

LE PROBLÈME DES ENCLAVES

par

Jean CHARPENTIER

Professeur à l'Université de Nancy II

Au sens le plus restrictif du terme, une enclave est « toute portion du territoire d'un Etat entièrement enfermée dans le territoire d'un Etat voisin » (1).

Relèvent actuellement de cette catégorie les enclaves espagnole de Llívia en territoire français, allemande de Büsingen et italienne de Campione en territoire suisse, belges et hollandaises de Baarle-Duc et Baarle-Nassau en territoires hollandais et belge.

Leur petit nombre et leur dimension réduite semble les vouer à la curiosité folklorique des nostalgiques du passé. Et il est vrai qu'elles sont presque toutes les vestiges d'une époque féodale antérieure à l'unification territoriale des Etats nationaux ; la plupart ont déjà disparu (2), celles qui restent semblent en sursis ; d'autres, qui remontaient aux partages coloniaux, n'ont pas survécu longtemps à la décolonisation et ont été absorbées avec plus ou moins de discrétion par l'Etat environnant devenu indépendant, telles les enclaves portugaises de Dadra et de Nagar Aveli asphyxiées par l'Inde en 1954 et celle, portugaise également, de Saint-Jean d'Ajuda occupée par le Dahomey en 1961 (3).

Mais le tracé de nouvelles frontières peut faire naître de nouvelles enclaves. Déjà un tribunal arbitral, chargé de délimiter le plateau continental de la France et de la Grande-Bretagne dans la mer d'Iroise, a défini autour des îles anglo-normandes un plateau continental britan-

(1) En modifiant à peine, dans un sens encore plus restrictif (« Etat voisin » au lieu de « autre Etat ») la définition donnée par P. Raton, dans son étude à l'A.F.D.I., 1958, p. 195. Voir aussi F. Krenz, *International enclaves and rights of passage*, thèse, Genève, 1961.

(2) Voir les exemples donnés par Charles Rousseau, *Droit international public*, t. II, pp. 43 et 44. Le cas le plus récent est celui de la petite enclave allemande de Verenhof, proche de celle de Büsingen, en Suisse, réglé par un accord d'échange de parcelles frontalières entre la Suisse et l'Allemagne du 23 novembre 1964.

(3) Cf. Ch. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, 1962, p. 153.

nique enclavé dans le plateau continental français (4) tandis que par un accord du 26 mai 1972, la France et le Canada convenaient d'entourer Saint-Pierre et Miquelon d'un plateau continental enclavé dans celui du Canada. Ces enclaves en milieu marin sont appelées à se multiplier. Et rien ne dit que, sur la terre ferme, de futures négociations frontalières n'aboutissent, ici ou là, à la création de nouvelles enclaves.

L'intérêt qu'elles présentent mérite d'ailleurs en soi qu'on leur prête quelque attention, car elles posent, en une sorte de microcosme, réduit, mais concentré, et dont l'importance est attestée par deux arrêts de la Cour internationale de Justice, les principaux problèmes qui se rattachent aux frontières : répartition des territoires entre Etats limitrophes, qu'une bonne frontière doit mettre à l'abri de toute contestation, et que l'existence d'enclaves vient perturber (5) ; relations de voisinage entre populations frontalières, rendues plus nécessaires encore lorsque l'une d'elles est enfermée dans une enclave qui la sépare de la masse de ses compatriotes (6).

Mais, si les problèmes nés des enclaves sont de même nature que ceux découlant des frontières, s'ils présentent seulement une coloration spécifique due à la position géographique dominante de l'Etat environnant sur le territoire enclavé, alors peut-être n'est-il pas indispensable de se cantonner dans une conception exagérément restrictive de l'enclave, mais au contraire, peut-il apparaître légitime d'examiner, à partir des éléments constitutifs de la définition classique, à quelles autres situations de domination territoriale la notion d'enclave peut être étendue.

Telle qu'elle a été définie plus haut, la notion restrictive d'enclave — qui correspond à l'enclave frontalière — comporte des éléments géographiques — essentiellement l'inclusion d'un territoire dans un autre, mais aussi la proximité du territoire enclavé par rapport à celui de l'Etat dont il relève — et des éléments juridiques — l'appartenance du territoire enclavé à l'ordre juridique non pas de l'Etat environnant, mais de l'Etat voisin. Or, chacun de ces éléments peut être apprécié de façon à étendre progressivement la notion d'enclave.

L'inclusion du territoire enclavé, tout d'abord, peut n'être pas totale, en ce sens que ledit territoire peut avoir une façade sur la mer ; cette extension de la notion d'enclave est d'autant plus légitime (7) qu'au-

(4) Sentence arbitrale du 30 juin 1979, Publication de la *Documentation française*, § 202, p. 180.

(5) L'affaire des parcelles frontalières belges, C.I.J., 20 juin 1959, illustre la difficulté particulière que revêt un problème classique de revendications territoriales mais compliqué à l'extrême par l'enchevêtrement réciproque des parcelles enclavées dans les territoires environnant. Son intérêt théorique n'est pas proportionnel à la complexité des faits.

(6) C'est en ce domaine que l'arrêt de la C.I.J. du 12 avril 1960, dans l'affaire du droit de passage en territoire indien apporte une contribution non négligeable, et qui sera examinée plus loin.

(7) La question de savoir si un territoire inclus dans celui d'un Etat voisin mais bénéficiant d'une superficie assez importante et d'une façade maritime, constitue ou non une enclave, a été posée, mais n'a pas été examinée dans la sentence arbitrale sur l'île de Timor, du 25 juin 1914. Voir *Rec. S.A.-N.U.*, vol. XI, spéc. p. 499.

jourd'hui, avec le développement des transports aériens, aucun territoire enclavé, même privé d'accès à la mer, n'est totalement coupé du monde extérieur : on l'a bien vu avec le pont aérien qui est venu à bout du blocus de Berlin en 1948-49. Si l'on admet, par ailleurs, que la proximité du territoire enclavé et de l'Etat dont il relève n'est pas, compte tenu de l'accélération des moyens de communication, un élément fondamental de la notion d'enclave, on y inclut, alors, des situations assez différentes de l'enclave frontalière, et de dimension nettement plus étendue : c'est le cas, particulier, de Berlin-Ouest ; c'est le cas, plus répandu, encore qu'en voie de disparition, d'enclaves coloniales comme les Presides espagnols au Maroc, Hong-Kong, Macao et Gibraltar (8) ; il faut ajouter, à cet égard, que certaines d'entre elles (les anciens comptoirs, comme Macao et Hong-Kong, mais non les places fortes comme les Presides ou Gibraltar) sont peuplées en très grande majorité par des nationaux de l'Etat environnant.

D'autre part, le statut juridique du territoire enclavé peut n'être pas aussi tranché que dans le schéma classique : au lieu d'échapper totalement à la souveraineté de l'Etat environnant et de relever totalement de celle de l'Etat voisin, il peut être soumis aux compétences respectives des deux Etats selon des modalités de répartition très variables selon les cas. Relèvent alors de la notion d'enclave — ou plutôt relevaient, car ils ont aujourd'hui disparu — les territoires cédés à bail et les concessions internationales ; en relèvent encore les bases militaires étrangères, les locaux des missions diplomatiques (même si l'on rejette, à juste titre, la fiction de l'exterritorialité) et, dans une certaine mesure, le siège des organisations internationales, et également certaines zones franches concédées à un Etat privé de littoral par un Etat maritime dans un de ses ports (9) ainsi que les enclaves douanières dans les gares et les aéroports internationaux (10).

Et, pour finir, est-il indispensable que le territoire enclavé relève de la souveraineté d'un autre Etat ? Pourquoi perdrait-il son caractère d'enclave du fait de son indépendance ? Aussi bien, le dictionnaire de la terminologie du droit international définit l'enclave comme le « Territoire d'un Etat ou partie de ce territoire qu'entoure complètement le territoire d'un autre Etat ». Sont, en ce sens, des enclaves, les micro-Etats comme Saint-Marin ou Monaco ainsi que la Cité du Vatican, les bantoustans comme le Transkaï et le Bophutatswana qui, de surcroît, sont composés de plusieurs morceaux, tous englobés dans le territoire de l'Afrique du Sud, et certains Etats de plus grande dimension, mais

(8) Sur ces enclaves coloniales, voir : « Conflits internationaux : le problème des enclaves territoriales », *R. f. sc. pol.*, 1968, n° 2, pp. 315-376 ; dans un prochain avenir, une enclave de ce type pourrait être créée autour du port sud-africain de Walvis Bay, détaché du territoire de la Namibie, lorsque ce dernier acquerra son indépendance ; cf. Ch. Rousseau, « Chronique », *R.G.D.I.P.*, 1978, p. 692.

(9) C'est ainsi que l'Argentine a concédé, en 1976, à la Bolivie, une zone franche dans le port de Rosario, cf. Ch. Rousseau, « Chronique », *R.G.D.I.P.*, 1977, 2, 497.

(10) Voir M. Guinchard, « Le transit aérien, les zones franches sur les aéroports et les aéroports francs », *A.F.D.I.*, 1959, pp. 221-231.

entièrement inclus dans le territoire d'un autre Etat, comme le Lesotho ou, à un moindre degré, la Gambie.

A ce stade de l'analyse, on peut encore évoquer — mais cette fois il s'agit seulement d'une analogie — les Etats privés de littoral maritime et non pas, à proprement parler, enclavés car ils sont limitrophes de plus d'un Etat — ils sont une trentaine — et les Etats insulaires à plateau continental enclavé dans le plateau d'un Etat plus avantage par la configuration de sa façade maritime.

Ces extensions successives nous ont, sans doute, quelque peu éloigné de la notion initiale d'enclave-frontalière dont nous sommes partis et du concept même de frontière dont elle constitue une anomalie. Mais, d'une part, il n'est pas possible de distinguer la frontière des problèmes de voisinage (11) qu'elle tend à régler ; d'autre part, les différentes situations évoquées apparaissent comme les manifestations diverses d'un même phénomène, l'éclatement d'une unité géographique entre deux entités politiques dont l'une est en position de dominer l'autre. L'appréhension globale de ce phénomène ne doit certes pas nous faire dévier de notre sujet, et encore moins du thème de ce colloque, mais seulement nous permettre de projeter sur la notion d'enclave frontalière, qui reste au centre de notre étude, l'éclairage convergent des expériences voisines. Elle nous aide, en même temps, à mettre l'accent sur les problèmes spécifiques qui caractérisent le voisinage entre territoires enclavés et territoires environnants, par rapport aux problèmes classiques de voisinage entre territoires simplement limitrophes, à savoir le problème du transit à travers le territoire de l'Etat environnant, et le problème d'une répartition des compétences entre les deux Etats limitrophes dans l'administration de l'enclave.

I

ENCLAVES ET TRANSIT

L'Etat environnant peut profiter de sa position géographique pour réduire le territoire enclavé à sa merci. Il lui suffit, pour cela, de fermer ses frontières et, en coupant l'enclave du monde extérieur, en l'isolant en particulier de l'Etat dont il relève, de l'asphyxier. En a-t-il le droit ?

C'est exactement le problème qui opposait l'Inde au Portugal dans l'affaire du droit de passage : en empêchant les forces portugaises de traverser le territoire indien pour se rendre dans les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli, l'Inde assurait le succès d'une rébellion locale qui œuvrait pour le rattachement des enclaves à l'Inde. En rendant un « arrêt de conciliation » (12), la Cour internationale de Justice n'a ré-

(11) Ou de confins, selon l'expression de Charles De Visscher, *Problèmes de confins en droit international public*, Pedone, 1969.

(12) Selon l'expression de J.P. Cot, dans son commentaire de l'arrêt à l'A.F.D.I., 1960, p. 337.

pondu qu'imparfaitement à la question juridique qui lui était posée. Se basant en particulier sur l'existence d'une coutume locale dont elle a reconnu l'existence dans les rapports entre les deux protagonistes, elle n'a pas cru devoir se prononcer sur l'existence d'une coutume internationale générale ou d'un principe général de droit imposant à l'Etat environnant une obligation de passage (13). En distinguant, par ailleurs, entre le passage des forces armées et le passage des biens, des personnes et des autorités civiles, la Cour fournit une indication qui n'est pas valable seulement dans le cadre, où elle s'est placée, d'une coutume locale, mais qui peut servir dans la recherche, à laquelle nous devons procéder, d'une coutume générale.

En pratique, cependant, la plupart des enclaves font l'objet d'un accord avec l'Etat environnant, de sorte que le problème qui se pose est moins de savoir si les accords existants précisent une règle coutumière générale, ou s'ils supplèent à sa carence que de savoir si ces accords ne créent pas une situation objective dépassant la volonté de leurs auteurs.

A) Une obligation coutumière de passage ?

Les précédents les plus significatifs pour la révélation d'une telle obligation sont ceux qui émanent d'Etats en position d'asphyxier un territoire enclavé, et qui s'y refusent : il s'agit, en somme, des Etats enclavant un territoire totalement privé d'accès à la mer, dépendant ou non d'un autre Etat, mais de petite dimension. Mais il n'est pas inintéressant non plus, de rechercher, ne serait-ce que par analogie, si des Etats n'ayant aucune possibilité directe de dominer une enclave n'ont pas, à l'inverse, été amenés à leur assurer des facilités de transit : c'est la situation des Etats maritimes par rapport aux Etats privés de littoral.

1. — LA LIBERTÉ DE TRANSIT

Les Etats privés de littoral maritime ne sont pas, à proprement parler, enclavés, puisqu'ils sont entourés par plus d'un Etat ; mais ils sont « désavantagés » par rapport à ceux dont une façade maritime leur permet d'accéder aux ressources de la mer ; leur sort préoccupait déjà la communauté internationale au lendemain de la première guerre mondiale, au moment où la Conférence de Barcelone adoptait un « Statut sur la liberté du transit » ; il est plus que jamais à l'ordre du jour de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et de la C.N.U.C.E.D. Mais les moyens d'y remédier se traduisent-ils par des obligations particulières à la charge des Etats qui leur barrent l'accès à la mer ?

Une chose est certaine, c'est que les Etats sans littoral n'ont aucun droit à obtenir un accès à la mer, par une modification des frontières

(13) *Recueil*, 1960, p. 44.

existantes ; les efforts, infructueux jusqu'ici, de la Bolivie pour en acquérir un du Chili ou du Pérou (14) le confirment s'il en était besoin.

Une autre certitude est que la liberté de transit, dans la mesure où elle est établie, ne concerne que les transports sous l'angle économique et même plus spécifiquement douanier ; il s'agit d'empêcher les Etats « maritimes » de tirer une rente de situation du commerce entre des Etats « enclavés » et le reste du monde. C'était vrai du Statut sur la liberté du transit annexé à la Convention de Barcelone du 20 avril 1921, ça l'est encore de l'article 3 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer ; c'est toujours l'esprit de la Convention de New York, du 8 juillet 1965, relative au commerce de transit des Etats sans littoral ; c'est enfin celui du chapitre VI (Droit d'accès des Etats sans littoral à la mer et depuis la mer et liberté de transit) du Texte unique de négociation révisée de la troisième Conférence sur le droit de la mer.

Mais la question intéressante, pour notre propos, est de savoir si les Etats « maritimes » ou environnants ont, en dehors de tout engagement conventionnel, l'obligation d'ouvrir leur territoire au trafic entre les Etats « enclavés » et le reste du monde ou, si l'on préfère, la faculté de le fermer. Pour le trafic militaire, la liberté ne fait pas de doute. Pour le trafic commercial, et abstraction faite de la question des taxes douanières qui relève du principe précité de la liberté du transit, le professeur Guggenheim a soutenu (15) et, à notre avis démontré, qu'aucun droit de passage en faveur des Etats privés de littoral n'avait pu être consacré ni à la Conférence de Genève de 1958 ni ailleurs, que la liberté de navigation sur les fleuves internationaux ne résultait que des conventions qui l'établissent, et pour les Etats liés par ces textes (16) et que la C.P.J.I. avait admis que la Lithuanie n'était pas tenue d'ouvrir au trafic une voie ferrée d'intérêt international la reliant à la Pologne (17), le même raisonnement pouvant, semble-t-il, être étendu au trafic aérien (18). On doit ajouter que la Convention de 1965 sur le commerce de transit des Etats sans littoral (19) tout comme le texte unique

(14) Cf. Ch. Rousseau, « Chronique », *R.G.D.I.P.*, 1976, p. 577 et 1977, p. 789, et Diaz Albonico et autres, « Les négociations entre le Chili et la Bolivie relatives à un accès souverain à la mer », *A.F.D.I.*, 1977, pp. 342 et s.

(15) Dans sa plaidoirie pour l'Inde dans l'affaire du droit de passage, C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents*, vol. IV, pp. 691 et s.

(16) Et la C.P.J.I. a refusé, dans l'affaire de la Commission internationale de l'Oder, série A, n° 23, d'appliquer la Convention de Barcelone à la Pologne qui ne l'avait pas ratifiée.

(17) Affaire du trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne, série AB, n° 42.

(18) Il est regrettable, sur ce point, que la C.I.J., dans l'affaire de l'appel concernant la compétence de l'O.A.C.I. — arrêt du 18 août 1972 — n'ait pas examiné au fond la question de l'interdiction par l'Inde du survol de son territoire par les aéronefs pakistanais. Voir le commentaire de Mme Manin à l'*A.F.D.I.*, 1973, pp. 291 et s.

(19) 5° principe : « L'Etat transitaire, qui conserve la pleine souveraineté sur son territoire, aura le droit de prendre toutes les mesures indispensables pour que l'exercice du droit au transit libre et sans restriction ne porte, en aucune façon, atteinte à ses intérêts légitimes de tout ordre ». *Rec. traités O.N.U.*, vol. 597, p. 43.

de négociation révisé de la 3^e Conférence sur le droit de la mer (20) réservent expressément le droit des Etats transitaires de restreindre quasi discrétionnairement les facilités de transit reconnues — d'un commun accord — aux Etats sans littoral pour sauvegarder leurs intérêts légitimes et que les mesures envisagées à la C.N.U.C.E.D. (21) pour subvenir aux « besoins particuliers des pays en développement sans littoral » et notamment celles tendant à planifier les voies de communications, impliquent l'accord des pays transitaires.

On peut conclure, avec un commentateur des conventions de 1958 et de 1965 (22), que la liberté des communications internationales a dû céder le pas devant le principe de la souveraineté territoriale, le résultat étant que l'Etat sans littoral ne dispose pas d'un véritable droit, mais d'une simple faculté. C'est dire que la situation des Etats sans littoral ne constitue pas un précédent favorable à la reconnaissance d'un droit de passage coutumier au profit des territoires enclavés.

2. — LE DROIT DE PASSAGE

Trancher, et en quelques lignes, le problème épineux que la C.I.J. a préféré esquiver — l'existence ou l'inexistence d'une coutume générale ou d'un principe général de droit reconnaissant un droit de passage en faveur des territoires enclavés — peut paraître à juste titre présomptueux. Sans prétendre le résoudre de façon définitive, on voudrait seulement y apporter quelques éléments de réflexion.

Un point qui semble assez bien établi est le droit pour l'Etat environnant de refuser, en l'absence de texte contraire, le passage militaire, c'est-à-dire l'introduction à travers son territoire de forces armées destinées à imposer sur le territoire enclavé la volonté politique de l'Etat dont il relève. On peut invoquer, en ce sens, deux précédents : la mobilisation par la Suisse, en 1849, de 25.000 hommes en réponse à la violation de son territoire par 150 hommes du Grand duc de Bade venus pourchasser à Büsingen des agitateurs républicains qui s'y étaient réfugiés (23) et le blocus de Dadra et Nagar-Avely par l'Inde ; le fait que la C.I.J. ait apprécié le comportement de l'Inde dans le contexte bilatéral de ses relations avec le Portugal n'empêche pas qu'il puisse être invoqué comme un précédent à la formation d'une coutume générale.

(20) « Dans l'exercice de leur pleine souveraineté sur leur territoire, les Etats de transit ont le droit de prendre toutes mesures pour faire en sorte que les droits stipulés dans le présent chapitre au bénéfice des Etats sans littoral ne portent en aucune façon atteinte à leurs droits légitimes ». A/CONF.62/WP.8/Rev.1. De surcroît, l'exclusion, par l'article suivant, de l'application de la clause de la notion la plus favorisée traduit la volonté des signataires de cantonner les facilités de transit dans le cadre des relations bilatérales.

(21) Voir l'étude publiée par le secrétariat de la C.N.U.C.E.D. sous la cote TD/191, spécialement au n° 71.

(22) Maurice-René Simonnet, *La convention sur la haute mer*, Paris, 1966, pp. 38-48.

(23) Cité par Raton, *loc. cit.*, p. 193.

Certes, des conventions particulières obligent parfois l'Etat environnant à laisser traverser son territoire par des forces armées de l'Etat de l'enclave, mais les dispositions conventionnelles sont alors si minutieuses qu'elles apparaissent bien comme de caractère dérogatoire. On peut citer, en ce sens, l'article 2 de la Convention italo-suisse du 22 octobre 1923 qui n'autorise la police italienne à pénétrer à Campione que par bateaux, de jour et après notification aux autorités suisses (24), la Convention germano-polonaise du 21 avril 1921 concernant la liberté de transit dont le chapitre 3 réglemente dans le plus grand détail les conditions des transports militaires allemands à travers le corridor de Dantzig (25) et aussi le régime des bases militaires (26).

D'ailleurs, la logique même de la souveraineté est difficilement compatible avec une obligation générale qui imposerait à tout Etat environnant de laisser passer des forces armées étrangères à travers son territoire.

La situation est beaucoup plus incertaine en ce qui concerne le passage civil, qu'il s'agisse du transit des marchandises et des voyageurs ou du déplacement de fonctionnaires et d'autorités politiques vers ou depuis l'enclave à travers le territoire environnant. Il existe, pour presque chaque enclave, une ou plusieurs conventions déterminant, avec plus ou moins de libéralisme, le régime du transit à travers le territoire de l'Etat environnant (27) ; pour celles qui n'en ont pas, on peut toujours dégager du comportement des Etats voisins une coutume bilatérale.

La question est alors de savoir si ces conventions — ou ces coutumes particulières — expriment une coutume générale des Etats environnants se sentant tenus de reconnaître un droit de passage et préférant en limi-

(24) Cf. C.I.J., affaire du droit de passage, *Documents*, vol. I, p. 760.

(25) Cf. l'étude du professeur Bauer sur le régime des enclaves et le droit de passage publiée dans le vol. I des *Documents* précités de la C.I.J., spéc. p. 788.

(26) Voir, sur cette question, l'article de Maurice Flory à l'*A.F.D.I.*, 1955, pp. 3-30 et les développements consacrés aux bases dans le *Traité de D.I.P.* de Ch. Rousseau, t. III, pp. 72-92 ; pour un exemple précis, voir notre article sur le retrait français de l'O.T.A.N. à l'*A.F.D.I.*, 1966, p. 413. Le cas de Berlin, où les forces militaires des trois Puissances occidentales peuvent pénétrer — par les couloirs fixés — sans limitations ni contrôles est tout à fait spécial, car basé sur un statut d'occupation militaire ; en revanche, si le passage civil des personnes et des biens entre la R.F.A. et Berlin-Ouest est autorisé et réglementé par l'accord interallemand du 17 décembre 1971, le passage militaire est exclu. Cf. Daniel Colard, « L'accord quadripartite sur Berlin du 3 septembre 1971 », *R.G.D.I.P.*, 1972, pp. 401-444.

(27) Ce sont pour Llivia, la convention franco-espagnole du 12 novembre 1660 et le traité du 26 mai 1866 (articles 20 à 28) ; pour Campione, l'article 2 de la convention italo-suisse du 22 octobre 1923 ; pour Büsingen, l'article 2 de la convention entre la Suisse et l'empire allemand du 21 septembre 1895 et le traité R.F.A.-Suisse du 23 novembre 1964. On peut encore citer l'accord interallemand du 17 décembre 1971 pour le transit entre la R.F.A. et Berlin-Ouest, et les accords du Latran pour le Vatican.

Le respect du droit de passage conventionnel peut être poussé très loin : c'est ainsi que la France a renoncé à placer un panneau « stop » à l'intersection de la route départementale 68 qui relie Llivia à l'Espagne et de la route nationale 20, et qu'un accord signé à Madrid le 9 juin 1978 vient de décider la construction d'un pont sur lequel la D.68 franchira la N.20.

ter l'exercice par un accord précis, — ou si elles supplèent au contraire à une carence coutumière — les Etats cédant aux pressions de leur voisin pour limiter leurs souverainetés. Elle a été amplement débattue par les agents du Portugal et de l'Inde à propos de l'affaire du droit de passage (28).

Depuis cette date, plusieurs incidents semblent avoir contribué à ébranler l'idée d'une obligation coutumière de passage : c'est la mise en place par l'Espagne, à partir de 1967 (29) d'un véritable « blocus » aérien, terrestre et maritime isolant totalement Gibraltar du territoire espagnol ; c'est la fermeture par l'Afrique du Sud, depuis 1976, de plusieurs postes frontières avec le Lesotho (30) empêchant la main-d'œuvre de ce pays de venir s'employer en territoire sud africain ; c'est enfin la construction, en août 1961, du fâcheusement célèbre « mur de la honte » à Berlin.

Mais, à vrai dire, la portée juridique de ces précédents est très incertaine ; d'abord, parce qu'ils ont entraîné des protestations de la part des Etats affectés, voire de l'O.N.U. ; mais surtout, parce qu'ils ne concernent pas le *transit*, c'est-à-dire, la traversée du territoire environnant pour permettre à l'enclave de communiquer avec le monde extérieur, et spécialement avec l'Etat voisin dont elle dépend, mais l'*accès* du territoire environnant aux biens et aux personnes en provenance de l'enclave, ou vice-versa (31).

Or, cette question de l'accès du territoire aux étrangers est réglée par des principes différents, et en partie contradictoires, qui sont, d'une part la liberté pour tout Etat de réglementer et même d'interdire l'accès de son territoire aux étrangers, notamment sous l'angle économique (32) mais aussi le devoir des Etats de coopérer les uns avec les autres conformément à la Charte, le principe de non intervention et le respect de l'intégrité territoriale des autres Etats (33) : il est clair que la fermeture d'une frontière opérée par un Etat en position dominante

(28) Voir notamment, *Mémoires et documents*, vol. II, pp. 124-134 (contre-mémoire indien) et 534-542 (réplique portugaise).

(29) Cf. Ch. Rousseau, « Chronique », *R.G.D.I.P.*, 1967, p. 407 ; 1968, p. 781 ; 1970, p. 456.

(30) Le Conseil de sécurité a réagi, le 22 décembre 1976, par une résolution n° 402 (76) dans laquelle il se déclare gravement préoccupé par la situation critique résultant de cette fermeture et demande à l'Afrique du Sud de rouvrir les postes en question ; dans une résolution ultérieure du 25 mai 1977 (n° 407-77) il demande aux Etats et aux organisations concernés de fournir au Lesotho une aide financière, technique et matérielle.

(31) Constituent, en revanche, des incidents relatifs au transit, le refus opposé en 1965, par les autorités sud-africaines à dix étudiants de retour de Chine de rentrer par la voie aérienne au Lesotho, alors dénommé Basutoland (voir Ch. Rousseau, « Chronique », *R.G.D.I.P.*, 1966, p. 135) et les controverses entre les Occidentaux et l'U.R.S.S. sur la libre circulation entre Berlin (Ouest) et la R.F.A. : voir par exemple, *A.F.D.I.*, 1962, p. 999 et 1969, p. 884.

(32) Voir le rapport de René Chiroux (not. p. 37) au colloque de la S.F.D.I. sur les travailleurs étrangers et le droit international, Clermont-Ferrand, 1978.

(33) Voir la résolution 2625 (XXV) A.G.N.U.

dans le but d'asservir le territoire enclavé ou de préparer son annexion est condamnable (34).

Pour en revenir au transit, et plutôt que de prolonger une controverse sur la signification des précédents, il est préférable de prêter attention à un argument développé par les conseils du Portugal dans l'affaire du droit de passage, et qui ne manque pas de force : ayant consenti, le plus souvent par une convention, de délimitation ou de voisinage, à l'existence même de l'enclave, l'Etat environnant se doit de permettre à ce territoire enclavé de communiquer avec l'extérieur dans la mesure nécessaire à son existence (35). Une telle obligation à la charge de l'Etat repose-t-elle sur un principe général du droit ? Nous n'en savons rien, et nous ne voyons pas la nécessité de le savoir, car en pratique, on vient de le rappeler, une convention reconnaît presque toujours au bénéfice de l'enclave le droit de passage civil ; dès lors, la question du rapport nécessaire entre l'existence de l'enclave et le droit de passage se ramène à la question du caractère objectif de la situation née de cet accord.

B) Un régime territorial objectif ?

Traditionnellement, les droits de passage et de transit font partie de ce qu'il est convenu d'appeler des servitudes internationales (36). Cette notion imagée est cependant d'autant plus sujette à caution qu'elle est transposée du droit interne à des situations qui s'écartent notablement des rapports réels entre fonds dominant et fonds servant, qui constituent son cadre originel ; elle pourrait, à la rigueur, rendre compte des sujétions dues à « l'unité physique du terrain traversé par une frontière » (37), telles que l'écoulement des eaux ou le passage des vents ; elle devient totalement inopérante dès qu'intervient un facteur humain ; à ce moment, la soi-disant servitude s'analyse comme une obligation internationale à la charge de l'Etat territorial.

La question reste cependant posée de savoir si une telle obligation, ou un ensemble de droits et d'obligations, lié à une situation de voisinage, ne survit pas à l'instrument juridique qui l'a formulé, acquérant en quelque sorte le caractère objectif de la situation qu'il consolide ; si, autrement dit, à l'occasion d'une mutation territoriale affectant la personnalité de l'un ou de l'autre des signataires, l'Etat successeur n'apparaît pas tenu de respecter cet ensemble de droits et d'obligations.

(34) La situation pouvant être appréciée différemment lorsque l'enclave était soumise à un régime colonial : cf. M. Flory, « Les implications juridiques de l'affaire de Goa », *A.F.D.I.*, 1962, p. 476.

(35) Voir notamment la plaidoirie de Bourquin, pour le Portugal, dans le volume IV des *Mémoires, plaidoiries et documents*, p. 509. et celle de Rolin, pour l'Inde, p. 665.

(36) Voir, par exemple, Andrassy, « Les relations internationales de voisinage », *R.C.A.D.I.*, 1951, II, not. c, p. 164.

(37) Selon l'heureuse définition d'Andrassy, *loc. cit.*, p. 108, à laquelle il ne se tient malheureusement pas, dans les exemples qu'il étudie.

Or, il se trouve précisément que l'œuvre de codification sur la succession d'Etats en matière de traités vient d'arriver à son terme et que la convention signée, à Vienne, le 22 août 1978, consacre le principe de la succession pour les « régimes territoriaux » de ce genre.

Partant du principe général de la « table rase » exprimant la souveraineté de l'Etat successeur, la convention y apporte, dans son article 11, une dérogation en faveur des « obligations et droits établis par un traité et se rapportant au régime d'une frontière », dérogation qu'elle étend, dans son article 12, aux « autres régimes territoriaux ». Sous cette appellation, l'article 12 vise les obligations et les droits se rapportant à l'usage de tout territoire ou aux restrictions à son usage, établis par un traité au bénéfice de tout territoire d'un Etat étranger ou de tout groupe d'Etats ou de tous les Etats (38).

Si le maintien du régime des frontières n'a soulevé que des réserves exceptionnelles chez certains Etats affligés d'un contentieux frontalier, celui des « autres régimes territoriaux » a suscité des discussions prolongées ; elles reposaient apparemment sur un malentendu, sur la crainte chez un certain nombre d'Etats décolonisés de pérenniser par ce biais des bases militaires ou une exploitation de leurs ressources naturelles ; pour les apaiser, un article 12 *bis* a été inséré, qui exclut formellement du régime de succession fixé par l'article 12, les bases militaires et les traités portant atteinte à la souveraineté sur les ressources naturelles ; mais en font partie, *a contrario* — les débats en témoignent —, les droits de passage, les droits relatifs aux zones franches et ceux relatifs à la liberté de communications (39).

Ainsi se trouve confirmée (40) la qualité particulière des régimes conventionnels concernant non seulement, les enclaves, mais aussi certains rapports de voisinage et certains statuts territoriaux.

II

ENCLAVES ET RÉPARTITION DE COMPÉTENCES

Les populations des territoires enclavés, comme celles de tous « confins » ne peuvent vivre isolées des territoires limitrophes ; leur voisinage les pousse, au contraire, à multiplier les contacts, notamment dans le domaine économique et à atténuer les inconvénients que la séparation juridique née de la frontière apporte à un milieu géographique unique.

(38) Texte dans document A/CONF.80/24.

(39) Voir les débats de la 1^{re} session (avril-mai 77), dans le document A/CONF.80/16.

(40) L'affaire des îles d'Aland et l'arrêt de la C.P.J.I. sur les zones franches constituent des précédents qui ont beaucoup influencé la C.D.I. et la Conférence de Vienne.

Ces rapports de voisinage peuvent être pris en compte par les mêmes conventions qui reconnaissent un droit de passage, acquérant ainsi le même caractère de stabilité juridique (41) ; ils peuvent aussi prendre la forme d'accords particuliers conclus entre collectivités locales limitrophes (42). Ils ne sont, en eux-mêmes, pas différents des rapports de voisinage de toute sorte qui se développent de part et d'autre de toute frontière et ne méritent donc pas, à ce titre, une étude particulière.

Toutefois, la position géographique dominante du territoire environnant par rapport au territoire enclavé fait qu'une solution équitable à ces problèmes de voisinage est beaucoup plus vitale pour les populations d'un territoire enclavé qu'elle ne l'est pour celles d'un territoire simplement limitrophe, et que l'Etat environnant est amené, dans l'intérêt même des populations enclavées, à assumer des compétences qui devraient normalement être exercées par les autorités politiquement responsables du territoire enclavé. On observe alors un partage de compétences au profit de l'Etat environnant qui est, en quelque sorte, la soupape de sécurité grâce à laquelle il supporte la présence de l'enclave étrangère sur son territoire.

Parfois même, et inversement, c'est cette possibilité de conserver sur une portion de son territoire, dont il doit céder l'utilisation à un Etat tiers, une partie de ses compétences qui détermine un Etat à consentir à la création d'un certain type d'enclaves : le partage de compétences est ici la condition de la création de l'enclave.

L'équilibre de la répartition varie d'un cas à l'autre ; il n'est cependant pas artificiel d'en présenter deux schémas opposés. Ou bien, la souveraineté sur le territoire enclavé échappe à l'Etat environnant ; elle est exercée soit par un autre Etat dont relève le territoire enclavé, soit par le territoire enclavé lui-même, érigé en Etat indépendant ; mais cette souveraineté va être limitée au profit de l'Etat environnant qui exerce sur l'enclave des compétences plus ou moins étendues. Ou bien la souveraineté sur le territoire enclavé appartient à l'Etat environnant, mais il abandonne à un Etat extérieur le droit d'exercer certaines compétences, plus ou moins étendues, sur le territoire enclavé.

On se rend facilement compte que le premier type de répartition est celui qui permet à l'Etat environnant de s'accommoder d'une enclave existante, tandis que le second exprime les conditions qu'il pose à la création d'enclaves nouvelles.

(41) Ainsi, l'article 28 du traité de Bayonne du 26 mai délimitant l'enclave de Llívia réglemente le droit d'arrosage avec les eaux du canal d'Angoustrine. Sur la situation de Ceuta alimentée en eau à partir du territoire marocain, voir R. Rezette, « Les enclaves espagnoles au Maroc », *N.E.L.*, 1976, spéc. p. 129.

(42) Ainsi, la commune allemande, enclavée, de Büdingen, a conclu, le 21 décembre 1970, avec la commune suisse de Dorflingen une convention sur l'épuration en commun des eaux usées ; cité par P.M. Dupuy, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *A.F.D.I.*, 1977, p. 842.

A) L'Etat environnant acquiert certaines compétences

C'est avant tout dans le domaine économique que l'Etat environnant est incité à étendre ses compétences au territoire enclavé. Si le rattachement politique d'une enclave frontalière à l'Etat voisin ne soulève pas de difficulté sérieuse, lorsque les rapports avec l'Etat environnant sont cordiaux, le rattachement économique pose des problèmes pratiques considérables, aussi bien à l'Etat de rattachement qu'à l'Etat environnant et, bien sûr, à la population de l'enclave : obligation de maintenir un double cordon douanier, avec les tracasseries que cela entraîne, risques de contrebande, etc... La solution la plus simple est alors, compte tenu de la faible importance économique relative de l'enclave pour l'Etat voisin, son inclusion dans le territoire douanier, voire économique, de l'Etat environnant. Le cas de Büsingen est exemplaire à cet égard (43) : après avoir été exclue unilatéralement du territoire douanier allemand par l'Allemagne, et considérée comme zone franche, puis incluse unilatéralement par la Suisse dans le territoire douanier suisse, cette solution a été confirmée conventionnellement, le 23 novembre 1964, avec application à l'enclave allemande de tout le droit économique suisse, y compris le droit pénal économique.

Cette solution de la répartition entre les compétences économiques et les autres compétences, beaucoup plus simple que le condominium, qui s'appliquait jusqu'en 1919 au territoire de Moresnet, aux confins germano-belges, et s'applique encore à l'île des Faisans, sur la Bidasoa (44) est facilitée, au point de faire perdre à l'enclave presque toute identité, lorsque les deux Etats limitrophes entrent eux-mêmes dans une union économique, comme c'est le cas de la Belgique et des Pays-Bas, ce qui règle l'essentiel des problèmes de Baarle-Duc et Baarle-Nassau.

Cette attraction économique de l'Etat environnant est également ressentie par les Etats enclavés qui sont tous amenés à s'associer avec leur puissant voisin dans une union économique (45). Sans doute la forme conventionnelle donnée à cette union sauvegarde le principe de la souveraineté de l'Etat enclavé ; mais il serait plus conforme à la réalité d'analyser la situation comme une extension à l'Etat enclavé de l'ordre économique de l'Etat environnant.

D'autant plus, qu'à cette première source de l'influence exercée par l'Etat environnant sur l'Etat enclavé, s'en ajoute une seconde provenant de la mise à la disposition de ce dernier de certains services publics de son voisin qu'il n'a pas les moyens d'organiser lui-même. Même fixée par convention, cette responsabilité offre à l'Etat environnant des

(43) Voir à cet égard le message du Conseil fédéral suisse du 10 août 1965 dans Guggenheim, « Pratique suisse du D.I.P. », *Annuaire suisse de D.I.*, 1966, p. 71.

(44) Voir Ch. Rousseau, *D.I.P.*, t. III, n° 17.

(45) Voir Ch. Rousseau, *D.I.P.*, t. II, pp. 330-347.

moyens de pression dont il sait user à l'occasion (46) ; elle s'accompagne dans certains cas de prérogatives politiques exorbitantes (47) qui, sous le couvert d'une « amitié protectrice » placent l'Etat enclavé sous la dépendance de l'Etat qui l'entoure. A vrai dire, le degré de dépendance des Etats enclavés varie d'un cas à l'autre, et leur situation n'est pas fondamentalement différente de celle de nombreux Etats non enclavés, exigus ou non, et soumis à la domination économique ou politique de telle ou telle grande puissance.

Il n'en va autrement que pour certains Etats fantoches, comme les bantoustans à l'égard desquels l'Etat environnant, l'Afrique du Sud, conserve une mainmise économique à peu près totale et une autorité politique efficace, par l'intermédiaire notamment de conseillers techniques qui assistent chaque titulaire local d'un département ministériel (48) ; mais on sait que ces bantoustans ont été créés par l'Afrique du Sud pour matérialiser sa politique d'apartheid ; dès lors, la souveraineté qui est accordée à certains d'entre eux est plus nominale que réelle et leur situation s'apparente plutôt à celle dans laquelle un Etat accepte de se dessaisir de certaines de ses compétences pour constituer une enclave sur son territoire.

B) L'Etat environnant se dessaisit de certaines compétences

Pour l'analyse classique, qui porte exclusivement sur la situation de l'enclave frontalière, l'idée d'une souveraineté de l'Etat environnant sur le territoire enclavé est exclue (49). Pourtant, la proclamation de son unité politique et de son intégrité territoriale peut être le détour permettant à un Etat d'accepter la création d'une enclave sur une portion de son territoire. En ce cas, sa souveraineté risque d'être purement nominale, et c'est l'Etat cessionnaire qui exercera l'intégralité des compétences territoriales sur le territoire enclavé. Telles étaient les cessions à bail et les concessions étrangères (50) qui se multiplièrent en Chine vers la fin du XIX^e siècle.

Le principe de la souveraineté de l'Etat environnant sur le territoire enclavé présente un intérêt pas seulement symbolique, car au terme du délai fixé à la cession, il recouvre l'exercice complet des compétences cédées et peut à tout le moins négocier un nouvel accord qui réduise lesdites compétences et accroisse celles qu'il conserve. En dehors du cadre colonial évoqué ci-dessus, une semblable évolution s'est réalisée dans le régime des bases militaires étrangères (51) : à la conception

(46) On se rappelle la crise franco-monégasque de 1962 ; cf. Ch. Rousseau, « Chronique », *R.G.D.I.P.*, 1963, p. 907.

(47) On pense, ici encore à Monaco et au droit de présentation du ministre d'Etat du Prince par le Gouvernement français.

(48) Cf. le rapport du Comité spécial contre l'apartheid, O.N.U., Document A/33/22.

(49) « Pour l'Etat enclavant, l'enclave est territoire étranger », écrit P. Raton, *loc. cit.*, p. 188.

(50) Voir Ch. Rousseau, *D.I.P.*, t. III, pp. 33 à 42.

(51) Cf. note 26.

ancienne selon laquelle l'Etat cessionnaire exerçait l'ensemble des compétences territoriales sur le territoire de la base qui ne relevait que nominale de la souveraineté de l'Etat local, s'est substituée l'idée d'une concurrence de titres de compétences, l'Etat cessionnaire exerçant, au titre du service public, les compétences nécessaires à l'affectation des terrains à leur usage militaire, et l'Etat local conservant toutes les compétences territoriales qui ne sont pas incompatibles avec les premières, l'équilibre entre les deux variant évidemment selon les cas et selon l'époque.

Dès lors, la même analyse s'applique exactement à l'inviolabilité des locaux diplomatiques ; l'exterritorialité, considérée à juste titre comme une fiction, est une explication unanimement abandonnée de nos jours ; la C.I.J., en proclamant « la souveraineté territoriale » de l'Etat local (52), ne permet de reconnaître à l'Etat étranger sur l'hôtel de l'ambassade, que les compétences nécessaires à l'exercice d'un service public, celui des relations extérieures.

Il en va de même pour les enclaves douanières instituées dans certaines gares ou aéroports internationaux : elles dérogent aux compétences de principe de l'Etat territorial dans la mesure strictement nécessaire pour permettre à l'Etat voisin de faciliter le transit de ses ressortissants à travers la gare ou l'aéroport ; mais si les autorités de l'enclave douanière sont exclusivement compétentes pour accomplir le service public qui leur a été confié, elles ne sauraient étendre leurs compétences ni en dehors des locaux qui leur ont été affectés, ni au-delà des fonctions purement douanières qui sont les leurs (53).

C'est, d'ailleurs, une situation analogue qui est créée dans certains ports au profit d'Etats sans littoral. Ainsi, une convention du 10 mai 1923 entre la Grèce et la Yougoslavie confiait aux autorités douanières yougoslaves l'administration, pour une durée de 50 ans, d'une « zone serbe » dans le port grec de Salonique ; corrélativement, les marchandises pénétrant dans cette zone à destination ou en provenance de la Yougoslavie traversaient le territoire grec en wagons plombés sans contrôle douanier (54). De même, une convention du 15 mars 1921 entre la Grande-Bretagne, au nom du Tanganyka, et la Belgique créait au profit de cette dernière, pour le commerce du Congo et du Ruanda-Urundi, une zone portuaire du même type à Kigoma et Dar es Salam, avec facilités de transit à travers le territoire du Tanganyka (accords dits de Belbases (55)).

(52) C.I.J., affaire du droit d'asile, 20 novembre 1950, *Rec.*, p. 274. C'est une des raisons qui empêche de reconnaître à l'asile diplomatique un caractère juridique, ainsi que l'a admis la 6^e Commission de l'A.G.N.U. en refusant d'en poursuivre l'étude, en 1975 ; cf. P. Raton, *A.F.D.I.*, 1975, p. 589.

(53) Les incidents dus à un dépassement de compétences ne manquent pas ; voir ceux relatés par Ch. Rousseau, « Chronique », *R.G.D.I.P.*, 1964, p. 946 et 1975, p. 501.

(54) Voir Haas, « Le régime international des zones franches dans les ports maritimes », *R.C.A.D.I.*, 1927, I, p. 419.

(55) La question de la succession aux nouveaux Etats africains de ces accords de Belbases a été beaucoup discutée à la Conférence de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités ; voir les observations du Kenya et de la Tanzanie sur le projet d'articles définitifs, A/CONF.80/5, pp. 155 et 167.

Ces deux exemples fournissent — outre leur intérêt propre — une triple leçon montrant d'une part, comment le seul moyen de mettre fin à une enclave — ou à une situation partiellement enclavée — peut être, par une sorte de jeu de taquet, d'en créer une autre, mais en en limitant les inconvénients par une répartition appropriée de compétences ; ils indiquent, ensuite, combien les problèmes de transit avec le monde extérieur sont complémentaires des problèmes de voisinage avec l'Etat environnant ; ils fournissent, enfin, l'occasion de constater que les enclaves qui peuvent être, dans un climat de tension entre les Etats intéressés, une pomme de discorde, peuvent, dans un climat de bonne volonté mutuelle fournir un modèle de coopération et une occasion d'interpénétration entre les peuples.