

Le droit d'avoir des droits en droit international public : réflexions sur la subjectivité internationale de l'individu

Vincent Chetail⁴⁹⁹

« Le respect de la dignité humaine implique que l'on reconnaisse les autres hommes ou les autres nations au même titre que soi comme des sujets, comme des bâtisseurs de mondes ou comme les cofondateurs d'un monde commun ».

H. Arendt, *Les origines du totalitarisme. Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1972, pp. 276-277.

L'œuvre protéiforme de Hannah Arendt est indissociable de l'histoire tourmentée et insécurisante du XX^{ème} siècle. Le siècle passé a eu le triste privilège de nommer l'innommable (le génocide) et d'expérimenter l'hystérie idéologique (fascisme, nazisme, communisme), avant que l'humanité ne prenne définitivement conscience qu'elle était non seulement mortelle mais qu'elle pouvait elle-même provoquer sa propre destruction (apocalypse nucléaire de la guerre froide ou plus récemment encore réchauffement climatique). Hannah Arendt nous livre dans ses écrits une description sans fard de la mécanique des totalitarismes⁵⁰⁰ et de la banalité du mal⁵⁰¹, à tel point qu'elle apparaît pour certains comme un « prophète de mauvais augure »⁵⁰². Loin de promouvoir une métaphysique nihiliste du désastre, sa réflexion s'inscrit dans une philosophie de l'action⁵⁰³, où « le sens de la politique est la liberté »⁵⁰⁴.

L'un des axes fondateurs de sa pensée – et de loin le plus fécond – réside dans le concept central du droit d'avoir des droits. Si cette formule dense et quasi paradigmatique du « droit d'avoir des droits » appartient désormais à la postérité, elle n'en demeure pas moins l'une des notions les moins bien comprises de la pensée de Hannah Arendt, tant sa signification peut varier suivant les subjectivités de chacun⁵⁰⁵. Bon nombre de philosophes – comme Seyla Benhabib – lui ont reproché de n'avoir

⁴⁹⁹ Directeur de la recherche à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains ; Chargé d'enseignement en droit international public à l'Institut universitaire de hautes études internationales (Genève).

⁵⁰⁰ Voir sa trilogie *Les origines du totalitarisme*, citée plus loin.

⁵⁰¹ H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem. Rapport sur la banalité du mal*, Paris, Gallimard, 2002.

⁵⁰² C. Bourgeois, « Préface », in : H. Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Détroits, 1987, p. 108.

⁵⁰³ Voir en particulier : H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Lévy, 1994, pp. 231-314.

⁵⁰⁴ H. Arendt, *Qu'est-ce que la politique ?*, Paris, Seuil, 1995, p. 64.

⁵⁰⁵ Pour une reconstruction philosophique de l'œuvre d'Arendt à travers le droit d'avoir des droits, voir tout particulièrement : M.-C. Caloz-Tschopp, *Les Sans-Etat dans la philosophie de Hannah Arendt. Les humains superflus, le droit d'avoir des droits et la citoyenneté*, Lausanne, Payot, 2000 ; W. Hamacher, « The Right to Have Rights (Four-and-a-Half Remarks) », *South Atlantic Quarterly*, 2004, pp. 343-356 ; P. Birmingham, *Hannah Arendt and Human Rights: The Predicament of Common Responsibility*, Indiana University Press, 2006.

fourni aucune justification, en érigeant le droit d'avoir des droits au rang de postulat indémontrable⁵⁰⁶. Il est vrai que Hannah Arendt n'est guère prolixie lorsqu'il est question de préciser le fondement et le contenu d'une notion ayant pourtant vocation à constituer l'armature de sa réflexion. Comme elle le fait si souvent tout au long de ses écrits, elle oscille constamment entre description historique et analyse philosophique.

Un premier examen de quelques extraits pertinents permet néanmoins de restituer sa teneur essentielle. L'expression apparaît pour la première fois dans *Les origines du totalitarisme* paru en 1951, lorsqu'elle évoque la situation des réfugiés, sans-droits parce que sans-État. Elle écrit dans un passage célèbre que :

« Nous n'avons pris conscience de l'existence d'un droit d'avoir des droits (ce qui signifie : vivre dans une structure où l'on est jugé en fonction de ses actes et de ses opinions) et du droit d'appartenir à une certaine catégorie de communauté organisée que lorsque des millions de gens ont subitement perdu ces droits sans espoir de retour par suite de la nouvelle situation politique globale »⁵⁰⁷.

Le droit d'avoir des droits se définit donc à travers deux séries d'éléments constitutifs tenant au substrat des droits visés et surtout au cadre dans lequel ils sont destinés à s'exercer. Il s'entend comme le droit d'agir et d'avoir une opinion, facultés qui ne se conçoivent que dans un cadre politique donné où elles ont vocation à exister. Dans un monde saturé d'États, l'existence de réfugiés – privés par définition de la protection de leurs pays d'origine – fait prendre conscience de la vanité des droits de l'Homme, lorsque ceux-ci ne se rattachent pas à une communauté susceptible de leur donner vie. Hannah Arendt explique :

« Être fondamentalement privé des droits de l'homme, c'est d'abord et avant tout être privé d'une place dans le monde qui donne de l'importance aux opinions et rende les actions significatives. Quelque chose de bien plus fondamental que la liberté et la justice, qui sont des droits du citoyen, est en jeu lorsque appartenir à la communauté dans laquelle on est né ne va plus de soi, et que ne pas y appartenir n'est plus une question de choix [...]. Cette situation extrême, et rien d'autre, est la situation des gens qu'on prive des droits de l'homme. Ce qu'ils perdent, ce n'est pas le droit à la liberté, mais le droit d'agir ; ce n'est pas le droit de penser à leur guise, mais le droit d'avoir une opinion »⁵⁰⁸.

L'effectivité des droits ne tient pas en la nature contraignante de leur énoncé ou à leur origine divine ou naturelle, mais plutôt dans et par le cadre politique qui a vocation à les mettre en œuvre. Les termes du débat se déplacent de la source du droit à son application :

« Ce n'est donc pas la perte de droits spécifiques, mais celle d'une communauté désireuse et capable de garantir des droits, quels qu'ils soient, qui s'est impitoyablement abattue sur un nombre de plus en plus grand de gens. L'homme, on le voit, peut perdre tous ses fameux Droits de l'homme, sans abandonner pour autant sa

⁵⁰⁶ S. Benhabib, *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*, California, Sage Publications, 1996, p. xxxiii et p. 82. Voir également : D. Villa, *Politics, Philosophy, Terror*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 199-200 ; M. Canovan, *Hannah Arendt: A Reinterpretation of Her Political Thought*, London, Cambridge University Press, 1992, pp. 198-199.

⁵⁰⁷ H. Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, Paris, Seuil, 2002, p. 297.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

qualité essentielle d'homme, sa dignité humaine. Seule la perte de toute structure politique l'exclut de l'humanité »⁵⁰⁹.

Le droit d'avoir des droits est – on le voit – un concept polysémique qui emprunte autant à la philosophie qu'au droit. Il interpelle le droit international public dans son aptitude à constituer un cadre normatif à vocation universelle. Une première piste de réflexion nous est donnée par l'article 16 du Pacte relatif aux droits civils et politiques qui, reprenant l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, assure que : « Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ». Il s'agit là d'un droit absolu auquel il ne peut être dérogé en aucune circonstance, au même titre que l'interdiction de la torture. Ce droit, pour essentiel qu'il soit, ne fait toutefois que reporter le problème, car il s'adresse principalement à l'ordre interne enjoignant aux Etats de ne pas priver les individus de leur personnalité dans le droit national.

La question qui reste posée est de savoir si ce même principe vaut également pour l'ordre international, de sorte que l'individu soit directement titulaire de droits et obligations dans et par le droit international public. L'enjeu crucial dévoilé par Hannah Arendt porte sur « la personnalité juridique qui fait de ses actes et d'une part de sa destinée un tout cohérent »⁵¹⁰. Sous l'angle de la théorie du droit, le droit d'avoir des droits interpelle, de manière radicale et sans possibilité d'esquive, la subjectivité internationale de l'individu, c'est-à-dire son aptitude à être considéré comme un sujet à part entière de l'ordre juridique international, et non plus seulement de l'ordre juridique interne. Cette question a occupé l'imagination des juristes durant tout le XX^e siècle, devenant le thème privilégié des affrontements doctrinaux⁵¹¹, qu'il convient de retracer (Partie I), avant de mieux cerner la notion de personnalité juridique internationale et ses implications pour la place de l'individu en droit international contemporain (Partie II).

⁵⁰⁹ *Ibid.*, pp. 298-299.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 304.

⁵¹¹ La littérature consacrée à la question est abondante. Outre les références citées plus loin, voir notamment : J. Spiropoulos, « L'individu et le droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye en droit international* (ci-après *RCADI*), 1929, T. 30, pp. 191-270 ; M. Siotto-Pintor, « Les sujets de droit international autres que les Etats », *RCADI*, 1932, T. 41, pp. 245-361 ; C. Berezowski, « Les sujets non souverains en droit international », *RCADI*, 1938, T. 65, pp. 1-86 ; J. de Soto, « L'individu comme sujet du Droit des gens », in : *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, T. 1, Paris, LGDJ, 1950, T. 1, pp. 687-716 ; G. Sperduti, « L'individu et le droit international », *RCADI*, 1956, T. 90, pp. 727-850 ; M. Korowicz, « The Problem of the International Personality of Individuals », *American Journal of International Law*, 1956, pp. 533-562 ; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962 ; F.A. Von der Heyde, « L'individu et les tribunaux internationaux », *RCADI*, 1962, T. 107, pp. 287-360 ; R.A. Mullerson, « Human Rights and the Individual as Subject of International Law : A Soviet View », *European Journal of International Law*, 1990, pp. 33-42 ; P.K. Menon, « The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine », *Journal of Transnational Law & Policy*, 1992, pp. 151-182 ; N. Valticos, « L'émergence progressive de l'individu comme sujet du droit international », in : *Le droit international dans un monde en mutation. Liber Amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994 ; B. Kahil-Wolff, « L'individu en tant que sujet de droit international public », *Revue de droit suisse*, 1997, 121-139 ; A. Orakhelashvili, « The Position of the Individual in International Law », *California Western International Law Journal*, 2001, pp. 241-276 ; R. McCorquodale, « The Individual and the International Legal System », in : M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 300-325.

I. La place de l'individu en droit international : l'émergence d'une préoccupation

Les débats autour de la question emblématique de la place de l'individu en droit international se sont révélés d'autant plus passionnés qu'ils mettent directement en cause la notion même de droit international, sa fonction et ses finalités. Sans prétendre se livrer ici à un examen exhaustif des multiples écoles de pensée qui ont traversé le droit international durant le XX^{ème} siècle⁵¹², on peut distinguer schématiquement trois grands courants : l'individu est tantôt conçu comme un « objet » (A), tantôt comme un « sujet » (B) ou même encore comme un « sujet mineur et dérivé » (C) du droit international.

A. L'individu comme objet

L'individu fut longtemps considéré comme un « objet » du droit international, au même titre que les navires ou le territoire appartenant à un Etat⁵¹³. Rétrospectivement, il n'est peut-être pas anodin qu'une telle négation de l'individu par le droit international classique ait coïncidé ou, du moins, rendu possible la fabrique de cadavres à grande échelle symbolisée par les camps d'extermination. Il suffit d'évoquer ici la plainte restée sans suite qui avait été déposée en 1933 devant le Conseil de la Société des Nations par M. Bernheim, juif de Haute-Silésie sous souveraineté allemande. Goebbels se retrancha alors derrière le principe de la souveraineté absolue de l'Etat, expliquant que : « Charbonnier est maître chez lui. La souveraineté du Reich interdit à quiconque de s'immiscer dans ses affaires intérieures. La manière dont il traite ses ressortissants ne regarde que lui »⁵¹⁴. Cette affaire demeure l'illustration paradigmatique de la superfluité humaine développée par Hannah Arendt, processus dans lequel « le premier pas essentiel sur la route qui mène à la domination totale consiste à tuer en l'homme la personne juridique »⁵¹⁵. C'est là le préalable indispensable à « la préparation de cadavres vivants »⁵¹⁶, qui culminera ensuite dans la démesure concentrationnaire, où « sa mort ne faisait qu'entériner le fait qu'il n'avait jamais vraiment existé »⁵¹⁷.

Du point de vue normatif, la négation de la subjectivité internationale de l'individu correspond à un stade très spécifique du développement du droit international public, alors conçu comme un droit de la société interétatique, où l'Etat demeure le sujet exclusif et l'horizon indépassable de l'ordre juridique international. Oppenheim a fort bien résumé cette position toute classique dans son manuel de droit international paru en 1905 :

« Since the Law of Nations is based on the common consent of individual States, and not of individual human beings, States solely and exclusively are the subjects of

⁵¹² Voir également à ce sujet : C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, op. cit., pp. 26-79 ; J.E. Nijman, *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*, Cambridge University Press, 2004. Voir parmi ceux qu'il est convenu d'appeler les pères fondateurs du droit international : P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1960.

⁵¹³ G. Manner, « The Object Theory of the Individual in International Law », *American Journal of International Law*, 1952, pp. 428-449.

⁵¹⁴ R. Cassin, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI*, 1951, T. 79, p. 242.

⁵¹⁵ H. Arendt, *Les origines du totalitarisme. Le système totalitaire*, op. cit., p. 258.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 265.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 266.

International Law. This means that the Law of Nations is a law for the international conduct of States, and not of their citizens [...]. An individual human being [...] is never directly a subject of International Law. [...] But what is the real position of individuals in International law, if they are not subject thereof? The answer can only be that they are objects of the Law of Nations »⁵¹⁸.

Cette conception du droit international dans lequel l'individu n'a pas sa place fut même entérinée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt du *Lotus* du 27 septembre 1927. Elle expliqua alors que « le droit international régit les rapports entre Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci »⁵¹⁹. Dans l'optique du positivisme étatique, l'Etat fait écran entre l'individu et l'ordre juridique international, si bien que le traitement qu'il réserve à ses nationaux est laissé à son entière discrétion. Cette théorie dite des « deux sphères » repose sur la distinction entre, d'une part, la sphère interne des rapports de l'Etat avec ses sujets relevant du seul droit national et, d'autre part, la sphère externe, celle des relations interétatiques, objet exclusif du droit international. Ce principe régulateur du droit international classique conduira bon nombre d'internationalistes du XX^{ème} siècle à refuser, à des degrés divers, la qualité de sujet aux individus (H. Triepel⁵²⁰, R. Philimore⁵²¹, D. Anzilloti⁵²², M. Siotto-Pintor⁵²³, K. Strupp⁵²⁴, E. Kaufmann⁵²⁵, S.B. Krylov⁵²⁶, G. Morelli⁵²⁷, M. Korowicz⁵²⁸, G. Schwarzenberger⁵²⁹, R. Redslob⁵³⁰, M. Lachs⁵³¹).

Le traitement réservé à l'étranger n'y faisait guère exception, encore qu'il apparaissait – non sans paradoxe – mieux protégé que le national⁵³². Le droit international y avait sa place pour la simple raison que la position juridique de l'étranger s'assimilait à une relation d'Etat à Etat, une rencontre de souverainetés. L'étranger incarne en sa personne l'Etat dont il est le ressortissant et il doit, à ce titre

⁵¹⁸ F.L. Oppenheim, *International Law*, London, Longmans Green & Co, 1905, p. 18 et p. 344.

⁵¹⁹ CPJI, arrêt du 27 septembre 1927, Affaire du Lotus, *Rec. CPJI*, Série A, n° 10, p. 18. La Cour devait néanmoins admettre, l'année suivante, que les Etats pouvaient conférer par traité des droits et obligations aux individus, tout en soulignant la nature exceptionnelle d'une telle entorse à « un principe bien établi en droit international », selon lequel « un accord international ne peut pas, en tant que tel, créer directement des droits et des obligations pour les individus » : CPJI, avis consultatif du 3 mars 1928, Affaire des tribunaux de Dantzig, *Rec. CPJI*, Série B, n° 15, p. 17.

⁵²⁰ H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, T. 1, p. 82.

⁵²¹ R. Philimore, « Droits et devoirs fondamentaux des Etats », *RCADI*, 1923, T. 1, p. 63.

⁵²² D. Anzilloti, *Cours de Droit international*, trad. par G. Gidel, Paris, Sirey, 1929, p. 134.

⁵²³ M. Siotto-Pintor, « Les sujets de droit international autres que les Etats », *op. cit.*, p. 356.

⁵²⁴ K. Strupp, « Les règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1934, T. 47, pp. 463-467.

⁵²⁵ E. Kaufmann, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1935, T. 54, pp. 402-420.

⁵²⁶ S.B. Krylov, « Les notions principales du droit des gens (La doctrine soviétique du droit international) », *RCADI*, 1947, T. 70, pp. 446-447.

⁵²⁷ G. Morelli, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1956, T. 89, pp. 499-512.

⁵²⁸ M. Korowicz, « The Problem of the International Personality of Individuals », *op. cit.*, pp. 533-562.

⁵²⁹ G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 2nd ed., London, Stevens, 1950, p. 52.

⁵³⁰ R. Redslob, *Traité de droit des gens*, Paris, Sirey, 1950, p. 71.

⁵³¹ M. Lachs, « The Development and General Trends of International Law in Our Time », *RCADI*, 1980, T. 169, p. 71

⁵³² Sur l'ensemble de la question, voir : V. Chetail, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses Etats », in : V. Chetail (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question / Globalisation, Migration and Human Rights: International Law under Review*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 13-133.

mais à ce titre seulement, être respecté par l'Etat où il se trouve. La sentence arbitrale rendue en 1928 dans l'affaire de l'Ile de Palmas explique :

« La souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire les droits des autres Etats, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix, ainsi que les droits que chaque Etat peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger »⁵³³.

C'est donc à travers le prisme déformant de l'Etat dont il est le ressortissant que l'individu étranger accède à une certaine forme de reconnaissance internationale. La protection diplomatique constitue alors le seul moyen de mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat qui se trouve à l'origine du dommage causé à un étranger. En endossant la réclamation de son ressortissant, l'Etat national transforme et internationalise une affaire à l'origine purement interne entre l'étranger et l'Etat du for en une affaire interétatique, d'égal à égal, entre deux sujets du droit international.

La fiction de la protection diplomatique s'accompagne, toutefois, de deux conséquences qui hypothèquent singulièrement son effectivité. D'une part, en tant que droit de l'Etat national (et non droit de l'individu), la protection diplomatique est « un pouvoir discrétionnaire » que l'Etat demeure entièrement libre d'exercer ou non en faveur de son ressortissant⁵³⁴. D'autre part, symbole du monopole étatique de la subjectivité internationale, ce procédé de substitution montre immédiatement ses limites lorsqu'il est question des apatrides qui échappent, par définition, à toute protection. C'est du reste ce qu'avait fort bien compris Hannah Arendt, lorsqu'elle constate dans *Les origines du totalitarisme* que :

« Personne ne s'était rendu compte que le genre humain depuis si longtemps conçu à l'image d'une famille de nations, avait atteint le stade où quiconque était exclu de l'une de ces communautés fermées si soigneusement organisées, se trouvait du même coup exclu de la famille des nations. [...] Seule une humanité complètement organisée [en Etats Nations] pouvait faire que la perte de résidence et de statut politique revienne à être expulsé de l'humanité entière »⁵³⁵.

B. L'individu comme sujet

En réaction aux excès du positivisme triomphant de la première moitié du XXème siècle, Georges Scelle postule que la société internationale est, tout au contraire, une société d'individus. Le droit international doit, dès lors, être qualifié de « droit des gens » dans son sens littéral, le mot « gens » étant employé au sens d'individus. Il explique dans son *Précis de droit des gens* paru en 1932 que :

« Le terme 'Droit international' est inexact, puisqu'il paraît impliquer des relations juridiques entre nations et que les Nations ne jouent qu'un rôle secondaire dans les rapports juridiques qui font l'objet de notre science. Le mot 'Nation' est pris

⁵³³ Cour permanente d'arbitrage, Ile de Palmas (Etats-Unis/Pays-Bas), 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 839.

⁵³⁴ Comme le rappelle la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* : « L'Etat doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce » : CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Affaire Barcelona Traction Light and Power Company Limited, Belgique c. Espagne*, *Rec. CIJ* 1970, p. 44.

⁵³⁵ H. Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, pp. 292-293 et pp. 297-298.

parfois, il est vrai, dans la terminologie anglo-saxonne notamment, comme synonyme d'Etat. L'expression 'Droit interétatique' serait pourtant du point de vue traditionnel, beaucoup meilleure, puisque la doctrine classique a longtemps considéré les Etats comme des 'personnes juridiques', et les principales, sinon les seules, de la société humaine. C'est une conception que nous combattons. Pour nous, les rapports qu'il va s'agir de décrire et d'analyser sont des rapports entre individus, formant une société universelle, et appartenant en même temps à d'autres et innombrables sociétés politiques : étatiques, interétatiques, superétatiques, extra-étatique, que la communauté humaine englobe et coordonne et que son droit régit »⁵³⁶.

Suivant les pas du constitutionnaliste Léon Duguit, il définit le droit – interne et international – comme « un impératif social traduisant une nécessité née de la solidarité naturelle »⁵³⁷. La sociabilité de l'homme constituant le fondement commun au droit international et au droit interne, il n'existe pas de différence de nature entre ces deux ordres juridiques. Dans les deux cas, les sujets sont les individus en tant qu'« être doué de volonté personnelle »⁵³⁸. Selon Georges Scelle, « les rapports inter-individuels constituent la matière même de la sociabilité internationale et, sans eux, les institutions du droit international public ne se concevraient même pas »⁵³⁹. Soulignant le lien de filiation entre Georges Scelle et certains fondateurs du droit international, Paul Reuter écrit en 1950 :

« *Voulant baser la construction juridique sur les faits de solidarité sociale, il est assez logique de poser un droit à la sociabilité indéfinie de l'individu, puisque la limitation ou le refus de ce droit, entraîne une disparition des relations juridiques elles-mêmes. En ce sens on pourrait parler d'un 'droit au droit' comme postulat de tout système juridique et l'on rejoint les affirmations de Francisco de Vitoria sur le droit au libre commerce international comme source de toutes les relations intergentes* »⁵⁴⁰.

Cette référence explicite d'un « droit au droit » mérite d'être soulignée, dans la mesure où elle apparaît un an avant que Hannah Arendt ne l'utilise (au pluriel) dans *Les origines du totalitarisme* publié en 1951. Sa signification diffère toutefois de celle utilisée par la philosophe outre-Atlantique en ce qu'elle désigne ici la sociabilité naturelle de l'homme en tant que fondement ultime – et partant métajuridique – du droit. Ainsi que le souligne Paul Reuter, c'est précisément sur cette même base que Francisco de Vitoria (1480-1546) avait dégagé la théorie du *jus communicationis* comme principe central, sinon consubstantiel, à l'existence même du droit international. Ce qu'il appelait « le droit naturel de société et de communication »⁵⁴¹ portait déjà les germes d'une communauté universelle régie par les mêmes règles internationales, dont la négation est au cœur de l'œuvre d'Arendt.

Divers autres courants doctrinaux du XX^{ème} siècle reconnaîtront à l'individu sa qualité de sujet de droit international, suivant des prémisses diamétralement opposées à l'objectivisme sociologique de Georges Scelle. L'une des écoles de pensée les plus

⁵³⁶ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, T.1, Paris, Sirey, 1932, p. vii.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁵³⁹ G. Scelle, *Manuel de droit international public*, 2^{ème} éd., Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 511.

⁵⁴⁰ P. Reuter, « Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public », in : *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, T. 2, *op. cit.*, p. 537.

⁵⁴¹ F. de Vitoria, *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, trad. par Maurice Barbier, Genève, Droz, 1966, p. 82.

marquantes du siècle passé est sans doute celle initiée par Hans Kelsen qui, dans le cadre de sa *Théorie pure du droit*, définit le droit comme un ordre de contrainte unissant l'illicite et la sanction⁵⁴². Bien que l'Etat soit au cœur du normativisme kelsénien, il distingue – non sans un excès de formalisme – l'obligation juridique, d'une part, qui est destinée par sa nature même à l'homme⁵⁴³, et la personne juridique, d'autre part, qu'il définit « comme l'expression personnifiée de l'unité d'un système de normes [...] d'un ordre total (l'Etat) ou partiel (autres personnes juridiques et 'personnes physiques') »⁵⁴⁴. Dans une telle configuration, la qualité de sujet est reconnue à toute entité, dès lors qu'une norme de droit international lui confère directement un droit ou lui impose une obligation. Selon le maître de l'Ecole de Vienne, bien que cette hypothèse se rencontre plus fréquemment pour l'Etat que pour l'individu, « il n'est pas contraire à la nature du droit international que ce qui est aujourd'hui encore une exception devienne un jour la règle »⁵⁴⁵.

D'autres auteurs parviendront à une conclusion similaire, sans pour autant passer par les détours de la construction complexe et sophistiquée de Kelsen. C'est ainsi que la subjectivité internationale de l'individu sera notamment admise – bien que sous diverses variantes – par une partie de la doctrine anglaise (représentée par J.L. Brierly⁵⁴⁶ et H. Lauterpacht⁵⁴⁷), les Professeurs américains P. Jessup⁵⁴⁸, français R. Cassin⁵⁴⁹, suisse P. Guggenheim⁵⁵⁰, danois M. Sorensen⁵⁵¹ ou belge P. de Visscher⁵⁵². Il faut constater cependant que cette tendance doctrinale demeure minoritaire, même si elle est indiscutablement plus marquée qu'au XIX^e siècle⁵⁵³, sans doute parce que les contemporains du XX^e siècle étaient plus conscients que leurs prédécesseurs des dérives que peut engendrer le culte de la souveraineté absolue, grâce auquel le totalitarisme finit par devenir la forme la plus aboutie du fondamentalisme étatique, si bien mis en exergue par Hannah Arendt⁵⁵⁴.

Sur le fond, la doctrine de la subjectivité internationale de l'individu se heurte toutefois à deux objections principales. D'une part, ses travers dogmatiques substituant l'individualisme au souverainisme la privent souvent de légitimité scientifique, en

⁵⁴² H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *RCADI*, 1932, T. 42, pp. 124-15.

⁵⁴³ « Comme tout droit, le droit international est donc, lui aussi, une réglementation de la conduite humaine. C'est à l'homme que s'adressent les normes du droit international, c'est contre l'homme qu'elles dirigent la contrainte, c'est aux hommes qu'elles remettent le soin de créer l'ordre. Si le droit international édicte des droits et des obligations (il doit le faire s'il est un ordre juridique), ces droits et ces obligations ne peuvent avoir pour contenu que des actions humaines » : *ibid.*, p. 142.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 143. Voir également : H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, pp. 114-116.

⁵⁴⁵ H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, p. 170.

⁵⁴⁶ J.L. Brierly, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1936, T. 58, pp. 42-48.

⁵⁴⁷ H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, p. 38.

⁵⁴⁸ P.C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, New York, Macmillan, 1949, pp. 9-27.

⁵⁴⁹ R. Cassin, « L'homme, sujet de droit international, et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », in : *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, T. 1, *op. cit.*, pp. 67-91.

⁵⁵⁰ P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, T.1, Genève, Georg, 1953-1954, p. 171.

⁵⁵¹ M. Sorensen, « Principes de droit international public », *RCADI*, 1960, T. 1001, pp. 140-144.

⁵⁵² P. de Visscher, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1972, T. 136, pp. 56-57.

⁵⁵³ Voir dans la doctrine du XIX^e siècle : A.G. Heffter, *Le droit international de l'Europe*, Berlin-Paris, H.W. Müller, A. Cotillon, 1883, p. 44 ; F. de Martens, *Traité de droit international*, Paris, 1883, Vol. I, p. 428 et p. 442 ; P. Fiore, *Le droit international codifié et sa sanction juridique*, Paris, Pedone, 1890, p. 90.

⁵⁵⁴ Voir en particulier : H. Arendt, *Les origines du totalitarisme. Le système totalitaire*, *op. cit.*, pp. 281-312.

raison même de sa prétention à fournir une explication globalisante – et par conséquent tronquée – du phénomène juridique et de la réalité sociale qu'elle est censée capturer. D'autre part, le constat de l'individu comme titulaire de droits internationalement reconnus a longtemps été prématuré. La Charte des Nations Unies a, certes, inauguré une nouvelle ère du droit international, en consacrant l'engagement de l'Organisation mondiale et de ses Etats membres à agir pour « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » (articles 1, 55 c) et 56). Cependant, si les droits de l'Homme sont ainsi entérinés pour la première fois dans un traité à vocation universelle, leur contenu même n'accèdera que tardivement à la positivité juridique. Au niveau universel, il faut attendre 1966 pour que les deux Pactes des Nations Unies adoptent, sous une forme conventionnelle, les principes proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Les deux Pactes n'entreront en vigueur que dix ans après en 1976. C'est dire le caractère fondamentalement novateur de l'intrusion des droits de l'Homme dans l'ordre juridique international. Ce faisant, le débat traditionnel – et si passionnel – autour de la subjectivité internationale de l'individu acquiert une actualité renouvelée qu'il n'est plus possible d'ignorer.

C. L'individu comme sujet mineur et dérivé

Confrontée au développement normatif sans précédent des droits de l'Homme, la doctrine actuelle est demeurée étonnamment dubitative, tant la prudence est considérée comme une vertu professionnelle du juriste. A quelques exceptions près⁵⁵⁵, la doctrine dominante multiplie les euphémismes, expliquant avec une retenue bien maîtrisée que l'individu dispose d'« une certaine mesure de capacité juridique internationale »⁵⁵⁶, d'« une capacité juridique limitée »⁵⁵⁷ ou encore d'« un certain degré de personnalité internationale »⁵⁵⁸. Pour beaucoup, en effet, « l'avancée de l'individu sur la scène internationale en tant que sujet du droit international est encore timide »⁵⁵⁹. Sans doute lassés par les débats doctrinaux sans fin qui avaient marqué les deux premiers tiers du XXème siècle, les auteurs contemporains se bornent souvent à constater « une évolution sensible en faveur de la reconnaissance d'une certaine personnalité juridique internationale de l'individu »⁵⁶⁰, lorsque la question n'est tout simplement pas évacuée presque pudiquement⁵⁶¹.

⁵⁵⁵ Voir par exemple : H. Mosler, « The International Society as a Legal Community », *RCADI*, 1974, T. 140, pp. 48-50 ; M.N. Shaw, *International Law*, 5th ed., Cambridge University Press, 2003, p. 232 ; M. Dixon, *Textbook on International Law*, 5th ed., Oxford University Press, 2005, pp. 114-116.

⁵⁵⁶ P. Daillier & A. Pellet, *Droit international public*, 7^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 649.

⁵⁵⁷ A. Cassese, *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2005, p. 150. Voir également : R.M. Wallace, *International Law*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 72.

⁵⁵⁸ P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London, Routledge, 1997, p. 100.

⁵⁵⁹ D. Alland (dir.), *Droit international public*, Paris PUF, 2000, p. 98. Voir également : A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 14.

⁵⁶⁰ P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 26. Voir cependant du même auteur : « L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondement du droit international) », *Archives de philosophie du droit*, 1987, pp. 119-133.

⁵⁶¹ Ian Brownlie, avec un sens tout britannique de l'euphémisme, se contente de relever en deux phrases : « There is no general rule that the individual cannot be a 'subject of international law' and in particular contexts he appears as a legal person on the international plane. At the same time to classify the individual as a 'subject' of the law is unhelpful, since this may seem to imply the existence of capacities which do not exist

Une telle retenue est indiscutablement liée à la méthodologie dominante du droit international contemporain, où le positivisme est désormais érigé en un gage scientifique, de sorte que toute approche non exclusivement étatiste est perçue, sinon comme de l'idéalisme naïf, du moins comme de l'approximation coupable. La personnalité juridique internationale étant analysée à travers le prisme déformant de l'Etat, toute analogie avec celui-ci conduit invariablement à la conclusion que les individus « ne sont à l'heure actuelle que des *sujets dérivés et mineurs* du droit international »⁵⁶².

Rosalyn Higgins figure parmi les rares auteurs contemporains d'envergure à refuser une telle « prison intellectuelle »⁵⁶³. A la dialectique traditionnelle *objet/sujet* du droit international, elle oppose la notion d'*acteur*, soulignant par là que le droit international est avant toute chose un processus de prise de décisions. Suivant cette optique, ce qui compte ce n'est pas de savoir qui « est » sujet mais qui « participe » à un tel processus. L'on pourra néanmoins toujours objecter que, si l'individu est amené à *participer*, sous différentes formes, au processus de prise de décisions, seul l'Etat peut véritablement *créer* du droit international, ce qui impose d'examiner plus avant la notion même de personnalité juridique internationale.

II. La personnalité juridique internationale de l'individu

La grande diversité des points de vue doctrinaux tient pour une bonne part aux difficultés inhérentes à la définition de la personnalité juridique, qu'il convient d'appréhender brièvement (A), avant d'en tirer les conclusions quant à la place de l'individu en droit international (B).

A. Définition de la personnalité juridique internationale

Aussi curieux que cela puisse paraître pour le profane, le droit international ne comporte pas de définition reconnue de la personnalité juridique⁵⁶⁴. Ce faisant, le qualificatif de sujet de droit dépend de la subjectivité de l'interprète, selon sa propre perception du droit international et le contexte socio-historique dans lequel elle s'insère⁵⁶⁵. C'est donc tout naturellement que les juristes en viennent, par (dé)formation professionnelle, à déduire les attributs supposés de la subjectivité internationale par

and does not avoid the task of distinguishing between the individual and other types of subject » : I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p. 65. Il est également significatif de constater que la grande majorité des manuels de droit international des droits de l'homme n'évoque pas la question, pourtant existentielle à cette matière, de la subjectivité internationale de l'individu.

⁵⁶² M. Perrin de Brichambaut, J.-F. Dobelle & M.-R. d'Haussy, *Leçons de droit international*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2002, p. 373.

⁵⁶³ R. Higgins, *Problems & Process. International Law and How We use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 49.

⁵⁶⁴ Voir : D. Felman, « International Personality », *RCADI*, 1985, T. 191, pp. 343-413 ; H. Ruiz Fabri, « Les catégories de sujets du droit international », in : *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, Société française de droit international, Paris, Pédone, 2005, pp. 55-71.

⁵⁶⁵ La circularité des raisonnements doctrinaux et leur relativisme ont bien été mis en relief par : J. Spiropoulos, « L'individu et le droit international », *op. cit.*, pp. 213-316 et M. Cosnard, « Rapport introductif », in : *Le sujet en droit international*, *op. cit.*, pp. 13-53.

référence à l'Etat⁵⁶⁶. Il est vrai que l'Etat demeure le sujet primaire – au plein sens du terme – de l'ordre juridique international, encore que le droit international ait existé bien avant l'apparition de l'Etat-nation au XVI^{ème} siècle et sa banalisation achevée durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle consécutivement au processus de décolonisation. Mais l'exclusivisme étatique se révèle très vite stérile, sinon anachronique, lorsqu'il est question d'en déduire *a posteriori* et *in abstracto* les attributs de la personnalité juridique.

En droit international comme en droit interne, il est difficile de dégager une conception monolithique – et par trop dogmatique – de la personnalité juridique. La personnalité juridique est, au contraire, une notion éminemment relative et contingente, dont le contenu peut varier selon les circonstances. Dans l'ordre interne, les attributs de la personnalité juridique varient en fonction de l'âge (suivant que l'on est mineur ou majeur), de la nationalité (suivant que l'on est étranger ou ressortissant de l'Etat) ou encore – jusqu'à un passé récent – du sexe (critère qui, s'il n'est plus pertinent dans la majorité des législations actuelles, est maintenu sous une forme atténuée à travers l'orientation sexuelle). Pour ce qui est du droit international proprement dit, la Cour internationale de Justice devait reconnaître dans cette même perspective que : « les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques, quant à leur nature ou l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté »⁵⁶⁷.

En présence d'une telle diversité de sujets de droit, on serait tenté de conclure qu'il n'est pas possible de retenir une définition préétablie et donc prévisible de la personnalité juridique. Nous ne le pensons pas. Si la qualité de sujet est le propre de tout ordre juridique, il importe de la définir par référence à un minimum commun à tout ordre, qu'il soit interne ou international. Ce noyau dur et irréductible de la personnalité réside, selon nous, dans la titularité de droits et obligations directement conférés par l'ordre juridique en question. C'est du reste ce qu'a admis en substance Julio A. Barberis pour qui la question de savoir si l'individu est un sujet du droit international « consiste à déterminer si l'ordre juridique international contient des normes qui établissent des droits ou des obligations dont les destinataires sont les personnes privées »⁵⁶⁸. De même, pour Jean Combacau et Serge Sur, « dire d'un individu ou d'un être collectif qu'il reçoit d'un ordre juridique la qualité de personne ou de sujet c'est, et c'est seulement, affirmer que cet ordre se tient pour apte à le doter de droits et d'obligations, énoncé qui doit être compris dans toute sa rigueur »⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ Voir par exemple dans la droite ligne de l'orthodoxie du droit international classique : « Ce qui est caractéristique de la qualité de sujet de droit international, ce sont les attributs de cette personnalité juridique internationale, à savoir les trois grandes capacités (i) de conclure des traités, (ii) d'établir des relations diplomatiques, et (iii) de participer aux mécanismes de la responsabilité internationale. Il est évident que la personne privée ne bénéficie d'aucune de ces capacités, et cela pour le motif qu'elle ne reçoit pas du droit international général la qualité de personne juridique ou sujet de droit. Dans ce sens, il faut affirmer que l'individu n'est pas un sujet de droit international » : C. Dominicé, « L'émergence de l'individu en droit international public », *Annales d'études internationales*, 1988, p. 14.

⁵⁶⁷ Avis consultatif du 11 avril 1949, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, *CJ Recueil* 1949, p. 178.

⁵⁶⁸ J.A. Barberis, « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *RCADI*, 1983, T. 179, p. 181.

⁵⁶⁹ J. Combacau & S. Sur, *Droit international public*, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 312.

Ce constat appelle une double distinction. Contrairement à ce qui est souvent écrit, la personnalité juridique doit être distinguée de la capacité d'agir. La capacité à faire valoir ses droits devant un organe international porte sur l'effectivité de la norme et non sur sa titularité. En conclure autrement reviendrait à nier à l'Etat sa qualité de sujet de droit, puisque la compétence de la Cour internationale de Justice demeure facultative⁵⁷⁰. Il importe, en outre, de bien dissocier *sujet* et *source* du droit. Le fait que l'Etat dispose du rare privilège d'être les deux à la fois est à l'origine de confusions regrettables. La notion même de personnalité juridique finit par se fondre dans le moule étatique, alors même que cette dualité de l'Etat – à la fois créateur et sujet du droit – se retrouve dans l'ordre interne, sans que quiconque n'y voit une atteinte portée à la subjectivité des personnes physiques.

B. Droits et obligations de l'individu

Si la personnalité juridique se définit par l'aptitude à être destinataire de droits et obligations directement conférés par le droit international, l'individu doit être considéré aujourd'hui comme un sujet de droit international.

Les droits de l'Homme, pour nouveaux qu'ils soient, sont désormais solidement ancrés dans l'ordre juridique international. Si l'on s'en tient au seul critère des traités à vocation universelle, le Pacte relatif aux droits civils et politiques est ratifié par 156 Etats, et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par 153 Etats. Ces deux traités généraux ont été enrichis et approfondis par de multiples instruments conventionnels plus spécifiques adoptés pour certaines catégories d'individus ou de droits. On mentionnera, à titre d'exemples, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales du 21 décembre 1965 (170 Etats parties), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (183 Etats parties), la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (141 Etats parties) ou encore la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (192 Etats parties). De même, le droit international économique et notamment le régime des investissements étrangers confèrent aux personnes privées une panoplie de droits internationalement reconnus⁵⁷¹.

Aux côtés des droits conférés par l'ordre juridique international, l'individu s'est vu attribuer diverses obligations, dont la violation est érigée en infraction pénale internationale. Longtemps réservé aux pirates et criminels de guerre, le droit pénal international s'est enrichi durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle d'incriminations nouvelles et toujours plus nombreuses. Aux crimes de génocide et contre l'humanité, notamment entérinés par le Statut de la Cour pénale internationale (104 Etats parties)⁵⁷², se sont ajoutées de multiples infractions internationales touchant aux

⁵⁷⁰ Il faut relever, par ailleurs, que les possibilités de recours des individus devant des organes internationaux juridictionnels ou quasi juridictionnels se sont multipliées durant les dernières décennies, à tel point qu'elles sont aujourd'hui plus nombreuses que celles offertes aux Etats.

⁵⁷¹ Voir en ce sens notamment : I. Seidl-Hohenveldern, « International Economic Law. General. Course on Public International Law », *RCADI*, 1986, T. 198, pp. 31-42.

⁵⁷² Il n'est pas inutile de rappeler ici que, suivant la proposition de son maître Karl Jaspers, Hannah Arendt a souligné lors du procès d'Eichmann « la nécessité d'une cour pénale internationale permanente », proposition considérée par bon nombre de positivistes de son temps comme irréaliste, avant qu'elle ne soit finalement

domaines les plus divers, qu'il s'agisse par exemple de la Convention du 30 mars 1961 sur les stupéfiants (153 Etats parties), de la Convention du 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (185 Etats parties) ou encore de la Convention du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée (134 Etats parties).

En guise de conclusion : l'Etat horizon indépassable de l'Humanité ?

Sur le plan systémique, la consécration des droits et obligations de l'individu au sein de l'ordre juridique international et leur expansion normative spectaculaire depuis 1945 ont profondément modifié la nature même du droit international général, provoquant « une tectonique des fondements du droit international »⁵⁷³. Soulignant les bouleversements induits par les droits de l'Homme sur le droit international classique, Michel Virally a pu constater que :

*« L'introduction de la protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique international n'entraîne pas simplement une modification du contenu du droit international, c'est la définition même de ce droit qui est remise en cause. Le droit international ne peut plus être défini comme le droit des relations internationales ou de la société des Etats. Il se présente désormais comme le droit de la société humaine universelle, ou globale, comprenant deux parties essentielles : d'une part le statut fondamental de l'homme à l'intérieur des différentes unités politiques qu'il a constituées historiquement et qui se gouvernent de façon indépendante et, d'autre part, le droit des relations entre ces différentes unités politiques »*⁵⁷⁴.

De droit de la société interétatique, le droit international se mue progressivement en un droit de la communauté internationale. Il se voit attribuer des finalités nouvelles qui reposent sur les valeurs communes aux hommes. Comme l'a fort bien souligné Hannah Arendt, « le respect de la dignité humaine implique que l'on reconnaisse les autres hommes ou les autres nations au même titre que soi comme des sujets, comme des bâtisseurs de mondes ou comme les cofondateurs d'un monde commun »⁵⁷⁵. L'Homme ayant découvert sa propre inhumanité s'est efforcé de reconstruire un monde commun. Cette prise de conscience a resurgi sur les décombres de la Seconde Guerre mondiale comme l'ultime sursaut d'orgueil d'une Humanité défaillante, après qu'elle eut expérimenté « le mal radical [...] apparu en liaison avec un système où tous les hommes sont, au même titre, devenus superflus »⁵⁷⁶. La négation de l'Humanité que représentent les camps d'extermination imposait, plus que jamais, de (re)découvrir l'universalité du genre humain qui insuffla, à son tour, une dynamique nouvelle au droit international.

Le droit international contemporain n'apparaît plus seulement comme un instrument neutre de régulation et d'ajustement entre Etats souverains. Il est également un droit porteur de transformations au service de l'Humanité tout entière. Selon l'heureuse formule du Professeur Georges Abi-Saab empruntée à René-Jean Dupuy,

entérinée par le Statut de Rome en 1998 : H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem. Rapport sur la banalité du mal*, op. cit., pp. 467-468.

⁵⁷³ P.-M. Dupuy, *Droit international public*, op. cit., p. 26.

⁵⁷⁴ M. Virally, « Droits de l'homme et théorie générale du droit international », in : René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber*, T. IV, Paris, Pedone, 1972, p. 329.

⁵⁷⁵ H. Arendt, *Les origines du totalitarisme. Le système totalitaire*, op. cit., pp. 276-277.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 278.

« le droit international est condamné à devenir de plus en plus le droit interne de l'humanité »⁵⁷⁷. Il évolue d'un droit de la coexistence, fondé sur la juxtaposition d'entités souveraines, vers un droit de l'interdépendance, où les questions les plus diverses appellent désormais une réponse globale qui transcende l'Etat et invite à son renouvellement. En l'état actuel de son développement, le droit international est animé par une logique schizophrénique qui l'oblige à faire coexister en son sein deux facettes différentes, l'une tournée vers la protection de l'individu au sens large et l'autre attachée à réguler les relations entre Etats.

Bien que ses fonctions aient profondément évolué, le droit international reste encore largement structuré par l'Etat qui conserve le privilège exorbitant d'être à la fois le sujet et la source du droit. Le recours à la technique conventionnelle en est la manifestation paradigmatique. Il garantit le contrôle de l'Etat, tant au niveau de la détermination du contenu de la norme – dès lors que ce sont les Etats qui élaborent les règles – qu'au niveau de sa force contraignante – dans la mesure où le traité ne lie que les Etats qui l'ont dûment ratifié. On pourra, ainsi, toujours objecter que « les individus ne sont pas maîtres de leurs droits internationaux », puisqu' « il suffit qu'un traité cesse d'être en vigueur ou qu'un Etat s'en retire, pour que des personnes privées qui étaient destinataires de certaines de ses dispositions en perdent le bénéfice »⁵⁷⁸. C'est oublier cependant la persistance du droit international coutumier, dont la grande majorité des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme fait partie et demeure, à ce titre, opposable à tout Etat indépendamment de ses propres obligations conventionnelles⁵⁷⁹.

Il n'est plus guère contesté non plus que certaines garanties élémentaires de la personne humaine (telles que l'interdiction du génocide, de la torture, de la privation arbitraire de la vie, de l'esclavage et de la discrimination raciale) constituent aujourd'hui des normes de droit impératif (*jus cogens*). Placées au sommet de la hiérarchie de l'ordre juridique international, les normes impératives attestent de l'existence d'un intérêt collectif supérieur aux intérêts individuels des Etats. Outre la nullité de tout traité conclu à son encontre, une obligation de ce genre dépasse le strict cadre conventionnel pour créer une *actio popularis*, de sorte que tout Etat est en droit d'invoquer la responsabilité internationale de celui qui l'a violé. C'est dire que l'épicentre du droit international tend à se déplacer vers l'individu, dont la protection est considérée comme un intérêt essentiel de la communauté internationale. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie devait même en conclure dans la célèbre affaire *Tadic* qu' « une approche axée sur la souveraineté de l'Etat a été progressivement supplantée par une approche axée sur les droits de l'homme »⁵⁸⁰.

Pour importants que soient les développements récents relatifs à la protection de l'individu, le droit international n'en reste pas moins tributaire de l'Etat en tant que cadre de référence obligé et instrument incontournable de sa mise en oeuvre. Hannah

⁵⁷⁷ G. Abi-Saab, « 'Humanité' et 'Communauté internationale' dans la dialectique du droit international », in : *Mélanges en l'honneur du professeur René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, p. 11.

⁵⁷⁸ C. Dominicé, « La personnalité juridique dans le système du droit des gens », in : *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer International Law, 1996, p. 163.

⁵⁷⁹ H. Hannum, « The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995/6, pp. 287-397.

⁵⁸⁰ TPIY, Chambre d'appel, *Procureur c. Tadic*, 2 octobre 1995, Affaire n° IT-94-1, § 58.

Arendt fut consciente – mieux que quiconque – de la virtualité des droits de l'Homme, qui n'accèdent à la positivité que par l'Etat, en l'absence de toute autre institution sociale de substitution⁵⁸¹. Ce faisant, elle saisit l'ambiguïté fondamentale du droit international, qui réapparaît aujourd'hui sous les traits de la dialectique mondialisation/souveraineté :

« L'humanité, qui n'était pour le XVIIIème siècle, selon la terminologie kantienne, qu'une idée régulatrice, est aujourd'hui devenue un fait irréfutable. Cette situation nouvelle, dans laquelle l'humanité remplit effectivement le rôle autrefois attribué à la nature ou à l'histoire, voudrait dire dans ce contexte que c'est l'humanité elle-même qui devrait garantir le droit d'avoir des droits, ou le droit d'appartenir à l'humanité. Il n'est absolument pas certain que ce soit possible. Car, contrairement aux louables tentatives humanitaires qui réclament de nouvelles déclarations des droits de l'homme émanant des instances internationales, il faudrait imaginer que cette idée transcende le domaine actuel du droit international qui fonctionne encore dans les termes de conventions et de traités mutuels entre Etats souverains ; et, pour le moment, un monde qui serait au-dessus des nations n'existe pas »⁵⁸².

L'enjeu du droit international ne réside pas tant dans l'existence de normes – qui se sont considérablement étoffées depuis 1945 – que dans leur mise en œuvre dans et par un cadre politique adéquat susceptible de garantir leur respect effectif. L'instauration d'un hypothétique Etat mondial ne saurait constituer, selon elle, une alternative viable, tant les risques de dérive totalitaire sont démultipliés :

« Le recours ultime ne doit pas être supra-national, mais bien inter-national. Une autorité supranationale sera forcément, soit inefficace, soit au service exclusif de la nation qui se trouvera être la plus forte et conduira ainsi à un gouvernement mondial, d'où pourrait aisément résulter la plus effroyable tyrannie, car nul ne pourrait échapper à une force de police globale – jusqu'à ce qu'il se désintègre »⁵⁸³.

L'effectivité du droit international dépend, pour le meilleur et pour le pire, des Etats. Le drame du Darfour, qui inaugure le nouveau millénaire, démontre tout à la fois le manque et la nécessité d'une collaboration internationale pour assurer la pérennité des principes proclamés en réaction aux tragédies de la première moitié du XXème siècle. C'est là sans doute tout le mystère de ce droit de la communauté internationale en devenir, qui proclame son attachement à des valeurs communes fondées sur « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine »⁵⁸⁴, mais confie sa mise en œuvre à un procédé national hautement décentralisé que constituent les Etats. La figure emblématique de l'Etat, création historique de l'homme pour l'homme, finirait presque par faire oublier selon la formule de Ihering que « le destinataire de tout droit, c'est l'homme »⁵⁸⁵. L'Etat du droit international contemporain correspond sur ce point au constat prémonitoire effectué par Nicolas Politis en 1927 lorsqu'il écrit : « à l'heure actuelle le droit international est dans une période de transition : s'il n'est plus

⁵⁸¹ Voir notamment : H. Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, op. cit., pp. 287-297.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 300.

⁵⁸³ H. Arendt, *Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine*, Paris, Calmann-Lévy, 2006, p. 238.

⁵⁸⁴ Voir les préambules des deux Pactes des Nations Unies.

⁵⁸⁵ R. von Ihering, *L'Esprit du droit romain*, trad. de la 3^{ème} éd. par O. de Meulenaere, Paris, Marecq, 1878, T. IV, p. 326.

exclusivement le droit des Etats, il n'est pas encore complètement celui des hommes »⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927, p. 91.