

LES JUGES NATIONAUX ET LA COUR EDH COMME « JUGES INTERNES » POUR LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXCEPTION NAMIBIE DE LA CIJ : ENTRE INDIFFÉRENCE ET RÉVÉRENCE

Stefano D'ALOIA

Chercheur-doctorant au Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international, Université libre de Bruxelles¹

Les conséquences d'une violation grave d'une norme impérative de droit international ne peuvent pas être reconnues comme licites. Il s'agit là d'une obligation coutumière, reconnue comme telle par les travaux de la Commission du droit international concernant les Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Cette obligation se base sur une large pratique gouvernementale et judiciaire², et le dernier rapporteur spécial de la Commission du droit international sur ce projet, M. James CRAWFORD, affirmait par ailleurs que cette obligation de non-reconnaissance « [reflétait] déjà le droit international général » au moment de sa codification³. Cette obligation est fondée sur le principe *ex injuria jus non oritur*, en vertu duquel le droit ne peut pas naître d'une situation illicite, et dont l'objectif est d'éviter l'entérinement du fait accompli⁴. Les exemples d'affirmation et de mise en œuvre de cette obligation ne manquent donc pas, tant dans la pratique⁵ que dans la doctrine⁶. Sa portée n'est cependant pas absolue. Il est ainsi admis qu'on puisse reconnaître certaines conséquences d'une violation grave d'une norme impérative du droit international, malgré l'existence de l'obligation coutumière de

¹ Le matériau présenté dans ce document a déjà été exploité à l'occasion d'un travail plus vaste inédit, intitulé « Quels sont les actes accomplis par une entité établie en violation grave d'une règle impérative de droit international général dont les juges nationaux reconnaissent la validité ? » (143 p.) et présenté en septembre 2022 dans le cadre du parcours doctoral. Certaines analyses ponctuelles et descriptions des décisions judiciaires mentionnées dans les lignes qui suivent en sont directement tirées.

² COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, pp. 61 - 393, commentaire de l'article 41, §§ 6-10, pp. 309-312.

³ J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite [sic] : Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, p. 45.

⁴ Sur les différentes fonctions possibles de la reconnaissance, v. É. WYLER, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État : une approche épistémologique du droit international*, Collection de droit international, n° 75, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 198-201 ; sur le principe *ex injuria jus non oritur*, v. A. LAGERWALL, *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international*, Collection de droit international, n° 81, Bruxelles, Bruylant, 2016.

⁵ On peut citer parmi des exemples fameux le Conseil de sécurité des Nations Unies qui condamne le 11 mai 1984 « le prétendu échange d'ambassadeurs » ayant eu lieu entre la République turque de Chypre-Nord et la Turquie (résolution 550 (1984)), ou l'Assemblée générale des Nations Unies qui demande « à tous les États [...] de ne reconnaître aucune modification par la Fédération de Russie du statut de tout ou partie des régions ukrainiennes de Donetsk, de Kherson, de Louhansk et de Zaporijia et de s'abstenir de tout acte ou contact susceptible d'être interprété comme valant reconnaissance d'une telle modification de statut » (résolution ES-11/4, § 3, 12 octobre 2022).

⁶ A. LAGERWALL, « Is the Duty Not to Recognise "States" Created Unlawfully Challenged by States' Practice and ECHR Case Law ? », in W. CZAPLIŃSKI et A. KLECZKOWSKA (éds.), *Unrecognised Subjects in International Law*, Varsovie, Scholar Publishing House Limited, 2019, p. 258 ; J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, 2e éd., Oxford / New York, Clarendon Press / Oxford University Press, 2006, p. 160 ; C. MAIA, « Les critères de l'obligation de non-reconnaissance du statut d'État à des entités contestées », in T. GARCIA (éd.), *La reconnaissance du statut d'État à des entités contestées : approches de droits international, régional et interne*, Paris, Pedone, 2018, pp. 45 - 60 ; J. DUGARD, *The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo*, La Haye, Académie de droit international, 2013, pp. 81-85.

non-reconnaissance⁷. La doctrine utilise généralement l'expression d'«exception Namibie» pour parler de cette possibilité. Cette expression fait référence à un avis de 1971 de la Cour Internationale de Justice (CIJ) sur les conséquences juridiques de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie malgré une résolution contraire du Conseil de sécurité des Nations Unies (d'où son nom). D'après la CIJ, l'obligation de non-reconnaissance « ne devrait pas avoir pour conséquence de priver le peuple namibien des avantages qu'il peut tirer de la coopération internationale (...). [La nullité qui découle de l'obligation de non-reconnaissance] ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire »⁸ en question.

La possibilité de reconnaître des effets juridiques à certaines conséquences attachées à une violation grave d'une norme impérative de droit international était en réalité déjà présente dans des décisions de juges nationaux et se manifestait également dans des pratiques gouvernementales avant sa consécration par la CIJ dans son avis précité de 1971. Reste à voir comment les juges internes ont été influencés par cette formulation adoptée par la CIJ, et inversement. En amont, il est assez aisé, nous semble-t-il, de montrer l'influence d'une jurisprudence états-unienne bien précise sur la formulation finalement retenue par la CIJ (I.). En aval, on peut s'interroger sur la manière dont les juges internes ont repris, ou non, cette formulation désormais consacrée dans un dictum de la CIJ (II.). S'ils y font référence, est-ce plutôt pour suivre la position exprimée par la CIJ ou pour s'en affranchir ? Nous proposons d'analyser deux catégories de « juges internes » : dans la première figurent les juges nationaux et dans la seconde la Cour européenne des droits l'Homme (Cour EDH), envisagée comme le juge interne de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe. À partir d'un corpus de décisions, il sera possible de dégager certaines lignes directrices éclairant les interactions entre juge international et juge interne. Ainsi, si les juges nationaux semblent plutôt réticents à faire référence à la formulation employée par la CIJ, la Cour EDH, elle, ne s'en prive pas et ce dès les premières affaires dans lesquelles elle a dû se prononcer sur une situation née en violation grave d'une norme de *jus cogens*.

I. — EN AMONT, L'INFLUENCE ÉTATS-UNIENNE DANS LA FORMULATION DE L'« EXCEPTION NAMIBIE »

Il nous semble possible d'établir la genèse de la formulation retenue par la Cour Internationale de Justice, et particulièrement le triptyque qu'elle mentionne concernant les actes de naissance, mariage ou décès. Repartons du paragraphe-clé de l'avis consultatif de la CIJ de 1971. Il s'agissait pour la Cour de se prononcer sur les

⁷ V, *e.a.*, A. BERKES, *International Human Rights Law Beyond State Territorial Control*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, n° 156, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 108 ; E. BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 308 ; L. LOUCAIDES, « Is the European Court of Human Rights Still a Principled Court of Human Rights After the Demopoulos Case ? », *Leiden Journal of International Law*, 2011, n° 24, p. 439.

⁸ CIJ, *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*, 21 juin 1971, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, § 125.

conséquences juridiques pour les États tiers de la présence de l’Afrique du Sud en Namibie, malgré l’existence d’une résolution du Conseil de sécurité qui retirait à l’Afrique du Sud son pouvoir d’administration sur la Namibie et qui lui intimait d’en quitter le territoire. La Cour est d’avis que les États tiers sont tenus de ne pas reconnaître l’autorité de l’Afrique du Sud sur la Namibie. Ainsi, ils ne devraient pas conclure de traité international avec l’Afrique du Sud qui porterait sur le territoire de la Namibie, ni accréditer des agents diplomatiques auprès de l’Afrique du Sud qui seraient également compétents pour la Namibie, et ils devraient également rappeler leurs agents consulaires qui se trouvent en Namibie⁹. La Cour tempère cependant son analyse juridique dans le paragraphe 125 : « [d]’une manière générale, la non-reconnaissance de l’administration sud-africaine dans le territoire ne devrait pas avoir pour conséquence de priver le peuple namibien des avantages qu’il peut tirer de la coopération internationale. En particulier, alors que les mesures prises officiellement par le Gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne après la cessation du mandat sont illégales ou nulles, cette nullité ne saurait s’étendre à *des actes, comme l’inscription des naissances, mariages ou décès à l’état civil*, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu’au détriment des habitants du territoire »¹⁰.

L’énumération que nous avons soulignée — naissances-mariage-décès — constitue un triptyque qui nous sera utile dans la démonstration qui suit. Sa portée ne doit pas être exagérée : il a, dans le chef de la CIJ, valeur d’exemple et non pas une portée normative quelconque. Nous allons cependant utiliser ce triptyque comme une sorte d’empreinte laissée par des influences réciproques. En amont, ce triptyque nous permettra de remonter aux des décisions nationales qui ont influencé la CIJ dans le choix de la formulation qu’elle a retenue. En aval, ce même triptyque nous aidera à déceler l’influence de l’avis consultatif de la CIJ de 1971 sur des décisions postérieures de juges nationaux. En s’intéressant aux mémoires écrits soumis par les différents intervenants lors de la procédure consultative devant la CIJ et aux verbatims des plaidoiries, on se rend compte que ce triptyque n’apparaît qu’à une seule occasion. Il est donc assez tentant, et logique, nous semble-t-il, de penser que les juges de la CIJ ont repris cette mention du mémoire écrit déposé par un État et l’ont intégrée dans le texte de leur avis consultatif. Le triptyque apparaît ainsi sous la plume des États-Unis d’Amérique, qui considèrent dans leur mémoire écrit que « *[in] determining whether or not to give effect within their own territories to particular acts of administration performed in Namibia by the illegal occupant, States should examine a particular act in light of the interest of the inhabitant or inhabitants of Namibia with respect to whom it was taken. [...] by way of illustration,*

⁹ CIJ, *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*, 21 juin 1971, *op. cit.*, §§ 122-124.

¹⁰ *Ibid.*, § 125. Ce qui donne dans la version anglaise : « *In general, the non-recognition of South Africa’s administration of the Territory should not result in depriving the people of Namibia of any advantages derived from international cooperation. In particular, while official acts performed by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid, this invalidity cannot be extended to those acts, such as, for instance, the registration of births, deaths and marriages, the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the Territory* ». Nous soulignons dans les deux versions.

it would seem that municipal courts should generally be permitted to admit into evidence birth, marriage or death certificates issues by South Africa in Namibia on the same basis as documents emanating from other territorial authorities despite the unlawful character of South Africa's occupation »¹¹.

Il ressort de cet extrait que les États-Unis d'Amérique font une référence particulière à des documents que les tribunaux nationaux seraient habilités à admettre comme preuves produites devant eux. Nous pouvons raisonnablement supposer que les États-Unis d'Amérique font ici allusion à des cas qui se sont déjà présentés devant leurs propres tribunaux internes. En poursuivant la recherche en ce sens, nous retrouvons effectivement des décisions de juges états-uniens qui font usage du triptyque qui sera repris quelques années plus tard par la CIJ dans son avis consultatif. Il s'agit en l'occurrence de plusieurs décisions rendues par des tribunaux du nord-est des États-Unis d'Amérique dans des affaires ayant en commun le même contexte factuel et juridique. Nous pouvons ainsi remonter au moins à une décision rendue en 1963, soit huit années avant l'avis consultatif de la CIJ, par un tribunal new-yorkais. L'affaire *Luberg's Estate*¹² portait sur la reconnaissance par le juge états-unien d'un mandat de représentation constitué dans le cadre d'une succession. En l'espèce, une personne était décédée en septembre 1956 aux États-Unis, laissant comme héritières ses sœurs qui résidaient en Estonie. Ces deux sœurs avaient mandaté quelqu'un pour les représenter dans la succession ouverte aux États-Unis. Ce mandat prenait la forme d'un document officiel rédigé par un notaire à Tallinn, dans lequel les sœurs désignaient un cabinet d'avocats new-yorkais comme représentant. Ce document était ensuite visé par les autorités soviétiques en Estonie. Anticipant les difficultés que soulèverait un tel document, étant donné que les États-Unis ne reconnaissaient pas l'annexion des États baltes par l'URSS, les sœurs du *de cuius* avaient établi un autre document selon les mêmes modalités, mais à Leningrad, donc directement en Russie. Le procureur général de l'État de New York et le consul du gouvernement estonien en exil avançaient essentiellement deux éléments pour contester ces deux documents, et donc la possibilité pour le cabinet d'avocats new-yorkais de représenter valablement les héritières dans la procédure de succession. D'une part, ils estimaient que reconnaître le document établi en Estonie et validé par les autorités soviétiques revenait à reconnaître d'une certaine manière directement l'annexion de l'Estonie par l'URSS, ce qui aurait été contraire à la politique de l'exécutif états-unien de l'époque et, pouvons-nous ajouter, à l'interdiction d'annexer des territoires par la force. D'autre part, ils considéraient que reconnaître le document établi à Leningrad, et donc par un gouvernement reconnu par les États-Unis, revenait en définitive à accepter indirectement ce qu'ils estimaient illégal de faire directement. Le juge saisi a raisonné de la manière suivante : certes, les actes d'un gouvernement non reconnu par le gouvernement des États-Unis ne pouvaient pas être reconnus par un juge des États-Unis,

¹¹ CIJ, *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*, 21 juin 1971, *op. cit.*, Mémoire écrit des États-Unis d'Amérique, *Mémoires, plaidoiries et documents*, novembre 1970, vol. I, p. 883. Nous soulignons.

¹² Supreme Court, Appellate Division (New York, États-Unis d'Amérique), *Luberg's Estate*, 29 octobre 1963, *19 A.D.2d 370 (1963)*, disponible sur <https://www.leagle.com/decision/196338919ad2d3701303>.

mais cette non-reconnaissance se limitait en réalité aux actes de nature politique. Il n'aurait par ailleurs pas été possible de refuser de reconnaître des actes entérinant certains éléments factuels dont seules les autorités non reconnues pouvaient prouver la matérialité. Ce raisonnement *a contrario* ou par l'absurde explique la formulation négative retenue par le juge : « *[it] would be impossible to establish the elementary facts of birth, marriage, death or the like where the certification of the same was made by, or the official before whom proof was to be taken was an appointee of, the unrecognized regime* »¹³. On voit donc apparaître ici un triptyque — naissance, mariage, décès — qui finira par être repris dans l'avis rendu par la CIJ. D'autres juges états-uniens reprendront la même formulation lorsqu'ils seront confrontés à des situations analogues portant sur la reconnaissance de documents relatifs à la succession d'une personne liée aux États baltes annexés par l'URSS, comme dans l'affaire *Alexandravicus' Estate*¹⁴.

Nous pouvons ainsi comparer les deux formulations judiciaires, celle des juges états-uniens d'une part, et celle de la CIJ d'autre part, et prendre le mémoire des États-Unis d'Amérique comme interface entre une formulation forgée par des juges nationaux et celle adoptée par des juges internationaux :

It would be impossible to establish the elementary facts of birth, marriage, death or the like where the certification of the same was made by, or the official before whom proof was to be taken was an appointee of, the unrecognized regime. (Luberg's Estate, 29 octobre 1963)

[...] by way of illustration, it would seem that municipal courts should generally be permitted to admit into evidence birth, marriage or death certificates issued by South Africa in Namibia on the same basis as documents emanating from other territorial authorities despite the unlawful character of South Africa's occupation. (Mémoire écrit des États-Unis d'Amérique, novembre 1970)

[...] this invalidity cannot be extended to those acts, such as, for instance, the registration of births, deaths and marriages, the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the Territory. (CIJ, avis Namibie, 21 juin 1971, § 125)

Dans cette première perspective que nous pourrions qualifier de « *bottom-up* », l'influence d'une opinion de juges internes sur la position finalement adoptée par des juges internationaux ne semble pas être allée de soi. Nous entendons par là que ce ne sont pas les juges de la CIJ qui se sont saisis directement des décisions nationales. En tous cas, les juges de la CIJ ne mentionnent pas des décisions de juges internes dans leur raisonnement. Nous constatons donc que le passage se fait par l'intermédiaire du mémoire écrit déposé par un État, qui reprend lui-même les positions de ses propres juges internes. Quoiqu'il en soit, cette formulation — ce triptyque — présente au départ au sein des juridictions internes états-uniennes se retrouve consacrée dans un avis consultatif de la CIJ. Comment s'en fait désormais la réception par des juges internes ?

¹³ Supreme Court, Appellate Division (New York, États-Unis d'Amérique), *Luberg's Estate*, *op. cit.*

¹⁴ Superior Court, Appellate Division (New Jersey, États-Unis d'Amérique), *In re Alexandravicus' Estate*, 17 avril 1964, *International Law Reports (ILR)*, 31, p. 51. Les faits sont sensiblement les mêmes que ceux de l'affaire *Luberg's Estate*, mais concernaient la Lituanie et non l'Estonie.

II. — EN AVAL, LA RÉCEPTION PAR LES « JUGES NATIONAUX »

Dans une seconde perspective « *top-down* », il s'agit de montrer comment la formulation consacrée par la CIJ est réceptionnée ultérieurement par des juges internes. À partir du matériau récolté, deux tendances semblent pouvoir être mises en lumière. La première, illustrée par des affaires traitées devant des juges britanniques, montre une relative indifférence des juges nationaux saisis vis-à-vis de la position de la CIJ (A). La seconde, incarnée par la Cour EDH, reflète au contraire un recours affiché et affirmé à l'avis consultatif de la CIJ et à sa formulation (B.). Pour vérifier cette réception, nous nous concentrerons logiquement sur des décisions rendues après l'avis de la CIJ, soit à partir de 1971. En nous focalisant sur une seule et même situation, à savoir la « République turque de Chypre du Nord » ou RTCN, nous serons en mesure de mettre en avant les différences entre l'approche de juges étatiques et l'approche des juges du Conseil de l'Europe.

A. — L'indifférence des juges étatiques

Dans le cadre de la délimitation choisie, huit affaires rendues par des juges britanniques sont pertinentes. Deux affaires concernent un acte proche de ceux visés par le triptyque : un jugement de divorce prononcé par les tribunaux de la RTCN. Les six autres décisions portent sur des sujets aussi divers que le droit de propriété, des privilèges fiscaux accordés aux agents consulaires, l'établissement d'une ligne aérienne, la reconnaissance de mesures de contrôle phytosanitaire, la question de la nationalité d'un demandeur d'asile et enfin la coopération policière. Passons en revue les différents cas de figure qui se présentent dans le matériau récolté. Quatre situations différentes sont identifiables. Premièrement, face à un acte qui semble être visé par le triptyque présent dans l'avis consultatif de la CIJ, les juges peuvent ne pas se référer audit avis (1.). Deuxièmement, les juges peuvent utiliser la formulation du triptyque ou une forme analogue, mais sans se référer à l'avis de la CIJ (2.). Troisièmement, les juges peuvent mentionner expressément le paragraphe 125 de l'avis de la CIJ sur la Namibie, mais pour en refuser l'application (3.). Enfin, quatrièmement, il existe des cas dans lesquels les juges n'y font pas référence, car les faits de l'espèce ne rentrent tout simplement pas dans le triptyque visé (4.).

1) Les juges ne se réfèrent pas au triptyque identifié dans l'avis de la CIJ sur la Namibie, alors que la situation qui se présente à eux pourrait logiquement en faire partie

Commençons ce bref inventaire par deux décisions de divorce prononcées par des juges de la RTCN, et dont un des ex-conjoints demande la reconnaissance au Royaume-Uni. On pourrait s'attendre à ce que ces décisions soient l'occasion privilégiée pour les juges nationaux de faire une référence d'une manière ou d'une autre à l'avis de la CIJ sur la Namibie, et spécialement au triptyque identifié dans son paragraphe 125. Certes, la transcription ou l'enregistrement d'actes ou de décisions de divorce ne sont pas mentionnés dans ce paragraphe, mais le triptyque identifié fait expressément mention de l'enregistrement de mariage à l'état civil et par analogie — et souci de symétrie —, les

juges nationaux pourraient être tentés de s'en inspirer ou de s'y référer lorsqu'ils sont confrontés à un acte de divorce. Or, si les juges britanniques saisis identifient bien le problème qui se pose à eux comme étant celui de la reconnaissance d'actes d'une entité non reconnue comme un État par le gouvernement britannique, ils ne ressentent pas le besoin de faire appel au droit international et au contenu de l'obligation de non-reconnaissance pour résoudre la question juridique à laquelle ils font face. En réalité, dans ces deux affaires, les tribunaux britanniques n'ont pas soulevé l'illicéité en droit international de la création de la RTCN en elle-même.

La décision rendue en 2000 dans l'affaire *B. v. B.*¹⁵ considère que le jugement de divorce prononcé par un tribunal de la RTCN ne peut pas être reconnu en droit britannique. Tout en étant conscient que la création de la RTCN a été condamnée par le Conseil de sécurité des Nations Unies — puisque cela est mentionné en début de décision —, le juge saisi traite uniquement la question sous l'angle de son droit interne : dans quelle mesure peut-il reconnaître des actes d'un État non reconnu par son gouvernement ? Dans un premier temps, le juge estime ne pas pouvoir aller à l'encontre de la position de son gouvernement et reconnaître une décision judiciaire d'une entité non reconnue. Dans un second temps, la possibilité d'atténuer cette position et de procéder à une éventuelle reconnaissance d'actes de mariage ou de divorce est analysée brièvement par l'entremise d'un *obiter dictum* issu d'une affaire de 1978, que nous mentionnons ultérieurement¹⁶. Le juge saisi écarte cependant rapidement cette possibilité en considérant que les faits ne sont pas similaires, puisque la décision de 1978 concernait des droits de propriété et que le juge n'y faisait allusion à des cas de mariages ou de divorces qu'à titre d'exemple.

En 2001, une autre décision a totalement pris le contre-pied de celle mentionnée à l'instant. Dans l'affaire *Emin v. Yeldag*¹⁷ — qui concernait un divorce prononcé en RTCN opposant Mme EMIN à M. YELDAG — le juge britannique devait se prononcer sur une demande de pension alimentaire et donc sur la reconnaissance ou non du divorce prononcé en RTCN. Le juge saisi a posé le problème d'emblée en affirmant que « *[t]here is a long and well established principle that English courts cannot give effect to the acts of an unrecognised State. There is said, however, to be an exception namely that English courts may accept the acts of an unrecognised State where it affects private rights. The principle is not in dispute. The nature and extent of any exception upon which the applicant must rely is not so clear* »¹⁸. Le juge anglais saisi a alors passé en revue une longue série de décisions rendues antérieurement par des tribunaux états-uniens et britanniques, qui semblaient refléter la possibilité de reconnaître certains actes adoptés par un gouvernement non reconnu. Il s'est également référé aux décisions *Loizidou* et

¹⁵ High Court of Justice (Angleterre), *B. v. B.*, 16 février 2000, disponible sur <http://www.uniset.ca/microstates/20002FLR707.htm>.

¹⁶ Court of Appeal (Angleterre), *Hotels Hesperides v. Aegean Turkish holidays & Muftizade*, 23 mai 1977, ILR, 73, p. 9 ; House of Lords (Royaume-Uni), *Hotels Hesperides v. Aegean Turkish holidays & Muftizade*, 6 juillet 1978, ILR, 73, p. 9.

¹⁷ High Court of Justice (Angleterre), *Emin v. Yeldag (Attorney-General and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs Intervening)*, 5 octobre 2001, disponible sur <http://www.uniset.ca/microstates/20021FLR956.htm>.

¹⁸ High Court of Justice (Angleterre), *Emin v. Yeldag*, *op. cit.*, § 28.

Chypre c. Turquie de la Cour EDH, que nous examinerons au point B. Il a fait siennes les positions qui y sont développées, « [i]n particular their view on international law and the need to make life tolerable for those within the TRNC »¹⁹, a-t-il précisé. En conclusion de son analyse jurisprudentielle, il a estimé que l'exception identifiée s'étendait « to the recognition here of decrees of divorce granted in accordance with the law of a territory or country not recognised by the UK Government »²⁰. C'est donc le critère développé par la jurisprudence de la Cour EDH qui semble en définitive devoir emporter la conviction du juge, et qui le pousse à reconnaître des actes touchant à des droits individuels privés (*private rights*). Il est intéressant de constater à ce stade que si ce juge ne fait pas référence à l'avis de la CIJ de 1971 et au triptyque identifié, il n'en demeure pas moins influencé. Comme on le verra au point B *infra*, lorsque le juge britannique fait référence aux décisions *Loizidou* et *Chypre c. Turquie* de la Cour EDH, pour aborder la problématique de la (non) reconnaissance d'actes adoptés par une entité née en violation grave d'une norme impérative de droit international, il s'inscrit en réalité dans une certaine interprétation de l'article 125 de l'avis de la CIJ.

Ces deux décisions ont ceci de remarquable que, bien qu'elles aient été rendues près de trente ans après l'avis de la CIJ sur la Namibie, aucune ne semble avoir besoin de s'y référer. Le dictum de la CIJ ne semble dès lors pas considéré comme une position de principe admettant la possibilité de reconnaître des actes de naissance, décès, mariage — voire de divorce. Différents éléments peuvent toutefois être avancés, qui viennent relativiser cette absence de référence à l'avis de la CIJ. Premièrement, on sait que le système judiciaire britannique adopte une vision dualiste des ordres juridiques international et national. Partant, un avis consultatif d'une juridiction internationale ne fait pas partie du matériau de référence utilisé par le juge britannique pour résoudre le cas concret qui se présente à lui. Deuxièmement, le droit interne britannique est suffisant pour résoudre la question de la reconnaissance des jugements étrangers²¹. Le juge n'a pas besoin de développer une théorie particulière sur la reconnaissance en général d'actes adoptés par une entité non reconnue. Troisièmement, la doctrine du « *one voice* », en vertu de laquelle les autorités judiciaires n'empiètent pas sur la politique étrangère mise en œuvre par l'exécutif, est assez prégnante. Dans cette vision, si le gouvernement britannique ne reconnaît pas la RTCN comme un État, alors la tâche du juge interne est simplifiée. En effet, le juge britannique ne pourrait pas adopter une décision qui irait à l'encontre de la position officielle exprimée par son gouvernement sur la question qui se pose à lui. C'est cette approche que suit le juge dans l'affaire *B. v. B.* Cette doctrine du « *one voice* » est également prise en considération par le juge dans l'affaire *Emin v. Yeldag*, mais il considère cependant que le fait que le gouvernement britannique ait pu prendre part à la procédure en cours devant lui est suffisant pour en conclure que la décision qu'il s'appête à adopter — de donner effet à une décision de divorce prononcé

¹⁹ *Ibid.*, § 52.

²⁰ *Ibid.*, § 62.

²¹ En particulier, les sections 45 (*Recognition in the United Kingdom of overseas divorces, annulments and legal separations*), 46 (*Grounds for recognition*) et 49 (*Modifications of Part II in relation to countries comprising territories having different systems of law*) du *Family Law Act 1986*.

par des juges d'une entité qui n'est pas reconnue comme un État par le gouvernement britannique — ne s'opposera pas à la politique extérieure défendue par l'exécutif²².

Par souci d'exhaustivité et pour tempérer les éléments relevés à l'instant, mentionnons tout de même une affaire de 2020 — *MM v. NA*²³ —, même si elle ne concernait pas la RTCN et n'a donc pas été retenue dans le matériau analysé. En l'espèce, un couple s'était marié au Somaliland. Désormais immigré au Royaume-Uni, la question se posait de la reconnaissance du mariage célébré devant les autorités non reconnues du Somaliland. Fallait-il le reconnaître ? Un nouveau mariage devait-il être célébré devant les autorités britanniques ? La juge saisie de l'affaire a estimé que le mariage avait été valablement célébré au Somaliland et qu'il pouvait être reconnu par les autorités britanniques. Elle a fondé son analyse d'abord sur la jurisprudence britannique, et notamment sur le précédent *Emin v. Yeldag*. Elle a ensuite conforté sa position en se référant au droit international, et en mentionnant l'« exception Namibie » et son application dans la jurisprudence de la Cour EDH relative à la RTCN. Ce qui est donc remarquable dans cette affaire est que, contrairement à ce qui peut se déduire *a priori* des décisions *B. v. B.* et *Emin v. Yeldag*, il est possible pour un juge britannique, malgré l'approche dualiste, la complétude du droit interne ou du droit international privé britannique et la doctrine du « *one voice* », de faire référence à un avis de la CIJ et donc d'incorporer dans son raisonnement le triptyque identifié au paragraphe 125 de l'avis de la CIJ sur la Namibie.

2) *Les juges utilisent le triptyque identifié ou une formulation proche, sans se référer à la CIJ*

Il arrive cependant que des juges britanniques fassent un usage manifeste du triptyque identifié dans le paragraphe 125 de l'avis de la CIJ sur la Namibie, ou d'une formulation analogue, sans pour autant se référer à la CIJ elle-même. Dans les deux affaires recensées à ce propos, il est remarquable qu'aucune ne concerne un acte visé par le triptyque « naissance, mariage ou décès ».

La première occurrence se trouve dans l'affaire *Hotels Hesperides v. Aegean Turkish holidays & Muftizade*²⁴, et plus précisément dans la décision de la Court of Appeal d'Angleterre du 23 mai 1977. Les faits concernaient la situation de plaignants Chypriotes-grecs expropriés de leurs hôtels du nord de l'île de Chypre à la suite de l'invasion turque de 1974. Ils cherchaient à obtenir une injonction des tribunaux britanniques pour empêcher une compagnie de voyage anglaise et un représentant londonien de la RTCN d'accéder à leurs hôtels, désormais détenus et exploités par des Chypriotes-turcs, et de faire la promotion de voyages vers ces hôtels. Ils avaient obtenu gain de cause en première instance, mais la décision a été réformée en appel. En l'espèce, la question qui se posait était celle de la reconnaissance ou non de l'ordre juridique de la

²² High Court of Justice (Angleterre), *Emin v. Yeldag*, *op. cit.*, §§ 65-68.

²³ High Court (Angleterre), *MM v. NA*, 22 janvier 2020, *ILR*, 191, p. 609.

²⁴ Court of Appeal (Angleterre), *Hotels Hesperides v. Aegean Turkish holidays & Muftizade*, 23 mai 1977, *ILR*, 73, p. 9 ; House of Lords (Royaume-Uni), *Hotels Hesperides v. Aegean Turkish holidays & Muftizade*, 6 juillet 1978, *ILR*, 73, p. 9.

RTCN, et notamment de dispositions législatives et constitutionnelles qui avaient abouti à l'expropriation des hôtels en cause. Les juges d'appel ont estimé qu'ils pouvaient reconnaître des actes adoptés par une autorité non reconnue par le gouvernement britannique pour autant qu'elle exerce le contrôle effectif sur le territoire en question et que les actes en question concernent la vie quotidienne des habitants, à savoir « *their marriages, theirs divorces, their leases, their occupations* »²⁵. Six années après l'avis de la CIJ sur la Namibie, des juges britanniques adoptent une formulation qui se rapproche de celle retenue par la CIJ dans le triptyque qui figure au paragraphe 125 de son avis consultatif. Il faut cependant attendre 1996 pour voir apparaître dans la jurisprudence britannique le triptyque tel qu'avalisé par la CIJ, sans pour autant que les juges britanniques en question fassent référence à la CIJ elle-même.

Ainsi, dans l'affaire *Caglar v. Billingham (Inspector of Taxes)*²⁶, une juridiction fiscale anglaise devait décider si des personnes travaillant auprès de la représentation londonienne de la RTCN pouvaient bénéficier des exemptions fiscales prévues par la législation britannique en faveur des membres des missions diplomatiques et consulaires. Les juges ont formulé le problème qui se présentait à eux comme étant celui de savoir si l'expression « *foreign state* » contenue dans la disposition britannique applicable²⁷ était limitée ou non aux seuls États reconnus officiellement par le gouvernement britannique, étant entendu que la RTCN ne bénéficiait pas d'une telle reconnaissance officielle. Après avoir examiné l'historique de cette législation, les juges ont conclu que son objectif était d'assurer les privilèges et immunités accordés au niveau du droit international par la convention de Vienne sur les relations consulaires. Partant, « *the intention of Parliament was to confine the exemption from income tax to official agents of recognised foreign states* »²⁸. Face aux précédents fournis par les demandeurs, qui cherchaient à démontrer qu'il arrivait à des juges britanniques de reconnaître l'existence d'États ou de gouvernements non reconnus officiellement par le gouvernement britannique, les juges saisis ont précisé que « *the courts may acknowledge the existence of an unrecognised foreign government in the context of the enforcement of laws relating to commercial obligations or matters of private law between individuals or matters of routine administration such as the registration of births, marriages or deaths. (...)* »²⁹. La juridiction fiscale a estimé que les faits qui lui étaient présentés ne relevaient pas de ce cas de figure et a débouté les demandeurs. Le triptyque est posé par les juges, comme résultante d'un ensemble de précédents examinés, mais sans indiquer si cette formulation constitue une construction jurisprudentielle propre ou la reprise d'une décision nationale ou internationale identifiée.

²⁵ Court of Appeal (Angleterre), *Hotels Hesperides v. Aegean Turkish holidays & Muftizade*, 23 mai 1977, *op. cit.*, p. 15. Pour anecdote, la Chambre des Lords confirmera cette décision, mais basée sur d'autres motifs : les immeubles étant situés à l'étranger, les tribunaux britanniques ne sont pas compétents pour émettre une telle injonction.

²⁶ Special Commissioners (Angleterre), *Caglar v. Billingham (Inspector of Taxes)*, 7 mars 1996, *ILR*, 108, p. 510.

²⁷ Section 321 de l'*Income and Corporation Tax Act 1988*.

²⁸ Special Commissioners (Angleterre), *Caglar v. Billingham (Inspector of Taxes)*, 7 mars 1996, *ILR*, 108, p. 528, § 94.

²⁹ *Ibid.*, p. 534, § 121.

Jusqu'à présent, nous avons mentionné quatre affaires. Les deux premières concernaient des situations *a priori* visées par le triptyque, mais pour lesquelles les juges britanniques ont estimé ne pas avoir besoin de faire référence à l'avis consultatif de la CIJ. Dans les deux dernières, les juges britanniques ont eu recours au triptyque ou à une formulation analogue, mais pour des faits qui ne rentraient pas dans le triptyque original mentionné par la CIJ, et en tout état de cause sans faire de référence à l'avis sur la *Namibie* de 1971. Est-ce à dire que cet avis est ignoré des juges britanniques ? Nous verrons dans les deux affaires qui suivent que tel n'est pas le cas.

3) *Les juges se réfèrent à l'avis de la CIJ, mais pour l'écarter*

Il arrive en effet que les juges fassent une référence explicite et assumée au paragraphe 125 de l'avis de la CIJ sur la *Namibie*. On constate cependant que dans ce cas, cette référence a pour but d'écarter l'application de ce « principe » ou « exception *Namibie* ». Dans les deux affaires que nous avons répertoriées, cela se comprend dans la mesure où les éléments du litige sont très éloignés de considérations relatives à un acte de naissance, de mariage, de décès, ou à un acte analogue.

En 2001, la juridiction d'appel compétente en matière d'immigration en Angleterre s'est prononcée dans une affaire *Veysi Dag v. Secretary of State for Home Department*³⁰. M. VEYSI DAG, par ailleurs ressortissant turc, avait introduit une demande d'asile au Royaume-Uni en se prévalant de sa nationalité nord-chypriote et en présentant son passeport délivré par la RTCN. La question posée aux juges anglais était celle du champ d'application de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, et plus particulièrement de l'interprétation à donner à son article 1^{er}, A, qui définit le terme de « réfugié ». Dans cette définition, il est fait référence à plusieurs reprises au « pays dont [la personne réfugiée] a la nationalité ». Les juges estimaient donc nécessaire de déterminer quelle était la nationalité de M. VEYSI DAG et, en l'espèce, s'il pouvait être considéré comme ressortissant de la RTCN pour l'application de la Convention. Après avoir examiné la position du gouvernement britannique et en rappelant également la résolution du Conseil de sécurité déclarant illicite la création de la RTCN, les juges ont déclaré que la RTCN n'était pas un État et que cette entité ne pouvait donc pas octroyer une « nationalité ». De leur côté, les représentants de M. VEYSI DAG invoquaient le « principe de la Namibie » pour tenter de convaincre les juges. Ces derniers identifiaient cependant d'importantes différences entre la situation de la Namibie occupée par l'Afrique du Sud et celle de la RTCN. D'après eux, dans le cas de la Namibie, « *there was no doubt that the occupying power was itself a State. It was therefore possible, in international law, for the acts of the illegal government to be imputed to the occupying State. That is not the situation in Northern Cyprus* »³¹. Et d'aus sitôt ajouter : « *[i]f facts of the illegal government in Northern Cyprus "such as, for instance, the registration of births, deaths and marriages" are to be given validity, it must be by allowing the illegal*

³⁰ Immigration Appeal Tribunal (Angleterre), *Veysi Dag v. Secretary of State for Home Department*, 14 mars 2001, *ILR*, 122, p. 529.

³¹ Immigration Appeal Tribunal (Angleterre), *Veysi Dag v. Secretary of State for Home Department*, 14 mars 2001, *ILR*, 122, p. 537, § 22.

government to be regarded as empowered to do acts characteristic of a State »³², ce que les juges britanniques se sont refusé de faire.

Dans l'affaire *Regina (Kibris Türk Hava Yolları) v. Secretary of State for Transport*³³, les juges britanniques devaient se prononcer sur le refus par le ministre des Transports britannique d'autoriser une compagnie aérienne turque à effectuer une liaison aérienne directe entre la RTCN et le Royaume-Uni. Ce refus était essentiellement fondé sur la Convention de Chicago sur l'aviation civile internationale de 1944, qui prévoit notamment, en substance, qu'il appartient à chaque État souverain d'autoriser le survol de son espace aérien et d'autoriser l'utilisation de ses aéroports. Or l'absence de contrôle effectif par la République de Chypre sur le nord de l'île n'impliquait pas la fin de sa souveraineté sur ce territoire et sur l'espace aérien correspondant. Le juge de la High Court a fait remarquer que « *the United Kingdom government is under a legal duty not to recognise the TRNC* »³⁴. Or accepter l'existence d'une ligne aérienne aurait conduit à reconnaître la RTCN, étant donné que seul l'État souverain pouvait autoriser le survol de son territoire. Le juge a donc estimé que le ministre des Transports britannique avait correctement refusé la demande de la compagnie aérienne turque. À ce stade, il a alors examiné des exceptions invoquées par les représentants de la compagnie. Il était possible selon eux de reconnaître certains actes d'une entité non reconnue, sans pour autant aboutir à une reconnaissance de cette entité. Le juge a constaté que ce principe pouvait être inféré de plusieurs affaires judiciaires nationales et internationales concernant précisément la RTCN, comme les affaires *Hotels Hesperides v. Aegean Turkish holidays & Muftizade, Emin v. Yeldag, Loizidou*, ou encore *Chypre c. Turquie*. Le juge a toutefois estimé que « *many of the acts of the government of the TRNC as they relate to aviation are public and international in character. They are not properly described as laws which regulate the day-to-day affairs of the people who reside in the TRNC* »³⁵. En appel, le juge a confirmé la décision et le raisonnement du juge de première instance. Il a particulièrement insisté pour ajouter des considérations supplémentaires quant à l'« exception Namibie », autrement dit la possibilité de reconnaître certains actes d'une entité faisant l'objet d'une obligation internationale de non-reconnaissance. Selon le juge d'appel, « *[t]he issue in the present case falls well outside the ambit of the Namibia exception, however precisely the principle may be formulated for the purposes of its application in domestic law. This case is not concerned with private rights, acts of everyday occurrence, routine acts of administration, day-to-day activities having legal consequences, or matters of that kind. The case involves public functions in the field of international civil aviation and the*

³² *Ibid.*

³³ High Court of Justice (Angleterre), *Regina (Kibris Türk Hava Yolları) v. Secretary of State for Transport*, 28 juillet 2009, *ILR*, 148, p. 683 ; Court of Appeal (Angleterre), *Regina (Kibris Türk Hava Yolları) v. Secretary of State for Transport*, 12 octobre 2010, *ILR*, 148, p. 683.

³⁴ High Court of Justice (Angleterre), *Regina (Kibris Türk Hava Yolları) v. Secretary of State for Transport*, 28 juillet 2009, *ILR*, 148, p. 712, § 84.

³⁵ *Ibid.*, p. 714, § 89.

lawfulness of a public law decision. [...] This is not the kind of subject matter at which the Namibia exception is directed»³⁶.

Ces deux affaires sont celles dans lesquelles les juges britanniques font le plus de développements concernant l'« exception *Namibia* », pour au final constater que les faits qui se présentent à eux ne sont pas assimilables à ceux qui seraient visés par le fameux paragraphe 125 de l'avis de la CIJ. Dans ces deux affaires également, les juges identifient bien l'obligation internationale de non-reconnaissance à laquelle est soumis le Royaume-Uni, ce qui explique sans doute la plus grande facilité avec laquelle ils approfondissent l'analyse de l'avis de la CIJ.

4) *Les juges n'y font pas référence et les faits ne rentrent pas dans le triptyque*

Enfin, et par souci d'exhaustivité, on ne peut ignorer tous les cas dans lesquels les juges ne font pas référence à l'avis de la CIJ sur la Namibie et à la possibilité qui y est laissée de reconnaître des actes adoptés par une entité faisant l'objet d'une obligation internationale de non-reconnaissance, sans que cela puisse être considéré comme réellement représentatif de la manière dont les juges nationaux réceptionnent des positions de la CIJ (les faits ne tombant en toute hypothèse pas dans le triptyque identifié dans le paragraphe 125 de l'avis de 1971).

Pour mémoire, on peut mentionner d'une part l'affaire *Anastasiou*³⁷, qui a abouti en 1994 à un arrêt sur question préjudicielle de la Cour de justice des Communautés européennes³⁸. En l'espèce, le Royaume-Uni avait accepté de recevoir des fruits importés de Chypre et accompagnés de certificats de conformité phytosanitaire délivrés par les autorités de la RTCN. Des associations de producteurs chypriotes ont contesté cette pratique devant les tribunaux britanniques en arguant qu'elle était contraire au droit communautaire. Étant donné la nature du problème, la High Court a posé une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes. Mais alors que l'affaire n'était pas encore plaidée devant le juge européen, une question particulière s'était à nouveau posée au juge anglais. Deux sociétés avaient demandé à pouvoir intervenir dans l'instance et à aller exposer leurs vues devant la Cour de Luxembourg. La première société était de droit nord-chypriote et détenue en majorité par le gouvernement de la RTCN. La deuxième société, de droit anglais, était une filiale détenue entièrement par la première société. Dans sa décision, le juge anglais a appliqué le *Foreign Corporations Act*, qui règle les cas dans lesquels une personne morale constituée selon le droit d'un territoire non reconnu comme État par le Royaume-Uni peut être considérée dans ce dernier pays comme étant dotée de la personnalité juridique. Pour cela, il faut que le territoire en question soit clairement identifiable, qu'il possède un système judiciaire et que la personne morale ait la personnalité juridique selon ledit système judiciaire. Le juge anglais a estimé que ces conditions étaient remplies en l'espèce. Bien qu'il se soit senti

³⁶ Court of Appeal (Angleterre), *Regina (Kibris Türk Hava Yollari) v. Secretary of State for Transport*, 12 octobre 2010, *op. cit.*, p. 741, § 79.

³⁷ High Court of Justice (Angleterre), *Regina v. Minister of Agriculture, ex parte Anastasiou*, 23 février 1994, ILR, 100, p. 244.

³⁸ CJCE, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd et autres*, 5 juillet 1994, C-432/92, *Recueil de la jurisprudence 1994 I-03087*, ECLI:EU:C:1994:277.

obligé de préciser dans sa décision que l'autorisation qu'il donnait à ces deux sociétés ne devait en aucune manière être interprétée comme une reconnaissance de la RTCN, le juge n'a fait aucune référence à la position de la CIJ dans son avis sur la Namibie, qui aurait pu être utilisé comme point de départ pour justifier sa position.

D'autre part, on mentionnera l'affaire *R (on the application of Akarcay) v. Chief Constable of West Yorkshire*³⁹, qui concernait une personne suspectée d'avoir commis une infraction en matière de stupéfiants au Royaume-Uni et qui s'était réfugiée en RTCN, dont elle se considérait comme ressortissante. Les autorités policières britanniques avaient transmis une série d'informations relatives à l'enquête à leurs homologues nord-chypriotes, pour que les autorités de la RTCN puissent poursuivre le suspect. Celui-ci s'est opposé à cet échange d'informations devant les tribunaux anglais. Il estimait qu'une telle démarche de la police britannique équivalait à une reconnaissance de la RTCN, ce qui violait selon lui le droit international, et notamment des résolutions du Conseil de sécurité appelant les États à ne pas reconnaître la RTCN ainsi que le Traité de garantie de 1960 entre le Royaume-Uni, la Grèce et la Turquie. Le juge anglais n'a pas suivi la position du suspect dans cette affaire. À titre principal, il a estimé que les autorités britanniques n'étaient pas tenues par une obligation de non-reconnaissance de la RTCN. Les résolutions du Conseil de sécurité n'étaient selon lui que de simples recommandations, qui nécessitaient une procédure particulière pour intégrer l'ordre juridique britannique, procédure qui n'avait pas été mise en œuvre pour la résolution en cause. Il en était de même concernant le Traité de garantie de 1960 : ses dispositions n'avaient pas été intégrées en droit interne britannique. Le juge a donc rejeté le recours. À titre subsidiaire, il a fait remarquer qu'il existait des formes de coopération policière avec la RTCN avalisée par le Foreign Office ou qui se déroulaient dans le cadre de l'ONU.

En guise de conclusion, on évitera de se lancer dans l'exégèse de l'absence de référence à l'avis de la CIJ. Nous nous bornerons à constater que, dans la grande majorité des cas, le juge national britannique n'estime pas nécessaire d'avoir recours au droit international — et donc *a fortiori*, aux avis de la CIJ — pour trancher le différend qui lui est soumis. Souvent — mais pas toujours —, le juge national se réfère à la politique de reconnaissance ou non-reconnaissance adoptée par son exécutif à l'égard de l'entité ayant dressé l'acte litigieux. Cette indifférence du juge national contraste avec l'attitude adoptée par un autre « juge interne » au sens retenu pour la présente contribution, à savoir la Cour EDH.

B. — La révérence affichée des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme

De manière un peu provocante, nous avons choisi de qualifier la position adoptée par la Cour EDH — ou plutôt les allusions que des juges de la Cour EDH font à l'avis *Namibie* de la CIJ — de « révérence », presque une forme de reconnaissance obséquieuse. Dès les premières affaires qui concernaient des entités faisant l'objet d'une obligation

³⁹ High Court of Justice (Angleterre), *R (on the application of Akarcay) v. Chief Constable of West Yorkshire*, 3 février 2017, *BYIL*, 2019, 88.

internationale de non-reconnaissance, la Cour EDH a fait référence à l'avis de la CIJ de 1971 sur la Namibie. Après avoir complètement intégré cet avis dans un arrêt fondateur concernant la RTCN (1.), la Cour EDH a répliqué mécaniquement son raisonnement dans d'autres affaires concernant la RTCN ou dans des situations analogues, sans avoir besoin désormais de continuer à se référer à l'avis de la CIJ de 1971 et quitte, nous le verrons, à adopter des positions qui semblent très éloignées du contenu réel de l'avis *Namibie* (2.).

1) *La Cour EDH et ses références initiales à l'avis de la CIJ sur la Namibie de 1971 : vers une interprétation extensive ?*

La Cour EDH s'est appuyée à plusieurs reprises sur cet avis de la CIJ. Elle l'a fait pour la première fois en 1996 dans l'affaire *Loizidou*⁴⁰. En l'espèce, Mme LOIZIDOU se plaignait de ne pas pouvoir accéder à ses propriétés situées au nord de l'île de Chypre. Parmi les moyens invoqués contre les prétentions de Mme LOIZIDOU figurait le droit de la RTCN qui avait abouti à l'expropriation de différents biens appartenant à des individus qui avaient quitté le nord de l'île suite à l'invasion turque de 1974. Dans son arrêt, la grande chambre a constaté l'illicéité en droit international de la RTCN et a estimé ne pas pouvoir donner une validité juridique aux dispositions de la RTCN qui avaient abouti à l'expropriation de Mme LOIZIDOU. Ce constat n'a cependant pas empêché la Cour EDH de noter, dans le paragraphe suivant, « que le droit international reconnaît en pareil cas la légitimité de certains arrangements et transactions juridiques, par exemple en ce qui concerne l'inscription à l'état civil des naissances, mariages ou décès, “dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire” (voir, à ce propos, l'avis consultatif sur les 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, Recueil de la Cour internationale de Justice 1971, vol. 16, p. 56, par. 125) »⁴¹. Sans se prononcer sur l'application de ce principe au cas d'espèce, la Cour EDH en a pris « note ». Cette remarque est la prémisse d'une analyse plus approfondie que fera la grande chambre cinq années plus tard, et qui constitue encore aujourd'hui son analyse de référence de l'avis de la CIJ de 1971.

Dans son arrêt *Chypre c. Turquie*⁴² du 10 mai 2001, elle procède durant cinq paragraphes environ une exégèse du paragraphe 125 de l'avis Namibie, en analysant notamment les opinions individuelles des juges et les mémoires soumis par les différents États ayant pris part à la procédure consultative devant la CIJ⁴³. C'est cette analyse de principe que la Cour EDH va reprendre dans ses arrêts ultérieurs et confirmer jusqu'à nos jours. En l'occurrence, le point précis dans le cadre duquel la Cour EDH fait référence à l'avis *Namibie* est celui de la condition de l'épuisement des voies de recours internes, avant de pouvoir se prévaloir du système de protection de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH). En d'autres termes, les requérants qui se plaignaient d'une

⁴⁰ Cour EDH (Grande chambre), *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, n° 15318/89, *Recueil 1996-VI*, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-62566>.

⁴¹ *Ibid.*, § 45.

⁴² Cour EDH (Grande chambre), *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, n° 25781/94, *Recueil des arrêts et décisions 2001, IV*, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-64012>.

⁴³ *Ibid.*, §§ 93-97.

violation de la CEDH commise par le RTCN — violation qui, selon la Cour EDH, était attribuable à la Turquie — devaient-ils au préalable saisir les tribunaux de la RTCN avant de pouvoir porter leur affaire à Strasbourg ? La Cour EDH répond par l’affirmative. Elle estime en effet « qu’elle ne saurait simplement faire abstraction, aux fins des relations en cause en l’espèce, des organes judiciaires institués par la “RTCN” »⁴⁴, puisqu’il serait dans l’intérêt des habitants de la RTCN de devoir saisir d’abord ces organes pour tenter d’obtenir la protection de leurs droits avant d’intenter un recours à Strasbourg⁴⁵. Le tour de force que réussit la Cour EDH est de faire reposer cette prise de position sur le paragraphe 125 de l’avis de la CIJ. Alors que ce paragraphe était généralement interprété comme se limitant à avaliser la reconnaissance d’actes de droit privé ou liés à la vie quotidienne des habitants, voilà qu’il sert désormais à justifier la reconnaissance de l’effectivité du pouvoir de l’entité en cause à travers ses institutions judiciaires. Cette interprétation faite par la Cour EDH sera le point de départ d’une jurisprudence qui gardera formellement un lien de filiation avec l’avis de la CIJ de 1971, mais qui sur le fond semble en être résolument éloignée.

2) *La Cour EDH et sa mise en pratique extensive de la reconnaissance d’actes d’une entité faisant l’objet d’une obligation internationale de non-reconnaissance : une émancipation de la CIJ ?*

La position développée par la Cour EDH dans l’affaire *Chypre c. Turquie* de 2001, et formellement inspirée par l’avis de la CIJ sur la Namibie, poussera cette même Cour EDH à reconnaître la validité d’actes dont le lien avec l’« exception *Namibie* » est pour le moins ténu. Ainsi, dans une affaire *Foka c. Turquie*⁴⁶ de 2008, la Cour a estimé que des arrestations effectuées par des agents de la RTCN pouvaient passer pour « légales » au sens de l’article 5, § 1^{er}, de la CEDH. Plus généralement, la Cour a considéré dans cette affaire que « *if the adoption by the authorities of the “TRNC” of civil, administrative or criminal law measures, or their application or enforcement within that territory, were to be denied any validity or regarded as having no “lawful” basis in terms of the Convention* »⁴⁷, cela serait antithétique avec la position voulant qu’un État, en l’occurrence la Turquie, soit tenu pour responsable des actes de la RTCN et ait donc la possibilité de remédier à d’éventuelles violations et d’adopter des mesures pour assurer la pleine application de la CEDH. Ce raisonnement a été étendu en 2009 dans l’affaire *Protopapa c. Turquie*⁴⁸ pour viser également des arrestations préventives et des condamnations par des tribunaux pénaux⁴⁹. Il faut noter que dans ces affaires, la Cour EDH ne se réfère plus à l’avis de la CIJ de 1971. Tout au plus rappelle-t-elle sa propre position dans l’affaire interétatique *Chypre c. Turquie* de 2001. En effet, après avoir établi

⁴⁴ *Ibid.*, § 98.

⁴⁵ *Ibid.*, § 98.

⁴⁶ Cour EDH, *Foka c. Turquie*, 24 juin 2008, n° 28940/95, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-87175>.

⁴⁷ *Ibid.*, § 83.

⁴⁸ Cour EDH, *Protopapa c. Turquie*, 24 février 2009, n° 16084/90, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-91499>.

⁴⁹ *Ibid.*, § 60.

sa position et l'avoir fondée sur l'avis de la CIJ, la Cour EDH était désormais en mesure de se baser sur sa propre jurisprudence, sans développer son raisonnement et sans se référer à l'avis sur la Namibie. C'est ce qu'elle a fait à nouveau dans son arrêt rendu en grande chambre 2019 dans l'affaire *Güzelyurtlu c. Chypre et Turquie*⁵⁰, par exemple.

Enfin, la Cour EDH a également pu étendre son raisonnement à des situations analogues à celle de la RTCN, toujours en se référant à sa propre jurisprudence. C'est le cas dans l'affaire *Chiragov et autres c. Arménie*⁵¹, où, à propos de l'épuisement des voies de recours internes, la grande chambre base son raisonnement exclusivement sur la jurisprudence antérieure de la Cour EDH pour vérifier si les requérants étaient tenus de saisir les tribunaux du Haut-Karabakh avant d'introduire leur recours à Strasbourg⁵². Dans cette affaire, il faut se plonger dans la longue opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE pour retrouver des références directes à l'avis de la CIJ de 1971, utilisées pour critiquer la décision adoptée par la Cour EDH qui n'aurait en réalité pas suivi sa propre jurisprudence.

On ne pourrait clore cette partie sans mentionner toutefois l'affaire dans laquelle la Cour EDH reconnaît explicitement ce qu'elle doit à la CIJ et inscrit formellement son raisonnement dans la continuité de celui de la Cour de La Haye. Ainsi en 2016 dans l'affaire *Mozer c. Moldavie et Russie*⁵³, la grande chambre réaffirme ce qui a été dit dans *Chypre c. Turquie*, mais surtout — et c'est une différence remarquable avec les juges nationaux — elle reconnaît l'inspiration due à la CIJ : « [dans] l'arrêt *Chypre c. Turquie* (précité, §§ 91-94), la Cour a recherché si l'on pouvait exiger des requérants qu'ils épuisent les recours disponibles dans la "RTCN", à savoir une entité non reconnue. Elle s'est inspirée notamment de la position adoptée par la CIJ dans son avis consultatif concernant l'affaire de la Namibie (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 consultatif, CIJ Recueil 1971, § 125) »⁵⁴. Ainsi, même après avoir rendu plusieurs arrêts (dont certains en grande chambre) dans lesquels elle se dispense de faire référence à l'avis de 1971, la Cour EDH semble vouloir encore inscrire sa propre jurisprudence dans la continuité de l'avis de la CIJ de 1971. Bien que le triptyque identifié naissance-mariage-décès n'avait pas de portée normative, mais plutôt exemplative, on ne peut qu'être surpris de la facilité avec laquelle la Cour EDH place ses propres raisonnements dans la continuité de ceux de la CIJ sur ces questions. Sans vouloir entrer dans une analyse du fond des décisions adoptées par la Cour EDH, on ne peut raisonnablement selon nous continuer à expliquer leur raison d'être dans la même logique argumentative que celle suivie par la CIJ en 1971. L'approche de la Cour EDH vise explicitement à éviter la création de zones au sein du territoire du

⁵⁰ Cour EDH (Grande chambre), *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, 29 janvier 2019, n° 36925/07, ECLI:CE:ECHR:2019:0129JUD003692507, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-189635>.

⁵¹ Cour EDH (Grande chambre), *Chiragov et autres c. Arménie*, 16 juin 2015, n° 13216/05, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-155656>.

⁵² *Ibid.*, §§ 115-116.

⁵³ Cour EDH (Grande chambre), *Mozer c. République de Moldova et Russie*, 23 février 2016, n° 11138/10, Recueil des arrêts et décisions 2016.

⁵⁴ *Ibid.*, § 137.

Conseil de l'Europe où la CEDH ne serait pas applicable⁵⁵, quitte à donner effet à des actes incarnant la puissance publique d'une entité censée ne pas être reconnue. On assiste ainsi à un renversement complet de logique. Pour la CIJ, il semble clair que la non-reconnaissance de toutes les conséquences et actes d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* est le principe, l'exception étant la possibilité de reconnaître certaines conséquences et actes lorsque des droits des populations locales sont en jeu. Pour la Cour EDH au contraire, la position de principe est que l'illicéité internationale de l'entité litigieuse n'entraîne pas automatiquement l'illicéité des actes qu'elle pose, qu'il s'agisse d'une constitution, de tribunaux et de lois, même dans le domaine pénal. Ces actes et institutions ne seront considérés comme contraires à la CEDH que si *in concreto* ils ne respectent pas les garanties exigées par la Convention. Partant, on serait tenté de conclure que la déférence affichée par la Cour EDH à l'égard de l'avis de la CIJ de 1971 n'est qu'une position de façade et s'apparente dès lors à une forme d'instrumentalisation. Forts de l'aura de la Cour internationale de Justice, les juges de Strasbourg peuvent développer une jurisprudence autonome, qui se prémunit des critiques en s'inscrivant formellement dans la filiation de l'avis de la CIJ de 1971, tout en s'en écartant sur le plan matériel.

III. — CONCLUSION : UN DIALOGUE DES JUGES INAVOUÉ ?

Qu'il s'agisse des juges internes ou des juges internationaux, aucun ne semble prêt à reconnaître ce qu'il doit à l'autre. Ainsi la CIJ ne fait-elle aucune allusion à l'existence d'une jurisprudence nationale à laquelle elle emprunterait sa formulation, tandis que de leur côté, les juges nationaux britanniques ne se saisissent pas du sceau apposé par la CIJ sur cette formulation pour l'exploiter pleinement dans leur décision. Cette forme d'influence réciproque non assumée entre les juges internes et les juges internationaux participe selon nous du narratif selon lequel une règle juridique préexisterait à la décision judiciaire, cette dernière ne faisant qu'une application quasi mécanique de la règle juridique via un syllogisme. Or nous avons montré comment, concrètement, ce qui n'est qu'un exemple développé dans des décisions d'un juge local états-unien — notre triptyque naissance-mariage-décès — peut acquérir une portée quasi normative une fois sanctionné par la CIJ. On identifie donc bien des interactions entre juges internes et juges internationaux, mais les relations sont masquées ou non assumées par les différents acteurs.

Sur le fond, différents éléments peuvent expliquer la relative indifférence des juges nationaux vis-à-vis de l'avis de la CIJ. Tout d'abord, une méconnaissance du droit international dans la formation des juges. Ensuite, le respect dû à la politique de l'exécutif de son propre État, illustré par la doctrine du « *one voice* ». Enfin, l'économie des moyens judiciaires et le droit interne qui permettent de trouver une solution au différend sans se plonger dans le droit international public. *A contrario*, la Cour EDH semble avoir besoin d'affirmer et de fonder sa position sur celle de la CIJ. Les juges de Strasbourg ont développé une interprétation propre de l'obligation de non-reconnaissance, qu'on pourrait qualifier d'approche extensive, allant jusqu'à reconnaître

⁵⁵ Cour EDH (Grande chambre), *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, n° 25781/94, *op. cit.*, §§ 78 et 91.

des décisions en matière pénales. En maintenant cependant une filiation affichée avec l'avis de la CIJ de 1971, les juges de la Cour EDH se protègent en quelque sorte des critiques avec le paravent du droit international et de la CIJ. Dans cette perspective, la position des juges de Strasbourg ne serait qu'une application de celle des juges de La Haye. Mais ce faisant, la Cour EDH s'éloigne selon nous du contenu même de l'exception *Namibie* : ainsi elle appose une étiquette « avalisé par la CIJ », sur des actes ou documents d'une nature tout autre que des actes de naissance, mariage ou décès.