

La sentence arbitrale du 17 décembre 1999 sur la *délimitation des frontières maritimes entre l'Erythrée et le Yémen* : quelques observations complémentaires

Giovanni Distefano

---

Citer ce document / Cite this document :

Distefano Giovanni. La sentence arbitrale du 17 décembre 1999 sur la *délimitation des frontières maritimes entre l'Erythrée et le Yémen* : quelques observations complémentaires. In: Annuaire français de droit international, volume 46, 2000. pp. 255-284;

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2000.3618>

[https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2000\\_num\\_46\\_1\\_3618](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2000_num_46_1_3618)

---

Fichier pdf généré le 18/03/2019

# LA SENTENCE ARBITRALE DU 17 DÉCEMBRE 1999 SUR LA DÉLIMITATION DES FRONTIÈRES MARITIMES ENTRE L'ÉRYTHRÉE ET LE YÉMEN : QUELQUES OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES

GIOVANNI DISTEFANO

« Quelle montagne aux pics aigus s'est donc engloutie là ? Ces derniers sommets semblent lutter pour se dresser encore dans le soleil et dans le vent. Il y en a sept, séparés par des grandes distances, mais tous visibles en même temps, quand on est au milieu. Les indigènes les appellent les frères... »\*\*

En rendant le 17 décembre 1999 sa seconde sentence dans le différend qui opposait l'Erythrée et le Yémen, le Tribunal arbitral institué par l'Accord de Paris du 21 mai 1996 (1) a mené à son terme la mission que lui avait confiée le compromis conclu en exécution de celui-ci le 3 octobre de la même année (2). Invité par son article 2 à se prononcer en deux étapes, il avait statué d'abord sur la « souveraineté territoriale » et sur la « définition du champ du différend », dans une première sentence rendue le 9 octobre 1998 (3), mais devait encore se prononcer sur la « délimitation des frontières maritimes » (4). On a déjà rendu compte ici de la sentence rendue à ce propos (5), et le présent commentaire n'a d'autre objet que de présenter quelques commentaires additionnels à cette première analyse. Après avoir procédé à quelques brefs rappels, on examinera le droit applicable à la délimitation maritime qu'il s'agissait cette fois d'effectuer (I) avant de proposer quelques annotations éparses sur l'ensemble de la sentence (II).

(\*) Giovanni DISTEFANO, Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

(\*\*) H. de MONFREID, *Les secrets de la mer Rouge*, Paris, 1932 (réimpr. 1999), p. 51.

(1) Texte in *RGDIP*, vol. 100 (1996-4), pp. 851 s.

(2) Ci-après : « le Compromis », *ibid.*, pp. 1125 s. Sur la genèse diplomatique-juridique des instruments conventionnels à la base du présent arbitrage, v. l'auteur dans *RGDIP*, vol. 103 (1999-4), pp. 851 et s., et le présent *Annuaire*, 1996, pp. 477-481 (J.F. DOBELLE).

(3) Commentaire de J.F. DOBELLE et J.M. FAVRE, cet *Annuaire*, 1998, pp. 337-355.

(4) Il s'agit, selon le Tribunal, d'un « *international maritime boundary between the two States Parties to the Arbitration ; and not in the sense of what is usually called a maritime 'limit'* » (§ 129). Cela signifie, pour reprendre les mots de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Golfe du Maine entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique (arrêt du 12 octobre 1984 : *C.I.J.*, *Recueil* 1984, §19) : « une véritable frontière entre deux souverainetés ».

(5) V. J.F. DOBELLE, cet *Annuaire*, 1999, pp. 554-565, auquel le lecteur voudra bien se reporter. Le texte de la sentence, dont il n'existe aucune traduction officielle en langue française, peut être consulté sur le site de la Cour permanente d'arbitrage : [www.pca-cpa.org/ERYE2intro.htm](http://www.pca-cpa.org/ERYE2intro.htm).

## I. – LE DROIT APPLICABLE À LA DÉLIMITATION MARITIME

Arrivé au terme de son marathon juridictionnel, le Tribunal arbitral a constaté que sa tâche lors de la deuxième phase lui avait été « facilitated by the excellence of the oral presentations on both sides » (6). A vrai dire, les divergences entre les deux Parties concernant le tracé de la ligne de délimitation maritime n'étaient pas en tous points aussi flagrantes que l'on serait amené à le croire (7). Il y avait bien entendu un différend, mais qui portait plutôt sur l'incidence, aux fins de la délimitation maritime, des activités liées à la pêche traditionnelle (et de son régime juridique) et des concessions d'exploration et de forage pétroliers, ainsi que sur l'identification des lignes de base à partir desquelles cette ligne aurait dû être tracée.

Il y a donc lieu de commencer tout d'abord par illustrer les points marquants des revendications des deux parties, en décrivant notamment les lignes revendiquées de part et d'autre mais surtout les arguments juridiques sur lesquels elles se fondent.

Les deux Parties avaient revendiqué une ligne médiane qui différait, bien évidemment, sur plusieurs points. Les lignes revendiquées par les Parties étaient sectionnées dans un axe nord-sud en trois secteurs, respectivement septentrional, central et méridional.

Le Yémen, se fondant sur l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord*, déclara que « a median line normally produces an equitable result when applied between opposite coasts » (8). Pour les trois secteurs le Yémen tint à souligner : a) l'importance des circonstances pertinentes non géographiques (c'est-à-dire la dépendance des activités liées à la pêche pour les populations côtières); b) le besoin sécuritaire des Etats côtiers (c'est-à-dire l'empiètement spatial des souverainetés notamment dans les parages des îles Hanish) (9).

En revanche, la ligne proposée par l'Erythrée se caractérise par son caractère original et somme toute assez inventif. Sa revendication était articulée en deux parties : a) une proposition de ligne frontière internationale ; b) « certain delimited 'boxes' of the mid-sea islands the purpose of which was to delimit the areas which Eritrea claimed to be 'joint resource areas' ». Il y a lieu de s'attarder sur ce dernier argument qui se fondait sur l'interprétation que faisait l'Erythrée de la première sentence relativement à la nature et à l'étendue du régime de la pêche traditionnelle. Aux yeux de l'Erythrée, le Tribunal aurait, lors de la première phase, établi par le truchement de ce régime une forme de condominium ou de souveraineté commune tant dans les îles pélagiques que dans les espaces maritimes avoisinants. Sur cette interprétation du régime de la pêche traditionnelle, l'Erythrée fit ainsi découler ce système de délimitation maritime, particulièrement compliqué, il est vrai, des « boxes ». Ce système, ingénieux, apparaissait donc comme la conséquence, le reflet, dans la délimitation maritime, de cette souveraineté commune. D'ailleurs, cette méthode de délimitation en « boîtes » n'était qu'un aspect de la solution complexe érythréenne aboutissant à la ligne médiane historique,

---

(6) § 8.

(7) §§ 11-30.

(8) § 13.

(9) §§ 20-21.

celle-ci étant « *one drawn as a median between the mainland coasts and ignoring the existence of the mid-sea islands of Yemen but taking into account the islands of Eritrea* » (10). Cette ligne ne devait pas tenir compte de l'« effet » des îles yéménites car celles-ci relevaient tout de même d'un régime spécial s'apparentant très fortement à un condominium et donc ne sauraient être prises en compte en vue de tracer la ligne frontière. En effet, puisque, d'après l'interprétation que prônait l'Erythrée, la souveraineté yéménite était grevée d'une forme de servitude représentée par le régime de la pêche traditionnelle, ces îles ainsi que les espaces environnants échappaient à la délimitation maritime. Ce système des « boîtes » se basait partant sur l'exigence concrète, réitérée par l'Erythrée qui « *wanted to be able to tell its fishermen precisely where they might fish* » (11).

L'Erythrée prétendait ainsi faire abstraction, aux fins de l'identification de la ligne de frontière maritime, des îles pélagiques yéménites, et tracer cette ligne médiane historique (en fait deux lignes) de part et d'autre de cette zone de souveraineté commune ou grevée de servitudes internationales. En conséquence, la charpente de l'argumentation érythréenne fondée sur le régime de la pêche traditionnelle tendait à démontrer : a) que l'exploitation conjointe des ressources s'étendait tant dans ces îles que dans les espaces maritimes les entourant ; b) qu'il existait deux lignes de délimitation maritime, respectivement entre la côte occidentale et la zone du régime spécial et entre la côte orientale et cette même zone. Au milieu se serait ainsi trouvée la zone (des îles Hanish) caractérisée par le régime de la pêche traditionnelle (12).

Cette argumentation était du reste étroitement liée à celle selon laquelle le titre juridique yéménite sur ces îles aurait été « créé » et non simplement « constaté » par le Tribunal (13). Ce qui aurait eu comme conséquence que non seulement cette souveraineté était *amoindrie* par certains droits réels érythréens, mais que de surcroît, elle était *conditionnelle* (14) en ce sens que la violation par le Yémen de ses obligations internationales relativement au régime de la pêche traditionnelle aurait signifié la fin même de cette souveraineté. Le Tribunal rejeta de manière catégorique cette prétention, déblayant ainsi le terrain de toute équivoque concernant les limites à la souveraineté yéménite sur les îles pélagiques qui avaient formé l'objet du premier arbitrage.

Comme les Parties l'avaient stipulé à l'article 2 § 3 du compromis d'arbitrage (15) :

« La seconde étape donne lieu à une sentence sur la délimitation des frontières maritimes. Le Tribunal statue en prenant en compte l'opinion qu'il se sera faite sur les questions de souveraineté territoriale, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et tout autre élément pertinent ».

Tels sont donc les éléments que le tribunal prend tour à tour en considération.

(10) § 28.

(11) § *Ibid.*

(12) § 274 (al. A et B) du Mémoire érythréen cité par le Tribunal à la fin du chapitre 1<sup>er</sup> de la sentence.

(13) § 36. Voir *infra* pour les effets juridiques de l'adjudication juridictionnelle en matière de conflits territoriaux.

(14) § 37.

(15) *Supra*, note 1.

*A. La prise en considération de la sentence du 9 octobre 1998  
sur les questions de souveraineté territoriale*

Sur ce premier point les Parties s'affrontent notamment sur l'influence des activités liées à la pêche, des contrats de concession pétrolière et du régime de la pêche traditionnelle. Nous examinerons ces différentes facettes à tour de rôle.

*1. Incidence des activités liées à la pêche sur la délimitation maritime*

D'entrée de jeu, il y a lieu de faire observer le caractère saillant de l'appareillage argumentatif des Parties par rapport à la pêche dans la Mer rouge et à son incidence sur la délimitation maritime. En effet, chacune des parties présente sa propre argumentation de manière binaire : elle s'évertue à exposer d'une part les raisons – positives – pour lesquelles les intérêts socio-économiques liés à la pêche sont essentiels à son égard et, d'autre part, elle indique les raisons – négatives – pour lesquelles ces mêmes intérêts seraient dépourvus de toute valeur à l'égard de l'autre partie (16). Pour ce faire, les Parties invoquent : i) l'importance de l'activité de la pêche en général (17); ii) la dépendance économique du pays des activités de pêche (18); iii) l'emplacement des zones de pêche (19); iv) la consommation de poisson par les populations (20).

A cet égard, le Tribunal répond tout simplement que :

*« Neither Party has succeeded in demonstrating that the line of delimitation proposed by the other would produce a catastrophic or inequitable effect on the fishing activity of its nationals or detrimental effects on fishing communities and economic dislocation of its nationals [...] For these reasons, it is not possible for the Tribunal to accept or reject the line of delimitation proposed by either Party on fisheries grounds »* (21).

En effet, le Tribunal avait déjà, comme le Compromis le lui prescrivait (22), pris dûment compte de ces aspects et facteurs allégués par les Parties lors de la première phase. Par conséquent, il n'y avait plus lieu à ce que ces derniers aient une quelconque influence ou un quelconque effet sur la ligne de délimitation maritime, puisqu'ils ont *déjà* produit leurs effets, lors de la première sentence, par le truchement précisément du régime de la pêche traditionnelle (23). Ils ont ainsi *déjà* épuisé leurs effets en amont.

C'est là – et nous serons obligés d'y revenir fréquemment – l'une des spécificités de la sentence du 17 décembre 1999, à savoir sa subordination formelle et matérielle à celle du 9 octobre 1998. Formelle, puisque, comme nous l'avons vu, le Tribunal est appelé, afin de rendre sa deuxième sentence, à prendre en compte en premier lieu « l'opinion qu'il se sera faite sur les questions de souveraineté territoriale » (24). Matérielle, puisque la constatation et la préservation du régime de la pêche traditionnelle et de ses différents appendices juridiques auront un effet décisif aux fins de la délimitation mari-

(16) Le Tribunal lui-même fait état de cette imbrication au § 61.

(17) §§ 52-53 et 62-63.

(18) §§ 54-55 et 64.

(19) §§ 56-57 et 69.

(20) §§ 58 et 70-71.

(21) §§ 72,73.

(22) Article 2 § 2 et article 3 § 2 de l'« Accord sur les principes fait à Paris le 21 mai 1996 » [ci-après l'« Accord »].

(23) Dispositif de la 1<sup>re</sup> sentence, § 527 litt. VI).

(24) Voir *supra* : article 2 § 3.

time, permettant au Tribunal d'évacuer la plus grande partie de l'échafaudage argumentatif des Parties à cet égard. En d'autres termes, la manière dont le différend insulaire a été réglé lors de la première phase a jeté une ombre écrasante sur la *ratio decidendi* dans la deuxième.

## 2. *Les contrats de concession pétrolière et leur incidence sur la délimitation maritime*

Ensuite, le Tribunal passe en revue l'articulation de l'argumentation des Parties relativement aux concessions d'exploration et de forage pétroliers et leur incidence sur le tracé de la ligne de délimitation maritime, et constate, par rapport à la première phase, « *a reversal of rôles* » (25). En effet, alors que d'une part le Yémen y avait beaucoup insisté et que, d'autre part, l'Erythrée en avait minimisé la portée juridique aux fins de l'établissement de la souveraineté sur les îles, les deux parties changent radicalement d'attitude dans la deuxième phase. Par exemple, le Yémen affirme, avec nonchalance, que « *while it introduced the Petroconsultants maps as evidence of Yemen's sovereignty over the disputed islands, it did so not to show maritime boundaries* » (26).

Quoi qu'il en soit, le Tribunal, en citant un passage de sa première sentence – une nième manifestation de cette subordination (27) – n'en a cure et affirme que :

« *Those contracts however lend a measure of support to a median line between the opposite coasts of Eritrea and Yemen, drawn without regard to the islands, dividing the respective jurisdiction of the Parties* » (28).

En effet, la seule contribution « concrète » de la deuxième sentence aux fins de la détermination du tracé de la ligne maritime réside dans la prise en compte des îles et de leur « effet » éventuel sur cette dernière (29). Le Tribunal s'empresse d'ailleurs d'ajouter que le tracé qui pouvait être inféré à partir des concessions pétrolières – et qui faisait naturellement abstraction de la souveraineté sur les îles, car elle était encore indéterminée – doit désormais être tempéré, ajusté « *once that sovereignty has been determined* » (30), et cela conformément à l'art. 2 § 3 du compromis.

Ainsi, les concessions pétrolières, comme nous le verrons plus loin, joueront un rôle important au niveau de la fixation du tracé de la ligne de délimitation maritime. Expulsées lors de la première phase, on les retrouve – quatorze mois plus tard – à la base de la *ratio decidendi* de la deuxième sentence.

(25) § 75.

(26) § 80.

(27) Le Tribunal lui-même d'ailleurs, et à ce même endroit (§ 82), déclare qu'il est : « *required in this Second Stage of the proceedings to take into account, inter alia, the opinion that it formed on the question of territorial sovereignty* ».

(28) § 78. L'Erythrée s'est beaucoup appuyée sur ce paragraphe et sur d'autres passages similaires de cette sentence ainsi que de la première (§ 438) car ils permettraient d'étayer une ligne médiane « *drawn without regard to base points on the disputed islands [...]. Ran through Greater Hanish along a median line* » ; « *Eritrea acknowledged that the contracts and conduct of Yemen and of Ethiopia and Eritrea are not tantamount to mutual acceptance of a median maritime boundary or even of a modus vivendi line. But it contended that they nevertheless provide a persuasive basis for taking an « historic median line » to divide the waters of the Red Sea, to be drawn without according the « mid-sea » disputed islands influence on the course of that line* » (§ 79). Sur la notion de *modus vivendi* et son manquement dans cette même affaire, voir l'auteur *op. cit.* (1999), pp. 881 et suiv.

(29) « *What weight, and why and how, are questions addressed below* » (§ 83)

(30) § 83.

Avant d'en venir au régime de la pêche traditionnelle et à son éventuel effet sur le tracé de la ligne maritime, le Tribunal effectue une digression – car elle apparaît finalement et concrètement comme telle – dans la pratique des Etats en matière de coopération ou d'exploitation conjointe de ressources « *that straddle maritime boundaries* ». Cette pratique est *a fortiori* essentielle ici puisque :

« The Red Sea is not to be compared to the great oceans. Yemen and Eritrea face one another across a relatively narrow compass (...) These relations long antedate the relatively modern, European-derived, concepts of exclusionary sovereignty » (31).

Nous pourrions également surenchérisir en disant que cela est d'autant plus légitime puisque la première sentence a établi (prescrit ?) un régime commun en matière de pêche traditionnelle (32).

Comme nous le verrons par la suite (33), le Tribunal sait ne pas pouvoir donner suite à la requête érythréenne suivant laquelle les activités liées aux hydrocarbures étaient couvertes par le régime historique. Toutefois,

« *it is of the view that, having regard to the maritime boundary established by this Award, the Parties are bound to inform one another and to consult one another on any oil and gas and other mineral resources that may be discovered that straddle the single maritime boundary between them or that lie in its immediate vicinity (...)* » (34).

Trois considérations semblent guider le Tribunal dans cette direction : i) les relations historiques entre les deux pays, ii) l'amitié rétablie après la première sentence, iii) le corps de règles en matière de ressources marines se chevauchant. Selon le Tribunal, en effet, il importe que « *Eritrea and Yemen should give every consideration to the shared or joint or unitised exploitation of any such resources* » (35).

On a l'impression, confortée aussi par la première sentence, que le Tribunal a fait plus que simplement déterminer (constater) la souveraineté territoriale (comme d'ailleurs l'a prétendu aussi l'Érythrée) et la ligne de délimitation maritime, mais a, entre autres, agi en tant qu'organe de la C.I. dans une perspective du droit international de la coopération (36). Attitude justifiée en l'espèce en raison non seulement de la situation conflictuelle (presque militaire ou, en tout cas, hautement belligère) entre les deux Etats, mais aussi parce que telle était la finalité de l'arbitrage exprimée clairement tant dans l'Accord que dans le compromis (37).

(31) § 85. Nous procéderons plus loin à une analyse liminaire des affirmations du Tribunal relatives au caractère euro-centré de certaines notions du droit international – telles que la souveraineté – ainsi que de leur impact sur la présente sentence. En essayant notamment de répondre à la question de leur portée opératoire dans le cas d'espèce. Bref, pourquoi le Tribunal ressent le besoin de les invoquer et à quelles fins il s'en sert. Voir aussi § 95.

(32) Quoi qu'il en soit, les activités liées à l'exploitation des ressources en hydrocarbures échappent – tout naturellement – au régime (commun) de la pêche traditionnelle.

(33) § 104. Cf. *infra* note 50.

(34) § 86.

(35) § 86.

(36) FRIEDMANN, W., *The changing structure of international law*, London, 1964 ; ABI-SAAB, G. « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207 (1987-VII), pp. 321-322.

(37) Les Parties lui ayant demandé de rendre une sentence qui permette « de rétablir leurs relations pacifiques dans l'esprit de l'amitié traditionnelle entre leurs deux peuples » (deuxième alinéa du Préambule de l'Accord – reproduit au deuxième alinéa Préambule du Compromis), c'est-à-dire de jeter les bases d'une paix stable ou, tout au moins, de relations cordiales fondées sur le régime de la pêche traditionnelle.

### 3. *Le régime de la pêche traditionnelle et son incidence sur la délimitation maritime*

Le chapitre IV a trait en entier au contenu du régime de la pêche traditionnelle – dont la consécration est énoncée au § 526 de la première sentence – et à son éventuelle incidence sur la détermination de la ligne de frontière maritime. Or, les Parties ont interprété de manière radicalement différente ce régime ainsi que ses contours. Selon l'Érythrée, par la première sentence, le Tribunal aurait *établi, prescrit... institué* (?) ce régime juridique et il ne lui resterait plus, lors de la deuxième, qu'à en délimiter l'étendue spatiale (38). Tout au contraire, selon le Yémen, non seulement le Tribunal n'avait fait que *constater* l'existence de ce régime juridique, mais, de surcroît, sa réglementation administrative relevait de la souveraineté yéménite et cela dans les intérêts uniquement des pêcheurs yéménites et érythréens et non pas de l'Érythrée elle-même (39). Cela soulève une question intéressante – dont nous discuterons plus loin (40) – relativement à la distinction entre bénéficiaires et titulaires de règles juridiques qu'exprime ce régime juridique. En effet, le Tribunal déclare que :

« *Although the immediate beneficiaries of this legal concept [selon lequel tous les êtres humains sont les "stewards of God" ] were and are the fishermen themselves, it applies equally to States in their mutual relations. As a leading scholar has observed : "Islam is not merely a religion but also a political community (umma) endowed with a system of law designed both to protect the collective interest of its subjects and to regulate their relations with the outside world" »* (41).

Soit ! Mais en droit international, oserions-nous ajouter universel, qu'en est-il de l'immédiateté comme une des conditions essentielles de la personnalité juridique ? Qui sont finalement, dans le cas d'espèce et relativement au régime de la pêche traditionnelle, les véritables titulaires de ces droits / obligations ?

Nous voici derechef replongés dans les spécificités du droit musulman. Certes, comme le Tribunal lui-même nous l'assène dans cette sentence (42), il avait basé sa première décision sur les « *regional legal traditions* », mais a-t-on vraiment besoin de faire recours aux particularités du droit musulman afin d'asseoir le régime de la pêche traditionnelle qui accompagne – et limite (?) – la souveraineté sur les îles de la Mer Rouge méridionale ? Ne pourrait-on pas aboutir au même résultat par le truchement de l'arsenal juridique du droit international général ?

En outre, qu'en est-il de cette souveraineté yéménite sur certaines de ces îles, *constatée* par le Tribunal dans la première sentence. S'agirait-il d'une souveraineté assortie de servitudes, dont, au demeurant, seuls des sujets de droit international pourraient être les titulaires ? Lors de la deuxième phase (43), d'ailleurs, l'Érythrée n'avait pas laissé échapper la juteuse occasion de rappeler au Tribunal ce que ce dernier avait déclaré dans la première sentence, à savoir que :

(38) § 89. Nous reviendrons plus loin sur cet aspect fort intéressant que sont les effets juridiques d'une décision juridictionnelle en matière de controverses territoriales (*infra*, pp. 14 et suiv.).

(39) § 90.

(40) Voir *infra* pp. 274 et suiv.

(41) § 93. L'auteur auquel se réfère le Tribunal est M. KHADDURI (« International Law, Islamic », in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6, p. 227).

(42) § 92.

(43) § 38.

« (...) the conditions that prevailed during many centuries with regard to the traditional openness of Southern Red Sea marine resources for fishing, its role as means for unrestricted traffic from one side to the other, together with the common use of the islands by the populations of both coasts, are all important elements capable of creating certain 'historic rights which accrued in favour of both parties through a process of historical consolidation as a sort of 'servitude internationale' falling short of territorial sovereignty » (44).

Or, dans la deuxième sentence on ne peut s'empêcher de soupçonner que le Tribunal s'est aperçu qu'il était allé trop loin par cette affirmation – sans vraiment qu'il fût nécessaire –, et il tient à préciser qu'il ne s'agit point d'une :

« 'conditional' sovereignty, but a sovereignty nevertheless that respects and embraces and is subject to the Islamic legal concepts of the region. As it has been aptly put, "in today's world, it remains true that the fundamental moralistic general principles of the Quran and the Sunna may validly be invoked for the consolidation and support of positive international law rules in their progressive development towards the goal of achieving justice and promoting the human dignity of all mankind" » (45).

Ainsi, il ne s'agit point de souveraineté limitée ou – encore moins – de souveraineté grevée de *iura in re aliena* (46), mais de la nécessité d'interpréter des concepts originellement étrangers au droit musulman à lumière de ce dernier. On peut cependant s'interroger légitimement sur l'incidence concrète d'une telle affirmation dans le cas d'espèce. On peut en effet ajouter que toute règle de droit doit contenir une particule plus ou moins importante d'équité lui permettant d'atteindre un degré plus ou moins élevé de justice. La notion de justice nous paraît être inhérente à toute proposition normative.

Le différend, au regard du régime historique de la pêche traditionnelle, s'établit au niveau des différentes interprétations des Parties quant à son contenu et à son fondement juridique. Nous discuterons de ces aspects dans la deuxième partie ainsi que des questions plus proprement institutionnelles de ce régime juridique. Il nous importe ici d'observer les conclusions du Tribunal quant aux dimensions d'application de ce régime, à savoir à *qui* il s'applique, *jusqu'où*, à *quelles activités* et depuis *quand*.

*Ratione personae*, le régime de la pêche traditionnelle concerne tous les pêcheurs, yéménites et érythréens et ne s'étend pas aux ressortissants des Etats tiers (47); *ratione loci*, il rayonne ses effets non seulement dans les zones environnant les îles – dont la souveraineté était contestée jusqu'à la première sentence – mais également entre celles-ci et les côtes des deux Etats parties (48); *ratione materiae*, il couvre toutes les activités liées à la pêche « artisanale » (49) mais ne régit pas, et donc n'inclut pas en son sein,

(44) § 126 de la 1<sup>re</sup> sentence.

(45) § 94. L'auteur auquel se réfère le Tribunal est A.S. EL-KOSHERI (« History of the Law of Nations. Regional Developments : Islam », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, p. 229). Le juriste égyptien était d'ailleurs l'un des deux arbitres nommés par le Yémen dans le présent arbitrage.

(46) Cf. *infra* II.B.

(47) § 104, 106.

(48) Le Tribunal, d'ailleurs, se soucie de préciser que « The entitlement to enter the relevant ports, and to sell and market the fish there, is an integral element of the traditional regime ... Nationals of the one country have an entitlement to sell on equal terms and without any discrimination in the ports of the other. Within the fishing markets themselves, the traditional non-discriminatory treatment – so far as cleaning, storing and marketing is concerned – is to be continued » (§ 107).

(49) Les deux Parties s'étant longuement affrontées au regard du champ opératoire de cet « adjectif », le Tribunal s'est vu contraint de déclarer que : « It does not exclude improvements in powering the small boats, in the techniques of navigation, communication or in the techniques of fishing but the traditional regime of fishing does not extend to large-scale commercial or industrial fishing... » (§ 106). Voir aussi note 48.

toute autre activité relative notamment à l'extraction du guano ou encore à l'extraction minérale plus généralement (50); *ratione temporis*, les pêcheurs des deux rives méridionales de la Mer Rouge bénéficiaient depuis les temps immémoriaux (51) de ce régime de la pêche traditionnelle (52).

Enfin, ce régime juridique (53), qui échappe au droit de la mer – c'est-à-dire à une partie du droit applicable prévu par le compromis – n'a aucune incidence sur la détermination de la ligne de délimitation maritime, car ni son existence ni sa perpétuation ne dépendent du droit de la mer (54). C'est là la vraie raison juridique de sa neutralisation lors de la deuxième sentence. Cette réponse du Tribunal permet également de battre en brèche la revendication érythréenne d'une souveraineté commune et de l'argumentation de la délimitation en « boîtes » qui y trouvait son fondement (55). Car, en refusant toute forme de condominium ou de souveraineté commune, le Tribunal peut par la même occasion se débarrasser de la proposition érythréenne consistant dans deux lignes de délimitation maritime, respectivement à l'est et à l'ouest de cette zone. Le système érythréen de délimitation en « boîtes » étant fondé sur la prétendue souveraineté commune dans le secteur central, la réfutation de celle-ci par le Tribunal entraînait tout naturellement l'écroulement de l'échafaudage argumentatif érythréen. Ne resta, en fin de compte, que le maintien de ce régime de la pêche traditionnelle avec ses spécificités et ses institutions qui constitua pour l'Erythrée une sorte de lot de consolation.

### B. Les autres éléments du droit applicable

Le Tribunal vient ainsi de liquider le premier volet du droit applicable, dont il a pour ainsi dire stérilisé l'influence sur la détermination de la ligne de frontière maritime, à l'exception notable et décisive des contrats de concessions pétrolières. Il ne lui reste maintenant qu'à « prendre en compte (...) la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et tout autre élément pertinent » (56). Ce dernier morceau de phrase – contenu à l'article 2 § 3 du Compromis – est interprété par le Tribunal comme englobant toute une série d'éléments disparates qui « *might affect the equities of the particular situation* ». Et cela dans le dessein précisément d'aboutir à une solution équitable.

Le Tribunal opte pour une « *single all-purpose boundary* » ligne médiane entre les côtes continentales des deux Etats parties (57), car *justement*,

« *As the Tribunal had occasion to observe in its Award on Sovereignty (paragraph 438), the offshore petroleum contracts entered into by Yemen, and by Ethiopia and by Eritrea, "lend a measure of support to a median line between the opposite coasts of Eritrea and Yemen, drawn without regard to the islands, dividing the respective jurisdictions of the Parties" (58).*

(50) § 104.

(51) § 95 ; l'auteur, *op. cit.* (1999), pp. 860, 886.

(52) Antérieurement à toute forme de souveraineté territoriale étatique mais aussi bien avant que ce concept n'y fût introduit.

(53) Dont nous examinerons plus loin l'échafaudage institutionnel.

(54) § 110.

(55) Voir *supra* p. 257.

(56) Même si l'Erythrée n'est pas partie à la Convention de 1982 [ci-après la « Convention »] sur le droit de la mer, « *it has agreed to its application in the present case* » (§ 145, voir aussi *supra* l'article 2 § 3 du Compromis).

(57) Calculée à partir d'une ligne de basse mer (§ 134-135).

(58) § 132.

Il ne reste donc plus, ajoute-t-il, qu'à tempérer cette ligne médiane par les effets éventuels de certaines îles pélagiques à la lumière du droit de la mer et de tout autre élément pertinent.

Avant de fixer sur la carte géographique une telle ligne, le Tribunal s'empresse, à raison, d'en identifier les points terminaux – septentrional (59) et méridional (60) – afin de ne pas empiéter sur les droits et titres des Etats tiers à l'instance (61). Ensuite, il procède à la détermination de cette ligne selon les trois secteurs, respectivement septentrional, central et méridional (62).

Relativement au premier secteur, les îles érythréennes des Dahlaks sont considérées, à raison, par le Tribunal comme un « *carpet of islands* » (63) et donc à ce titre susceptibles de l'application de l'art. 7 § 1 de la Convention, c'est-à-dire l'adoption, dans le versant occidental, d'une ligne de base droite au lieu d'une ligne de base normale, conformément à l'art. 5 de la Convention (64).

Concernant, en revanche, les îles pélagiques yéménites de Jabal al-Tayr et l'archipel des Zubayr, le Tribunal ne peut accueillir l'argumentation du Yémen suivant laquelle elles devaient être prises en compte, à l'instar des Dahlaks, aux fins de la fixation du tracé des lignes de base (65). Ces îles donc n'équilibrent pas, au point de vue juridique, l'effet matériel opposé des îles Dahlaks. Les points de la ligne de base doivent donc être recherchés sur la côte yéménite, comprenant l'île de Kamaran (66) mais aussi le chapelet d'îles au nord de celle-ci (67) et cela bien que le Yémen ait choisi « *to deploy its arguments differently* » (68). Par conséquent, « *[f]or this entire part of the line, the boundary should be a mainland-coastal median, or equidistance, line* » (69).

(59) § 136. L'Arabie saoudite, qu'un différend territorial opposait alors au Yémen, avait envoyé une lettre au Greffe du Tribunal datée du 31 août 1997 dans laquelle était réservés ses droits et également « *suggesting that the Tribunal should restrict its decisions to areas "that do not extend north of the latitude of the most northern point on Jabal al-Tayr island"* » (§ 44). Le Yémen et l'Arabie saoudite ont depuis conclu un accord de règlement territorial mettant ainsi un terme à cette controverse territoriale vieille de 65 ans. Le traité international, signé au début de juin 2000, incorpore *grosso modo* la ligne de délimitation prévue par le Traité de Ta'if de 1934.

(60) § 136 et 163-164.

(61) Nous reviendrons plus loin sur les aspects afférents aux droits et titres des Etats tiers et à la relativité de la chose jugée (II.A).

(62) Voir *supra* note 60.

(63) § 139.

(64) Cet effet des îles Dahlaks sur la ligne de délimitation maritime, a été nié au récif de Negileh, en dépit des insistances érythréennes, car, n'étant qu'un « haut-fond découvrant » au sens de l'art. 7 § 4 de la Convention, ne pouvait guère être pris en compte aux fins de l'application de l'article 6 de la Convention.

(65) Car, alors que les espaces marins entre les îles Dahlaks et la côte érythréenne sont des eaux intérieures, l'espace marin entre l'archipel des Zubayr et les îles de Jabal al-Tayr, d'une part, et la côte yéménite, d'autre part, ne consiste même plus en eaux territoriales (bref il n'y a plus de continuité dans l'irradiation de la souveraineté territoriale). Ce qui n'empêche que ces îles auront droit à leur propre mer territoriale (§ 118).

(66) « *[R]elatively large, inhabited and important island of Kamaran off this part of the Yemen coast. This island, together with the large promontory of the mainland to the south of it, forms an important bay and there can be no doubt that these features are integral to the coast of Yemen and part of it and should therefore control the median line* » (150).

(67) « *The relatively large islet of Tiqfash, and the smaller islands of Kutama and Uqban further west, all appear to be part of an intricate system of islands, islets and reefs which guard this part of the coast. This is indeed, in the view of the Tribunal, a "fringe system" of the kind contemplated by Article 7 of the Convention, even though Yemen does not appear to have claimed it as such* » [les italiques sont de nous ; § 151].

(68) § 151.

(69) § 152.

Avant d'enchaîner avec l'analyse du tronçon central de la ligne, arrêtons-nous un instant sur l'affirmation du Tribunal quant à l'argumentation yéménite relative au chapelet d'îles au nord de l'île de Kamaran. Le Tribunal, peut-il, tel un démiurge, ré-argumenter ou ajuster, modeler, ré-articuler les thèses juridiques d'une Partie conformément au droit international afin qu'elles puissent y être soumises au moule qu'il détermine ? Ne serait-on pas en présence sinon d'un *ultra petita*, d'un *differenter petita* ? Le Tribunal peut-il s'arroger la prérogative d'accommoder l'échafaudage argumentatif d'une Partie afin d'en reconnaître l'effet souhaité, visé ? Peut-on dans ce cas parler d'excès de pouvoir de la part du Tribunal ? Nous pensons qu'il ne s'agit là que d'un faux problème, la question pouvant être résolue par l'application du principe général de droit selon lequel : *iura novit curia*. C'est-à-dire que le juge n'est pas astreint aux seules thèses juridiques présentées par les Parties, mais qu'il jouit également d'un pouvoir autonome en matière de détermination du droit applicable. Dans l'impossibilité, hélas, de pouvoir consulter les mémoires et plaidoiries yéménites, nous ne sommes cependant pas en mesure d'apprécier l'écart entre l'argumentation originelle yéménite et l'argumentation retravaillée du Tribunal.

Dans le secteur central (70) la grande question est celle du chevauchement des mers territoriales entre les îles yéménites de Zuqar et Hanish et les îles érythréennes de Haycocks et de South West Rocks (71), toute île, quelle que soit sa taille, jouissant d'une mer territoriale conformément à l'article 121 § 2 de la Convention. La détermination de la ligne de délimitation maritime se fera donc conformément aux règles applicables en matière de mer territoriale, car les espaces ici délimités relèvent de cette catégorie juridique. En l'espèce, la disposition des îles érythréennes et leur distance cadencée de la côte sont telles que, grâce à la méthode du *leap-frogging*, rejetée aux fins de la détermination de la souveraineté territoriale (72), la mer territoriale érythréenne s'étend très loin des côtes (73).

Pour ce qui concerne la ligne de délimitation maritime dans cette zone et compte tenu du chevauchement des mers territoriales respectives, le Tribunal affirme que :

« *the international boundary line must therefore lie somewhere in a belt of sea no more than four or five miles wide* » (74).

Et, sans s'étendre – et c'est un euphémisme – sur les explications, il ajoute qu'il considère :

« *this line to be an entirely equitable one. The decision of the Tribunal is therefore that the median line is the international boundary line where it cuts through the area of overlap of the respective territorial seas of the Parties* » (75).

Il est vrai que le Tribunal semble être obsédé par le souci d'éviter l'enclavement de certaines îles érythréennes si la ligne proposée par le Yémen devait être retenue, mais il n'en est pas moins vrai que l'on a beau chercher la *ratio decidendi* à cet égard, on n'en trouve pas trace. La ligne finalement

(70) En sus de la revendication érythréenne basée sur le système de délimitation en « boîtes », voir *supra* pp. 257 et 263.

(71) § 154.

(72) « *This "leap-frogging" point was invoked strongly in support of Eritrea's claims to sovereignty. This reasoning was not accepted by the Tribunal in its Award on Sovereignty, it nonetheless has relevance in the present context.* » (§ 156). Voir l'auteur, *op. cit.* (1999), pp. 870 et suiv.

(73) § 156.

(74) § 158.

(75) § 159.

déterminée par le Tribunal « *has the advantage of avoiding the need for awkward enclaves in the vicinity of a major international shipping route* » (76). Telle paraît bien être la raison à l'origine du choix du tracé de la ligne mais l'on ne saurait pas partager les fondements juridiques de cette décision qui, s'ils existent, ne nous sont pas dévoilés.

Le Tribunal s'attaque ultérieurement au tracé de la ligne entre les points 13 et 15, tronçon particulièrement tarabiscoté et délicat, constatant d'ailleurs que :

« *This boundary decided upon by the Tribunal between turning points 14 and 15 is also very near to the putative boundary of a Yemen territorial sea in this area, but makes for a neater and more convenient international boundary* » (77).

Quant au secteur méridional, enfin, il ne présente pas d'intérêts majeurs dignes d'être ici relevés.

La ligne de délimitation maritime ainsi dénichée par le Tribunal est soumise au test de la proportionnalité, sorte d'ordalie à laquelle les tribunaux internationaux s'adonnent afin de jauger le caractère équitable de toute délimitation maritime. Cette sentence n'y fait pas exception et le Tribunal tient d'ailleurs à préciser – si besoin en est – la portée et la finalité juridiques de cette opération.

« *It is not an independent mode or principle of delimitation, but rather a test of the equitableness of a delimitation arrived at by some other means* » (78).

Dans le cas d'espèce, le Tribunal s'acquitte du mandat dont il a été chargé par les Parties en constatant, après calculs, le caractère équitable de la ligne de délimitation.

Nous aimerions toutefois dire encore quelques mots sur le test de proportionnalité qui n'est donc pas un titre de délimitation, celui-ci résidant dans l'irradiation de la souveraineté de l'Etat côtier sur certains espaces maritimes adjacents à son propre territoire. Concernant, plus particulièrement, la Zone Economique Exclusive ainsi que le plateau continental, on peut affirmer que la *fons et origo* des droits souverains dont l'Etat riverain jouit est à rechercher dans sa propre souveraineté territoriale et cela *ipso facto et ab initio* (79). L'existence de ces droits souverains étant indépendante de leur exercice, le titre juridique de l'Etat côtier se révèle, partant, comme lui aussi entièrement indépendant et non tributaire de l'effectivité. Cette dernière, à la différence des frontières et différends terrestres, vient ainsi à se trouver expulsée du droit de la délimitation maritime. Ce dernier, en revanche, finit par l'objectiver, l'intellectualiser dans la règle juridique reconnaissant cette irradiation de la souveraineté de l'Etat côtier sur les espaces maritimes adjacents. L'éviction de l'effectivité du droit de la délimitation maritime a été logiquement accompagnée par la percée de la règle de droit reconnaissant certains droits souverains à l'Etat riverain.

En vérité, le principe de l'effectivité joue dans le droit des délimitations maritimes un rôle inversé par rapport au droit du contentieux territorial. Car, s'il est vrai qu'elle n'est pas à l'origine des droits de l'Etat côtier sur le plateau

(76) § 125 [c'est nous qui soulignons].

(77) § 162.

(78) § 165. Le Tribunal cite les passages pertinents de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans les affaires du Plateau continental de la Mer du Nord de 1969 ainsi que la sentence arbitrale rendue en 1977 par le Tribunal d'arbitrage dans l'affaire entre le Royaume-Uni et la France (*Plateau continental de la Mer d'Irroise*).

(79) Affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord* (Danemark et Pays-Bas c. République fédérale d'Allemagne), arrêt du 20 février 1969, *C.I.J., Recueil*, 1969, § 19.

continental, elle peut néanmoins affecter par la suite ce même titre juridique. En d'autres termes, alors que l'effectivité est prise en compte au début (en amont) dans la création du titre territorial, elle se voit en revanche reléguée à la qualité de *circonstance spéciale* lors de la délimitation spatiale du titre de l'Etat côtier (donc en aval) sur le plateau continental.

Voilà pourquoi, et de manière incidente, nous nous inscrivons en faux par rapport aux auteurs soutenant l'identité entre frontières terrestres et maritimes en se basant, entre autres éléments, sur le principe de la finalité et de la stabilité des frontières (80). On ne peut en effet fonder le caractère irréfutable de l'identité entre frontières terrestres et frontières maritimes sur le fait qu'elles sont toutes deux imprégnées du – et répondent au – principe du caractère définitif et de la stabilité des frontières. Celle-ci n'est que la finalité, le besoin auxquels répond toute délimitation spatiale des fonctions relatives à la puissance publique, et rien de plus.

Le caractère fondamentalement différent des controverses maritimes par comparaison avec les différends territoriaux se révèle de manière flagrante lorsqu'on songe précisément à la figure et au rôle du test de la proportionnalité. En effet, rien de comparable n'existe dans le droit du contentieux territorial (terrestre). Aucune norme de droit international ne prescrit un tel test pour déterminer l'éventuel caractère équitable d'une délimitation terrestre. Certes, l'équité joue un rôle – et quel rôle – en matière de différends territoriaux. Son maniement, cependant, s'opère par des modalités absolument différentes de celles qui prévalent dans le droit de la délimitation maritime.

## II. – ANNOTATIONS ÉPARSES SUR LA SENTENCE ET SUR SA *RATIO DECIDENDI*

### A. *Effets juridiques de l'adjudication juridictionnelle*

#### 1. *Les droits et titres des Etats tiers dans le règlement juridictionnel des différends territoriaux*

Comme dans toute affaire soumise à un règlement juridictionnel – et les différends territoriaux ne sauraient faire exception, bien au contraire – ce dernier est confronté à la lancinante question des intérêts juridiques des

---

(80) BARDONNET D., « Frontières terrestres et frontières maritimes », *AFDI*, vol. 35 (1983), p. 64 (notamment), selon lequel la finalité que poursuit la détermination de la ligne de frontière dans les deux cas est identique, à savoir la stabilité et le caractère définitif des frontières. Or, si ce principe sous-tend toute délimitation spatiale des sphères de compétence étatique, il n'en est pas moins vrai que cela n'est pas suffisant pour conclure à l'identité des deux processus de délimitation, comme l'a très justement souligné la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali : « [...] le processus par lequel le juge *détermine* le tracé d'une frontière terrestre entre deux Etats se distingue nettement de celui par lequel il *identifie* les principes et règles applicables à la délimitation du plateau continental » (*C.I.J. Recueil* 1986, § 47 ; les italiques sont de nous). Toute la différence réside, partant, dans la présence de règles de droit international, dans les cas de délimitation maritime, qui indiquent au juge le tracé des limites et qu'il faut par conséquent appliquer. En revanche, dans le contentieux territorial il n'existe point de règle de droit international qui indiquerait au préalable au juge le tracé de la frontière terrestre entre deux Etats ; il faut recourir aux instruments traditionnels de création de règles, de situations juridiques entre Etats. Ces deux opérations demeurent donc différentes en dépit du *seul* élément commun, qui n'a trait au demeurant qu'aux caractéristiques du résultat à atteindre et non pas aux caractéristiques intrinsèques des moyens par lesquels on y parvient.

Etats qui ne sont pas parties à l'instance. Dans l'espèce actuelle, ce problème s'est présenté au moment où le Tribunal devait fixer les points terminaux de la ligne de délimitation (81) ainsi que, subséquentement, au moment de soumettre celle-ci au test de la proportionnalité, car, à cet effet, il fallait bien mesurer la longueur des côtes (82). Le Tribunal lui-même affirme d'ailleurs qu'il :

« *has the competence and the authority according to the Arbitration Agreement to decide the maritime boundary between the two Parties. But it has neither competence nor authority to decide on any of the boundaries between either of the two Parties and neighbouring States. It will therefore be necessary to terminate either end of the boundary line in such a way as to avoid trespassing upon an area where other claims might fall to be considered* » (83).

On touche ici à ce qu'on peut appeler la limite intrinsèque de la fonction juridictionnelle et, *a fortiori*, de la fonction juridictionnelle internationale, c'est-à-dire le principe de la relativité de la *res iudicata*. Ce principe, déjà sanctifié par le droit romain en matière d'actions procédurales (84), signifie que l'arbitre ou le juge, dans leur fonction de dire leur droit (ou d'adjuger au sens du droit romain), ne peut pas modifier les droits des tiers. C'est le corollaire du principe de l'autorité de la « chose jugée » qui ne souffre d'aucune discussion (85). La décision juridictionnelle peut en effet être rapprochée de celle du traité de cession de territoire : c'est une *res inter alios acta*. A une exception près : si le traité de cession ne peut disposer des titres éventuels des Etats tiers, la décision juridictionnelle, tout en étant *inter partes*, peut accroître *erga omnes* le poids relatif du titre gagnant, peut en somme contribuer à sa perfection. Mais elle ne sera pas opposable en tant que telle, c'est-à-dire en tant qu'acte juridique (86), aux autres Etats (87). Ce principe, consa-

(81) § 136, 164.

(82) § 39.

(83) § 136. Plus loin – c'est-à-dire au moment de calculer le degré de proportionnalité de la ligne de délimitation (§ 164) – le Tribunal s'empressera de préciser que cette dernière ne s'étend pas « *to areas that might involve third parties* » et que, partant, les points terminaux « *are well short of where the boundary line might be disputed by any third State* ».

(84) Un fragment du Digeste nous enseigne en effet que : « *Saepe constitutum est, res inter alios iudicata aliis non praeiudicare* » (« Il a été souvent décidé par des constitutions, que les jugements obtenus par des parties ne forment point de préjugé pour d'autres »), D.42.1.63 (MACER II *de appellationibus*).

(85) Cf. l'article 60 du Statut de la Cour internationale de Justice ; *Occidental of Umm Al Qaywayn Inc. v. Cities Service Oil Co. et al.*, District Court (Western District), Louisiana (Lake Charles Division), award delivered the 8th July 1975, *ILR*, vol. 66, p. 178 ; *Affaire de la Délimitation des confins entre la Colombie et le Costa-Rica*, sentence rendue le 11 septembre 1900, in *Pasicrisie*, p. 538 ; *Sentencia del Tribunal arbitral « Laguna del desierto »* (Chili c. Argentine), sentence rendue le 21 octobre 1994, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 74 (1996-3), § 70,122. En droit romain existait la maxime : « *Res iudicata pro veritate accipitur* » (« Ce qui a été décidé par un jugement définitif doit être regardé comme constant et véritable »), D.50.16.207 (ULPIANUS I *ad legem Iuliam et Papiam*). Encore aujourd'hui on a accoutumé de répéter, avec une certaine emphase : « *res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum... in verum mutat* » !

(86) C'est-à-dire elle n'acquiert pas le caractère d'acte productif d'effets juridiques *erga omnes*.

(87) Cf. *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador c. Honduras ; Nicaragua intervenant), arrêt du 1er septembre 1992 : *C.I.J. Recueil* 1992, § 402 ; « L'arrêt de 1917 est donc une décision valide d'une Cour compétente. Toutefois, il ne pouvait pas constituer *res iudicata* entre les Parties à la présente affaire » [les italiques sont de nous]. « ...La sentence arbitrale du 3 octobre 1899...décidant le différend entre la Grande-Bretagne et le Vénézuéla, a attribué à la première de ces deux puissances le territoire actuellement en contestation, ne peut pas être invoquée comme titre contre le Brésil qui resta étranger au procès... » , *Affaire de la Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil* (Brésil c. Royaume-Uni), sentence rendue le 6 juin 1904 par Sa Majesté le Roi d'Italie Victor-Emmanuel III, *RGDIP*, 1904, p. 19 [les italiques sont de nous] ; *Affaire du Différend frontalier* (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt du 22 décembre 1986 : *C.I.J. Recueil*

cré par le droit international général (88), peut être considéré également comme un principe général de droit au sens de l'art. 38 §1 *lit. c*) du Statut de la Cour internationale de Justice (89).

Or, la question de la relativité de la chose jugée, et donc de la garantie des droits et titres des Etats tiers, est encore plus centrale dans le procès arbitral que lors du règlement judiciaire (par la C.I.J. ou par tout autre système judiciaire intégré et préexistant au différend). En effet, celui-ci connaît souvent l'institution de l'intervention du tiers, comme cela est prévu, par exemple, par l'article 62 du Statut de la Cour internationale de Justice (90). Le Tribunal arbitral astreint à tenir compte des seuls titres juridiques allégués par les Parties, se trouve dans l'obligation non seulement de constater la seule souveraineté de celles-ci – sans pouvoir vérifier l'éventuelle solidité des titres des Etats tiers dans les zones d'ombre – mais, en plus, de régler le différend sur une base relative. En la présente espèce, c'est surtout l'extrémité septentrionale de la ligne de délimitation qui a posé quelques problèmes au Tribunal, en raison d'un ancien différend qui opposait à l'époque le Yémen à

(Suite note 87)

1986, § 46 : « Une décision judiciaire...n'a de valeur juridique et obligatoire qu'entre les Etats qui l'ont acceptée, soit directement, soit du fait de l'acceptation de la compétence du juge pour régler l'affaire » [au regard du « point triple » et les droits du Niger] ; « Etant entendu que la ligne de délimitation déterminée par ce tribunal réserve et ne préjuge pas les questions actuellement existantes ou qui pourront surgir pour être résolues entre le gouvernement de Sa majesté britannique et la République du Brésil [v. *supra* précisément] ou entre cette dernière République et les Etats-Unis du Vénézuéla », *Règlement de frontières* (Grande-Bretagne c. Vénézuéla), sentence arbitrale rendue le 3 octobre 1899, in *RGDIP*, vol. 8 (1901), p. 73.

(88) Cf. les intéressantes dissertations du tribunal dans l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman* (France c. Grèce), Cour permanente d'Arbitrage (Prés. J.M.W. VERZIJL), décision rendue les 24-27 juillet 1956, *RSA*, vol. 12, pp. 193-195 [Réclamation N° 3].

(89) Il n'est cependant pas rare que malgré le caractère consolidé d'un tel principe, un compromis d'arbitrage territorial le mentionne clairement ; p. ex. le compromis d'arbitrage entre la Colombie et le Costa-Rica pour la délimitation de leurs frontières dont l'art. 3 avait la teneur suivante : « *El fallo arbitral deberá circumscribirse al territorio disputado que queda dentro los limites extremos ya descritos y no podrá afectar en manera alguna los derechos que un tercero que no ha intervenido en el arbitraje pueda alegar á la propiedad del territorio comprendido entre los limites indicados* » (LA FONTAINE H., *Pasicrisie internationale. Histoire des arbitrages internationaux (1793-1900)*, Bern, 1902, p. 395). L'arbitre – le gouvernement espagnol – ne consentit à siéger qu'après la solution du conflit entre la Colombie et le Vénézuéla, car il s'agissait de déterminer certains *points triples*, et donc les droits territoriaux de l'Etat tiers pouvaient être concernés par la décision arbitrale. On peut se demander en passant si cette clause, superfétatoire, ne peut pas, paradoxalement, protéger les droits des Etats tiers, puisqu'elle est après tout, comme le compromis et la sentence, une...*res inter alios acta* ! Par conséquent, seule l'application *de iure*, donc indépendamment de la volonté des Etats parties au différend et signataires du compromis, du principe général de droit précité [à savoir celui de la relativité de la chose jugée] permet et garantit que les droits et les titres des Etats tiers ne soient pas affectés.

(90) Voir l'affaire du *Plateau continental* (Libye c. Malte) : *C.I.J. Recueil* 1985, § 21. Pour une analyse approfondie et fort pertinente du principe de la relativité de la *res iudicata* dans le contexte juridictionnel de l'art. 62 du Statut de la Cour internationale de Justice, voir DAVÍ A., *L'intervento davanti alla Corte internazionale di Giustizia*, Napoli, 1984. En matière de différend territorial terrestre, le principe a depuis longtemps été consacré : voir p. ex. l'affaire de la *Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil* (1904)...*op. cit.*, p. 18. Finalement, il est utile de rappeler que, jusqu'à la décision du 13 septembre 1990, ni la CIJ, ni sa devancière n'avait accueilli une demande d'intervention *ex vi* article 62 du Statut. Dans l'arrêt précité, le Nicaragua avait été autorisé à intervenir dans l'instance. Toutefois, même dans ce cas le principe de la relativité de la chose jugée est toujours valable, comme la Chambre eut à l'affirmer dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire...op. cit.*, p. 423 : « [Le] droit d'être entendu, que l'intervenant acquiert effectivement, n'emporte pas nécessairement l'obligation d'être lié par la décision », mais ce principe ne joue pas seulement dans ce sens : en effet si l'intervenant n'est pas lié par la décision, il ne peut pas non plus l'opposer aux Parties devant l'instance (§ 424 et § 102 de l'arrêt de la Chambre de la CIJ sur l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire...*, requête du Nicaragua à fin d'intervention, le 13 septembre 1990, *C.I.J., Recueil*, 1990).

l'Arabie Saoudite relativement à la ligne de frontière terrestre et maritime, ainsi qu'à certaines îles de la Mer Rouge situées face à ses côtes occidentales (91).

2. *Souveraineté sur les îles constatée ou attribuée par le Tribunal arbitral ? Souveraineté conditionnelle ou affranchie de toute forme iura in re aliena ?*

Si nous devons consacrer quelques lignes à cette *vexata quaestio* du droit du contentieux territorial, c'est en raison de quelques affirmations du Tribunal arbitral dans cette sentence relativement à la souveraineté sur certaines îles qui formèrent l'objet du différend insulaire réglé par la sentence du 9 octobre 1998. A plusieurs reprises, le Tribunal s'y était exprimé de la sorte :

« *[The traditional fishing regime] entitles both Eritrean and Yemeni fishermen to engage in artisanal fishing around the islands which, in its Award on Sovereignty, the Tribunal attributed to Yemen* » (92).

« ... *both [viz. les îles Zuqar et Hanish] generate territorial seas which overlap with those generated by the Haycocks and South West Rocks, attributed to the sovereignty of Eritrea* » (93).

*Lapsus calami* ou quelque chose d'autre ? La question est loin de n'être qu'académique. Car, non seulement elle revêt des contours juridiques qui méritent d'être étudiés, mais, de surcroît, elle peut avoir – et en fait elle a – des répercussions importantes au niveau du régime juridique de la pêche traditionnelle et de l'ordre juridique qui le chapeaute.

La clef de la question doit être recherchée, nous semble-t-il, dans la sentence du 9 octobre 1998, à laquelle d'ailleurs la résolution du différend maritime est subordonnée, tant formellement que matériellement, conformément au Compromis (94). Le Tribunal est catégorique au regard de la signification juridique d'une éventuelle limitation à la souveraineté yéménite sur les îles :

« *All sovereignty is 'limited' by international law. Eritrea can hardly be suggesting that Yemen's sovereignty over the islands is 'conditional' in the legal sense according to which failure to observe the condition might act as a cesser of the sovereignty* » (95).

En d'autres termes, la souveraineté – constatée ou attribuée ? – du Yémen n'est pas *conditionnée* à l'accomplissement de certains actes, relatifs notamment à la garantie du régime de la pêche traditionnelle, sous peine que le couperet lui tombe dessus. Rien de cela en l'espèce.

Toutefois, la question de l'effet juridique de l'adjudication reste entière, par la présence inopinée (96) du verbe « attribuer » dans le texte de la sen-

(91) Cf. *supra* note 59. Le différend territorial entre le Yémen et l'Arabie Saoudite, que les deux Parties ont désormais résolu par voie de négociations bilatérales, avait justement atteint son paroxysme pendant le présent arbitrage. Au début du mois de juin 1998, en effet, des troupes saoudiennes avaient occupé deux îles situées en face des côtes orientales de la Mer Rouge et qui formaient l'objet de la controverse avec le Yémen (*Keesing's Record of World Events*, pp. 42369-42370). D'autres escarmouches s'ensuivirent jusqu'à ce que la Commission mixte saoudito-yéménite ne parvint à adopter en août de la même année certaines mesures permettant d'éviter des affrontements militaires ultérieurs (*Keesing's Record of World Events*, p. 42469).

(92) § 103 [les italiques sont de nous].

(93) § 154 [les italiques sont de nous].

(94) Voir *supra* p. 258.

(95) § 37.

(96) Et en l'espèce encore plus inopportune, puisque l'Erythrée avait beaucoup insisté lors de la deuxième phase sur le caractère constitutif de la 1<sup>re</sup> sentence en ce qui concerne tant la souveraineté sur les îles que le régime commun de la pêche, les deux choses n'étant dans cette perspective

tence. Il y a lieu tout d'abord de tourner notre regard vers la première sentence, vu les liens qui doivent exister et qui existent entre les deux. Or, nulle part le Tribunal ne fait usage du verbe « attribuer ». Ainsi, nous voici confrontés à une des problématiques fondamentales du droit procédural international et plus particulièrement en matière de différends territoriaux. La sentence est-elle déclaratoire d'un titre préexistant, ou est-elle constitutive d'un nouveau titre, créé par l'action juridictionnelle ? Bien entendu, nous ne saurions nullement entrer dans ce débat, une analyse de ce genre dépassant largement les limites de cette contribution (97). Quoi qu'il en soit, la présence – au moins à deux reprises – de ce verbe nous laisse songeur. Du côté du Compromis (98), aucune allusion, explicite ou implicite, n'est faite à l'éventuelle faculté du Tribunal de pouvoir rendre une sentence « dispositive », bref de « disposition de territoires » (99). Il manquerait de ce fait, les *présupposés formels* (100) pour que la sentence constitue à elle seule le « fait investitif » susceptible de créer le titre juridique au bénéfice de l'un des Etats parties (101). Le fait de ne pas

(Suite note 87)

que les deux facettes de la solution transactionnelle statuée par le Tribunal, à savoir la souveraineté *attribuée* au Yémen et limitée par le régime commun de la pêche. Cette thèse est d'autant plus difficilement acceptable que le régime commun de la pêche traditionnelle s'étend sur des espaces soumis également à la souveraineté érythréenne, reconnus d'ailleurs comme tels bien avant la sentence du 9 octobre 1998.

(97) Voir la très modeste esquisse d'analyse de l'auteur dans : *RGDIP*, vol. 100 (1995-2), pp. 359 et suiv. ; *Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Genève, 2000, Ch.3.1.3 & 3.2.1 [Thèse I.U.H.E.I. n° 605].

(98) Le Tribunal est appelé à se « prononcer conformément au droit international » et pour ce faire il « statue sur la question de la souveraineté territoriale conformément aux principes, aux règles, ... » (art. 2 § 1 et 2).

(99) Selon MORELLI (G.) « L'ordinamento internazionale di fronte alle nuove situazioni di fatto », in *Archivio di diritto pubblico*, vol. I (1936), pp. 185-204, on devrait distinguer entre la sentence de « constatation » et la sentence d'« attribution » de territoires ou de titres territoriaux. Par cette dernière, on ferait référence à l'acte juridictionnel par lequel les tribunaux internationaux effectuent l'attribution de territoires ou, plutôt, de titres territoriaux aux Etats. D'après ce juriste italien, la sentence de disposition de territoires « acquiert ainsi le caractère d'une *décision autonome*, parce qu'elle n'applique pas une décision précédente, mais elle crée la norme régulatrice du rapport [juridique] litigieux. [...] Elle est dotée [aussi] d'une efficacité matérielle qui se concrétise précisément dans sa capacité de poser des nouvelles normes juridiques entre les Parties au conflit, et donc dans la qualité qu'elle acquiert, c'est-à-dire de *fait de production juridique* » (la traduction et les italiques sont de nous ; p. 199).

(100) Selon MIELE, (*L'aggiudicazione di territori nel diritto internazionale*, Milano, 1940, pp. 61 et suiv.), certaines conditions doivent être remplies et certains présupposés formels doivent être réunis pour que l'arbitre ou le juge puisse rendre une sentence de « disposition de titres territoriaux ». Bien entendu il ne s'agit pas de conditions qu'il faut remplir de manière cumulative, mais plutôt de conditions classées par ordre décroissant eu égard à la latitude formelle (et non effective) de « manœuvre » laissée à l'arbitre dans le compromis de règlement. Premièrement, le compromis d'arbitrage spécifie *expressis verbis* la faculté pour l'arbitre de statuer *ex aequo et bono* ; deuxièmement, le compromis d'arbitrage prévoit expressément pour le juge la faculté *subsidiare* de statuer en faisant recours à des « circonstances de fait » ; troisièmement, le compromis prévoit, à titre subsidiaire, la possibilité pour l'arbitre de prononcer une sentence de disposition, mais ce dernier décide finalement sur la base du droit strict ; quatrièmement, le compromis prévoit, à titre subsidiaire, la possibilité pour l'arbitre de prononcer une sentence de disposition de titres territoriaux (toutefois, cette faculté est circonscrite territorialement par les revendications des Parties, l'arbitre ne pouvant choisir qu'une ligne comprise entre ces dernières) ; cinquièmement, le compromis semble attribuer au juge des pouvoirs d'appréciation équitable, mais l'arbitre décide entièrement *ex aequo et bono* ; enfin, le compromis ne prévoit point de tels pouvoirs, mais l'arbitre décide néanmoins sur cette base. En l'espèce, l'on ne se trouve dans aucune de ces situations ; hormis, bien entendu, la possibilité que le Tribunal se soit arrogé *motu proprio* ces pouvoirs ; ce serait alors le dernier cas de figure qui serait visé. En l'occurrence, cependant, rien ne nous convainc que tel ait été le cas et que le Tribunal ait agi de cette manière.

(101) Pour la signification des termes employés, voir l'auteur, *op. cit.* (1999) *supra* note 1, pp. 877 et suiv.

pouvoir jeter une lumière satisfaisante au point de vue théorique sur cette question – en l'espèce – engendre des répercussions sur les éventuelles limitations à la souveraineté yéménite sur les îles. Celle-ci, serait-elle alors amoindrie par la présence d'une servitude internationale ? Nous allons traiter de cette question sur le champ.

B. *Certains aspects relatifs au régime de la pêche traditionnelle  
et à l'ordre juridique inhérent*

1. *Servitude internationale et autres formes de droits territoriaux mineurs, mais surtout de iura in re aliena*

Nous avons déjà observé l'allégation érythréenne selon laquelle une forme de servitude internationale se serait greffée sur la souveraineté yéménite sur les îles (102), mais surtout le *caveat* par lequel le Tribunal s'extraie de ce guêpier dans lequel il s'était inconsciemment enfoui dans la précédente sentence. Or, le recours aux spécificités du droit musulman ajoute plus de problèmes qu'il n'en résout, surtout au niveau de la titularité des droits et des obligations dans l'ordre juridique international (103).

Enfin, qu'en est-il de cette souveraineté ? S'agirait-il d'un condominium ? Une réponse négative s'impose, confortée par les affirmations du Tribunal :

« *The traditional fishing regime is not an entitlement in common to resources nor is it a shared right in them* » (104).

Comme nous l'avons d'ailleurs déjà constaté, le Tribunal rejeta l'interprétation érythréenne de la souveraineté commune ainsi que le système de délimitation en « boîtes » qui devait en découler (105). Elle n'est pas non plus « conditionnelle », mais elle limitée par le droit international au sens que le Yémen doit respecter le droit des étrangers et notamment des pêcheurs érythréens s'adonnant à la pêche artisanale dans les espaces avoisinants (106). Bref, comme toute souveraineté territoriale, elle est plafonnée par les normes de droit international général universel et particulier (107). Toute référence à la servitude internationale disparaît promptement.

2. *Le recours au droit islamique et la souveraineté territoriale*

La souveraineté concept euro-centré : quelles sont les implications, quelle est la valeur opératoire effective de cette assertion ? Le Tribunal construit son raisonnement en deux volets : d'abord le recours aux particularités du droit islamique, sous la forme de « traditions juridiques locales », que le Tribunal s'était déjà soucie de prendre en compte lors de la première sentence (108) ;

(102) Voir *supra* pp. 262 et suiv.

(103) Voir *infra* pp. 274 et suiv.

(104) § 103.

(105) *Supra*, pp. 257 et 263.

(106) Voir plus loin pour les différentes dimensions de l'ordre juridique qui chapeaute ce régime de pêche.

(107) Cf., entre autres : *The Island of Palmas Case* (United States v. Netherlands), award delivered the 4<sup>th</sup> of April 1928 (sole arbitrator : M. HUBER), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 839.

(108) § 525 de la 1<sup>re</sup> sentence, *Revue*, p. 863. Le Tribunal confirme cela aux §§ 92 et 94.

ensuite l'absence dans ces civilisations – imprégnées des traditions islamiques – du concept « moderne » et « euro-centré » de souveraineté (109).

Le Tribunal répète en effet *ad nauseam* – tant dans la présente sentence (110) que dans la précédente (111) – que non seulement ce régime de la pêche traditionnelle préexistait à l'émergence des deux Etats parties (et probablement à l'établissement de l'Empire ottoman) (112), mais qu'il était antérieur à l'importation de la notion de souveraineté dans ces contrées. Or, nous venons de voir que le régime de la pêche traditionnelle n'a aucun impact sur la détermination de la ligne de délimitation maritime et qu'en revanche il a été intégré dans la détermination de la souveraineté territoriale yéménite. Donc, les spécificités du droit islamique ainsi que l'absence pendant longtemps de la notion de souveraineté n'auraient en fin de compte aucune incidence sur la *ratio decidendi* des deux sentences. D'ailleurs, l'existence d'un ordre juridique tiers qui contiendrait ce régime de pêche est indépendante de toute référence au droit musulman, et son caractère juridique peut être assis sur les notions pertinentes (notamment de nature coutumière) de la théorie générale (universelle) du droit (113).

Où chercher les raisons qui ont amené, parfois trop longuement et trop fréquemment, le Tribunal à puiser – apparemment – dans le droit musulman ? Serait-ce une exigence de droit intertemporel (donc *ratione temporis*), c'est-à-dire compte tenu de l'introduction tardive de la notion de souveraineté ? Rien dans la sentence ne nous le laisserait penser. Serait-ce une exigence de *ius speciale* entre les deux Etats (donc *ratione personae*) ? Aucune référence n'y est faite dans les deux instruments conventionnels instituant le Tribunal et la présente procédure, si ce n'est que la mention de « pratiques du droit international applicables en la matière » (114). Trop peu ! S'agirait-il alors de règles coutumières universelles relatives au contentieux territorial ? Rien n'est moins sûr et, de toute manière, le Tribunal non plus n'y fait jamais recours. Serait-ce enfin, comme le Tribunal lui-même le déclare dans la première sentence, le besoin de

« render an Award which, in the words of the Joint Statement signed by the Parties on 21 May 1996, will allow 'the re-establishment and the development of a trustful and lasting cooperation between the two countries' » (115).

Si celle-ci était la raison, ou le prétexte, pour légitimer l'emploi des notions de droit musulman, ce serait quelque peu fragile. Comme si le droit internatio-

---

(109) Le droit islamique n'est point un système juridique territorial, c'est-à-dire fondé sur le compartimentage spatial des compétences, pouvoirs, facultés et droits relatifs à la Puissance publique des Etats. Suivant un *hadith* confirmé par Bukhari, Mohammed avait décidé que « La Terre appartenait à Allah, à son Prophète et aux Musulmans » (in : van BERCHEM, *La propriété territoriale et l'impôt foncier sous les premiers califes. Etudes sur l'impôt du kharadj*, Leipzig, 1886, p. 7). D'ailleurs, la seule division territoriale que le droit islamique ait connue était celle entre le *dar al-harb* (le territoire de la guerre) et le *dar al-islam* (le territoire de l'islam). Mais c'était, ou ça devait être, une séparation tout à fait provisoire, le premier devant être soumis tôt ou tard à l'Islam.

(110) § 69, 85.

(111) § 337-339, 525.

(112) Il faut cependant nuancer cette affirmation quelque peu catégorique. Il faut en effet rappeler que si originellement le droit musulman ne connaissait pas la notion de souveraineté territoriale, il n'en est pas moins que par la suite, comme le Tribunal lui-même l'a admis, l'Empire ottoman jouissait de cette même souveraineté territoriale sur les îles (cf. l'auteur, *op. cit.* (1999), pp. 857-859 et 880-881 et les §§ 131, 153-168 de la 1<sup>re</sup> sentence). Par conséquent, il faut être prudent lorsqu'on affirme que ce concept était de tout temps absent tant dans la région que dans la théorie générale du droit islamique.

(113) *RGDIP*, vol. 103 (1999-4), pp. 883 et suiv.

(114) Art. 3 § 2 de l'Accord et art.2 § 2 du Compromis.

(115) § 525 de la 1<sup>re</sup> sentence.

nal général ne connaissait des institutions, règles et principes susceptibles d'être pris en compte afin d'atteindre ce même résultat ! Le raisonnement nous paraît en effet acrobatique et il est vrai, d'ailleurs, que le Tribunal n'en fait pas grand usage dans la première sentence, alors que lors de la deuxième, il y recourt beaucoup plus fréquemment, sans pour autant – nous venons de le voir – en tirer des implications concrètes ou ajouter quelque chose par rapport à la sentence précédente relativement à cet ordre juridique trans-étatique.

Il en va de même pour la distinction entre bénéficiaires et titulaires des droits prévus par le régime de la pêche traditionnelle. A la lumière de cette sentence, il convient de dire quelques mots au regard de la question de l'imputabilité des normes dont est constitué le régime de la pêche traditionnelle (116). Peut-on vraiment imaginer et soutenir que les titulaires de ces normes soient les pêcheurs yéménites et érythréens ? Ou ceux-ci plutôt ne seraient-ils que les bénéficiaires de certains avantages matériels créés pour eux par les Etats parties ? Comme le Tribunal arbitral l'a fort bien dit dans l'affaire du Filetage dans le Golfe de Saint-Laurent entre la France et le Canada :

« L'Accord du 27 mars 1972 est un traité conclu entre deux Etats souverains qui crée des droits et des obligations réciproques dans le chef de ces deux Etats. S'il est vrai que, selon la terminologie utilisée par l'Accord, le droit de « continuer à pêcher » est destiné à profiter à des « bâtiments de pêche » (article 3), à des « embarcations de pêche » (article 4a) et à des « chalutiers » (article 4b), les Etats signataires de l'Accord n'en sont pas moins *les seuls titulaires de ces droits habilités à en exiger le respect au bénéfice de leurs ressortissants respectifs* » (117).

Ce qui veut dire, en l'espèce, que seuls les Etats parties, en tant que sujets de l'ordre juridique international, jouissent donc de la capacité juridique nécessaire pour faire valoir les droits garantis par le traité et cela dans l'ordre juridique international, devant, s'il y a lieu, un tribunal international. Au regard des personnes privées, physiques ou morales, le traité ne fait que mettre en place une facilitation pour le respect de laquelle ils ne jouissent d'aucun droit dans l'ordre juridique international (118).

Le recours aux traditions juridiques régionales ainsi qu'aux spécificités du droit islamique ne saurait changer les termes de la question qui est et demeure une question de droit international et qui ne peut être qualifiée, appréhendée et résolue qu'en l'application des règles de cet ordre juridique à *ses seuls titulaires*. L'on ne peut faire échec à l'application du droit international en invoquant les particularités du droit musulman, dont on peut vraiment se demander d'ailleurs s'il est vraiment différent à cet égard par rapport à d'autres systèmes juridiques. En d'autres mots, les spécificités du droit islamique relativement à la structure de la communauté politique (« *Ummah* ») (119) ne sauraient chambarder la structure de l'ordre juridique international en matière de personnalité (120).

(116) Voir *supra*.

(117) Sentence arbitrale rendue le 17 juillet 1986, in *RGDIP*, vol. 90 (1986-3), p. 732, § 26 [les italiques sont de nous].

(118) Ils pourraient bien entendu demander à leur propre Etat national de prendre fait et cause pour eux à l'encontre de l'autre Haute partie contractante. C'est l'institution très ancienne du droit de gens appelée « protection diplomatique ». Mais justement, dans le cadre de ce mécanisme, l'« Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international », Affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 30 août 1924 : *C.P.J.I. Recueil A n° 2*, p. 12.

(119) En arabe, « *Ummah* » signifie : un peuple, une nation ou, encore, une « communauté (musulmane) ». Cf. le glossaire en annexe à SHAFI'I, *La Risâla*, trad. de l'arabe (1245), Paris, 1997, p. 514.

(120) Cf. § 94 et *supra* note 45.

### 3. *Le régime de la pêche traditionnelle en tant qu'ordre juridique et la théorie institutionnaliste du droit*

En revanche, s'il y a à ce sujet une particularité, elle réside non pas dans les plis et replis du droit islamique mais bien plutôt dans les notions de la théorie générale de droit (121), c'est-à-dire dans l'existence d'un ordre juridique tiers (trans-étatique) par rapport aux ordres internes des deux États parties. Dans cette perspective, effectivement, les pêcheurs yéménites et érythréens jouissent de la qualité de sujet dans cet ordre juridique, comme nous le verrons sur le champ. En effet, les normes relatives au régime de la pêche traditionnelle sont des normes de cet ordre juridique dont les seuls titulaires sont les pêcheurs yéménites et érythréens. Ainsi, les normes de ce régime ne peuvent s'adresser aux pêcheurs yéménites et érythréens que si l'on considère ces derniers comme les sujets de cet ordre juridique.

La clef de voûte institutionnelle de ce régime de la pêche traditionnelle, qui semble avoir joué un rôle non négligeable dans la *ratio decidendi* des deux sentences (122), doit inévitablement être recherchée dans l'existence de cet ordre juridique tiers. En effet, le Tribunal qui, lors de la précédente sentence avait lésiné dans les détails à cet égard, nous prodigue dans la sentence du 17 décembre une moisson de renseignements fort utiles qui justifient, partant, que nous y revenions derechef.

Or, dans une récente contribution (123) consacrée à la première sentence de ce même arbitrage, nous avons cru pouvoir étudier ce phénomène très singulier de réglementation sociale sous l'éclairage de celle qui nous paraît être, à l'heure actuelle, la théorie la plus convaincante, c'est-à-dire la théorie institutionnaliste de Santi Romano (124). Selon ce dernier, un ordre juridique (ou institution (125)) est un « être ou [un] corps social » (126). Le droit ne se réduit point à un ensemble plus ou moins ordonné et cohérent de normes ou d'injonctions assorties de sanction ; le Droit est plus qu'un simple panier normatif. Romano emploie une image fort percutante pour illustrer le rôle des normes au sein de l'ordre juridique :

« l'ordre juridique... est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des *pions sur un échiquier*, les normes elles-mêmes » (127).

Ainsi entendu, l'ordre juridique se voit naturellement investi d'une fonction beaucoup plus ample et d'une envergure beaucoup plus importante, celle notamment d'ériger en une « entité sociale » (c'est-à-dire l'institution) une multitude de sujets (notamment les êtres humains, mais pas seule-

(121) Comme nous l'avons déjà mis en exergue plus haut au regard de la notion de souveraineté prétendument tempérée par les traditions juridiques régionales (*supra* p. 273).

(122) Bien que de manière négative lors de la deuxième sentence.

(123) *RGDIP*, vol. 103 (1999-4), pp. 883 et suiv.

(124) Comme eurent à affirmer les traducteurs de l'édition française de l'ouvrage de Santi Romano : « Tel quel, cet apport de Santi ROMANO ne semble pas avoir vieilli. Mieux, il paraît épouser le temps présent encore mieux que le sien » (FRANCOIS L., GOTHOT P., Préface à l'édition française, p. VII). Les esprits les plus illuminés de la science du droit international n'ont d'ailleurs pas tari d'éloges à son encontre, ce qui témoigne de l'actualité, mieux, du caractère aveniriste de cette théorie. Voir, par exemple : ABI-SAAB G., *op. cit.*, pp. 111-114, 117.

(125) D'où précisément l'adjectif « institutionnaliste » par lequel on qualifie la théorie du droit de Santi ROMANO.

(126) *Op. cit.*, § 12, p. 25.

(127) *Op. cit.*, § 5, p. 10 [les italiques sont de nous].

ment) (128). Les normes ne sont partant que les instruments par lesquels l'ordre juridique essaie d'atteindre l'objectif, la finalité pour laquelle il s'est érigé en « institution », à savoir l'« organisation sociale » d'une entité (129). Cette organisation sociale (130) passe donc non seulement par la réglementation normative des rapports qui se tissent en son sein, mais aussi et surtout par la mise en place d'organes (131), d'institutions qui permettent à l'ordre juridique de structurer cette « unité » (c'est-à-dire le « corps social ») et d'être structuré à son tour par elle.

En l'espèce, nous avons imaginé dans cette même contribution, le régime de la pêche traditionnelle, tel qu'il a été décrit par le Tribunal dans sa précédente sentence, comme un véritable ordre juridique qui avait survécu pendant la domination ottomane et préexisté à l'émergence de l'Erythrée et du Yémen en tant qu'États au sens du droit international. La sentence du 17 décembre 1999 nous permet d'aller encore plus loin dans la recherche d'autres éléments constitutifs de cet ordre juridique, qu'on pourrait appeler l'ordre juridique du régime de la pêche traditionnelle.

Il semblerait, sous l'éclairage de cette deuxième sentence, que l'origine du fondement de ce régime – désormais prescrit par voie arbitrale – doive être de nature coutumière. Mais est-il vraiment le fruit de la pratique des États révélant leur *opinio iuris sive necessitatis*, pour reprendre la formule discutable de la doctrine des deux éléments de la coutume ? Ou, plutôt, la *fons et origo* de ce régime, et partant de son opposabilité, ne serait-elle pas à rechercher ailleurs, peut-être dans les interstices de l'ordre juridique international ? Toutefois, s'il est tout à fait correct d'admettre que ce régime ne peut être modifié, voire même aboli (132), par le Yémen qu'en accord avec l'Erythrée, l'affirmation selon laquelle cela ne peut être effectué qu'en regard des considérations environnementales nous laisse perplexe (133). Les deux Parties ne pourraient-elles pas modifier ou abolir ce régime sans qu'il y ait des nécessités d'ordre environnemental ? Une réponse positive s'impose, bien évidemment, le droit international ne connaissant à l'heure actuelle d'autres limitations à la capacité des États dans la stipulation d'engagements conventionnels, que celles qui leur impose le corps des normes impératives du droit international général (134). Cette limitation *ope curiae* de la faculté des deux États de modifier le régime juridique de cette zone uniquement pour des motifs environnementaux est singulière et mérite d'être analysée. Pourraient-ils le faire pour d'autres raisons ? Sinon, il s'agirait d'une sévère restriction au *ius tractatus*

(128) D'ailleurs, ce n'est pas un hasard si selon certains (p. ex. CARNELUTTI A., « Ius iungit », in *Discorsi intorno al diritto*, vol. II, Padova, 1953, pp. 143 et suiv.) le terme « ius » aurait la même racine que le verbe « iungere », c'est-à-dire « joindre, lier, unir, etc. ». Cette identité entre *ius* et *iungere* est cependant contestée par une partie non minoritaire de la doctrine en la matière (p. ex. GUARINO A., *Storia del diritto romano*, 2<sup>e</sup> éd., Milano, 1954, pp. 124, *passim*).

(129) « [L]e droit, avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi-même », *Ibid.*, § 10, p. 19.

(130) « La vérité est que le droit consiste avant tout dans l'installation et l'organisation d'une entité sociale », *Ibid.*, § 16, p. 38.

(131) Comme, par exemple, des organes de prévention et de règlement des conflits. Voir *infra* p. 278 (l'« aq'il »).

(132) En fait, l'hypothèse de sa suppression pure et simple n'est même pas évoquée par le Tribunal.

(133) § 108.

(134) Cf. l'art. 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Il faut, bien entendu, mentionner également la possibilité qu'un État s'engage vis-à-vis d'un autre État ou d'un groupe d'États à ne pas conclure des accords internationaux dans un domaine déterminé sans leur consentement préalable. La pratique des États à cet égard regorge d'exemples.

commun des ces deux Etats. Au risque de choquer tout sain internationaliste, s'agirait-il d'un *ius cogens* bilatéral prescrit par décision arbitrale ? Alors que finalement – et nous poursuivons dans cette lancée blasphématoire – la *fons et origo* de cette instance n'est qu'un vulgaire accord international...

Quelques observations s'imposent encore sur les modalités de la naissance de cet ordre juridique. Aux fins de l'établissement de ce dernier, le Tribunal s'est basé, nous dit-il, non pas sur le volume de pêche dégagé par les activités des pêcheurs yéménites et érythréens, mais sur les faits que ceux-ci « *had, from time immemorial, used these islands for fishing and activities related thereto...* » (135). Par conséquent, vu que l'existence de cet ordre juridique – qui apparemment a si bien fonctionné et s'est si bien acquitté de ses fonctions de réglementation sociale – est antérieure non seulement à la constatation, par le Tribunal, de la souveraineté du Yémen sur les îles, mais aussi et surtout à l'importation de toute notion de souveraineté dans la région, ainsi qu'à la naissance d'entités souveraines, cet ordre juridique « *is to be preserved for their benefit* ». C'est-à-dire au bénéfice des pêcheurs tant yéménites qu'érythréens. Ainsi, la conception occidentale de la souveraineté, définie par les attributs de l'exclusivité et de la plénitude (136), et la distance (assez considérable) qui sépare ces îles des côtes, doivent être considérées par le Tribunal comme étant des « *special factors* » (137) suggérant la perpétuation de ce régime de pêche dont l'ordre juridique qui l'enveloppe n'est que l'échafaudage institutionnel. D'ailleurs, la distance des îles des côtes ainsi que la distance des îles entre elles sont telles qu'elles doivent être considérées des « îles relais » (138), ce qui confère à cet ensemble géographique une unité physique et sociale frappante. Les deux rivages méridionaux de la Mer Rouge étaient partant idéalement liés l'un à l'autre sans solution de continuité par ces cha-pelets d'îles.

C'est cette unité sociale et géographique que le Tribunal a justement voulu préserver et asseoir en droit international. Ainsi, le titre juridique sur les îles étant resté en suspens, indéterminé jusqu'à naguère, c'est-à-dire jusqu'à la sentence de 1998, puisque précisément aucun des deux Etats parties n'a été en mesure de le créer, le « *traditional fishing régime* » devra être maintenu.

Cet ordre juridique est circonscrit aux seuls pêcheurs yéménites et érythréens (*ratione personae*) (139), aux seules activités artisanales liées à la pêche (*ratione materiae*) (140), dans la région délimitée non seulement par les îles à l'origine du différend insulaire résolu par la première sentence, mais entre celles-ci et les deux côtes méridionales de la Mer Rouge (*ratione loci*) (141), et cela depuis des temps immémoriaux (*ratione temporis*) (142). Ce sont là des activités qui sont caractérisées par un haut degré de conflictualité potentielle, dont dépend, comme il a été d'ailleurs allégué par les Parties (143), la survie des populations côtières. Ce n'est pas un hasard que les membres de ces dernières étaient appelés dès l'Antiquité les « ichtyophages » (144).

(135) § 95.

(136) *The Island of Palmas Case... op. cit.*, p. 838.

(137) § 95.

(138) §§§ 127-128 de la 1<sup>re</sup> sentence.

(139) §§ 104, 106.

(140) §§ 104, 106-107.

(141) § 107.

(142) § 95 et l'auteur, *op. cit.* (1999), p. 860.

(143) *Supra*, pp. 258 et suiv.

(144) Cf. par exemple : HERODOTE, *Histoires*, Livre III, §§ 19-23, 25, 30.

Qu'en est-il de la dimension juridictionnelle qui caractérise cet ordre juridique ? Nous avons déjà eu l'occasion d'esquisser une description sommaire du système de règlement des différends dans cette région (145). Toutefois, les affirmations du Tribunal contenues dans la dernière sentence nous font penser que nous avons peut-être péché par un excès de prudence (146) et, partant, elle nous suggèrent de poursuivre dans cette direction, en ayant en point de mire la question suivante, qui d'une certaine manière remettrait partiellement en question les conclusions auxquelles nous étions parvenu précédemment : cet ordre juridique tiers aurait-il survécu à l'apparition et à la constatation de la souveraineté des deux Etats parties ? En d'autres termes, pourrait-on affirmer que cet ordre juridique n'a pas été absorbé par les deux ordres juridiques étatiques ? Bref, que non seulement le volet proprement normatif aurait survécu – ce qui est hors de doute –, mais que de surcroît, le volet institutionnel aussi – ce qui serait vraiment étonnant – aurait subsisté ?

La question de la survivance de cet ordre juridique est étroitement et inextricablement liée à celle de l'*aq'il* (147), les deux choses allant de pair, ou plutôt le deuxième étant un élément fondamental et indispensable aux fins de l'existence du premier. En effet, une fois que le Tribunal – suite aux conclusions auxquelles il a abouti dans la première sentence – eut réitéré l'existence du régime normatif de la pêche traditionnelle, avec ses règles et ses sujets, il ne lui restait plus qu'à greffer la dernière pièce de la mosaïque institutionnelle, à savoir le système de règlement des différends de cet ordre juridique : le *aq'il*. Les compétences juridictionnelles sont bien entendu circonscrites et calquées sur le dimensions de cet ordre juridique que nous venons de décrire plus haut (148).

Cela ne va pas sans quelques problèmes aussi bien pratiques que de théorie juridique ou plutôt de conflit entre différents ordre juridiques. Tour-nons tout d'abord notre regard vers les premiers. D'où les décisions de cet *aq'il* tirent-elles finalement leur validité juridique ? Où peuvent-elles être attaquées ou contestées, devant quel organe ? Le *aq'il* deviendrait-il un organe yéménite ? Quelle est la *lex fori* de ce tribunal ? Quel est le corps de règles s'appliquant à lui ou à ses décisions ? A quelle instance va-t-on faire recours afin d'exiger l'exécution forcée de ses décisions ? Va-t-on toujours se fier – comme par le passé – à l'observation spontanée tant des normes que des décisions prises en leur application ? Peut-on imaginer le *aq'il* comme étant

(145) L'auteur, *op. cit.* (1999), pp. 860-861.

(146) L'auteur, *op. cit.* (1999), p. 886, § 50. Lors de l'affaire devant la Cour internationale de Justice entre le Bahreïn et le Qatar, le premier a essayé d'étayer son titre sur les îles Hawar en alléguant des preuves de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Certes, le contexte est tout autre par rapport à celui présentement sous examen, mais la description du système de règlement des différends entre pêcheurs n'est pas sans affinités avec celui constaté par le Tribunal dans la Mer Rouge méridionale. Selon le témoignage de l'un des pêcheurs des îles Hawar : « *If there was a quarrel on the Hawar Islands, for example about fish traps or fishing rights, the people would go to the village elders for adjudication. My father was an elder and people would go to him with their arguments...* », Mémoire de l'Etat du Bahreïn, Ch. 3, pp. 216-217, § 482 [les italiques sont de nous].

(147) L'*aq'il* est une « *person known for wisdom and intelligence ... The final authority above village aq'ils or the Aq'il of the Sea is the 'Aq'il of the Fishermen'...* » (§ 337 de la 1<sup>re</sup> sentence). Le Tribunal avait en effet constaté dans la sentence du 9 octobre 1998 qu'il existait depuis des temps immémoriaux un système de règlement des différends, en matière de pêche et relativement aux pêcheurs fussent-ils yéménites ou érythréens, dont la cheville ouvrière était précisément ce « juge itinérant ». Voir, l'auteur, *op. cit.*, pp. 860-861 et 884-885. Il est curieux de noter que, dans la deuxième sentence, le Tribunal adopte une orthographe différente, « *acquil* », de celle employée lors de la première sentence.

(148) Cf. plus haut p. 277.

une sorte de *praetor peregrinus* d'un corps de règles tiers et étranger – au sens technique que lui donne le droit international privé ?

En effet, l'affirmation suivante du Tribunal laisse le lecteur perplexe :

« *The traditional recourse by artisanal fisherman to the acquil system to resolve their disputes inter se is to be also maintained and preserved* » (149).

La confusion ne fait qu'augmenter si l'on lit un autre passage, hermétique, de la sentence dans lequel le Tribunal affirme que, s'il est vrai que le régime de la pêche traditionnelle a été institué – et doit être maintenu – au bénéfice des pêcheurs yéménites et érythréens, c'est-à-dire ses sujets,

« *This does not mean, however, that Eritrea may not act on behalf of its nationals, whether through diplomatic contacts with Yemen or through submissions to this Tribunal. There is no reason to import into the Red Sea the western legal fiction – which is in any event losing its importance – whereby all legal rights, even those in reality held by individuals, were deemed to be those of the State. That legal fiction served the purpose of allowing diplomatic representation (where the representing State so chose) in a world in which individuals had no opportunities to advance their own rights. It was never meant to be the case however that, were a right to be held by an individual, neither the individual nor his State should have access to international redress* » (150).

Que veut dire au juste le Tribunal ? Que les pêcheurs peuvent ester devant un tribunal étranger ? Rien de plus normal ! Qu'ils peuvent ester devant un tribunal non étatique ? International ? (Très) improbable ! Et si oui, lequel ? Qu'ils peuvent faire valoir leurs droits devant une autre instance juridictionnelle, c'est-à-dire le *aq'il* ? Cette question est liée, du moins dans l'économie de l'argumentation du Tribunal, à celle de la personnalité juridique en droit musulman, que nous avons déjà étudiée plus haut (151). Abstraction faite de la mise à l'écart injustifiée de cette ancienne institution du droit des gens qu'est la protection diplomatique, la phrase véritablement équivoque de ce fragment demeure assurément la dernière.

En effet, comment l'individu pourrait-il trouver l'« *international redress* » si ce n'est par l'intermédiaire de son Etat et grâce à la fiction juridique qui se trouve à la base de la protection diplomatique ? En dehors de certains systèmes procéduraux institués par des traités régionaux, tels que la Convention européenne des droits de l'homme (amendée désormais par son Protocole n° 11) (152) – l'individu ne jouit pas de la capacité juridique de faire valoir ses droits dans l'ordre juridique international. Et l'on ne saurait déroger à cette vérité juridique en s'appuyant sur les spécificités du droit musulman.

Ne resterait alors que le *aq'il* ! Ce dernier n'est certes pas un organe juridictionnel d'un système étatique, mais, dans la meilleure des hypothèses, il n'est tout de même pas un tribunal international. L'ancrage de cet ordre juridique à l'ordre juridique international n'est guère suffisant pour pouvoir considérer le système juridictionnel de ce « juge itinérant » comme relevant du droit international public, tant s'en faut. En effet, l'octroi (ou la reconnaissance) par un ordre juridique supérieur, le droit international, de compétences juridictionnelles à un organe d'un ordre juridique inférieur n'entraîne pas l'attribution de la qualité d'organe. En d'autres termes, le fait que l'exercice

(149) § 107.

(150) § 101.

(151) *Supra* pp. 261 et 274.

(152) Article 34 (Requête individuelle devant la Cour) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

de l'activité juridictionnelle de l'*aq'il* soit garanti par le droit international ne fait pas de ce dernier un organe de l'ordre juridique international.

Qu'en est-il en revanche des rapports institutionnels (153) entre les ordres juridiques étatiques et cet ordre juridique tiers dont on a constaté qu'il préexistait non seulement au titre à la souveraineté territoriale sur les îles mais encore et surtout aux Etats parties eux-mêmes ? Peut-on affirmer que ces derniers en seraient devenu les successeurs ? Si l'on répond par l'affirmative – comme il se doit – ce seraient les deux Etats conjointement, la dimension spatiale de cet ordre juridique (*ratione loci*) étant soumise à la souveraineté – ou aux droits souverains – des deux Etats parties. De fait, il se trouve à cheval sur leurs deux souverainetés territoriales. C'est là une question qui doit être appréhendée à la lumière de la théorie des rapports entre ordres juridiques (154) telle qu'elle est articulée par Santi Romano (155).

Tout d'abord le fondement du caractère juridiquement obligatoire des règles de cet ordre juridique et des décisions juridictionnelles qui sont prises par le *aq'il* se trouve-t-il désormais dans cet ordre juridique lui-même ou, au contraire, dans l'ordre juridique des deux Etats parties ? Or, une fois que le Tribunal a constaté les sphères de souveraineté territoriale respectives sur les îles, on ne peut plus, sous peine de violer la notion moderne et universelle de souveraineté, admettre l'existence de deux ordres juridiques territoriaux sur la même assiette territoriale. Il s'agirait en revanche d'un ordre juridique non territorial qui enfonce plutôt ses racines dans une dimension personnelle ou interindividuelle d'application (les pêcheurs yéménites et érythréens) et dans une dimension matérielle (la pêche traditionnelle), que dans la dimension spatiale (156). On peut ainsi facilement admettre la juxtaposition d'un ordre juridique non territorial avec deux ordres juridiques territoriaux tels que l'Etat souverain du Yémen et l'Etat souverain de l'Érythrée.

Cet ordre juridique doit être qualifié d'ordre juridique (ou institution) originelle dans la mesure où il est historiquement « indépendant quant à sa source » et « n'est pas établi par d'autres institutions » (157). D'ailleurs, le Tribunal lui-même a, à maintes reprises, affirmé que cet ordre juridique a préexisté aux deux Etats et à toute conception moderne de souveraineté (158). Désormais, son arrimage au droit international – la clause de sa sauvegarde étant incluse dans un acte juridictionnel international (la première sentence)

(153) Car il doit forcément y a en avoir du moment que l'ordre juridique tiers qu'on pourrait appeler trans-insulaire, est soumis tout de même à la souveraineté séparée des deux Etats, selon le Tribunal.

(154) Que VALTICOS (« Pluralité des ordres juridiques internationaux et unité du droit international », in *Theory of International Law at the threshold of the 21<sup>st</sup> century. Essays in honour of Krysztof Skubiszewski*, ed. by J. MAKARCZYK, The Hague, 1996, p. 320) qualifie comme des « subdivisions raffinées et complexes ».

(155) *Op. cit.*, pp. 101 et suiv.

(156) « Tous les procédés non étatiques de formation du droit s'ancrent dans ce que, faute de mieux, on peut appeler un 'espace transnational', espace imaginaire puisqu'il n'ajoute aucune terre à celles que nous connaissons déjà », RIGAUX, « Le pluralisme juridique face au principe de réalité », in *Estudios de derecho internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, § 18.

(157) ROMANO, *op. cit.*, § 33, p. 103. Conformément à la théorie institutionnaliste du droit, la production de ce dernier n'est pas l'apanage de l'Etat. Toujours selon ROMANO, « L'Etat n'est [en effet] qu'une espèce du genre 'droit' ... [la thèse contraire] nous apparaît ouvertement contraire non seulement au concept abstrait de droit, que nous avons défini [i.e. toute organisation sociale d'une entité, d'un corps], mais aussi à l'histoire, et à la vie juridique contemporaine, telle qu'elle se déroule en fait », *op. cit.*, § 26, pp. 81, 79. En ce sens : RIGAUX, *op. cit.*, § 9. *Contra* : COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, 1993, p. 9 [la position de ces deux auteurs est sûrement très intéressante dans la mesure où ils ne nient pas la pluralité des ordres juridiques, à condition cependant – voilà la différence – qu'ils soient incorporés au droit positif, à savoir à l'ordre juridique étatique].

(158) Voir *supra* notes 110 et 111.

– et son incorporation dans les ordres juridiques respectifs des deux États concourent néanmoins à grignoter cette connotation d'ordre juridique originelle.

Cet ordre juridique est encore caractérisé par les fins particulières de sa réglementation sociale. En effet, il ne prétendait pas – et encore moins aujourd'hui – « embrasser toutes les manifestations de la vie individuelle » (159) de ses sujets, mais uniquement les activités liées à la pêche artisanale menées par ces derniers. Ceux-ci forment le *substrat* de cet ordre juridique (160).

En poursuivant dans la tentative de classification de notre ordre juridique par rapport aux critères dégagés par Romano, on peut affirmer qu'il s'agit d'une institution parfaite (161) dans la mesure où son fondement juridique ne se trouvait pas en dehors d'elle-même, c'est-à-dire au sein d'un autre ordre juridique. Ceci est vrai aussi longtemps que la souveraineté sur les îles était en suspens et constituait l'objet du différend entre les deux États parties. En revanche, depuis que cet ordre juridique a été incorporé par ces derniers, son fondement juridique doit forcément être situé en dehors de lui, dans chacun des deux États selon son étendue territoriale : « on a ainsi une novation de sa source » (162). Bref, alors que dans le passé cet ordre juridique n'était guère *subordonné* à une autre institution (163), hormis l'ordre juridique international (164), désormais et suite à l'introduction de la notion de souveraineté territoriale dans ce coin du monde ainsi qu'à l'émergence de deux entités étatiques souveraines, cet ordre juridique se retrouve *subordonné* – tout en maintenant ces spécificités – à ces dernières (165). Historiquement, répétons-le, le fondement de cet ordre juridique reposait en son propre sein, à savoir dans l'exigence concrète de réglementation sociale d'un substrat matériel formé de certains sujets et de leurs activités. En revanche, à l'heure actuelle, notre ordre juridique en vient à être une *institution dépendante* d'autres ordres juridiques, respectivement érythréen et yéménite.

L'État est, en effet, une institution complexe, c'est-à-dire une institution qui, tout en étant incluse dans une institution plus grande qui l'enveloppe de toutes parts – à savoir l'ordre juridique international –, « comprend à son tour d'autres institutions » (166). Ainsi, dans le cas d'espèce, les ordres juridiques internes du Yémen et de l'Erythrée contiennent l'ordre juridique de la pêche traditionnelle. En d'autres termes il y a eu incorporation par le truchement du mécanisme de la succession d'institutions. Lorsqu'on parle de succession on fait tout naturellement allusion aux rapports qu'entretiennent les différents ordres juridiques entre eux et cela dans la perspective temporelle (dia-

(159) ROMANO S., *op. cit.*, § 33, p. 104.

(160) *Loc. cit.*

(161) *Ibid.*, § 33, p. 105.

(162) *Ibid.*, § 41, p. 133.

(163) Au sens que notre ordre juridique était réciproquement *irrelevant* par rapport aux ordres juridiques étatiques.

(164) C'est là un exemple historique – comme tant d'autres – d'ordre juridique non-étatique immédiatement soumis à l'ordre juridique international. Voir par exemple : la *Respublica Christiana*, l'Église, l'Ordre Militaire Souverain de Malte et, bien entendu, les organisations internationales intergouvernementales, les mouvements de libération nationale.

(165) « La structure de ces dernières [i.e. les institutions complexes] offre généralement une institution majeure comprenant une ou plusieurs institutions qui lui sont subordonnées. Mais il peut y avoir plusieurs degrés dans cette subordination : il peut s'agir de ces institutions que nous avons appelées dérivées ; ou d'institutions partiellement originaires ; ou enfin complètement originaires ... », ROMANO S., *op. cit.*, § 33, pp. 104-105 [les italiques sont de nous].

(166) ROMANO S., § 12, p. 27.

chronique). Enfin, lorsqu'on parle de rapports entre ordres juridiques, on est amené aussi naturellement à se poser la question de « la relevance que chacun de ces ordres présente pour les autres » (167).

Nous allons maintenant analyser les rapports entre notre ordre juridique et les deux ordres juridiques étatiques sous l'éclairage de la notion de « relevance » (168). Selon Romano :

« ... pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'*existence*, le *contenu* ou l'*efficacité* d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un *titre* défini par ce dernier » (169).

En l'espèce, et depuis l'établissement de la souveraineté étatique sur cette région, notre ordre juridique se trouve désormais « en quelque manière encerclé par [ces ordres juridiques] plus vaste[s] » (170) que sont les deux Etats. Cette suprématie des deux ordres juridiques étatiques sur notre ordre juridique n'est cependant pas illimitée (171). Comme le Tribunal lui-même l'a déclaré, cet ordre juridique – son corps de règles ainsi que son système de règlement des différends dans l'application de celui-ci – ne saurait être aboli (172). Tout au plus, est-il précisé dans la sentence, pourrait-il être modifié au cas où des impératifs nouveaux en matière de protection de l'environnement devraient surgir (173).

Cette condition de subordination qui, comme nous venons de le voir, n'est pas illimitée, est-elle toutefois suffisamment complète pour que l'on puisse avancer, par exemple, que l'exécution des décisions de l'*aq'il* relève désormais de la Puissance publique de l'un des deux Etats ? Il s'agit d'un problème d'*efficacité* de notre ordre juridique. Car s'il est vrai que ce dernier jouit d'une autonomie normative et juridictionnelle – loi et juge – il n'en est pas moins vrai qu'il lui faut le gendarme. Celui-ci serait-il désormais fourni par les deux institutions étatiques ? Le texte de cette sentence ne nous permet pas de répondre à cette interrogation, mais nous pouvons légitimement avancer que le droit saurait se frayer un chemin... Toujours à l'aune de la théorie institutionnaliste de Romano, on peut classer l'institution du régime de la pêche traditionnelle parmi les ordres juridiques s'appuyant sur un autre ordre juridique afin de faire exécuter ses décisions ; c'est là une question interne

(167) ROMANO, S., § 34, p. 106.

(168) « Ce mot surprendra peut-être le lecteur ; il traduit *rilevanza*, comme on traduira presque toujours dans la suite du texte, *rilevante* par *relevant*, *irrilevante* par *irrelevant* et *irrilevanza* par *irrelevance*. Ces termes touchent à une notion qui joue un rôle capital dans la pensée de Santi Romano ; notion qu'il précise soigneusement et à laquelle il ne cesse de recourir, surtout évidemment dans le deuxième chapitre. Il importe, si l'on veut traduire fidèlement, d'employer comme l'auteur, quatre termes formés sur la même racine. On pourrait songer à *pertinent* très proche du *rilevante* de Santi Romano, mais cela eût donné les termes techniques *impertinent*, *impertinence*, qui ne nous semblent guère heureux ... On peut encore noter que l'allemand, possède *irrelevant*, l'anglais *relevant*, *relevance*, *relevancy*, *irrelevant*, tous mots des racines latine ou française que des langues étrangères conservent ou même empruntent, mais dont le français croit devoir se priver », note (\*\*\*) aux pp. 65-66 (§ 22) des traducteurs et éditeurs de l'édition française, MM. FRANCOIS L. et GOTHOT P.

(169) *Op. cit.*, § 34, p. 106.

(170) *Ibid.*, § 35, p.108.

(171) « Si l'ordre supérieur agit dans la même sphère que l'ordre inférieur, s'il a les mêmes sujets, le même territoire etc., il peut alors ... invalider soit globalement l'existence de l'institution subordonnée, soit l'existence d'une partie de son ordre », ROMANO S., *op. cit.*, § 36, p. 114.

(172) Peut-on alors affirmer que l'existence de cet ordre juridique est désormais garantie par le droit international en l'application de ces deux sentences ?

(173) Cette limitation, prescrite par voie arbitrale, au *ius tractatus* des deux Etats parties ne cesse pas de nous interroger (voir *supra* pp. 277 et suiv.).

d'efficacité de l'ordre juridique inférieur qui est résolue par le recours aux mécanismes de contrainte de l'ordre supérieur (174).

En définitive, quelles nouvelles tesselles peut-on ajouter à la mosaïque illustrant notre ordre juridique, sommairement esquissée par la sentence du 9 octobre 1998 ? Nous pouvons parler de succession entre ordres juridiques, soit de l'incorporation de notre ordre juridique à celui – et séparément – des deux ordres juridiques étatiques, avec cependant délégation du pouvoir judiciaire, compte tenu des spécificités normatives en matière de régime de la pêche traditionnelle. En effet, il s'agit véritablement d'une délégation du pouvoir judiciaire trans-frontière, trans-étatique, sans préjudice, cependant, de l'existence de la souveraineté des deux Etats. L'existence et le maintien d'un corps de règles et d'un système juridictionnel distincts ne préjugent en effet pas l'existence et le maintien de deux souverainetés territoriales distinctes (175).

Il n'y a donc pas eu d'absorption de notre ordre juridique, qui s'est simplement trouvé subordonné du fait de l'absorption de sa source, de son fondement juridique et dominé matériellement par les deux ordres étatiques, par rapport auxquels il ne cherchait même pas à survivre de façon autonome. Bref, il n'a pas su ni, surtout, voulu opposer une effectivité plus importante à l'extension *matérielle* de la souveraineté territoriale des deux Etats parties.

Enfin, et pour répondre à la question que nous nous étions posée plus haut (176), on peut avancer que notre ordre juridique, en dépit de son incorporation dans les deux ordres juridiques étatiques, demeure un ordre juridique à part entière destiné à satisfaire des besoins sociaux par des moyens – notamment le corps de règles et le système judiciaire – qui ne peuvent et ne doivent pas être confondus avec ceux qu'offrent les deux Etats parties. C'est en cela une institution indépendante des Puissances publiques étatiques et dont la source juridique, depuis la succession, réside désormais et de manière séparée dans les deux ordres juridiques étatiques. De surcroît, et c'est un élément très important, l'autonomie de cet ordre juridique est garantie par l'ordre juridique international. Il existe en effet une règle de droit international, constatée par le Tribunal, enjoignant aux deux Etats de sauvegarder cet ordre juridique. On pourrait même parler, en estropiant quelque peu cette figure juridique, d'une servitude internationale trans-étatique.

La sentence a donc eu le mérite, nonobstant quelques points abscons, d'offrir l'occasion de discuter sur la notion d'ordre juridique, et plus spécialement sur la pluralité des ordres juridiques et sur les rapports que ces derniers tissent entre eux. Cela se révèle d'autant plus intéressant pour l'internationaliste que ces liens qui se nouent et qui se défont entre ordres juridiques sont cernés et encerclés par l'ordre juridique international en tant qu'institution suprême. Ce dernier a en effet assisté à l'incorporation par deux ordres juridiques étatiques, d'un ordre juridique non étatique originel – et sans aucun doute original – qui ne lui est donc plus assujéti immédiatement. Il ne reste à cet ordre juridique de la pêche traditionnelle qu'un ancrage représenté par l'obligation de droit international public des deux Etats de le maintenir comme institution autonome mais subordonnée.

(174) Cf. ROMANO S., *op. cit.*, § 42, pp. 135 et suiv.

(175) Car, répétons-le, il n'y a ni condominium ni *coimperium* entre le Yémen et l'Erythrée sur les îles de la Mer Rouge méridionale et les zones environnantes.

(176) *Supra* p. 278.

Les deux sentences arbitrales que comporte le dénouement de cette controverse territoriale, et notamment la seconde, ont permis de mettre en exergue l'une des grandes vertus de la théorie institutionnaliste de Santi Romano, dans le contexte de la confrontation d'une des notions fondamentales et fondatrices du droit international public occidental – à savoir la souveraineté territoriale – avec des phénomènes sociaux difficilement encastrables dans ce concept. La pluralité des ordres juridiques, que sous-tend la théorie institutionnaliste, permet de conférer égale dignité juridique, faisant abstraction du degré de complexité interne, à toute forme d'organisation d'une entité ou d'un corps social (177). Le fonctionnement effectif (c'est-à-dire le degré d'efficacité) d'un ordre juridique quelconque est en effet absolument indépendant de son degré de complexité ou de sophistication technique et doit être mesuré à l'aune de la réalisation effective des finalités d'organisation sociale pour lesquelles cet ordre juridique s'est finalement constitué.

Cette théorie permet ainsi d'éviter l'exportation servile et non critique de concepts dans des traditions culturelles et des systèmes juridiques totalement étrangers et peu réceptifs, entraînant souvent des conséquences nuisibles (178). Elle permet encore de dépasser la myopie historique et le totalitarisme ethnocentrique et ethnojuridique du « droit public européen » (179).

Genève, juillet 2000

---

(177) « *Ubi societa ibi ius*. L'anthropologie juridique nous apprend que le droit n'est pas le privilège des sociétés modernes. Mais si toute société connaît le droit, chacun le voit différemment (certaines vont jusqu'à ne point le nommer) », ROULAND N., *L'anthropologie juridique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1995, p. 125 [coll. « Que sais-je ? » n° 2528].

(178) Comme par exemple le rejet du corps allogène ou bien – peut-être pire – le détachement radical et inguérissable entre le concept importé et la réalité sociale qu'il devrait réglementer et organiser.

(179) Pour reprendre la célèbre locution consacrée dans le traité général de paix entre l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, la Prusse, la Russie, la Sardaigne et la Porte Ottomane (signé à Paris le 30 mars 1856, *Nouveau Recueil Général de Traités*, vol. 15, p. 770), par lequel les six Puissances européennes « déclarent la Sublime Porte admise à participer aux avantages du droit public et du Concert européens » (Art. VII, p. 774 ; les italiques sont de nous).