

La Revue du Centre Michel de l'Hospital

Numéro 14 - Juin 2018



Centre
Michel de l'Hospital
EA 4232

La Revue du Centre Michel de l'Hospital

Dossier : L'inventivité. Aspects de sciences politique et juridique
Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 30 mars 2017
Textes réunis par Raphaël MAUREL

Etude : L'exception d'inconstitutionnalité au Maroc :
vers un renforcement de la protection des droits ?
Par Jamal RIAD

Commentaire : La loi du 26 janvier 2016
de modernisation du système de santé.
Deux ans après, quels apports au régime de protection
des personnes atteintes de troubles cognitifs ?
Par Lemuel GBODJO

Numéro 14 - Juin 2018

Revue à comité de lecture, ISSN 2273-872X



Sommaire

Les Annonces

Le Dossier :

L'inventivité. Aspects de sciences politique et juridique
Actes du colloque du 30 mars 2017

INTRODUCTION,
par Raphaël MAUREL

DE L'ART D'ÊTRE INDISPENSABLE. L'INVENTIVITE DIPLOMATIQUE DANS UNE SOCIETE INTERNATIONALE PLURALISTE,
par Enguerrand SERRURIER

LE POINT DE VUE DU JURISTE : L'INVENTIVITE DANS LA CREATION DE LA LOI,
par Elodie POMMIER

L'INVENTIVITE AU CINEMA : LES ECRANS AU SERVICE DES POUVOIRS DANS LE PAYSAGE GLOBALISE,
par Thomas RICHARD

L'INVENTIVITE DU JUGE OU LA VOIE VERS LA LIBERTE,
par Jean-François RIFFARD

DE LA REINVENTION DE LA QUALIFICATION D'ÉTAT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC. REMARQUES SUR LE DISCOURS JURIDIQUE RELATIF A « L'ÉTAT ISLAMIQUE »,
par Raphaël MAUREL

REFLEXIONS SUR L'INVENTIVITE ET LE DROIT,
par Serge SUR

L'Etude :

L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITE AU MAROC : VERS UN RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DES DROITS ?,
par Jamal RIAD

Le Commentaire :

LA LOI DU 26 JANVIER 2016 DE MODERNISATION DU SYSTEME DE SANTE. DEUX ANS APRES, QUELS APPORTS AU REGIME DE PROTECTION DES PERSONNES ATTEINTES DE TROUBLES COGNITIFS ?,
par Lemuel GBODJO

Table des matières

DE LA REINVENTION DE LA QUALIFICATION D'ÉTAT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC. REMARQUES SUR LE DISCOURS JURIDIQUE RELATIF A « L'ÉTAT ISLAMIQUE »

Raphaël MAUREL,³⁴⁰

doctorant en droit public ED 245,

Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital EA 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France

Dans le cadre d'un panel sur la *finalité* de l'invention, il semble cohérent de supposer qu'il sera question du but de l'invention, qu'elle soit matérielle ou abstraite, but qui peut notamment s'appréhender au regard d'un critère : son utilité³⁴¹. L'on partira ici du postulat, qui peut être discuté et nuancé³⁴², qu'une invention conceptuelle poursuit le but d'être *utile*, et l'on se posera en conséquence la question de l'utilité de la qualification juridique d'État, notamment à la lumière de l'émergence de l'État islamique. Pour ce faire, trois constats préalables s'imposent.

Premier constat : la qualification juridique d'État, en droit international, est une *invention*. Cela est peu discutable : toute qualification juridique est nécessairement le produit d'un processus inventif au cours duquel la meilleure qualification, celle qui évoquera le mieux la situation factuelle, est recherchée et construite. Par ailleurs, la diversité des qualifications d'État, en fonction des disciplines de spécialité de l'observateur, le démontre. Alain PELLET rappelle ainsi que « le mot "État" est ambigu : pour nombre de politologues, à commencer par ENGELS et les théoriciens marxistes, il désigne toute forme d'organisation politique des sociétés humaines, des grands Empires de l'Antiquité ou d'Orient aux sociétés contemporaines, en passant par les tribus africaines ou les cités grecques »³⁴³. Ces ambiguïtés ne peuvent qu'être confirmées par la consultation de travaux relevant d'autres champs disciplinaires³⁴⁴, amenant même certains à considérer que « définir l'État est une tâche presque impossible » en sociologie³⁴⁵.

Deuxième constat : la qualification juridique d'État est une invention théoriquement utile. Cela n'est pas non plus révolutionnaire, dès lors que l'on sait qu'une qualification juridique crée un lien d'association entre un fait ou une donnée factuelle et un *régime juridique* susceptible de s'y appliquer. Ainsi la question de la qualification jurisprudentielle du service public, en droit administratif, poursuit-elle l'objectif de déterminer si le régime juridique du service public doit s'appliquer à l'entité étudiée, ou non. La qualification juridique peut également créer une catégorie d'acteurs en entraînant des conséquences en termes de compétences et de responsabilité ; ainsi en est-il justement de l'État, qui, une fois qualifié de tel – fût-ce tacitement –, a la capacité juridique de s'engager sur la scène internationale, mais est

³⁴⁰ Cette contribution a été mise à jour pour la dernière fois en janvier 2018.

³⁴¹ D'autres critères peuvent bien sûr être dégagés. Ainsi, sur un plan philosophique, l'invention conceptuelle peut également poursuivre le but d'être efficace ou porteuse d'un énoncé valide.

³⁴² L'on pense par exemple à l'invention artistique, qui ne cherche pas nécessairement à être utile...

³⁴³ PELLET Alain, « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle », *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. I, 1997, Aranzadi, Pampelune, 1998, p. 49, également publié in PELLET Alain, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, Doctrine(s), 2014, p. 41.

³⁴⁴ Ainsi, un sociologue politiste a pu retenir comme définition de l'État « une relation sociale établie par l'interaction des groupes d'intérêts, dont la finalité est de rendre cohérent un modèle de domination qui peut obéir aussi bien à des logiques territoriales que non territoriales, mais dont la forme d'établissement est une organisation du territoire en fonction d'une logique spatiale particulière qui lui confère une intégrité reconnue à l'intérieur comme à l'extérieur de ses frontières » (Cáceres GONZALO, « Sociologie de l'État : une étude de cas », in *Interrogations, Revue pluridisciplinaire de sciences humaines et sociales*, n° 8, juin 2009, non paginé).

³⁴⁵ BOUDON Raymond, BOURRICAUD François, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 2000, p. 232.

susceptible de voir sa responsabilité engagée s'il méconnaît ses obligations. De manière enfin plus générale, la qualification d'État permet d'ordonner les rapports entre les entités susceptibles de relever de la catégorie en fixant des règles primaires, telle l'égalité souveraine.

Troisième constat : la question de l'utilité de la qualification juridique peut-être remise en cause aujourd'hui. Sans doute est-ce là le constat le plus discutable ; aussi convient-il d'en exposer les fondements, après avoir précisé que ce n'est pas la *notion* d'État dont l'utilité peut être interrogée, mais bien celle de la *qualification* d'État, c'est-à-dire le processus intellectuel et juridique dont la conclusion est l'appartenance à l'ensemble notionnel « État ».

Si la qualification d'État entraîne la reconnaissance de compétences, il n'est pas nouveau de soulever la question de l'exclusivité de ses prérogatives face à l'émergence de nouveaux acteurs. Parmi eux, les groupes terroristes sont parmi les plus inquiétants, notamment ceux qui revendiquent leur qualité d'État. Si la revendication n'est pas inédite – l'on pense à l'ETA ou à l'IRA sur le sol européen, ou au PKK en Turquie – il faut noter que le groupe « État islamique » (ci-après : « l'EI ») diffère quelque peu de ceux-ci, en cela qu'il n'est pas à proprement parler un groupe séparatiste luttant pour l'indépendance ou la sécession d'une partie d'un territoire³⁴⁶ ; son objectif est une entreprise de terreur globalisée, tandis que la maîtrise d'un territoire est déjà en grande partie acquise³⁴⁷.

Plus encore et surtout, c'est le discours juridique des États face à l'EI qui rend l'organisation si spécifique au sein de la nébuleuse des groupes terroristes : un discours ambigu de rejet de la qualification étatique, mais de réaction en pratique similaire à celle que l'on attendrait face à un État qui exercerait les prérogatives exercées par l'EI. Dès lors, la question des rapports entre l'émergence de l'EI et la qualification d'État se pose.

L'interrogation est double. Ainsi peut-on raisonner pragmatiquement : l'EI est-il – ou a-t-il été – un État, au regard de la qualification juridique pertinente ? La réponse implique d'appliquer des critères existants à la situation de l'EI ; elle a déjà été donnée, bien qu'il ne soit pas inutile de revenir sur ces argumentations sous un angle critique (I). Prise sous angle plus théorique et prospectif, la question conduit également à s'interroger sur les conséquences de l'émergence sur l'EI sur la qualification d'État (II).

I. L'ABSENCE DE QUALITE ETATIQUE DE L'EI DANS LE DISCOURS JURIDIQUE CONTEMPORAIN

La qualification d'État répond à des critères dont l'origine, comme la nature, font soupçonner une absence d'unité (A) ; l'émergence de l'EI entraînant néanmoins une réponse unanime, mais questionnable, quant à sa qualification (B).

³⁴⁶ Voir, sur les nouvelles revendications terroristes et de nombreux exemples, WÖRNER Liane, « Expanding Criminal Laws by Predating Criminal Responsibility - Punishing Planning and Organizing Terrorist Attacks as a Means to Optimize Effectiveness of Fighting Against Terrorism », *German Law Journal*, vol. 13, n° 9, 2012, spéc. pp. 1037-1039.

³⁴⁷ L'on pourrait rétorquer que parmi les exemples cités, d'aucuns ont également acquis la maîtrise de leur territoire, ce qui peut être exact. Ainsi le pays basque espagnol dispose-t-il d'une autonomie spécifique et d'un Statut, mais il est toujours intégré au système juridique espagnol ; v. sur ce point SHIKOVA Natalija, « Practicing Internal Self-Determination Vis-a-Vis Vital Quests for Secession », *German Law Journal*, vol. 17, n° 2, 2016, pp. 254-259.

A. L'absence d'unité autour de la qualification d'État en droit international : une invention inachevée ?

La définition de l'État n'a pas été aisée à dégager (1) ; cette dernière est empreinte d'une subjectivité laissant par ailleurs entrevoir une absence d'unité de sa qualification (2).

1. La question de la valeur de la définition de l'État par ses éléments constitutifs

Il est presque inutile de rappeler que la définition actuelle de l'État repose sur des critères ou éléments constitutifs que l'on tient d'une codification peu usuelle, puisqu'elle réside dans un célèbre avis de la Commission BADINTER : « *l'État est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé* »³⁴⁸. Cette définition reprend, dans l'ensemble, des critères existant, qu'ils soient doctrinaux ou conventionnels. CARRE DE MALBERG distingue déjà ces « *trois éléments constitutifs dont chaque État est formé* »³⁴⁹ : « *un certain nombre d'hommes* »³⁵⁰, un territoire, et enfin « *et par-dessus tout, [...] l'établissement au sein de la nation d'une puissance publique s'exerçant supérieurement sur tous les individus qui font partie du groupe national ou qui résident seulement sur le sol national* »³⁵¹. En résumé, un État se définit comme « *une communauté d'hommes, fixée sur un territoire propre et possédant une organisation d'où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres une puissance supérieure d'action, de commandement et de coercition* »³⁵². S'agissant du volet conventionnel, l'un des exemples les plus connus réside dans la Convention de Montevideo de 1933, alors signée par vingt États américains. Son article premier dispose en effet que l'État, « *comme personne de Droit international, doit réunir les conditions suivantes : I. Population permanente. II. Territoire déterminé. III. Gouvernement. IV. Capacité d'entrer en relations avec les autres États* »³⁵³.

Doit-on déduire de ces précédents que les éléments constitutifs de l'État, en droit international, relèvent de la coutume ? La Commission BADINTER ne s'aventure pas sur ce chemin, énumérant les critères retenus « *en des formules concises qui rappellent bien davantage les motifs des arrêts du Conseil d'État français que les motivations vétilleuses de la C.I.J.* »³⁵⁴ en se fondant sur « *les principes du droit international public qui permettent de définir à quelles conditions une entité constitue un État* »³⁵⁵ ou, plus évocateurs, sur les « *principes universellement reconnus du droit international* »³⁵⁶. Le contraste entre la référence aux « principes du droit international », qui peuvent évoquer une source précise de droit international, et l'imprécision de l'origine des critères dégagés – « l'État est communément défini » – peut montrer la prudence légitime de la Commission, dont le mandat n'était pas d'apporter une réponse ferme à la question de la qualification d'État, mais de résoudre les nombreux problèmes juridiques posés par les déclarations d'indépendance formulées par les républiques constituant l'ex-RSFY.

³⁴⁸ Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, Avis n° 1, 29 nov. 1991, 1) b).

³⁴⁹ CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 2.

³⁵⁰ *Idem*.

³⁵¹ *Ibidem*, pp. 6-7.

³⁵² *Ibidem*, p. 7.

³⁵³ Convention concernant les droits et devoirs des États, adoptée par la septième Conférence internationale américaine, signée à Montevideo le 26 déc. 1933, *R.T.N.U.*, 1936, n° 3802.

³⁵⁴ PELLET Alain, « Notes sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie », *AFDI*, vol. 37, 1991, p. 337.

³⁵⁵ Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, Avis n° 1, 29 nov. 1991, 1) a).

³⁵⁶ Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, Avis n° 8, 4 juill. 1992.

La Commission elle-même ne donne pas pleine assise à sa définition, en s'abstenant de l'utiliser pour déterminer à quel moment exact les États en cause ont acquis cette qualité. Selon elle, « [p]uisqu'en l'espèce les États successeurs de la RSFY sont des États nouveaux et que ceux-ci ont accédé à l'indépendance à des dates différentes, cette date est, pour chacun d'eux, celle à laquelle ils ont acquis la qualité d'État »³⁵⁷. En s'appuyant sur les dates de déclaration d'indépendance, et non sur les critères objectifs dégagés par l'avis n° 1 – raisonnement moins formaliste³⁵⁸ et plus pragmatique au regard de la difficulté de la tâche – la Commission ne donne pas pleine valeur aux critères de qualification dégagés cinq ans plus tôt.

La doctrine va bien dans le même sens de l'absence de valeur coutumière, au sens formel en droit international, de ces critères, évoquant « une doctrine bien connue »³⁵⁹, des éléments « à l'ordinaire présentés aux fins d'identifier l'État »³⁶⁰, « la théorie des trois éléments constitutifs »³⁶¹, une « règle qui définit les conditions d'existence de l'État »³⁶² ou encore un « statut défini par le droit international »³⁶³. D'autres affirment simplement que « [p]our qu'il y ait État, il faut que soient réunis »³⁶⁴ les critères mentionnés *supra*. Des auteurs plus anciens estiment que « [c]'est à la théorie générale de l'État que la science du droit international emprunte les signes distinctifs de l'État »³⁶⁵.

Ce consensus sur l'existence de ces éléments, mais non sur la valeur de la règle permettant de considérer leur réunion comme obligatoire en droit international relève finalement d'une « part de mystère[,] car ces éléments de l'État semblent relever de l'ordre du fait (ils se constatent) mais ils paraissent aussi avoir un caractère prescriptif (si un élément manque, alors on ne doit plus parler d'État) »³⁶⁶. Bien que la question de l'existence de l'État soit théoriquement une question de fait, la pratique et l'histoire montrent bien qu'il s'agit, en réalité et de plus en plus clairement, d'une question de droit.

2. La qualification d'État : de la subjectivité à la diversité

C'est de ce « mystère » que naît la difficulté et la potentielle rupture de l'harmonie.

Un indice de la fragilité de la qualification réside, d'emblée, dans l'absence de consensus de la doctrine sur la question de la nature même des éléments constitutifs de l'État. S'agit-il de conditions – le cas échéant cumulatives – d'existence juridique de l'État, auquel cas leur absence entraînerait l'absence de qualité étatique ? S'agit-il au contraire de « critères », entendus comme des indices permettant de distinguer un État d'une entité non-étatique ? S'appuyant sur leur portée technique pour identifier l'État, Joe VERHOEVEN insiste ainsi sur la qualification de « critères »³⁶⁷ tandis que d'autres auteurs utilisent le terme de « conditions »³⁶⁸. La pratique tendrait plutôt à considérer qu'il s'agit de critères, car, finalement, « [t]out est affaire de circonstances »³⁶⁹.

³⁵⁷ Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, Avis n° 11, 16 juill. 1996.

³⁵⁸ Dans le même sens, PELLET Alain, « L'activité de la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie », *AFDI*, vol. 39, 1993, p. 292.

³⁵⁹ SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 14.

³⁶⁰ VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, 2000, p. 52.

³⁶¹ DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, 13^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2016, p. 30, § 34.

³⁶² RIVIER Raphaële, *Droit international public*, Paris, PUF, Thémis droit, 2012, p. 228.

³⁶³ COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 11^{ème} éd., Paris, LGDJ, Domat droit public, 2014, pp. 228 et suivantes.

³⁶⁴ REUTER Paul, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, PUF, Thémis droit, 1973, p. 126. Nous soulignons.

³⁶⁵ DE LOUTER Jan, *Le droit international public positif*, t. 1, Oxford, Humphrey Milford, 1920, p. 161.

³⁶⁶ ALLAND Denis, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2014, p. 38, § 23.

³⁶⁷ VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 54.

³⁶⁸ Par exemple RIVIER Raphaële, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 229.

³⁶⁹ VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 57.

Un second indice réside dans le processus d'identification de l'État, qui passe nécessairement par un observateur. Or, la réunion des éléments constitutifs « *est une question de pur fait que le droit constate – le droit, ou, plutôt, l'interprète (l'homme politique, le diplomate, le juriste) et ceci, bien sûr, ne va pas sans une certaine subjectivité, d'autant plus que les enjeux sont, politiquement, souvent d'une extrême importance* »³⁷⁰.

De cette inévitable subjectivité naît l'évidence : il n'existe pas réellement de *critères absolus* de l'État en droit international, et quand bien même l'on s'accorderait sur des éléments constitutifs, ceux-ci sont suffisamment vastes et imprécis pour justifier une analyse systématiquement *in concreto* de l'entité à propos de laquelle la question se pose.

La pratique confirme cette conclusion, comme le résume Olivier CORTEN, qui note que, s'agissant de deux premiers critères, « *la pratique se caractérise par une certaine souplesse, l'important étant de pouvoir identifier une assise territoriale et humaine, et non d'en fixer précisément l'étendue* »³⁷¹. La question du gouvernement effectif semble à cet égard être abordée avec le moins de rigidité, comme le démontrent certains précédents – ainsi le cas de la Bosnie-Herzégovine³⁷². Pour distinguer les cas où le critère est rempli et de ceux où tel n'est pas le cas – comme l'Ossétie du sud ou la Transnistrie – un critère additionnel, ou secondaire, semble se dégager : celui de la *stabilité* du gouvernement, identifié par la doctrine en ces termes : « *la condition d'effectivité du gouvernement doit [...] être appréciée non pas de manière statique (c'est-à-dire en figeant la situation à un moment donné) mais de manière dynamique, soit en termes de stabilité, et ce en prenant tout spécialement en compte la position et le comportement des autorités de l'État dont la sécession entraînerait le démembrement, au moins partiellement* »³⁷³. Cette interprétation, qui peut être vue comme renvoyant à l'étymologie même du terme « État »³⁷⁴, est nécessairement empreinte de subjectivité et de contingence : comment définir la stabilité ? Doit-elle être appréhendée selon un critère temporel, matériel ou encore institutionnel ? Elle est, cependant, à la fois conforme à la fameuse « *plasticité* » du droit international³⁷⁵ en perpétuelle évolution et susceptible d'expliquer la majorité des précédents pertinents, tels le Katanga ou le Biafra, qui ont pu exercer un pouvoir effectif.

Mais majorité n'est pas intégralité, et un tel critère ne permet pas d'expliquer certains précédents, comme celui du Kosovo. Un autre outil, qui s'éloigne des critères constitutifs, peut être mentionné à ce stade. Selon la théorie de la reconnaissance constitutive, un État peut en effet être qualifié comme tel, non par application de critères objectifs, mais exclusivement du fait de la reconnaissance par d'autres États. L'État n'aurait d'existence que dans le cadre de relations bilatérales, en fonction de sa reconnaissance ou non par les autres. La doctrine s'accorde pour admettre qu'elle n'a plus cours de nos jours, sous réserve de la proposition de Mathias FORTEAU, qui invite à se poser la question de la qualification relative de

³⁷⁰ PELLET Alain, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, op. cit., pp. 48-49.

³⁷¹ CORTEN Olivier, « L'État islamique », un État ? En jeux et ambiguïtés d'une qualification juridique », in CASADO Arnaud, SAFI Farah, *Daech et le droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, Colloques, Actes du colloque organisé le 11 janv. 2016, 2016, pp. 56-57.

³⁷² O. CORTEN rappelle qu'elle a été largement reconnue comme un État dès 1992, alors même que le territoire n'était pas réellement maîtrisé (*idem*).

³⁷³ *Ibid.*, p. 59.

³⁷⁴ Du latin *stare*, être debout ou immobile. V. CLÉDAT Léon, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Française*, 3^e éd. revue et augmentée, Paris, Hachette, 1914, pp. 220, 221 et 224.

³⁷⁵ DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Paris, Dalloz, Précis, 10^e éd., 2010, p. 588.

l'État : il serait en effet possible de considérer l'existence d'un État dans le cadre de certaines relations juridiques, mais non en général³⁷⁶.

Il ressort de ces éléments une certitude : les critères d'existence de l'État ne sont que des outils destinés à sa qualification, cette dernière demeurant *in fine* soumise à des considérations subjectives. Les critères ne forment en conséquence qu'un cadre général, sur lequel la communauté internationale dans son ensemble s'accorde, mais qui ne doit pas être interprété comme plus contraignant qu'un simple cadre général.

B. Le refus de qualifier l'EI d'État, facteur d'unification *a minima* du discours juridique

Ce refus, qui entérine le rejet d'une conception purement factuelle de l'existence de l'État, est un élément structurant du discours juridique, puisqu'il rassemble autour d'une position commune, mais limitée dans son champ, tant la communauté internationale (1) que la doctrine (2).

1. L'unanimité du discours étatique sur l'absence de qualité étatique de l'EI

Aucun État, à ce jour et à notre connaissance, n'a reconnu l'EI comme un État ; son effondrement en cours fait qu'il est très peu probable que cela soit le un jour le cas. La plupart adoptent des sigles ou périphrases pour éviter d'utiliser le terme « State » ou « État » : ISIS, ISIL, DAECH, « groupe État islamique »...

Dans leurs communications officielles, les États utilisent régulièrement les termes « so-called Islamic State »³⁷⁷, « soi-disant État islamique »³⁷⁸ ou « prétendu État islamique »³⁷⁹. Bien que le Conseil de sécurité s'abstienne de cette réserve³⁸⁰, il ne fait pas de doute qu'il ne reconnait pas la qualité d'État de l'EI. Il fait ainsi « observer que l'État islamique d'Iraq et du Levant est un groupe dissident d'Al-Qaïda »³⁸¹, un « groupe terroriste »³⁸² ou encore une « entité »³⁸³. Dans ses déclarations, la présidence du Conseil de sécurité évoque, de la même manière, « Al-Qaïda et les personnes et entités qui lui sont associées »³⁸⁴, « l'organisation terroriste opérant sous le nom d'« État islamique d'Iraq et du Levant » (EIL) »³⁸⁵, ou encore, face à l'absence de qualification acceptable, une « entité »³⁸⁶.

³⁷⁶ V. le résumé d'O. CORTEN : « un État pourrait être reconnu non pas en tant que tel, mais au sens d'une règle juridique particulière. On pourrait par exemple reconnaître la Palestine comme État au sens du Statut de la Cour pénale internationale, mais pas nécessairement au sens d'autres conventions ou régimes juridiques, et encore moins en général » (CORTEN Olivier, « L'« État islamique », un État ? En jeux et ambiguïtés d'une qualification juridique », *op. cit.*, p. 64, renvoyant à FORTEAU Mathias, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, 2007, pp. 737-770 et FORTEAU Mathias, « La Palestine comme « État » au regard du Statut de la Cour pénale internationale », *RBDI*, 2012, pp. 41-64.

³⁷⁷ Letter dated 7 June 2016 from the Permanent Representative of Belgium to the United Nations addressed to the President of the Security Council, 9 June 2016, S/2016/523. Les usages de ce terme par les délégations sont aisément consultables dans le document recensant les prises de positions étatiques concernant la lutte contre l'EI, mis en ligne par Olivier CORTEN : CORTEN Olivier, *The fight against ISIS - Official Position of States (January 2014-January 2017)*, document mis en ligne sur le site du Centre de Droit International de l'ULB < <http://cdi.ulb.ac.be/the-fight-against-isis-official-positions-of-state-2014-2017/> >. L'expression est ainsi employée par le Royaume-Uni ou encore les Pays-Bas.

³⁷⁸ V. le discours de François HOLLANDE lors de l'hommage associatif aux victimes du terrorisme, Paris, lundi 19 sept. 2016 : « Nous venons de vivre depuis le début de 2012 une série d'attentats perpétrés par le même ennemi : les fanatiques du soi-disant État islamique ou Al-Qaïda ».

³⁷⁹ L'expression est aussi employée par l'Assemblée générale des Nations Unies : AGNU, Résolution 69/189 adoptée le 18 déc. 2014, A/RES/69/189, p. 2.

³⁸⁰ V. par exemple la résolution 2249 (2015) du 20 nov. 2015, S/RES/2249.

³⁸¹ Résolution 2170 (2014) du 15 août 2014, S/RES/2170, § 18.

³⁸² Résolution 2169 (2014) du 30 juill. 2014, S/RES/2169, préambule ; Résolution 2299 (2016) du 25 juill. 2016, S/RES/2299, préambule ; Résolution 2322 (2016) du 12 déc. 2016, S/RES/2322, préambule.

³⁸³ Résolution 2178 (2014) du 24 sept. 2014, S/RES/2178, préambule, p. 2.

³⁸⁴ Déclaration du Président du Conseil de sécurité du 28 juill. 2014, S/PRST/2014/14.

³⁸⁵ Déclaration de la Présidente du Conseil de sécurité du 19 sept. 2014, S/PRST/2014/20.

³⁸⁶ Déclaration de la Présidente du Conseil de sécurité du 29 mai 2015, S/PRST/2015/11.

Comme il le sera vu *infra*, le principal écueil de ce mouvement unanime est l'absence de position commune sur la qualification de l'EI. Comme le précise la doctrine, « une analyse pointue des déclarations émises par les responsables européens depuis le début de la crise est pour le moins de nature à jeter un sérieux doute sur l'existence d'une position juridique ferme et précise, quelle qu'elle soit »³⁸⁷.

Que tous les États soient d'accord pour ne pas qualifier l'EI d'État est une chose ; qu'ils s'accordent sur la meilleure manière de le définir pour pouvoir exercer leurs prérogatives à son encontre en est une autre.

2. L'unanimité relative du discours doctrinal

La doctrine n'échappe pas à la dynamique générale, et aucune référence consultée n'a semblé admettre la qualité étatique de l'EI.

Or, comme le relève un auteur, « lorsque l'on analyse le Califat à partir des trois conditions d'émergence de l'État, il semble difficile de lui nier la qualité étatique »³⁸⁸. Les faits le confirment bien : l'EI dispose d'un territoire, d'une population - même si la notion de nationalité n'a pas cours - et d'une autorité politique effective. Anne-Laure CHAUMETTE détaille avec précision l'adéquation de la structure de l'EI avec ces critères, ce qui n'est pas sans soulever une interrogation de taille : pourquoi la doctrine ne s'est-elle, dans un premier temps, pas posé la question de la qualification étatique sous un angle critique ? La majorité des réponses apportées dès l'annonce de frappes françaises ont tourné autour de l'impossibilité théorique d'invoquer l'article 51 de la Charte, ainsi qu'autour du paradoxe juridique que crée l'absence de reconnaissance de la qualité étatique de l'EI pour des motifs évidents, mais l'usage du régime juridique réservé aux États.

Il apparaît qu'il n'a jamais été envisageable de reconnaître une quelconque qualité étatique à l'EI, quand bien même les critères habituels seraient remplis. Ce constat amène à considérer d'une part que d'autres considérations entrent en jeu lorsqu'il est question de la qualification d'un État, et d'autre part, qu'au regard de l'absence de cohérence manifeste du discours juridique contemporain, ces considérations ne sont pas formellement établies. Il semble que l'apparition de l'EI a exacerbé de manière considérable les dissonances pré-existantes.

II. L'ALTERATION DE LA QUALIFICATION D'ÉTAT DU FAIT DE L'EMERGENCE DE L'EI

Cette altération relève d'abord d'un manque d'inventivité face au phénomène nouveau que constitue l'EI. Celle-ci se traduit par une absence manifeste de cohérence du discours juridique étatique relatif aux conséquences de la qualification d'État (A), et amène à s'interroger sur la pertinence d'une réactivation du processus inventif sur ces questions (B).

³⁸⁷ CORTEN Olivier, « L'argumentation des États européens pour justifier une intervention militaire contre l'Etat islamique en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », *op. cit.*, p. 54.

³⁸⁸ CHAUMETTE Anne-Laure, « Daech, un "État" islamique ? », *AFDI*, vol. 60, 2014, p. 74.

A. L'inventivité et l'absence de cohérence du discours juridique étatique : un facteur d'altération de la qualification d'État

La réactivation du processus inventif, face à la difficulté d'agir contre l'EI, a conduit à une multitude de propositions étatiques, qu'il s'agisse de nouvelles qualifications ou de la mise à l'écart du cadre juridique traditionnel (1). La doctrine n'est pas en reste et bien que le processus inventif ne soit jamais en sommeil (2).

1. L'inventivité du discours étatique

Face à l'impossibilité de qualifier l'État islamique d'État, les discours étatiques varient. Si tous s'accordent pour refuser cette qualification, les solutions envisagées, notamment pour justifier une intervention armée, diffèrent largement.

La solution belge fait ainsi preuve d'inventivité :

*« ISIL has occupied a certain part of Syrian territory over which the Government of the Syrian Arab Republic does not, at this time, exercise effective control. In the light of this exceptional situation, States that have been subjected to armed attack by ISIL originating in that part of the Syrian territory are therefore justified under Article 51 of the Charter to take necessary measures of self-defence. Exercising the right of collective self-defence, Belgium will support the military measures of those States that have been subjected to attacks by ISIL. Those measures are directed against the so-called "Islamic State in Iraq and the Levant" and not against the Syrian Arab Republic »*³⁸⁹.

Néanmoins toute invention n'est pas toujours une réussite. La solution belge, qui tend à écarter la qualification d'État comme déclencheur du mécanisme de la légitime défense collective au profit du seul critère d'entité exerçant effectivement un contrôle sur un territoire, crée un paradoxe juridique justifié par une « situation exceptionnelle ». Comme le rappelle O. CORTEN, « *en invoquant une exception à l'interdiction du recours à la force, on laisse entendre que, en principe, cette interdiction est applicable. Or, à la lecture de l'article 2 § 4 [...] il n'en est rien : le recours à la force n'est prohibé que dans les "relations internationales", et donc entre États* »³⁹⁰. Dès lors il faudrait s'abstenir d'invoquer la légitime défense, pour se fonder sur l'autorisation du régime syrien – comme la Russie le fait d'ailleurs³⁹¹ – ce que ne souhaite pas la Belgique. La « situation exceptionnelle » invoquée ne semble pas un argument suffisamment solide pour justifier l'entretien de ce paradoxe, qui remet, au passage, en cause l'utilité de la qualification d'État.

Si le Royaume-Uni semble suivre la même voie³⁹², une solution un peu différente, quoique toujours basée sur l'invocation de la légitime défense, a vu le jour du côté Français. Le discours du Ministre français de la défense en décembre 2015 a à ce propos largement animé la doctrine :

« Daech n'est certes pas un État au sens juridique du terme ; on ne peut donc, par exemple, lui déclarer formellement la guerre. D'un point de vue stratégique, en revanche, nous avons bien affaire

³⁸⁹ Letter dated 7 June 2016 from the Permanent Representative of Belgium to the United Nations addressed to the President of the Security Council, précitée note 377.

³⁹⁰ CORTEN Olivier, « L'"État islamique", un État ? En jeux et ambiguïtés d'une qualification juridique », *op. cit.*, p. 70.

³⁹¹ Lettre datée du 15 oct. 2015, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Fédération de Russie auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2015/792.

³⁹² Lettre datée du 7 sept. 2015, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord auprès de l'ONU, S/2015/688. V. CORTEN Olivier, « L'argumentation des États européens pour justifier une intervention militaire contre l'État islamique en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », *RBDI*, vol. 2016/1, 2016, p. 34.

à un "proto-État", qui a soumis un territoire vaste comme la Grande-Bretagne et une population d'environ 10 millions d'habitants, qui dispose de capacités militaires et financières que de nombreux États n'ont pas, qui tente d'exercer des pouvoirs régaliens traditionnels (notamment celui, hautement symbolique, de frapper monnaie) ainsi que certaines attributions de l'État-providence (en matière d'éducation d'action sociale en particulier) »³⁹³.

La qualification de « proto-État » est nouvelle et inédite dans le paysage juridique français, bien qu'elle ait parfois été utilisée par les historiens du droit³⁹⁴. Elle a été confirmée en des termes similaires, en 2016, par le même Ministre³⁹⁵. Un seul précédent de cette qualification concernant l'EI a pu être décelé dans un discours du Ministre canadien des Affaires étrangères en 2014 : « [c]es terroristes créent un proto-État, un endroit où ils peuvent se préparer à attaquer le Canada et le monde occidental »³⁹⁶. S'il est possible que la défense française se soit inspirée de cette terminologie, il ne peut être considéré, au regard de son absence totale de définition et de répétition au Canada, comme un précédent pertinent.

Pour François ALABRUNE, Directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères français : « *Daech constitue une organisation terroriste dont l'activité a été qualifiée de menace à la paix et à la sécurité internationale par le Conseil de sécurité, qui contrôle un très vaste territoire, à cheval sur l'Iraq et la Syrie, et qui dispose de ressources considérables et de moyens de combats comparables à ceux d'un État. C'est ce que le ministre français de la Défense, M. LE DRIAN, a relevé en qualifiant Daech de "proto-État" »*³⁹⁷.

Si cette précision n'apporte pas de clarification sur une éventuelle volonté française d'instituer une catégorie d'entités répondant à une définition de « proto-État », il est notable que la qualification de « proto-État » semble potentiellement pouvoir s'appliquer à d'autres entités, comme il ressort d'ailleurs d'un autre discours du même Ministre de la défense en janvier 2016 : « *de plus en plus de pays et même de proto-États savent élaborer des réseaux informatiques sophistiqués, utiliser des mini-drones low-cost, achetés par exemple en Chine, à des fins d'observation, ou même guider des munitions à partir de technologies commerciales »*³⁹⁸. L'on peut déduire de l'utilisation répétée et, dans ce dernier cas, *in abstracto* de cette qualification que la France ne limite pas son champ à la définition, conjoncturelle, de l'État islamique. Il faut néanmoins noter que l'expression « proto-État » n'a jamais été reprise par la Présidence de la République à notre connaissance. Dans ses allocutions, le Président HOLLANDE évoque

³⁹³ Discours de Jean-Yves LE DRIAN, Ministre de la défense, aux Assises nationales de la Recherche stratégique à Paris, mardi 1^{er} déc. 2015, consultable en ligne < <http://www.defense.gouv.fr/ministre/prises-de-parole-du-ministre/prises-de-parole-de-m.-jean-yves-le-drian/discours-de-jean-yves-le-drian-assises-nationales-de-la-recherche-strategique> >.

³⁹⁴ On la retrouve par exemple à propos de l'État normand entre le X^e et le XI^e siècles ; v. DAVY Gilduin, « Le père, le fils et le saint : les trois piliers de la *Respublica Normannorum* », in GIRAudeau Géraldine, GUERIN-BARGUES Cécile, HAUPAIS Nicolas (dir.), *Le fait religieux dans la construction de l'État*, Paris, Pedone, 2016, p. 17.

³⁹⁵ Intervention de Jean-Yves LE DRIAN, Ministre de la défense, à la Brookings Institution à Washington, mercredi 20 juill. 2016, consultable en ligne < <http://www.defense.gouv.fr/english/ministre/prises-de-parole-du-ministre/prises-de-parole-de-m.-jean-yves-le-drian/intervention-de-jean-yves-le-drian-a-la-brookings-institution> >.

³⁹⁶ Intervention de John Baird, Ministre des Affaires étrangères à propos de la contribution militaire à la lutte contre l'EIIL, Débats de la Chambre des communes, vol. 147, n° 123, 2^e session, 41^{ème} législature, 6 oct. 2014, p. 1200.

³⁹⁷ ALABRUNE François, « Fondements juridiques de l'intervention militaire française contre Daesh en Irak et en Syrie », *RGDIP*, 2016, p. 10.

³⁹⁸ Discours de Jean-Yves LE DRIAN, Ministre de la défense, « La stratégie de défense française à un tournant », Leçon inaugurale de la Chaire « Grands enjeux stratégiques », Paris, Université Panthéon-Sorbonne, lundi 18 janv. 2016, consultable en ligne < <http://www.defense.gouv.fr/ministre/prises-de-parole-du-ministre/prises-de-parole-de-m.-jean-yves-le-drian/discours-de-jean-yves-le-drian-lecon-inaugurale-chaire-grands-enjeux-strategiques-sorbonne> >.

plutôt une « *organisation terroriste* »³⁹⁹, bien que certaines formulations puissent parfois prêter à confusion⁴⁰⁰.

Si les solutions belge et britannique altèrent *l'utilité* de la qualification d'État, en n'en faisant plus une condition d'application du régime juridique qui en dépendait jusqu'alors au regard de la Charte, la solution française semble altérer directement la qualification d'État en la *fragmentant*. Ce phénomène n'est pas nouveau ; l'on pense aux « Failing States » ou « États défailants », comme la Somalie⁴⁰¹ ou encore le Cambodge⁴⁰², aux « États fantômes », qualificatif dont la Macédoine se plaignait récemment devant la Cour internationale de justice d'avoir été affublée⁴⁰³, ou encore aux « États fantoches » envisagés par la Commission dans ses travaux sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite⁴⁰⁴ – comme la Croatie après la deuxième guerre mondiale selon le TPIY⁴⁰⁵ ou la RTCN créée par la Turquie⁴⁰⁶. Mais la position française crée une étape *en amont* de la création de l'État, alors que ces catégories concernent, la plupart du temps, soit un État en déliquescence, soit une entité sous le contrôle d'un autre État. Elle ne va pas sans faire écho à l'idée « d'État en devenir » ou « *in statu nascendi* » évoquée par Mustafa YASSEEN lors des travaux de la CDI à propos de la responsabilité des mouvements insurrectionnels devenus États⁴⁰⁷. L'expression a pu être utilisée par le Cameroun pour qualifier le Nigéria avant son indépendance⁴⁰⁸, par Paul REUTER, Rapporteur spécial à la CDI, pour la Namibie⁴⁰⁹, pour la plupart des États issus de l'ex-RFSY et, de manière plus connue, à propos de la Palestine⁴¹⁰. La Cour internationale de justice, qui, appelée à se positionner au stade de sa compétence sur la question du caractère *in statu nascendi* de la Serbie avant le 27 avril 1992, avait considéré qu'elle relevait du fond⁴¹¹, n'a pas apporté d'éléments particuliers sur ce point, se bornant à affirmer que le paragraphe 2 de l'article 10 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État « *ne concerne que l'attribution d'actes à l'État nouvellement constitué ; [il] n'engendre pas d'obligations s'imposant à ce dernier ou au mouvement*

³⁹⁹ Discours du Président de la République à l'occasion de l'ouverture de la réunion de haut niveau pour la stabilité de Mossoul, Paris, jeudi 20 oct. 2016 ; Discours de François HOLLANDE lors de la réunion des ministres de la Défense de la Coalition en Irak et en Syrie, Balard, mardi 25 oct. 2016 ; Discours de François HOLLANDE sur le porte-avions Charles de Gaulle, vendredi 9 déc. 2016.

⁴⁰⁰ V. le discours de François HOLLANDE à la Communauté française du Portugal, Lisbonne, mardi 19 juill. 2016 : « En Irak, nous ferons en sorte, et en ce moment même, le ministre des Affaires étrangères français et le ministre de la Défense sont à Washington avec leurs homologues, de déterminer quel va être l'appui que nous allons apporter pour porter autant de coups et, à un moment, un coup fatal aux terroristes de Daesh, à cet État islamique ».

⁴⁰¹ TAVERNIER Paul, « L'année des Nations Unies 23 décembre 2007 - 24 décembre 2008. Problèmes juridiques », *AFDI*, vol. 54, 2008, p. 377.

⁴⁰² McLAUGHLIN Rob, « East Timor, Transitional Administration and the Status of the Territorial Sea », *Melbourne Journal of International Law*, 2003, vol. 4.1, p. 339.

⁴⁰³ CIJ, *Affaire relative à l'Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, Compte rendu de l'audience publique du lundi 28 mars 2011 à 10h, CR 2011/11, p. 59.

⁴⁰⁴ Annuaire de la Commission du droit international, 1979, vol. II, Deuxième partie Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente et unième session, A/CN.4/SER.A/1979/Add.I, pp. 112 et 125.

⁴⁰⁵ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, 7 mai 1997, IT-94-1-T, §§ 60-66.

⁴⁰⁶ Annuaire de la Commission du droit international, 1998, vol. I, Comptes rendus analytiques des séances de la cinquantième session, 2555^e séance, 4 août 1998, A/CN.4/SER.A/1998, p. 257.

⁴⁰⁷ Annuaire de la Commission du droit international, 1975, vol. I, Comptes rendus analytiques de la vingt-septième session, 1314^e séance, 22 mai 1975, A/CN.4/SER.A/1975, p. 58, § 13.

⁴⁰⁸ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, fond, Compte rendu de l'audience publique du vendredi 22 fév. 2002 à 10 h, CR 2002/5, p. 20, § 6 : « Il semble raisonnable de supposer que cet État en devenir qui était [...] pleinement associé au processus d'accession à l'indépendance, jouissait au moins d'une personnalité et d'une capacité juridiques suffisantes pour pouvoir participer à la définition de ses propres frontières ».

⁴⁰⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 1980, vol. I, Comptes rendus analytiques de la trente-deuxième session, 1587^e séance, 8 mai 1980, A/CN.4/SER.A/1980, p. 13, § 34.

⁴¹⁰ Par Salam FAYYAD, Premier ministre palestinien de 2007 à 2013 (RFI, « Favoriser la création d'un État palestinien », 17/12/2007, en ligne < http://www1.rfi.fr/actufr/articles/096/article_60299.asp >, mais aussi par diverses personnalités françaises. Par exemple, v. l'intervention de Pierre DUQUESNE, ancien Ambassadeur chargé des questions économiques de reconstruction et de développement au ministère des Affaires étrangères et du développement international dans le Rapport du Groupe interparlementaire d'amitié France-Palestine n° 133, « La vie quotidienne en Territoires palestiniens occupés », Actes du colloque du 14 déc. 2015 au Palais du Luxembourg.

⁴¹¹ CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt du 18 nov. 2008, CIJ Recueil 2008, § 127.

qui est parvenu à le créer»⁴¹². L'expression « proto-state » est également utilisée par la doctrine anglophone, par exemple à propos de Taiwan, comme synonyme d'État en devenir⁴¹³.

L'idée d'« État en devenir », si elle n'entraîne *a priori* pas de conséquences sur le plan juridique, est néanmoins connotée positivement : à chaque fois qu'elle est utilisée, c'est soit pour mettre en avant, à propos d'un État actuel, la qualité ou l'ampleur de sa capacité juridique ou politique avant même sa création, soit pour soutenir la création d'un État pour l'avenir. À l'inverse, le « proto-État » à la française cherche à contourner la qualification étatique : il est clair que l'EI n'a aucune vocation, et ne peut avoir vocation, dans le discours juridique actuel, à devenir un jour un État. Il s'agit donc d'une invention visant à créer, à côté de l'État, une catégorie d'entité ne pouvant prétendre à la qualité d'État, mais auquel il est loisible d'appliquer les règles classiques du droit de la guerre.

2. L'inventivité du discours doctrinal

Anne-Laure CHAUMETTE note que « [l]e concept d'État exerce une fascination non seulement sur les acteurs internationaux mais aussi sur la doctrine »⁴¹⁴, ce qui est exact au regard de la production doctrinale des dernières décennies. À la liste d'exemples de travaux récents qu'elle fournit pourrait-on rajouter la question de l'État non démocratique, à laquelle un auteur a consacré sa thèse en concluant à l'existence de nombreux obstacles dans la pratique et à l'émergence d'une obligation internationale d'être démocratique dans certains cadres de coopération⁴¹⁵. Trois outils peuvent être sollicités au secours du discours étatique tendant à refuser la qualification d'État – sans préjudice des motifs du recours à la force, qui demeure une *conséquence* de la qualification et doit à ce titre être traitée séparément.

Il a mentionné *supra* la réflexion de Mathias FORTEAU, tendant à revisiter la théorie de la reconnaissance constitutive afin de l'adapter aux circonstances actuelles⁴¹⁶. Si l'on pourrait estimer à première vue que la théorie n'est pas pertinente en l'espèce, dans la mesure où aucun État n'a reconnu l'EI, son corollaire, à savoir l'absence de qualité étatique lorsque l'entité en cause n'est reconnue par aucun État dans aucune circonstance, semble bien être un argument en faveur de l'opinion unanime. Cette théorie demeure néanmoins critiquée, en ce qu'elle est globalement peu compatible avec les « caractéristiques du droit international contemporain »⁴¹⁷. Comme le note Olivier CORTEN, « [l]a théorie de la « reconnaissance constitutive » permettrait en effet aisément à chaque État d'éviter de respecter l'intégrité territoriale d'une entité : il suffirait d'éviter de reconnaître cette dernière comme État, avec pour conséquence, par exemple, qu'un État qui ne reconnaît pas Israël pourrait en toute légalité déclencher une action militaire sur le territoire de l'État hébreu »⁴¹⁸. La reconnaissance doit, selon lui et la doctrine majoritaire, demeurer d'effet déclaratif.

Le deuxième outil réside dans le principe *ex injuria jus non oritur*, littéralement : « le droit ne naît pas de la violation du droit ». Deux arguments incitent néanmoins à l'écartier s'agissant de l'État islamique. Le premier tient à son ambiguïté actuelle, qui fait qu'il faudrait considérablement étendre le champ du

⁴¹² CIJ, Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), fond, arrêt du 3 fév. 2015, CIJ Recueil 2015, § 104.

⁴¹³ CRAWFORD James, « Chance, Order, Change : The Course of International Law. General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 365, 2013, p. 150, § 244.

⁴¹⁴ CHAUMETTE Anne-Laure, « Daech, un "État" islamique ? », *op. cit.*, p. 72.

⁴¹⁵ D'ASPREMONT Jean, *L'État non démocratique en droit international. Étude critique du droit international positif et de la pratique contemporaine*, Paris, Dalloz, 2008, 375 p.

⁴¹⁶ FORTEAU Mathias, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, 2007, pp. 737-770 et FORTEAU Mathias, « La Palestine comme « État » au regard du Statut de la Cour pénale internationale », *RBDI*, 2012, pp. 41-64.

⁴¹⁷ CORTEN Olivier, « L'"État islamique", un État ? En jeux et ambiguïtés d'une qualification juridique », *op. cit.*, p. 66.

⁴¹⁸ *Idem*.

principe pour qu'il permette de refuser la qualification d'État à une entité née de la violation des droits de l'homme ou du droit impératif. O. CORTEN précise, à partir des travaux récents, que le principe *ex injuria jus non oritur* n'est à première vue pas transposable au cas de l'État islamique, qui n'entre pas dans l'un des deux types de cas où il semble reconnu comme une règle de droit : la proclamation d'indépendance ne contrevient pas au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et son existence ne remet pas en cause l'intégrité territoriale de l'Irak et de la Syrie. Ce dernier point, qui peut être contesté⁴¹⁹, n'a en tout état de cause pas fait l'objet de suffisamment de prises de positions étatiques claires et explicites pour pouvoir à lui seul fonder une réflexion sur la qualification de l'État islamique. Le second argument incitant à écarter le principe *ex injuria jus non oritur* dans la qualification de l'État est qu'il renvoie en réalité non à une réflexion objective, mais à une contestation de la *légitimité* de l'entité. Dès lors peut-on considérer qu'il peut constituer une exception, une circonstance tendant à exclure la qualification d'État dans les deux cas susmentionnés, mais pas un moyen de dé-qualifier l'État de manière autonome.

Un troisième outil peut être sollicité sur la base du principe *ex injuria jus non oritur*, comme l'indique Anne-Laure CHAUMETTE, se plaçant dans la perspective de l'EI, c'est-à-dire d'une entité qui réunit les conditions classiques de l'État mais constituée en violation du droit international :

« [d]ans ce cas, le droit positif considère que les éléments factuels ne sont pas suffisants, l'illicéité ab initio pose l'obligation de non-reconnaissance qui empêche d'admettre l'entité au statut de sujet du droit international. L'État existe matériellement mais pas juridiquement. Une distinction s'opère alors entre l'État, phénomène social, et l'État, sujet du droit. Une condition de légalité se surajoute aux conditions de fait. C'est la situation dans laquelle se trouve l'État islamique »⁴²⁰.

Cette acception conduit en réalité à déplacer la réflexion, pour la situer sur le champ du non-droit, puisque l'État n'est accepté que sous sa forme non-juridique. Outre le fait de réduire considérablement l'utilité de la qualification étatique, cette stratégie, qui conduit finalement à admettre l'existence de l'État en tant que fait mais à lui opposer une obligation de non-reconnaissance, ne permet ni *a priori* de satisfaire l'opinion publique, ni d'épuiser le débat sur le plan juridique : le régime que la communauté internationale souhaite appliquer, en recourant à la force en vertu de la Charte, est celui d'un État reconnu au sens juridique du terme. Si l'on dénie à l'État matériellement constitué toute prérogative juridique, lesquelles naîtraient de l'absence d'interdiction de la reconnaissance si l'on suit le raisonnement proposé, il n'est possible ni d'admettre qu'il exerce des compétences, ni d'utiliser contre lui des prérogatives destinées à lutter contre des États juridiquement tenus de respecter la Charte. Il semble que l'obligation de non-reconnaissance soit la sanction la plus contraignante que la communauté internationale puisse prendre à l'égard d'un tel État ; l'admission du recours à la force à son encontre fait courir là encore un risque significatif à l'édifice du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

La doctrine navigue en réalité entre deux eaux. Il s'agit d'une part de démontrer que l'EI n'est pas un État au sens juridique du terme, tout en évitant d'autre part d'inciter les États à adopter pour ce faire des positions ouvrant la porte à une déstabilisation de la communauté internationale. Il est connu que les États s'efforcent, par leur discours juridique, de respecter le droit international – ou du moins l'interprétation qu'ils en font. Cette volonté naît du consensus, depuis la Seconde guerre mondiale, selon lequel tous les États du monde ont intérêt dans l'ensemble à préserver la paix et la sécurité

⁴¹⁹ V. CHAUMETTE Anne-Laure, « Daech, un "État" islamique ? », *op. cit.*, p. 84. La controverse s'appuie sur la lecture du préambule de la résolution 2170 du 15 août 2014 du Conseil de sécurité, qui reconnaît la violation de l'intégrité territoriale (*idem*) ou à l'inverse ne ferait que constater « une relation entre le terrorisme et une menace contre la pax [plutôt] qu'une qualification de violation de l'article 2 § 4 de la Charte ou de l'intégrité territoriale des États » (CORTEN Olivier, « L'"État" islamique", un État ? En jeux et ambiguïtés d'une qualification juridique », *op. cit.*, p. 62).

⁴²⁰ CHAUMETTE Anne-Laure, « Daech, un "État" islamique ? », *op. cit.*, p. 83.

internationales, ce qui passe d'une part par l'adoption de règles de droit international, d'autre part par leur respect plus ou moins littéral. Le rôle de la doctrine est de fournir une expertise en vue du respect et, parfois, du développement du droit international, ce qui rend l'exercice parfois délicat.

B. De la nécessité de réactiver un processus inventif quant à la qualification d'État en droit international

De ces difficultés, que le cas de l'EI met particulièrement en lumière, naissent peu de réponses et essentiellement des questions, qui sont en lien direct avec le processus inventif. L'une d'entre elle réside dans la nécessité d'inventer un nouveau concept pour résoudre les difficultés soulevées jusqu'ici (1) ; une autre, qui découle de la première, dans l'utilité actuelle de la qualification d'État (2).

1. Peut-on déceler un concept manquant dans le discours juridique relatif à la qualification d'État ?

La réponse à cette interrogation peut être construite sur la base des conclusions précédentes.

Il apparaît que l'obstacle principal n'est pas la qualification d'État, mais le lien entre celle-ci et le déclenchement du mécanisme de sécurité collective – en l'occurrence, du droit de légitime défense. Le monopole étatique en la matière et l'attachement des États au respect du droit international, qui se traduit concrètement par l'invocation bancale de l'article 51 pour justifier le recours à la force armée sur un sol étranger, amènent les États à une impasse.

Trois solutions s'offrent ainsi à ceux qui souhaitent une intervention. La première, à l'instar de la Russie ou de l'Iran, consiste à coopérer avec le régime syrien, ce malgré les violations évidentes des droits de l'homme que ce dernier a commis ou commet encore.

La deuxième, à l'instar de la Belgique, est de se fonder sur une interprétation extensive de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, le cas échéant en soulevant le caractère exceptionnel et inédit de la situation, et de plaider pour une extension de cet article aux organisations terroristes. En développant, depuis 2001, une doctrine en ce sens puis une pratique internationale auxquels se rallient peu à peu des États initialement réticents comme la France, certains États du monde tendent à développer ce qui pourrait potentiellement devenir une coutume internationale. Il serait néanmoins bon, si telle était leur volonté, que celle-ci se développe en marge des Nations Unies, plutôt que de constituer une coutume interprétative dont la valeur serait pour le moins hasardeuse. En ce sens, et malgré le souci louable de se référer au système des Nations Unies, les États auraient intérêt à se fonder sur une évolution de la norme *coutumière* de légitime défense⁴²¹, et non sur une interprétation dynamique et manifestement contradictoire de sa codification par l'article 51.

La troisième solution consiste, face à la difficulté de modifier l'article 51 ou d'en faire accepter une extension potentiellement dangereuse, à repenser la définition et la qualification d'État, pour permettre à la communauté internationale de réagir face à des organisations qui ne peuvent, pour des raisons politiques, être qualifiées de telles, mais en remplissent les critères objectifs. Cela semble en partie être le raisonnement français, combiné, avec des réserves, avec la lecture contestable de l'article 51 évoquée *supra*, bien qu'il ne soit pas aisé de déceler une logique dans la position française – F. ALABRUNE semblant

⁴²¹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua/États-Unis)*, arrêt (fond), 27 juin 1986, CIJ Recueil 1986, § 193.

à la fois, en 2016, limiter la portée de la qualification de « proto-État » et s'aligner sur la position belge en avançant le caractère exceptionnel de la situation⁴²².

Il semble que les concepts et outils soient légion pour qualifier un État, pour autant que la communauté internationale souhaite maintenir des critères suffisamment souples pour s'avérer adaptables. Il n'apparaît donc pas nécessaire d'inventer de nouvelles catégories ou de réinventer les critères de qualification de l'État. Au mieux pourrait-on s'accorder sur la place et le rôle de la théorie de la reconnaissance constitutive, et admettre que l'existence de l'État n'est pas qu'une question de fait. Les difficultés soulevées par l'EI proviennent ainsi plus de la difficile concertation des États que des critères qualificatifs de l'État ; c'est en cherchant à les contourner que certains États font preuve d'inventivité.

2. Remarque conclusive : la qualification d'État est-elle encore utile ?

Malgré tous les éléments qui ont pu être développés, il semble que l'utilité de la qualification d'État demeure inchangée : permettre d'associer un régime juridique aux entités pouvant se prévaloir des critères de l'État. La conclusion à tirer de ce qui précède s'apparente plutôt à un avertissement : en tentant de contourner la question de la qualification étatique pour enclencher, même à titre exceptionnel, le mécanisme de légitime défense, les États rendent, certes exceptionnellement, la qualification étatique inutile. Tel le télégraphe au temps des emails, la qualification étatique est-elle une invention devenue inutile, à reléguer au placard ? Il ne semble pas qu'il faille trop vite abandonner cette étape fondamentale du raisonnement juridique, qui procure à la fois sécurité juridique et protection contre l'arbitraire étatique. La question de la qualification étatique devrait donc rester incontournable.

En revanche, il a été montré que se poser la question de la réinvention de cette qualification revient à commettre une confusion. Ce ne sont en effet pas les critères de l'État qu'il faut repenser, mais le système de maintien de la paix et de la sécurité internationales face aux nouvelles menaces que constituent les groupes terroristes.

Dès lors, il est loisible de s'interroger sur la nature même de la qualification d'État : est-elle réellement juridique ? Peut-être est-ce là finalement la question principale du sujet traité. L'on écrit, enseigne et répète depuis 1991 que l'existence d'un État est une question de fait, tandis que les conséquences en sont juridiques ; mais il a été démontré que l'octroi de la qualité d'État, par la communauté internationale, est une question éminemment politique. Pour résoudre l'équation posée, à laquelle cette contribution n'aura pas la prétention de répondre, il faut sans doute adopter une vision large et pluridisciplinaire de la question du rôle de l'État au sein de la communauté internationale.

⁴²² Il écrit ainsi que « Pris ensemble, ces éléments ont conduit les autorités françaises à considérer que, en l'espèce et de manière exceptionnelle, l'exigence d'attribution, directe ou indirecte, à un État de l'agression menée par Daech ne s'imposait pas pour invoquer la légitime défense » (ALABRUNE François, « Fondements juridiques de l'intervention militaire française contre Daesh en Irak et en Syrie », *op. cit.*, p. 10).