrétionnaire de contrôle en droit international....131
B. Le pouvoir effectif : contrainte posée à la réglementation du contrôle....132
Conclusion du chapitre....135
Chapitre 2. Le déploiement du contrôle hors son cadre originel....137
Section 1. Le déploiement extraterritorial du contrôle de la frontière....138
§ 1. Le déploiement unilatéral du contrôle des frontières....138
A. La formation d'un espace extraterritorial de contrôle des frontières....139
1. L'espace institué de la zone contiguë....139
a) Le contrôle de la frontière dans la consécration de la zone contiguë....139
b) Le contrôle de la frontière dans le régime de la zone contiguë....141
2. L'espace allégué de la zone d'identification de défense aérienne....143
B. La possibilité d'opérations extraterritoriales de contrôle des frontières....145
1. L'interception, protection préventive du territoire....146
2. La poursuite, protection répressive du territoire....147
§ 2. Le déploiement par coopération du contrôle des frontières....150
A. La bilatéralisation du contrôle des frontières....150
1. L'extension du contrôle frontalier à raison de la « frontière-zone »....151
2. L'organisation des contrôles frontaliers par l'articulation des compétences....153
B. Le déploiement unilatéral par accord du contrôle des frontières....155
1. Le dépassement de la limite spatiale....155
2. Le dépassement de la limite personnelle....156
Section 2. Le corollaire de la responsabilité attachée à la puissance déployée....157
§ 1. L'imputation du contrôle de la frontière à raison de la puissance déléguée....158
A. L'imputation du contrôle opéré à travers des personnes privées....159
1. La privatisation du contrôle des frontières....159
2. L'imputation du contrôle frontalier à raison de la puissance publique déléguée aux personnes privées....161
B. L'imputation du contrôle opéré à travers des agents publics tiers....164
1. L'imputation du contrôle frontalier à raison de la puissance exercée sur les agents publics tiers....164
2. L'imputation du fait de la délégation et de l'aide au contrôle frontalier....166
§ 2. L'opposabilité du droit international au contrôle frontalier à raison de l'espace....168
A. L'opposabilité du droit international au contrôle frontalier à raison de l'ensemble du territoire....169

1. L'opposabilité du droit international au contrôle frontalier à raison de tous les éléments du territoire....169
2. L'opposabilité du droit international au contrôle frontalier nonobstant les fictions de droit interne sur le territoire....171
B. L'opposabilité du droit international au contrôle frontalier en dehors du territoire....172
1. L'opposabilité des droits de l'homme à la puissance de contrôle exercée sur un droit....175
a) La généralité de l'emprise matérielle exercée par la puissance de contrôle....176
b) Spécificité de l'emprise immatérielle....178
2. L'inopposabilité des droits de l'homme au contrôle par simple contact....180
a) La défense de l'opposabilité des droits de l'homme au contrôle frontalier en vertu de la seule capacité de protéger l'individu....180
b) Le maintien du critère de l'emprise et l'inopposabilité au contrôle par simple contact 181
Conclusion du chapitre....185
Conclusion du titre....187

Titre 2. L'opposition du tiers au contrôle des frontières....189
Chapitre 1. La consistance des intérêts opposés au contrôle des frontières....191
Section 1. Une tendance séculaire : la protection du mouvement chez les fondateurs du droit international....192
§ 1. L'établissement de la protection de la libre circulation....193
A. Le mouvement de la sociabilité naturelle....194
B. La communauté originelle des territoires....199
§ 2. L'inopérance de la protection de la libre circulation....201
A. La soumission de la circulation à la conservation de l'État territorial....202
B. L'irréductibilité de la tension entre circulation et souveraineté....204
Section 2. Un faisceau contemporain : les intérêts protégés du mouvement en droit positif....209
§ 1. La protection du mouvement face au contrôle frontalier....210
A. La protection du commerce mutuel interétatique à travers les frontières....211
1. La protection des rapports internationaux....211
a) La protection de l'accès aux rapports internationaux....211
i) La protection de l'accès à l'extérieur du territoire....211
ii) La protection de l'accès à des voies de circulation....214
b) La protection du développement des rapports internationaux....216
2. La protection de la circulation des marchandises....220
a) L'opposition à la frontière par l'idéologie libre-échangiste....220
b) La limitation du contrôle frontalier dans le système commercial multilatéral....222
B. La protection du développement de l'être humain à travers les frontières....223
1. La protection des voies de survie de l'être humain....226
a) L'opposition au contrôle frontalier pour l'assistance humanitaire....226
b) L'opposition au contrôle frontalier pour l'accueil de l'être humain....229
2. La protection des voies d'épanouissement de l'être humain....230
a) La protection de l'individu circulant....231
i) L'opposition du droit de quitter tout pays et du droit de retourner dans le sien....231
ii) L'opposition de l'intérêt au regroupement familial....237
b) La protection de l'individu pensant....239
§ 2. La protection du contenu du mouvement face au contrôle frontalier....242
A. La protection de l'État tiers visé par le contrôle frontalier....242
1. L'encadrement du contrôle frontalier ayant recours à la force....242
2. La protection des immunités et inviolabilités face au contrôle frontalier....243
B. La protection de l'être humain saisi par le contrôle frontalier....245
1. La protection de la liberté de l'individu saisi par le contrôle frontalier....246
2. La protection de l'intégrité de l'individu saisi par le contrôle frontalier....248

3. La protection de la vie de l'individu saisi par le contrôle frontalier 251
Conclusion du chapitre 257
Chapitre 2. L'articulation des intérêts opposés dans le contrôle des frontières 259
Section 1. L'articulation du contrôle frontalier exigée par la prohibition de l'arbitraire 261
§ 1. La notion d'arbitraire, négatif de l'équilibre des intérêts dans le contrôle frontalier 261
A. La recherche d'un équilibre par la réglementation du contrôle frontalier 261
1. Une recherche inhérente à la relation juridique du contrôle frontalier 261
2. Une recherche exprimée par la réglementation du contrôle frontalier 263
B. L'arbitraire en négatif de l'équilibre de la réglementation du contrôle frontalier 266
1. La définition de l'arbitraire en négatif de la réglementation du contrôle frontalier 266
2. La qualification évolutive de l'arbitraire selon l'état de la réglementation du contrôle frontalier 268
§ 2. La prohibition de l'arbitraire, expression de l'équilibre entre intérêts dans le contrôle frontalier 270
A. La prohibition du refus arbitraire du passage de l'assistance humanitaire 270
1. La prohibition du refus arbitraire dans la structure du régime 271
2. La prohibition du refus arbitraire dans la formulation du régime 272
B. La prohibition du refus arbitraire de conclusion d'un accord de passage pour l'accès à la mer 275
Section 2. L'articulation du contrôle frontalier opérée contre les éléments de l'arbitraire 277
§ 1. L'exigence de motivation du contrôle frontalier 279
A. La justification du contrôle frontalier par les motifs légitimes 280
1. La justification du contrôle frontalier par les intérêts reconnus de l'État 282
a) Le contrôle frontalier justifié par les intérêts de l'État-gendarme 282
b) Le contrôle frontalier justifié par les intérêts de l'État-providence 288
2. La justification du contrôle frontalier par les intérêts internationaux protégés par l'État 292
a) La motivation du contrôle frontalier par la protection des droits de l'homme 293
b) La justification du contrôle frontalier par la protection de la nature 294
B. La disqualification du contrôle frontalier par les motifs condamnés 295
1. La disqualification du contrôle frontalier par l'interdiction de la discrimination 297
a) L'interdiction de la discrimination liée aux droits de circulation 298
b) L'interdiction de la discrimination autonome à raison de certains critères 300
2. La disqualification du contrôle frontalier par l'identification de la discrimination 302
a) La différence du contrôle frontalier à raison de situations similaires 303
b) L'absence de justification du contrôle frontalier distinguant les situations similaires305
§ 2. L'exigence de mesure du contrôle frontalier par la nécessité 307
A. La nécessité du contrôle frontalier en réponse à une menace 309
1. L'existence d'une menace fondant le contrôle frontalier 309
a) L'identification de la situation constitutive de la menace 310
b) L'innocuité du flux exclusive de la menace 312
2. L'aptitude du contrôle frontalier à répondre à la menace 314
B. La nécessité du contrôle frontalier à mesure de la menace 315
1. La mesure du contrôle frontalier au vu de l'atteinte subie par les intérêts tiers 317
a) Le degré de l'atteinte subie par les intérêts tiers 317
b) La portée de l'atteinte subie par les intérêts tiers 320
2. La mesure du contrôle frontalier au vu de la protection du territoire opérée 321
a) La détermination de l'atteinte risquée à raison du territoire 321
b) La mesure du contrôle frontalier au vu des mesures alternatives 325
Conclusion du chapitre 329
Conclusion du titre 331
Conclusion de la première partie 333

Partie 2. La détermination du contrôle des frontières par le droit international 335

Titre 1. La détermination du contrôle dans son opération 339

Chapitre 1. L'obligation d'opérer le contrôle frontalier 341

Section 1. Les modalités internes de l'obligation de contrôle de la frontière 342

§ 1. L'obligation de contrôle de la frontière à raison du comportement étatique 343

A. La responsabilité de l'État territorial à raison de son contrôle frontalier 343

B. La conséquence pratique de l'obligation sur les objets du contrôle frontalier 345

§ 2. L'obligation de contrôle de la frontière comme obligation de moyen 346

A. La raison d'être de la nature « de moyen » de l'obligation de contrôle frontalier 346

B. Le mode d'être de l'obligation de moyen déterminant le contrôle frontalier 348

Section 2. L'évaluation du respect de l'obligation de contrôle de la frontière 351

§ 1. Les ressources du contrôle frontalier diligent 352

A. La connaissance, condition de l'opération de contrôle frontalier 353

1. La difficulté de l'établissement de la connaissance de l'État dans l'opération de contrôle 353

2. La construction de la connaissance de l'État dans l'opération de contrôle 354

B. Les moyens, limite de l'opération du contrôle frontalier 357

1. La variation de l'évaluation selon les moyens du contrôle frontalier 358

2. La recherche d'une constance des moyens du contrôle frontalier 359

§ 2. La réalisation du contrôle frontalier diligent 362

A. La réalisation du contrôle frontalier diligent par l'effort 362

1. La réalisation de l'effort de contrôle frontalier à travers les pouvoirs de l'État 363

2. La variation de l'effort de contrôle frontalier au regard du danger du flux 365

B. La réalisation du contrôle frontalier diligent à l'aune du raisonnable 367

1. L'existence du critère du raisonnable pour le contrôle frontalier diligent 367

2. La mesure du critère du raisonnable pour le contrôle frontalier diligent 370

Conclusion du chapitre 375

Chapitre 2. L'harmonisation des opérations de contrôles frontaliers 377

Section 1. L'harmonisation des contrôles frontaliers étatiques par le guide 382

§ 1. Le guide du contrôle frontalier quant à l'appréciation du flux 382

A. L'appréciation du flux selon la raison scientifique 383

1. Le contrôle guidé par l'exigence d'objectivité scientifique 383

2. Le contrôle guidé par l'imposition d'une méthode scientifique 385

B. L'appréciation du flux selon la raison juridique 387

1. L'exigence de rationalité juridique posée au contrôle frontalier 387

2. Les exigences de la rationalité juridique posées au contrôle frontalier 389

§ 2. Le guide du contrôle frontalier quant à son exécution 392

A. La limitation de l'entrave du contrôle frontalier 392

B. La garantie de l'effectivité du contrôle frontalier 395

1. La précision de la connaissance exigée du contrôle frontalier 395

2. La précision des moyens exigés du contrôle frontalier 398

Section 2. L'harmonisation des contrôles frontaliers étatiques par la substitution 401

§ 1. La substitution de l'appréciation internationale à celle du contrôle frontalier étatique 402

A. L'appréciation internationale du flux protégé 402

B. L'appréciation internationale du flux exclu 404

§ 2. La substitution de l'exécution internationale à celle du contrôle frontalier étatique 408

A. Le motif de l'exécution internationale du contrôle frontalier 408

B. Le mandat de l'exécution internationale du contrôle frontalier 410

1. La surveillance internationale du contrôle frontalier opéré par l'État 410

2. L'action internationale dans le contrôle frontalier opéré par l'État 411

Conclusion du chapitre 415

Conclusion du titre 417

Titre 2. La détermination du contrôle par son objet 419
Chapitre 1. L'imposition de circulations au contrôle frontalier 421
Section 1. L'imposition du mouvement au contrôle frontalier soumise à l'intégrité du régime 422
§ 1. L'imposition du mouvement à raison de l'objet du flux 422
A. L'imposition du mouvement nécessaire au respect de la souveraineté de l'État tiers 423
B. L'imposition du mouvement nécessaire à la coopération internationale 425
1. L'imposition du mouvement pour l'accès au siège de l'organisation internationale 425
2. L'imposition du mouvement pour l'inspection du respect du droit international 429
§ 2. L'imposition du mouvement à raison de l'espace territorial 432
A. L'innocuité constitutive de l'imposition du passage 432
1. La précision de l'innocuité du passage par une liste close 433
2. La limitation de la nocivité du passage à l'activité du navire 436
B. La soustraction du passage à l'emprise territoriale 438
1. L'illicéité de la soumission du passage inoffensif à l'emprise territoriale 438
2. L'illicéité de la soumission de l'innocuité du passage à la réglementation étatique 441
Section 2. L'imposition absolue du mouvement au contrôle frontalier 443
§ 1. La voie de la circulation de la communauté internationale 444
A. L'imposition de la navigation par un droit de passage non-suspensible 444
B. L'imposition de la navigation à raison de l'internationalité de l'espace 446
§ 2. La voie de l'ordre public de la communauté internationale 448
A. L'imposition absolue permise par les pouvoirs du Conseil de sécurité protecteur de l'ordre public 448
B. Les flux pacificateurs imposés par le pouvoir du Conseil de sécurité en faveur de l'ordre public 450
1. L'imposition du flux principal de l'opération de force 450
2. L'imposition des flux auxiliaires de l'aide et du contrôle 452
§ 3. La voie de l'humanité dans la communauté internationale 453
A. L'imposition absolue dérivée de l'obligation de non-refoulement 454
1. L'implication de l'accès au territoire-refuge 455
2. L'absence de limite à l'obligation de non-refoulement 456
a) Le maintien de l'obligation en cas d'afflux massif 457
b) Le renvoi vers un « pays tiers sûr » comme seule alternative 459
B. L'être humain couvert par l'imposition dérivée du non-refoulement 461
1. L'imposition de l'accès du réfugié à un territoire 461
a) L'identification du réfugié 461
b) La limite à la garantie de l'accès au territoire 463
2. L'imposition de l'accès de l'être humain en danger à un territoire 464
Conclusion du chapitre 465
Chapitre 2. L'interdiction de circulations à travers le contrôle frontalier 467
Section 1. L'interdiction du mouvement en protection d'intérêts individuels 468
§ 1. Le contrôle frontalier protecteur des intérêts légitimes de l'État tiers 469
A. L'individualité des intérêts protégés par le contrôle frontalier 470
B. La consistance des intérêts protégés par le contrôle frontalier 471
§ 2. Le contrôle frontalier obligé à l'égard de l'État tiers 474
A. L'opposabilité de l'obligation de contrôle frontalier à raison d'un lien bilatéral 474
B. La détermination de la décision de contrôle frontalier par la position de l'État de destination 476
Section 2. L'interdiction du mouvement en protection d'intérêts collectifs 478
§ 1. La forme de l'obligation de contrôle frontalier au vu de son objet collectif 479
A. L'identification du caractère erga omnes de l'obligation de contrôle frontalier au vu de son objet collectif 480
1. Le critère de la nature de l'intérêt protégé par le contrôle frontalier 480

a) La nature de l'intérêt protégé, fondement du caractère erga omnes de l'obligation de contrôle 481
b) La nature de l'intérêt protégé, variation de la modalité de l'obligation erga omnes de contrôle 483
2. La détermination de la nature de l'intérêt protégé par le contrôle frontalier 484
a) La détermination de la nature de l'intérêt protégé par son rapport au groupe 484
b) La détermination de la nature de l'intérêt protégé dans la vie internationale 488
B. L'opérabilité du caractère erga omnes de l'obligation de contrôle frontalier en vue de son objet collectif 493
1. L'opposabilité de l'obligation de contrôle frontalier à raison d'un lien multilatéral 493
2. La détermination de la décision de contrôle frontalier par l'ensemble du groupe 495
a) La détermination collective du contrôle frontalier à raison de l'objet du flux 496
b) La détermination collective du contrôle frontalier à raison de l'itinéraire du flux 498
§ 2. La consistance de l'objet collectif de l'obligation de contrôle frontalier 502
A. La promotion de la protection de l'ordre public international par la coopération des contrôles frontaliers 504
1. Le développement des ressources des contrôles frontaliers 505
a) Le développement de la connaissance des contrôles frontaliers par l'échange d'informations 505
b) Le développement des moyens des contrôles frontaliers par l'assistance technique et opérationnelle 507
2. Le soutien au contrôle frontalier déficient 508
B. Les composantes de l'ordre public international protégé par le contrôle frontalier 510
1. La poursuite de l'ordre public comme fin par le contrôle frontalier 511
a) La protection de la légalité internationale par le contrôle frontalier 511
b) La protection de la paix et de la sécurité internationales par le contrôle frontalier 514
2. La poursuite de l'ordre public comme moyen par le contrôle frontalier 516
a) La protection de l'être humain par le contrôle frontalier 517
b) La protection du vivant par le contrôle frontalier 521
Conclusion du chapitre 527
Conclusion du titre 529
Conclusion de la seconde partie 531
Conclusion de l'étude 533
Bibliographie 539
Index 615
I. Index thématique 615
II. Index des États 625
Table des matières 629