

L'Etat, cet angle mort du droit international

Samantha Besson (Professeure de droit international public et de droit européen, Université de Fribourg)*

Demander à un chercheur en droit ce qu'il souhaiterait changer dans le domaine du droit qui constitue son objet d'étude, c'est exiger de lui ce qu'il ne livre jamais. Le caractère non-idéal du droit et, par extension, de sa théorie est ce qui fait son intérêt. En tant que pratique sociale normative, le droit diffère en effet des autres pratiques sociales qui ont la caractéristique d'être normativement inertes, d'une part, mais aussi des normes morales dont il n'est pas nécessaire qu'elles soient pratiquées, d'autre part. Son caractère pratique pourrait certes en soi prêter à un exercice théorique idéal, mais sa dimension normative en serait éludée. Le propre du droit, et donc de la pratique du droit, est en effet d'inclure un exercice constant de justification et de critique. Cela affecte à son tour l'approche du théoricien du droit qui n'est pas en soi appelé, contrairement à certains philosophes politiques ou moraux, à proposer des réformes idéales d'une pratique sociale ou politique qu'il aurait au préalable décrit à l'instar d'un sociologue.

C'est pourtant bien volontiers que je me prête au jeu, en prenant pour objet de ma critique le manque de conceptualisation de l'Etat en droit international (contemporain¹). C'est précisément parce que l'Etat est l'angle mort de la pratique, et donc de la théorie du droit international, qu'il est possible d'en regretter l'absence de mise en cause et de discussion juridique et d'en espérer davantage de la pratique du droit international sur ce point. Etant donné que le droit international est une pratique normative non-idéale, comme sa meilleure théorie d'ailleurs, c'est de l'intérieur du droit international que je souhaiterais révéler, puis accompagner l'amorce du changement qui est en cours.

Quel est le problème ? Alors que l'Etat est historiquement au cœur du droit international puisque ce dernier est adopté par les Etats et pour les Etats dont il régit les relations, l'Etat n'est que peu saisi et réglementé par le droit international. La raison en est bien simple et nous la connaissons depuis les arrêts de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) dans les affaires *Wimbledon*, puis *Lotus*² : le droit international est créé par les Etats et les Etats sont des entités juridiques créées par le droit international. L'un ne saurait dès lors définir l'autre. Si l'on a d'abord pensé que le consentement de l'Etat pouvait être la base de la validité et de la légitimité du droit international, cette construction est désormais dépassée en pratique, notamment du fait du développement d'un droit international objectif et distinct de la volonté des Etats³. Cependant, à l'inverse, si l'on a considéré ensuite qu'il serait possible de définir juridiquement ce qu'est (objectivement) l'Etat, cette définition se heurte à une pratique de reconnaissance (subjective) par les Etats (toute imparfaite soit-elle, bien entendu) qui va souvent à l'encontre des critères objectifs d'existence de l'Etat⁴.

Les conséquences de ce qu'on appelle l'immédiateté de droit international de l'Etat⁵, et, à l'inverse, de ce que l'on pourrait nommer l'immédiateté étatique du droit international, sont nombreuses.

* Je tiens à remercier Lucien Hürlimann, sous-assistant auprès de la Chaire de droit international public et de droit européen, pour son aide dans la mise en forme des notes de cette contribution.

¹ Pour une lecture historique, voir Brölmann, C./Nijmann, J., 'Legal Personality as a Fundamental Concept of International Law', in d'Aspremont, J./Singh, S. (édit.), *Fundamental Concepts of International Law*, Londres : Elgar 2017, à paraître. De manière fort intéressante, il en ressort que le débat n'a pas beaucoup changé depuis la période de l'entre-deux guerres et les critiques (anti-hégéliennes) proposées par Kelsen, Scelle et certains théoriciens jus-naturalistes comme Lauterpacht ou Brierly quant à la personnalité prioritaire, voire exclusive de l'Etat en droit international.

² Cf. CPJI, *Affaire du Vapeur Wimbledon (Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Allemagne)*, arrêt du 17 août 1923, Série A n° 1 p. 15, par. 35. Cf. aussi CPJI, *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A n° 10 p. 4, par. 10 : « Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas. »

³ Cf. Besson, S., 'State Consent and Disagreement in International Law-Making – Dissolving the Paradox', (2016) 29:2 *Leiden Journal of International Law* 289-316, 298-9.

⁴ Cf. Crawford, J., *The Creation of States in International Law*, 2^{ème} éd., Oxford : Oxford University Press 2005, 12-28.

⁵ Cf. art. 4 de la Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des Etats (26 décembre 1933) : « Les Etats sont juridiquement égaux, ils jouissent de droits égaux et ont une égale capacité pour les exercer. Les droits de chaque Etat ne dépendent pas du pouvoir dont il dispose pour en assurer l'exercice, mais du simple fait de son existence comme personne du Droit international. »

Premièrement, pour l'Etat lui-même. Les institutions fondamentales du droit international, que sont la souveraineté et la juridiction de l'Etat, mais aussi les éléments constitutifs de l'existence de l'Etat sont autant de lignes de fuite dans l'ordre juridique international. Le manque de réponses précises, et surtout non-circulaires, sur ces points est source de difficultés croissantes dans les relations internationales. Il suffit de mentionner l'inaptitude du droit international à organiser l'exercice de la juridiction extraterritoriale des Etats (notamment en matière fiscale ou environnementale) ou encore les limites à la reconnaissance de mouvements armés de libération en tant qu'Etats.

Un deuxième type de conséquences concerne les autres sujets du droit international dont la qualité de sujet dépend des Etats. Si l'on peut comprendre les implications de l'immédiateté de l'Etat en droit international lorsqu'il s'agit de ses relations à d'autres entités institutionnelles comme les organisations internationales, qui sont elles-mêmes constituées d'Etats, cette approche est plus difficile à saisir lorsqu'il s'agit d'individus (qui le composent) ou d'autres acteurs privés que le droit international désigne, d'ailleurs et de manière révélatrice, négativement comme des acteurs « non-étatiques »⁶. Elle est d'ailleurs source de difficultés importantes lors de la détermination de l'étendue de l'autonomie de ces autres sujets de droit international et de leurs responsabilités internationales (surtout lorsqu'elles devraient être partagées avec celles des Etats) ou lorsque la question de leur participation (avec les Etats) aux processus de production et d'identification (c'est-à-dire, les sources) du droit international⁷ est soulevée. De manière générale, et c'est un euphémisme, le débat de la personnalité juridique en droit international est un terrain miné quand il s'agit de parler d'autres sujets de droits et obligations inter-

nationales que l'Etat⁸. L'Etat n'est, depuis longtemps, plus la seule entité dont la personnalité juridique est « reconnue » en droit international, mais son immédiateté de droit international le dote d'une personnalité spéciale dans la mesure où elle est considérée comme originaire, et non pas dérivée, complète, et non pas partielle, et objective ou générale, et non pas subjective ou relative.

La critique de cette immédiateté et donc priorité conceptuelle de l'Etat, et de ses conséquences en droit international semble de prime abord aisée. Premièrement, si la personnalité de l'Etat pose problème en droit international, pourrait-on penser, c'est parce que le droit international repose sur une analogie avec les individus et une fiction de droit privé (selon laquelle le droit international serait un réseau de contrats conclus entre Etats égaux, comme ils le seraient entre individus), toutes deux désormais défaillantes. Le véritable sujet du droit international, comme celui du droit national avec lequel il partage son autorité (y compris politique et démocratique)⁹, ne pourrait dès lors être que l'individu. Deuxièmement, l'Etat étant une construction éminemment juridique, le droit international ne peut que difficilement se référer à des éléments pré-juridiques pour le caractériser et devient dès lors circulaire sur certains points, contrairement au droit interne lorsque ce dernier « reconnaît » la personnalité (physique) des individus qui existent, pense-t-on, hors du droit. En somme, s'il y a un sujet dont la personnalité doit être considérée comme prioritaire en droit international, ce devrait être celle de l'individu, comme en droit interne.

Cette critique est trop facile, toutefois. A y regarder de plus près, en effet, la personnalité (physique) des individus en droit interne est à bien des égards tout

⁶ Sur cette dimension exclusive, et donc négative, de la qualité de sujet de l'Etat en droit international, Alston, P., 'The 'Not-a-Cat' Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?', in Alston, P. (édit.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford : Oxford University Press 2005, 3-36.

⁷ Cf. p.ex. d'Aspremont, J., 'Subjects and Actors in International Lawmaking', in Brölmann, C./Radi, Y. (édit.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Londres : Elgar 2016, 32-55.

⁸ Cf. p.ex. Klabbers, J., '(I Can't Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors', in Petman, J./Klabbers, J. (édit.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden : Martinus Nijhoff 2003, 351-370, 369 ; Nijman, J. E., *The Concept of International Legal Personality – An Inquiry into the History and Theory of International Law*, La Haye : T. M. C. Asser Press 2004 ; Klabbers, J., 'The Concept of Legal Personality', (2005) 11 *Ius Gentium* 35-66 ; Portmann, R., *Legal Personality in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press 2010 ; Bianchi, A., 'The Fight for Inclusion: Non-State Actors and International Law', in Fastenrath, U. et al. (édit.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford : Oxford University Press 2011, 39-57 ; d'Aspremont, J. (édit.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors*, Londres : Routledge 2011 ; Brölmann/Nijman, note 1.

⁹ Cf. Besson, S., 'The Authority of International Law – Lifting the State Veil', (2009) 31:3 *Sydney Law Review* 343-80.

aussi trouble que celle des Etats en droit international.

Premièrement, on rencontre une circularité analogue même en droit interne des personnes, dans la mesure où l'entier du régime ne repose pas sur des éléments pré-juridiques et que des choix juridiques sont faits qui déterminent la personne physique, notamment quant aux limites de la vie. Par ailleurs, l'opposition binaire entre le caractère « naturel » (en allemand) des personnes physiques et le caractère « juridique » (en allemand) ou fictif des personnes morales a depuis longtemps cédé la place à un terrain plus flou. Dans ce contexte, certains animaux ne sont déjà plus des choses, et donc des « non-personnes », et certains robots sont désormais en quête de personnalité (toute « électronique », soit-elle). En bref, et même si certains peuvent le regretter, le droit interne des personnes ne connaît pas (ou plus) la priorité conceptuelle des individus. Deuxièmement, il serait faux de considérer que l'Etat est une création purement juridique. Sa dualité politique et juridique est débattue par les théoriciens constitutionnels et philosophes politiques. Sans parler de sa réalité sociale. Il suffit, en outre, de penser au territoire d'un Etat pour le comprendre, mais surtout à la population qui le constitue. Certains y voient une « réification » de l'Etat¹⁰, et dénoncent la tendance pour une entité en voie d'étatisation (p.ex. le Kosovo ou la Palestine) à devoir d'abord s'établir comme un Etat en pratique avant de pouvoir invoquer les critères juridiques constitutifs de l'Etat pour en tirer des

droits et obligations.

Que faire, dès lors ? En parler et y penser, plutôt qu'endurer le *status quo* et une lecture contractualiste fondée sur une analogie individus-Etats qui a fait son temps¹¹. Mais surtout ne pas céder trop vite aux sirènes de ce qu'on pourrait appeler l'individualisme méthodologique en droit international. Même s'il peut paraître tentant, du point de vue de la légitimité démocratique, de tout ramener à l'échelle individuelle et de reconstruire le droit international sur cette base¹², cela ne peut se faire qu'au prix de l'égalité des Etats – et donc des peuples lorsque ces Etats sont démocratiques. Même d'un point de vue démocratique, dès lors, et en l'absence d'une communauté politique internationale égalitaire¹³, il est important que les Etats continuent à être traités avec égalité et à ce que leurs conceptions des intérêts communs de l'humanité se voient attribuer un poids égal. Et comment ce faire sans maintenir la personnalité juridique de l'Etat et surtout sans mieux l'articuler autour de celle des individus ? Avis à une nouvelle génération d'internationalistes !

¹¹ Cf. déjà la critique de Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2^{ème} éd., Oxford : Clarendon Press 1994, 226-8 ; Cf. aussi Murphy, L., *What Makes Law – An Introduction to the Philosophy of Law*, New-York : Cambridge University Press 2014, 179 ; Besson, note 3, 304.

¹² Cf. p.ex. Peters, A., *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press 2016.

¹³ Cf. aussi Besson, S., 'Ubi Ius, Ibi Civitas. A Republican Account of the International Community', in Besson, S./Martí, J. L. (édit.), *Legal Republicanism – National and International Perspectives*, Oxford : Oxford University Press 2009, 205-37.

¹⁰ Cf. Brölmann/Nijman, note 1.