

LE DROIT INTERNATIONAL ET LA DOCTRINE SAISIS PAR LE FAIT : LA DIVERSIFICATION DES SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL SOUS L'EFFET DE LA PRATIQUE

Thomas Margueritte and Rémy Prouvèze

Special Issue, March 2016

Théories et réalités du droit international au XXIème siècle

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1067704ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1067704ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Margueritte, T. & Prouvèze, R. (2016). LE DROIT INTERNATIONAL ET LA DOCTRINE SAISIS PAR LE FAIT : LA DIVERSIFICATION DES SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL SOUS L'EFFET DE LA PRATIQUE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 159–189. <https://doi.org/10.7202/1067704ar>

Article abstract

Some topics appear recurring in international law doctrine and international law subjects are obviously one of those. If sovereign States are classically recognized as the first and unique subject of international law, the multiplication of actors on the international scene leads other entities to pretend to achieve this craving status. In front of the doctrine's variations and hesitations, practice, taking the form of case law and positive law, shows an evident pragmatism towards non-state actors (either natural person or legal entity). They indeed progressively recognize to these other international actors that the traditional doctrine excludes (excluded?) from the closed category of subjects of international law, rights and obligations. Faced with this situation, the doctrine is somehow forced to evolve. The reciprocal dialogue between practice and doctrine allows then international law to grow up towards adulthood taking into account the reality and diversity of contemporary international relations. The diversification of international law subjects is therefore not a useless complexity of international law, but the sign of its developing maturity.

LE DROIT INTERNATIONAL ET LA DOCTRINE SAISIS PAR LE FAIT : LA DIVERSIFICATION DES SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL SOUS L'EFFET DE LA PRATIQUE

*Thomas Margueritte et Rémy Prouvèze**

Il est des thèmes récurrents dans la doctrine internationaliste et les sujets du droit international en sont à l'évidence un. Alors que la doctrine classique reconnaît très majoritairement l'État souverain comme sujet premier et unique du droit international, il appert que la multiplication des acteurs sur la scène internationale entraîne d'autres entités à prétendre à cette dignité. Aux hésitations et variations de la doctrine, la pratique oppose ici un pragmatisme certain à l'égard d'entités non étatiques privées (personnes physiques et personnes morales), concrétisé au moins en partie par la jurisprudence et le droit positif. Ces derniers reconnaissent en effet de façon croissante des droits et devoirs à ces acteurs des relations internationales que la doctrine exclut (ou excluait ?) traditionnellement du cercle fermé des sujets de droit. Ainsi mise devant le fait accompli, la doctrine se voit en quelque sorte obligée d'évoluer. Il en ressort un phénomène d'alimentation réciproque entre doctrine et pratique qui permet au droit international de mûrir pour prendre en compte la réalité des relations internationales contemporaines et leur diversité. La diversification des sujets de droit qui en découle, loin de complexifier inutilement le droit international, marque sa maturité en développement.

Some topics appear recurring in international law doctrine and international law subjects are obviously one of those. If sovereign States are classically recognized as the first and unique subject of international law, the multiplication of actors on the international scene leads other entities to pretend to achieve this craving status. In front of the doctrine's variations and hesitations, practice, taking the form of case law and positive law, shows an evident pragmatism towards non-state actors (either natural person or legal entity). They indeed progressively recognize to these other international actors that the traditional doctrine excludes (excluded?) from the closed category of subjects of international law, rights and obligations. Faced with this situation, the doctrine is somehow forced to evolve. The reciprocal dialogue between practice and doctrine allows then international law to grow up towards adulthood taking into account the reality and diversity of contemporary international relations. The diversification of international law subjects is therefore not a useless complexity of international law, but the sign of its developing maturity.

Hay unos temas recurrentes en la doctrina internacionalista y los sujetos del derecho internacional son de allí evidentemente uno. Mientras que la doctrina clásica reconoce muy mayoritariamente el Estado soberano como sujeto primero y único del derecho internacional, es evidente que la multiplicación de los actores sobre la escena internacional enfrenta otras entidades que hay aspiran a esta dignidad. A las vacilaciones y las variaciones de la doctrina, la práctica opone aquí un pragmatismo cierto con respecto a entidades no estatales privadas (personas físicas y personas morales), concretado por lo menos en parte por la jurisprudencia y el derecho positivo. ¿Estos últimos les reconocen en efecto de modo creciente derechos y deberes a estos actores de las relaciones internacionales a quienes la doctrina excluye (¿o excluía?) tradicionalmente del círculo cerrado por los sujetos de derecho. Tan puesta delante del hecho consumado, la doctrina se ve en cierto modo obligada a evolucionar. Vuelve a resaltar de eso un fenómeno de alimentación recíproca entre doctrina y práctica que permite al derecho internacional madurar para tomar en consideración la realidad de las relaciones internacionales contemporáneas y su diversidad. La diversificación de los sujetos de derecho que emana de eso, lejos de complejizar inútilmente el derecho internacional, marca su madurez en desarrollo.

* ATER, Université du Sud Toulon – Var, Maître de conférences, Université Paul Valéry Montpellier III, Centre de Recherches Juridiques de l'Université de Franche-Comté (CRJFC).

« Le sujet est au cœur du droit international ». C'est par ce constat que M. Cosnard introduisait en 2004 le colloque de la Société Française pour le Droit International entièrement dédié à la question du sujet en droit international¹. Il n'est donc évidemment pas ici question de faire une présentation exhaustive de tous les aspects du sujet en droit international qui ne correspondrait ni au format retenu, ni au thème du présent colloque. La prétention de la présente contribution est beaucoup plus modeste. Elle se limitera à montrer comment l'évolution de la pratique du droit international a modifié l'approche théorique de ses sujets ou plus simplement encore comment le fait est venu s'imposer progressivement à la doctrine. Cet angle relève d'un choix doctrinal restant conscient que les échanges entre la pratique et la doctrine ne sont pas à sens unique. La doctrine va en effet plus loin que la simple description des phénomènes qu'elle étudie alimentant ainsi la pratique de réflexions prospectives. La confrontation des théories et des réalités en droit international confine finalement à une dialectique de la poule et de l'œuf tant il est difficile, voire impossible, de savoir lesquelles engendrent les autres². Toutefois, concernant la problématique des sujets du droit international, il semble bien que la pratique du droit international reconnaisse clairement l'existence d'une multiplicité de sujets du droit international contrariant l'approche de la doctrine classique à ce propos.

Tout système juridique a besoin d'acteurs pour exister. Or, le sujet est avant tout celui qui agit. Il remplit ainsi une fonction au sein de l'ordre juridique auquel il appartient³. C'est en ce sens qu'il s'oppose à l'objet de droit, élément passif régi par le droit, mais ne faisant que subir l'existence d'un régime juridique le concernant. Le sujet de droit se distingue ainsi du simple objet par l'existence à son profit de la personnalité juridique. Cette dernière, définie comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations dans l'ordre juridique concerné, apparaît comme une notion indissociable du sujet qui est le titulaire de droits et d'obligations⁴. La définition classiquement donnée du sujet en droit est ainsi fonction de l'existence de la personnalité juridique. Il n'est pas anodin de rappeler ici que le terme « personne » dérive de « *persona* » qui désignait dans l'Antiquité le masque porté par les acteurs de théâtre qui en faisait quelqu'un d'autre. De cette origine provient la caractéristique essentielle de la personnalité juridique, celle de n'être rien d'autre qu'une fiction juridique consistant à transformer quelque chose en un être juridique animé : « [l]e vrai sujet de droit est un être qui n'est qu'imaginé par la force de la loi : il n'existe pas corporellement »⁵. L'enseignement fondamental qui en ressort est la relativité des

¹ Michel Cosnard, « Rapport introductif » dans Société Française pour le Droit International, *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 2005 à la p 3 [Cosnard].

² D'autant que nombre de praticiens du droit international font également œuvres de doctrine, qu'ils en proviennent ou que leur pratique les y mène !

³ Anne-Laure Vauris-Chaumette, *Les sujets du droit international pénal : vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?*, Paris, Pedone, 2009 à la p 16 [Vauris-Chaumette].

⁴ Certains vont même jusqu'à les considérer comme synonyme, voir Christian Dominicé, « La personnalité juridique dans le système du droit des gens » dans *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski : Theory of International Law at the threshold of the 21st century*, La Haye, Kluwer Law Intern, 1996 à la p 148 [Dominicé]. Ce qui est à notre sens éminemment critiquable puisque si le sujet de droit suppose la personnalité, l'inverse n'est pas vrai la personnalité n'étant que l'aptitude à devenir sujet de droit.

⁵ Johann Friedrich Martin Kierzulff, cité par Anne-Laure Vauris-Chaumette, *supra* note 3 à la p 13.

sujets à l'ordre juridique qui les reconnaît. Autrement dit, être sujet dans un ordre juridique ne présume en rien de son statut dans un autre.

Comme tout ordre juridique, le droit international ne peut pas ne pas avoir au moins un sujet⁶. La question de leur détermination ne cesse cependant d'interroger la doctrine internationaliste depuis les origines⁷. Si dans chaque ordre juridique, il est possible de déterminer un sujet primaire sans lequel l'ordre juridique perd sa raison d'être – dans le cas du droit international, ce sujet primaire ne pouvant être que l'État, chaque ordre juridique détermine ses sujets secondaires⁸. Or, on serait bien en peine de trouver des règles précises désignant ceux du droit international. La conséquence de cette lacune est à la fois avantageuse et problématique. Elle est avantageuse, car elle s'accompagne d'une grande liberté, que la doctrine n'a pas manqué d'utiliser, pour définir les critères d'identification des sujets de droit international. Elle est problématique parce que justement cette liberté entraîne une multiplication des possibilités. La liberté est, à ce titre, créatrice d'incertitudes, ce que le droit abhorre comme étant antinomiques avec son but d'assurer la stabilité sociale à travers la sécurité juridique. Cependant, en gardant à l'esprit que les ordres juridiques ne sont pas figés dans le temps, mais en perpétuelle évolution, la question de l'inclusion ou de l'exclusion des acteurs devient centrale dans l'histoire du droit international et chaque époque a eu à gérer l'apparition de nouveaux joueurs⁹. Mais, en l'absence de règles identifiables indiquant la liste des sujets de droit international, chaque auteur a pu retenir ses propres critères faisant évoluer la liste des sujets de droit international selon sa conception idéologique du droit international¹⁰. L'inclusion ou l'exclusion d'un acteur modifie ainsi la base conceptuelle même du droit international.

Il était légitime de penser que la « révolution prétorienne » constituée par l'avis de 1949 dans l'affaire de la réparation des dommages subis au service des Nations Unies, selon laquelle est sujet de droit international l'entité ayant « la capacité d'être titulaire de droits et de devoirs internationaux et [la] capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale », allait clore le débat¹¹. Il n'en fut

⁶ Dominicé, *supra* note 4.

⁷ Pour d'autres, la question aurait surgit au début du XX^e siècle à partir du moment où l'exclusivité de l'État était contestée, voir Cosnard, *supra* note 1 à la p 4.

⁸ Hermann Mosler, « Subjects of International Law », dans Rudolf Bernhardt, dir, *Encyclopedia of International Law*, Instalment 8, 1984 à la p 442.

⁹ Janne Elizabeth Nijman, *The concept of international legal personality : an inquiry into the history and theory of international law*, The Hague, TMC Press, 2004 à la p 9 [Nijman]. C'est d'ailleurs également le cas dans les ordres internes dans lesquels la question des sujets de droits est loin d'être close en dépit de règle préexistante car les règles sont modifiées en fonction des besoins et des attentes du corps social.

¹⁰ Vauris-Chaumette, *supra* note 3 à la p 2 ; Cosnard, *supra* note 1 à la p 23.

¹¹ Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international » (2002) 297 recueil des cours à la p 109 [Dupuy]. La Cour définit dans cet avis le sujet de droit international comme ayant « la capacité d'être titulaire de droits et de devoirs internationaux et [la] capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale ». Cette définition des critères du sujet de droit est très proche de la définition retenue en droit interne, voir par exemple, le lexique des termes juridiques qui définit le sujet comme le « [t]itulaire de droits et d'obligations ayant, de ce fait, un rôle dans l'activité juridique » et la personnalité juridique comme « Aptitude à être sujet de droit qui est reconnue de plein droit et sans distinction à tous les êtres humains (personnes physiques) et, sous certaines conditions,

rien puisque derrière son apparente clarté, les difficultés d'interprétations ont rendu cette définition finalement peu opérative.

À côté des définitions tautologiques du sujet de droit¹², trois courants peuvent être identifiés pour déterminer les critères du sujet de droit international¹³. Pour le premier, est sujet de droit international, le destinataire direct de normes imposant des droits et des obligations internationaux dans leur nature et dans leur source¹⁴. Ce courant peut également être séparé en deux sous courants se distinguant par l'existence alternative ou cumulative de droits ou d'obligations. Pour le deuxième courant le titulaire de droits et d'obligations doit être également capable d'exercer les premiers et d'assumer les secondes¹⁵. Le troisième ajoute la capacité à créer des normes du droit international¹⁶.

Ainsi, seul l'État apparaît comme sujet incontesté du droit international. Nul ne conteste l'existence de droits et d'obligations pour les États, ni sa capacité à les exercer ou à les assumer à travers différents mécanismes internationaux. De la même manière, le droit international étant considéré traditionnellement comme le droit produit par les États de manière conventionnelle ou coutumière, il est et reste le principal et quasi exclusif créateur de normes de droit international. Tous semblent s'accorder pour lui conserver une place à part des autres entités agissant en droit international pour en faire le « sujet zéro » du droit international. Il en est le sujet originaire ou primaire, consubstantiel à l'existence même de l'ordre juridique international¹⁷ et à ce titre seul « doté de la plénitude de la personnalité internationale »¹⁸.

Toutefois, parler de plénitude de la personnalité juridique laisse entendre qu'il pourrait y avoir des sujets simplement dotés d'une parcelle de personnalité juridique. La reconnaissance explicite par la Cour internationale de justice de la personnalité des organisations internationales fait qu'aujourd'hui leur qualité de sujet

variables selon leur nature, aux personnes morales ». On peut alors supposer que les notions de personnalité et de sujet de droit appartiennent au domaine de la théorie du droit et sont communes à tous les ordres juridiques.

¹² « [A] person possesses the capacity to be subject of legally relevant situation ». Hermann Mosler, « Subjects of International Law » dans Rudolf Bernhardt, dir, *Encyclopedia of International Law*, Instalment 8, 1984 à la p 443.

¹³ Cosnard, *supra* note 1 à la p 39 ; Vours-Chaumette, *supra* note 3 à la p 2.

¹⁴ Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international public*, Paris, LGDJ, 1999 à la p 121 ; Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 8^e éd, 2008 à la p 316 [Combacau et Sur] ; Manfredi Siotto Pintor, « Les sujets du droit international autres que les États » (1932) 41 RCADI aux pp 278-79.

¹⁵ Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public*, 11^e éd, Paris, Dalloz, à la p 27 [Dupuy et Kerbrat] ; Constantin Th Eustathiades, « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale – nouvelles tendances » (1953) 84:3 RCADI à la p 414 ; Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 8^e éd, Paris, PUF, 2006 à la p 68.

¹⁶ Giovanni Distefano, « Observations éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale » (2007) AFDI à la p 117 ; Dominicé, *supra* note 4 à la p 171 ; Prosper Weil, « Le droit international en quête de son identité » (1992) 237:6 RCADI à la p 122.

¹⁷ Dominicé, *supra* note 4 à la p 171.

¹⁸ Dupuy et Kerbrat, *supra* note 15 à la p 233.

de droit international ne fait plus réellement débat¹⁹. Le *dictum* de l'avis précité selon lequel « les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leur droit ; et leur nature dépend des besoins de la communauté » est sans nul doute le passage le plus important de l'avis. Le sujet de droit devient en effet une notion purement fonctionnelle permettant d'appréhender toute entité agissant dans la sphère du droit international. La Cour ouvrait ainsi la porte à l'idée que l'État n'était qu'un sujet – dont l'importance n'est pas remise en cause – parmi d'autres du droit international. Toutefois, la quasi-unanimité constatée sur l'existence d'une personnalité juridique fonctionnelle pour les organisations internationales est en partie au moins due au fait qu'elles dérivent de la volonté de ses États membres et qu'à ce titre elle ne remet pas profondément en cause le fondement théorique communément admis du droit international : la souveraineté²⁰.

En revanche, depuis les années 1990, les acteurs non étatiques ne cessent de participer de manière de plus en plus prégnante aux relations internationales à tel point que certains ont pu parler d'un âge des acteurs non étatiques²¹. Kofi Annan appelait d'ailleurs les Nations Unies à faire de ces acteurs des partenaires de ses travaux²². Ces acteurs non étatiques recouvrent une vaste réalité caractérisée par la diversité. On retrouve pêle-mêle les individus, les organisations non gouvernementales et des entités au statut difficilement qualifiable tel que le CICR ou le Vatican, ainsi que les entreprises privées. Les personnes privées qu'il s'agisse des individus ou des personnes morales apparaissent en demande d'accroissement de leur rôle se positionnant souvent contre les États. Or, la personnalité juridique internationale étant la condition pour être entendue dans l'ordre international²³, les prétentions de ces acteurs à être sujet du droit international ne cessent de croître avec leur implication de plus en plus importante dans la vie de la société internationale. Toutefois, leur nature sans lien avec les États pose question.

Quelle est donc la place des personnes privées en droit international contemporain et peut-on les qualifier de sujet de droit ? Concernant les individus, la pratique a acté leur statut de sujet de droit international que la doctrine ne leur conteste plus (I), mais concernant les personnes morales de droit privé, s'il apparaît que la pratique tend à en faire des sujets de droit, la doctrine reste plus partagée à leur égard (II).

¹⁹ Ce qui ne signifie que les organisations internationales ne posent pas des problèmes particuliers comme le montre notamment les travaux de la CDI sur leur responsabilité internationale, voir le Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs de 2011, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2011, vol II (2) ainsi que la jurisprudence de certains tribunaux internationaux qui n'arrivent pas encore à les appréhender, par exemple CEDH, *Affaire Behrami et Behrami contre France et Saramati contre France, Allemagne et Norvège*, nos 71412/01 et 78166/01, décision de la grande chambre, 2 mai 2007.

²⁰ Bien que selon un certain courant doctrinal, elles auraient tendance à s'émanciper de la tutelle étatique pour acquérir une personnalité juridique objective, Finn Seyersted, *Objective International Personality of Intergovernmental Organizations*, Copenhagen, 1963.

²¹ John T Mathews, « Power Shift » (1997) 76:1 *Foreign Affairs* à la p 50.

²² Rapport du Secrétaire général « Renewing the UN: A Programme for Reform » (A/51/950) au para 207 ; Nijman, *supra* note 9 à la p 2.

²³ *Ibid* à la p 9.

I. La fin de l'ère du sujet unique : la subjectivisation de l'individu par la pratique

Se référer à « l'ère du sujet » unique dans un colloque sur le droit international du XXI^e siècle est à la fois anachronique et provocateur. Cette ère est effectivement close depuis plus de 60 ans puisqu'aux côtés des États, la personnalité juridique est reconnue aux organisations internationales. Force est toutefois de constater que ces nouveaux sujets restent particulièrement liés aux États dont ils dérivent l'ensemble de leurs attributs et fonctions et dont elles restent les créatures²⁴.

On ne peut en revanche parler de sujet dérivé pour les individus qui ne partagent en rien leur nature avec celle des États. Alors que l'individu était exclu du champ des sujets du droit international (A), la révolution juridique illustrée par le développement du droit de la protection humaine en réaction aux actes commis lors de la Seconde Guerre mondiale a conféré de fait à l'individu le statut de sujet de droit (B) que la doctrine a finalement entériné déplaçant le débat sur la question de l'étendue de sa capacité (C).

A. Le rejet initial de l'individu comme sujet de droit international

La doctrine classique est réputée comme ne considérant pas les particuliers comme des sujets du droit international²⁵. Le propos doit cependant être nuancé, car l'histoire du droit international dément cette apparente unanimité, une certaine partie de la doctrine considérant l'individu comme titulaire de droits et de devoirs en dehors de l'État – notamment dans les écrits de Grotius, Pufendorf et Hobbes²⁶. C'est principalement la doctrine positiviste, devenue progressivement majoritaire à partir du XVIII^e siècle, qui a rejeté tout autre sujet que l'État reconnu comme tel par ses pairs²⁷. Le droit international était entendu comme le droit des relations interétatiques auxquelles l'individu était par définition étranger²⁸. Le droit international était alors le droit des États, fait par eux et pour eux, ne laissant aucune place à d'autres entités. Les individus étaient alors pour les tenants d'un positivisme orthodoxe un simple objet de droit ne pouvant exister en dehors du cadre étatique²⁹. Dans les cas où une norme de droit international traitait directement du sort des individus, ce n'était qu'en qualité d'objet dont le titulaire des droits et des obligations restait l'État dont

²⁴ Comme le démontre les réactions violentes de certains États lorsqu'une organisation tente de s'émanciper de la tutelle étatique, voir par exemple Anne-Cécile Robert, « L'Unesco en danger » *Le Monde Diplomatique*, 3 septembre 2013 à propos des réactions américaine et israélienne à l'admission de la Palestine comme État membre.

²⁵ Dupuy et Kerbrat, *supra* note 15 à la p 233.

²⁶ Marek St Korowicz, « The Problem of the International Personality of Individuals » (1956) 50 *Am J Int'l L* à la p 534.

²⁷ P K Menon, « International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine » (1992) 1 *J Transnat'l L & Pol'y* à la p 153 [Menon].

²⁸ *Ibid* à la p 151.

²⁹ George Manner, « The Object Theory of the Individual in International Law » (1952) 46 *Am J Int'l L* à la p 428.

l'individu était ressortissant³⁰. Et lorsqu'un groupe d'individus intervenait avec un État, seul ce groupe en tant qu'entité politique se voyait concéder une mesure de personnalité pour les seules besoins de cette relation et non l'individu lui-même³¹.

Ce dogme du sujet unique de droit international se retrouvait d'ailleurs consacré dans les avis et décisions des juges internationaux du début du siècle dernier. Ainsi, la CPJI, dans le célèbre arrêt du Lotus indiquait que « le droit international régit les rapports entre États indépendants » – exit donc les individus³². Puis, un an plus tard, dans son avis consultatif sur la compétence des tribunaux de Dantzig, elle consacrait le principe de médieté du droit international selon lequel seuls les États étaient concernés par les droits et les obligations internationales, à charge pour eux de les transcrire dans leur droit interne³³. La transposition permettait ainsi aux individus d'en profiter lorsqu'elle leur était destinée. De manière symétrique, le non-respect par un État de ses obligations internationales ne pouvait déboucher que sur la mise en cause de sa responsabilité par un autre État agissant pour son propre compte, même lorsque l'acte illicite avait pour origine un droit individuel. La protection diplomatique reste ainsi encore aujourd'hui un mécanisme de responsabilité purement interétatique dans lequel l'individu n'est que l'objet du litige³⁴. L'irrespect d'une norme internationale pourtant destinée à la personne humaine n'entraînait pas, du fait du dualisme strict entre les ordres juridiques interne et international, d'effets juridiques pour elle, mais seulement pour les États.

La doctrine majoritaire faisait bien entendu déjà en son temps l'objet de critiques notamment dans la pensée de Georges Scelle qui continuaient de voir en l'individu le sujet réel du droit international³⁵. Dans la même veine, Nicolas Politis prédisait en 1928 la fin d'un droit international centré sur l'État:

[F]ormerly the sovereign State was an iron cage for its citizens from which they were obliged to communicate with the outside world, in a legal sense, through very close-set bars. Yielding to the logic of events, the bars are beginning to open. The cage is becoming shaky and will finally collapse.

³⁰ Le droit des immunités par exemple bénéficie indirectement aux individus car c'est avant tout une prérogative étatique, voir Christian Dominicé, Jeanne Belhumeur et Luigi Condorelli, « L'individu, la coutume internationale et le juge national » dans *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Genève, Graduate Institute Publications, 1997 aux para 35, 40 [Dominicé, Belhumeur et Condorelli].

³¹ Dominicé, *supra* note 4 à la p 156.

³² CPJI, *Affaire du « Lotus » (France c Turquie)*, (1927), CPJI Série A, n°10 à la p 18.

³³ CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Avis consultatif, (1928), CPJI série B, n°15 aux pp 17-18 : « un accord international ne peut, comme tel, créer des droits et des obligations pour des particuliers ». En revanche, elle reconnaît que l'objet de l'accord peut être d'imposer aux parties de créer des droits et des obligations pour les particuliers pouvant être appliqués par les juridictions nationales. Lauterpacht considérait cependant que rien dans cet avis n'empêchait que les individus ne deviennent sujets du droit international si tel était le souhait des États. Hersch Lauterpacht, « The Subjects of the Law of Nations » (1948) 54 L Q Rev à la p 112 [Lauterpacht].

³⁴ À charge pour l'État de reverser les sommes obtenues en tout ou partie aux individus, sur les pratiques consistant à laisser aux États la libre disposition des sommes reçues, voir Commission du droit international, « Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries » (2006) 2:2 Yearbook of the International Law Commission aux pp 97 et s.

³⁵ Menon, *supra* note 27 à la p 158.

Men will then be able to hold free and untrammled communication with each other across their respective frontiers.³⁶

La Seconde Guerre mondiale allait démontrer le danger que peut représenter pour les individus un État tout puissant, conduisant à l'émergence d'un véritable statut pour eux en droit international.

B. L'obsolescence de la théorie « classique » : le développement de l'individu acteur du droit international dans la pratique du droit international

Les événements tragiques de la Seconde Guerre mondiale démontrent à la fois l'échec du système de médiation des normes internationales et le danger que l'État peut représenter pour sa propre population³⁷. Les buts du droit international vont s'en trouver profondément impactés y intégrant expressément la protection de la personne humaine³⁸. Sa place dans l'ordre juridique international va de fait être revue par l'essor de nouvelles branches du droit international tendant à garantir et à protéger les droits des individus contre l'État, mais aussi contre ses coreligionnaires. Le droit international des droits de l'homme, mais aussi le droit international humanitaire et le droit international pénal, qui partagent tous trois les mêmes fondements³⁹ et poursuivent le même but, remettent en cause l'approche classique du droit international concernant les individus leur ouvrant les portes de la subjectivisation.

1. L'INDIVIDU TITULAIRE DE DROITS ET D'OBLIGATIONS INTERNATIONALES DANS LE DROIT INTERNATIONAL DE LA PROTECTION HUMAINE

Sur le plan matériel, les particuliers se sont vus conférer des droits opposables aux États. Le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire sont deux ensembles de normes prescrivant aux États des obligations au bénéfice des individus sous leur juridiction⁴⁰. Il leur impose également d'assurer à ceux-ci la jouissance de leur droit contre les ingérences des autres individus par la théorie des obligations positives. Toutefois, le DIDH n'impose pas

³⁶ Cité par Philip C Jessup, « The Subjects of a Modern Law of Nations » (1947) 45 Mich L Rv à la p 384.

³⁷ Charles Dubost, « Les crimes des États et la coutume pénale internationale » (1946) 11:6 Politique étrangère à la p 553.

³⁸ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7, art 1 au para 3.

³⁹ Menon, *supra* note 27 à la p 152.

⁴⁰ C'est deux ensembles qui partagent les mêmes valeurs et ont pour fondement commun la dignité humaine. Ils ne diffèrent fondamentalement que par les conditions présidant à leur application puisque le DIH ne s'applique qu'en temps de conflit armé alors que le DIDH s'applique en tout temps, mais avec une interprétation particulière lorsqu'il est appliqué en temps de conflit armé, voir CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004], CIJ rec 2004 à la p 106 ; sur les rapports entre DIH et DIDH, voir par exemple Cordula Droegge, « Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ? » *Revue internationale de la Croix-Rouge*, (2008) 871 en ligne : <<https://www.icrc.org/fre>>.

directement des obligations aux individus. C'est le principe de médieté qui s'applique dans ce cas puisque c'est l'État qui est débiteur de l'obligation internationale qu'il devra exécuter par le truchement de dispositions légales internes⁴¹. En revanche, et c'est sans doute là la plus grande nouveauté, le droit international pénal impose des obligations internationales directement aux individus les transformant en sujet débiteur du droit international. Le droit international pénal est un droit qui « régleme[n]t non seulement les droits des États, mais aussi de plus en plus les droits et les devoirs des individus à une échelle universelle » et ce « grâce aux moyens traditionnels et généralement reconnus – traités, coutumes et principes généraux »⁴². L'incrimination se fait en effet directement par le droit international⁴³ et en cas de commission d'une infraction internationale la responsabilité pénale individuelle est engagée selon les formes prévues par le droit international. Le droit international crée ainsi de réelles obligations pour les particuliers, qui n'ont cessé de se développer en parallèle de l'octroi de nouveaux droits.

Le droit international pénal est en outre une branche du droit dans laquelle l'individu n'est pas seulement débiteur d'obligations, mais également créancier⁴⁴. Non pas en tant que victime, quoique l'on peut s'interroger aujourd'hui sur la place offerte à celle-ci devant la Cour pénale internationale⁴⁵, mais en tant que mis en cause, puisqu'il bénéficie à ce titre d'un ensemble de droits de nature procédurale. Ces droits correspondent d'ailleurs aux droits du procès équitable garantis par le DIDH⁴⁶, simplement retranscrits dans les statuts des différentes juridictions internationales pénales. Ces différentes branches du droit international doivent en effet être envisagées de manière globale. Elles sont profondément interdépendantes et constituent un ensemble cohérent formant un véritable droit de la protection de la personne humaine⁴⁷. Le droit international pénal n'est ainsi que la garantie de l'effectivité du DIH et du DIDH. L'individu se voit imposer des obligations immédiates protégeant les droits fondamentaux dont l'irrespect entraîne leur responsabilité pénale individuelle. La source de cette responsabilité qu'elle soit appliquée devant des juridictions internes ou des juridictions internationales reste internationale par nature. Inversement, les droits dont jouissent les personnes accusées devant les juridictions internationales pénales sont exactement ceux prévus par le DIDH. Cela conduit à relativiser la théorie de la fragmentation du droit international⁴⁸

⁴¹ *X et Y c Pays Bas* (1986) 91 CEDH (Sér A) ; Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc off CDH NU, 2004, HRI/GEN/1/Rev.7 au para 8.

⁴² Bruno Simma et Andreas Paulus, « Sources du droit international pénal », dans Hervé Ascensio, dir, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012 à la p 79.

⁴³ Dominicé, Belhumeur et Condorelli, *supra* note 30 aux pp 93-107.

⁴⁴ Vaux-Chaumette, *supra* note 3.

⁴⁵ Voir de manière plus large le dossier consacré à la place de la victime en droit international dans le volume 28 (2010-1) de la revue *L'Observateur des Nations-Unies*, en ligne : <http://afnuaix.free.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=68&Itemid=5>.

⁴⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, (entrée en vigueur : 23 mars 1976) à l'article 14 [PIDCP].

⁴⁷ En ce sens, voir Olivier de Frouville, *Droit international pénal : Sources, incriminations, responsabilité*, Paris, Pedone, 2012 aux pp 8-9 [de Frouville].

⁴⁸ Bruno Simma, « Fragmentation in a Positive Light » (2004) 25:4 *Mich J Int'l L* aux pp 845-47.

et de l'existence de régimes auto-suffisants (*self contained systems*)⁴⁹. Les diverses branches du droit international public reposent en effet sur une base unique : le droit international général. Il les laisse procéder aux adaptations nécessaires à la spécificité de leur matière, mais sans remettre en cause ses fondements mêmes. Il lui revient ainsi de définir les titulaires de la personnalité juridique, ses branches se contentant de leur donner des droits et des obligations. L'absence de droits et/ou obligations pour les individus dans une branche du droit ne remet ainsi pas en cause leur aptitude à en être titulaire, leur existence n'étant que la résultante d'une aptitude préexistante.

Pour reprendre l'exemple de la répression des crimes internationaux, la mise en œuvre des droits individuels reste certes conditionnée à l'existence de poursuites engagées, mais cette condition n'est nécessaire qu'à l'effectivité de ces droits. Tout individu en tant qu'accusé potentiel est titulaire des droits du procès équitable si la potentialité se réalise (la question de savoir s'ils le sont en pratique est toute différente et nous nous garderons bien d'entrer ici dans un tel débat !). En outre, la procédure pénale internationale dispose d'obligations particulières dont les individus sont débiteurs. Les atteintes à l'administration de la justice se traduisent par un ensemble d'obligations dont l'irrespect entraîne des sanctions de nature pénale⁵⁰. Il est donc clair que, du point de vue du droit international pénal, l'individu remplit les conditions pour être titulaire de droits et d'obligations et qu'il en possède. Il répond ainsi aux critères d'aptitude et d'existence de droits et d'obligations internationales retenus par la CIJ pour recevoir la qualification de sujet du droit international.

Reste néanmoins l'épineuse question de la capacité à faire valoir ses droits et à assumer ses obligations.

2. LA CAPACITÉ DES INDIVIDUS À FAIRE VALOIR LEURS DROITS ET À ASSUMER LEURS OBLIGATIONS INTERNATIONAUX

« Une capacité est une aptitude de principe (...) distincte d'un simple droit »⁵¹. C. Dominicé distingue trois capacités internationales : conclure des traités, établir des relations diplomatiques et participer aux mécanismes généraux de la responsabilité internationale⁵². Seule cette dernière semble concerner actuellement l'individu. L'absence de capacité pour les individus à faire valoir leur droit en dehors du cadre étatique fut d'ailleurs pendant longtemps un des éléments mis en avant par les opposants à leur reconnaissance comme sujet du droit international⁵³. Certains auteurs considèrent cependant de manière convaincante que la capacité n'est pas un élément constitutif du sujet de droit, mais une conséquence de cette qualité permettant

⁴⁹ Bruno Simma et Dirk Pulkowski, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law » (2006) 17:3 *Eur J Int Law* aux pp 483-29.

⁵⁰ Atteinte à l'administration de la justice.

⁵¹ Dominicé, *supra* note 4 à la p 159.

⁵² *Ibid* aux pp 161-63.

⁵³ *Ibid.*

d'identifier simplement le sujet⁵⁴. Il est effectivement surprenant de constater la grande variabilité dans le temps et l'espace de la qualité de sujet sur ce simple fondement. Ainsi, selon qu'une personne se trouverait dans un État partie à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou non, elle serait, ou ne serait pas, un sujet du droit international. Or la question de la subjectivité se situant au niveau de l'ordre juridique lui-même, elle ne peut varier au sein de cet ordre juridique : une entité est ou n'est pas sujet de droit dans un ordre juridique donné. Cependant, la Cour internationale de justice semble bien faire de la capacité un élément de la définition du sujet et dans le cas des individus, ce critère semble aujourd'hui rempli.

La capacité s'entend de l'existence de mécanismes internationaux permettant aux sujets de faire valoir leur droit ou de statuer sur leur responsabilité. De ce point de vue, c'est le plus souvent à l'aune de l'accès au juge que se juge la capacité des individus en droit international⁵⁵. Dès 1948, Lauterpacht expliquait pourtant déjà que l'absence d'accès des individus aux prétoires internationaux n'était qu'une limite juridictionnelle imposée par les États et en aucun cas l'expression d'une règle générale niant aux individus un tel accès⁵⁶. Le développement de juridictions internationales spécialisées en matière de protection des droits de l'homme ainsi que de juridictions internationales répressives conduit à souligner sa clairvoyance. La distinction classique, et commode, entre les juridictions des droits de l'homme et celles chargées de réprimer les crimes internationaux, doit d'ailleurs être relativisée puisque l'ensemble de ces juridictions poursuivent le même but et forment à ce titre un tout. Les juridictions internationales pénales sont ainsi également des « juridictions de protection des droits de l'homme »⁵⁷.

Chronologiquement, les juridictions internationales pénales ont d'ailleurs préexisté tant dans l'idée que dans les faits. Dès le XIX^e siècle, était envisagée, concomitamment avec le développement du droit matériel, la création d'un organe permanent chargé d'assurer l'effectivité du droit international humanitaire⁵⁸. Ce projet comme de nombreux autres, y compris la création pourtant prévue d'un tribunal

⁵⁴ Antônio Augusto Cançado Trindade, « L'humanité comme sujet du droit international: nouvelles réflexions » (2012) 61 Rev Fac Direito UFMG aux pp 81 et s [Trindade].

⁵⁵ Elle n'est toutefois pas la seule, voir. Michel Cosnard, *supra* note 1 à la p 45.

⁵⁶ Lauterpacht, *supra* note 33 à la p 112.

⁵⁷ Voir Antonio Cassese, « Le point de vue juridique », dans Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, dir, Crimes internationaux et juridictions internationales, Paris, PUF, 2002 à la p 71 ; Thomas Margueritte, « International Criminal Law and Human Rights », dans William A. Schabas et Nadias Bernaz, *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Oxon/New York, Routledge, 2011 aux pp 436 et s.

⁵⁸ Pierre Boissier, *Histoire du Comité international de la Croix-Rouge — De Solférino à Tsoushima*, Institut Henry-Dunant, 1978 aux pp 261-89 ; Gustave Moynier, « Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève » (1872) 11 Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés aux pp 122-31 ; Gustave Moynier, *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne* (1864 et 1868), Paris, Librairie de Joël Cherbuliez, 1870 aux pp 299-311.

international pour juger le Kaiser Guillaume II⁵⁹, ne se concrétisa pas jusqu'aux expériences de Nuremberg et de Tokyo immédiatement après la Seconde Guerre mondiale. Ces dernières, pour autant qu'on leur accorde le qualificatif de juridictions internationales⁶⁰, ne furent d'ailleurs qu'une parenthèse puisqu'il faudra attendre les années 1990 et la création de diverses juridictions *ad hoc*, hybrides et internationalisées pour aboutir finalement à la signature du *Statut de Rome* le 17 juillet 1998 instituant une Cour pénale internationale permanente. Sur cette longue période, les juridictions et organes de protection des droits de l'homme connurent pour leur part un développement exponentiel. Leur mission consistant à s'assurer que les traités relatifs aux droits de l'homme sont correctement appliqués dans les États parties, leurs prétoires se sont naturellement rapidement ouverts aux individus principaux destinataires de la protection⁶¹. Les requêtes individuelles se sont très vite accumulées montrant l'intérêt porté par les individus à faire valoir leurs droits internationalement garantis. Cependant, ces mécanismes ne fonctionnent qu'à sens unique, car seul l'État assume la responsabilité de l'inexécution des obligations conventionnelles. Il s'agit d'un système dans lequel l'individu est seulement vu comme créancier d'une obligation étatique.

À l'autre pôle, les juridictions internationales pénales permettent, sur la base de règles internationales, la poursuite des criminels internationaux directement dans l'ordre international. La logique de leur création révélait essentiellement l'échec de la médiation des règles internationales en constatant que les violations massives des droits de l'homme ou du droit international humanitaire restaient majoritairement impunies⁶². Le prétoire de ces juridictions n'est certes pas ouvert aux individus qui y apparaissent soit comme accusé, victime ou témoin. La victime fut longtemps cantonnée au rôle de témoin de l'accusation et bénéficiait à ce titre d'une protection juridique particulière se concrétisant par de simples mesures de protection à son égard⁶³. Le statut de Rome a ajouté un droit de participation des victimes à la procédure en cette qualité et leur offre la possibilité de participer à la procédure et de demander réparation de leur préjudice⁶⁴. Elles ne peuvent toutefois toujours pas

⁵⁹ *Traité de Versailles*, 28 juin 1919, 994 RTNU I-14544, art 227. Toutefois, seul le Kaiser devait être jugé par un tribunal international, les autres criminels de guerre relevant de la compétence des tribunaux militaires des puissances victorieuses, voir *Ibid*, art 228-29

⁶⁰ Des doutes légitimes peuvent être émis sur la nature internationale des tribunaux militaires de Nuremberg et Tokyo. Toutefois, on ne peut nier que le tribunal de Nuremberg se fonda sur un accord international et a appliqué le droit international. Le cas du tribunal de Tokyo est un peu différent car la proclamation du général MacArthur peut également être considérée comme un acte international puisqu'il dérive de la capitulation du Japon. En outre ces deux tribunaux avaient une composition internationale. Peu d'auteurs semblent aujourd'hui contester leur nature internationale et ils sont généralement présentés comme tel, dans ce sens, Mahmoud Cherif Bassiouni, « L'expérience des premières juridictions pénales internationales », dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux, Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 2^e éd, Paris, Pedone, 2012 à la p 739.

⁶¹ Voir par exemple, protocole I au Pacte international des droits civils et politiques ; CEDH, article 34.

⁶² Voir de Frouville, *supra* note 47 aux pp 9-11. Les raisons de l'impunité sont nombreuses et souvent de nature politiques. On trouve pêle-mêle la réconciliation nationale, le statut des personnes responsables... et lorsque des poursuites ont lieu c'est bien souvent à sens unique par le camp des vainqueurs sur celui des vaincus.

⁶³ Voir par exemple : STIPY, art 22, STPIR, art 21 et SCPI, art 68.

⁶⁴ SCPI, articles 68 (3) et 75.

mettre en œuvre l'action publique qui reste dans les mains du Procureur qui ne peut être saisi que par certaines entités limitativement énumérées⁶⁵. Cette évolution marque néanmoins une évolution favorable à reconnaître aux victimes une certaine mesure de subjectivité en dépit d'une capacité très limitée⁶⁶.

L'accusé doit en revanche être pleinement considéré comme un sujet du droit international pénal. Il possède en effet en sus d'obligations et de droits⁶⁷, la capacité de subir les conséquences de ses actes, mais aussi de faire directement valoir ses droits devant la juridiction et même d'obtenir réparation de son préjudice si la violation était reconnue⁶⁸. L'accusé dispose donc de procédure devant les juridictions internationales pénales lui permettant d'accéder à un juge pour statuer sur les violations alléguées de ses droits. On citera à titre d'exemples dans le cadre de la Cour pénale internationale, les procédures de récusation, les procédures incidentes ou encore la procédure d'appel qui apparaît à la fois comme la mise en œuvre d'un droit procédural et la garantie du respect de l'ensemble des autres droits.

Ainsi, bien qu'il repose sur une logique de subsidiarité, ces mécanismes internationaux traduisent la capacité des individus à faire respecter dans l'ordre international les droits qui leur sont dévolus par le droit international et à assumer leurs obligations dans les mêmes circonstances. Même s'il n'existe pas encore une parfaite corrélation entre les droits et les obligations internationales des individus et que leur capacité reste soumise aux limites juridictionnelles définies par les États, on ne peut que constater qu'en pratique, les particuliers remplissent toutes les conditions posées par la Cour internationale de justice pour être reconnus comme sujets du droit international possédant à la fois la personnalité juridique, des droits et des obligations et la capacité à les faire valoir en dehors du cadre étatique. La doctrine n'a pas manqué de remarquer ces pratiques qui font incontestablement de l'individu un sujet capable du droit international, mais en a tiré des enseignements variables.

C. La prise en compte de la pratique par la doctrine

La doctrine du droit international consacre aujourd'hui dans son ensemble l'individu comme sujet de droit international. Le temps est donc révolu où penser conférer le statut de sujet à une entité non étatique constituait un crime de « lèse-souveraineté »⁶⁹. Toutefois, chaque courant doctrinal en tire des conséquences

⁶⁵ Dans le cadre du *Statut de Rome*, il s'agit du procureur lui-même, d'un État partie et du conseil de sécurité des Nations Unies article 13.

⁶⁶ Vauris-Chaumette, *supra* note 3.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Création prétorienne des TPI, par exemple, TPIR, *Nahimana, Barayagwiza & Ngeze* (ICTR-99-52-T), jugement et sentence, 3 décembre 2003, aux para 1106-107 (confirmé en appel), reprise par la CPI, *Lubanga* (ICC01/04-01/06-772 (OA4)), 14 décembre 2006, au para 37. L'article 85 du SCPI dispose en outre du droit à réparation des personnes victimes d'une erreur judiciaire reprenant une autre création prétorienne des TPI, voir Thomas Margueritte, « International Criminal Law and Human Rights », dans William A Schabas et Nadias Bernaz, *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Oxon/New York, Routledge, 2011 aux pp 445 et s.

⁶⁹ Dupuy, *supra* note 11 à la p 109.

différentes selon son approche respective. Chacune explique ainsi de manière différente la place acquise par l'individu en droit international dans la deuxième moitié du XX^e siècle sans remettre en cause les fondements même de la théorie du droit international à laquelle elle se rattache.

La doctrine du droit naturel voit ainsi la consécration du fondement humaniste du droit international s'opposant frontalement à la souveraineté étatique. Olivier De Frouville écrit ainsi que « [l']introduction des droits de l'homme dans l'ordre juridique international signifie en effet que le droit international comme le droit interne, devrait être fondé sur le respect de la liberté et de la dignité de l'être humain. Cela signifie aussi que le seul vrai sujet de droit est l'individu »⁷⁰. Dans la même veine, Antônio Augusto Cancado Trindade reconnaît également aux individus cette qualité et entrevoit même l'octroi de ce statut à l'humanité en tant qu'entité abstraite⁷¹.

La doctrine positiviste constate pour sa part que ce sont les États qui ont volontairement élevé les individus à la dignité de sujet de droit international en leur octroyant des droits et en faisant peser sur eux des obligations directement invocables et sanctionnables dans l'ordre international⁷². Certains auteurs font d'ailleurs remarquer que l'évolution du rôle des individus ne remet pas en cause les mécanismes traditionnels du droit international, tel que la protection diplomatique, mais viennent simplement étoffer l'arsenal juridique permettant une meilleure efficacité de ses règles⁷³. Pour d'autres encore il reste un sujet exceptionnel en droit international, car si on trouve en pratique des exemples d'immédiateté de la norme internationale ainsi qu'une tendance à les voir se multiplier, ces exemples restent éminemment minoritaires dans le droit international contemporain, le principe étant toujours la médiateté et l'immédiateté l'exception⁷⁴.

Le débat se déplace alors sur l'étendue de la personnalité juridique reconnue aux individus et notamment sur le pouvoir des individus d'influer sur la norme internationale. Jean Combacau et Serge Sur ont ainsi posé très justement une distinction entre le pouvoir de s'engager et celui de réclamer. S'ils reconnaissent aux individus la capacité de porter des réclamations internationales, ils considèrent que l'existence de systèmes de réclamation internationaux reste exceptionnelle et ne remet pas en cause le principe de la réclamation à travers le système national⁷⁵. La subsidiarité est, il est vrai, portée au nu tant par les systèmes de protection des droits de l'homme⁷⁶, mais aussi par les juridictions internationales pénales⁷⁷. Toutefois,

⁷⁰ De Frouville, *supra* note 47 à la p 8.

⁷¹ Trindade, *supra* note 54 aux pp 57-83.

⁷² Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de Droit international Public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p 821.

⁷³ Dupuy et Kerbrat, *supra* note 15 à la p 233.

⁷⁴ Combacau et Sur, *supra* note 14 à la p 316.

⁷⁵ *Ibid* à la p 323.

⁷⁶ Voir notamment le principe d'épuisement des voies de recours internes commun à toutes les procédures internationales, par exemple l'article 35(1) de la CEDH.

⁷⁷ STPIY, article 9, STPIR, article 8 posant le principe de compétence concurrente avec primauté des TPI sur les juridictions nationales. SCPI, article 1^{er} posant le principe de complémentarité de la Cour avec les juridictions nationales avec primauté à leur profit.

l'argument de l'isolement de ces pratiques dans certaines branches du droit n'est pas recevable, car, bien que ressortissant de systèmes particuliers à un contentieux spécifique, ces systèmes sont fondés sur le droit international général qui est seul compétent pour définir ses sujets.

L'individu est bien cependant un sujet incapable sur le plan normatif. Il lui est impossible de faire des actes juridiques internationaux en sa capacité personnelle et aucun fait juridique international ne peut lui être imputable⁷⁸. En substance, il ne participe en rien à l'élaboration des normes internationales qui restent l'apanage du seul sujet originaire et dans une moindre mesure des organisations internationales. Par exemple, si la coutume joue un rôle très important en droit international pénal, ce n'est jamais le comportement individuel qui donne la force obligatoire à la coutume, mais seulement la réaction des États vis-à-vis de ce comportement de le criminaliser ou non. Ainsi, si le comportement individuel joue un rôle dans l'élaboration des normes coutumières pénales et humanitaires, seul l'État peut en faire une norme juridique⁷⁹.

Il faut ainsi rester réaliste et constater que si le rôle des individus tend à évoluer vers plus de subjectivité, il reste encore un sujet secondaire du droit international qui le traite encore plus souvent comme un sujet médiat dépendant de la volonté étatique qui reste la seule à pouvoir faire et défaire le droit international. En revanche, cela ne remet pas en cause la personnalité juridique de l'individu, ni sa qualité de sujet du droit international. On peut d'ailleurs sereinement prédire que la capacité des particuliers va continuer de s'accroître sous la pression de la société civile internationale. En conservant le pouvoir normatif, les États restent certainement les maîtres du jeu et les sujets primaires du droit international. Il n'en reste pas moins que l'individu exprime de plus en plus en droit international les capacités qui lui sont données par ce même droit, produisant des effets sur son évolution. L'individu est bien aujourd'hui un sujet de droit international, même si cela lui reste un statut conféré par le sujet originaire qui reste maître de la destinée des autres sujets.

La conclusion est-elle la même concernant les personnes morales (non étatiques) de droit privé ? La réponse doctrinale apparaît ici encore plus prudente, malgré une pratique qui semble plus ouverte sur la question.

II. Le début de l'ère de la pluralité des sujets : la remise en cause par la pratique du rejet doctrinal des personnes morales de droit privé en tant que sujet de droit international

Les personnes morales de droit privé seraient-elles le dernier bastion de résistance à la personnalité juridique internationale et à la qualité de sujet de droit international ? La question peut être posée tant la doctrine se montre généralement

⁷⁸ Combacau et Sur, *supra* note 14 aux pp 316-19.

⁷⁹ *Ibid.*

plus fermée que pour les individus en refusant très largement de leur reconnaître la qualité de sujet de droit international. Toutefois, certains éléments de la pratique internationale, sans pour autant constituer des séismes, illustrent les soubresauts que connaît cette pratique à propos de ces entités non étatiques privées que sont principalement les Sociétés transnationales (STN) et les Organisations non gouvernementales (ONG)⁸⁰.

Encore une fois, il ne s'agit pas ici d'opposer doctrine et pratique de façon manichéenne, les deux se nourrissant mutuellement, mais plutôt de montrer que les doctrines dominantes tendent peut-être à voir « le verre à moitié vide, plutôt qu'à moitié plein », au prix parfois de ce qui pourrait paraître un dogmatisme arbitraire (A). Bien que loin d'être exhaustive, la présentation qui suit entend néanmoins mettre en lumière certaines tendances, limites et/ou ambiguïtés qu'entretiennent doctrine et pratique à propos de ces acteurs internationaux et qui peuvent conduire à reconnaître la qualité de sujet de droit international aux STN (B) et aux ONG (C).

A. Un rejet doctrinal dogmatique ?

Pendant longtemps, la doctrine classique a vu dans l'État le seul sujet du droit international, excluant par conséquent et entre autres les STN et les ONG. Ainsi,

[a]u regard du droit international public classique, les sociétés transnationales n'existent pas comme sujets juridiques puisqu'elles ne sont pas directement soumises à ses règles et elles ne peuvent pas ester en justice, car les tribunaux internationaux sont réservés aux États et, accessoirement, aux organisations internationales⁸¹.

Il en allait de même concernant les ONG. Ce rejet doctrinal pouvait s'expliquer par la rareté de la pratique et de ces entités à une époque où les États dominaient la scène internationale. On constate cependant que, même si la société et les relations internationales ont évolué en voyant apparaître et se multiplier de nouveaux acteurs au poids grandissant, une très large part de la doctrine perpétue ce rejet.

1. UNE DOCTRINE ENCORE TROP PRISONNIÈRE DE DOUTES HÉRITÉS DU PASSÉ

Certes, les positions doctrinales ont évolué, se sont nuancées depuis cette doctrine classique qui perdurait encore jusqu'à récemment⁸². Mais, il demeure une

⁸⁰ Les STN et les ONG sont des personnes morales, entités abstraites à l'image des États mais constituées selon le droit interne d'un État et qui se distinguent principalement par leur but, lucratif (pour les premières) ou non (pour les secondes).

⁸¹ Ahmed Mahiou, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité : cours général de droit international » (2009) 337 RCADI à la p 265 [Mahiou].

⁸² Selon la doctrine soviétique du droit international : « Les personnes morales du droit interne ne sont pas sujets du droit international. Les sociétés anonymes et autres organisations exportant des marchandises ou des capitaux à l'étranger ne sont également sujets du droit que dans le cadre du droit

certaine prudence, un certain malaise presque, pour une large part de la doctrine, à reconnaître la qualité de sujet de droit international aux entités non étatiques de droit privé. À ce propos, le professeur Pellet parle de « timidités » de la doctrine « y compris la plus ouverte »⁸³ qui, si elle tend à accepter une certaine personnalité juridique internationale aux individus, peinent à en faire de même pour les autres personnes privées, les qualifiant tout au plus de participants ou d'acteurs des relations internationales par exemple⁸⁴.

Pour d'autres auteurs, le refus est plus catégorique. James Crawford réfute ainsi un tel élargissement du cercle des sujets de droit international, notamment aux STN, invoquant la jurisprudence de la CIJ selon laquelle ces entités sont des créations régulées par les États ; l'absence de véritables obligations internationales dont ces entités seraient destinataires, en prenant l'exemple du droit international pénal ; l'absence de capacité juridique au plan international (malgré une certaine influence sur le droit interne) ; et, enfin, l'absence d'application horizontale du droit international ici entre personnes privées⁸⁵.

D'autres raisons, moins théoriques, ont pu être avancées pour justifier l'exclusion des STN et des ONG du cercle des sujets de droit international, comme le caractère éclectique de ces « catégories » (autant les ONG que les STN) qui est sans doute un obstacle, tout comme le fait qu'il s'agit là d'entités abstraites, comme les États, mais qui ne sont pas souveraines car constituées conformément au droit interne d'un État et non selon le droit international... d'où une grande diversité ! De plus, les craintes relatives à ces entités et les risques qu'elles véhiculeraient par rapport à une stabilité mondiale mieux assurée par le système inter-étatique (ce qui reste à voir) ont également pu être avancés, tout comme des raisons plus pragmatiques : un statut international, outre sa difficulté à mettre en place⁸⁶ (eu égard à la méfiance des États par rapport à des entités autonomes et aux critiques faites aux ONG⁸⁷), ne serait pas souhaitable, car il reviendrait à brimer ce qui fait la spécificité et l'intérêt du mouvement associatif international, soit « son autonomie, son souci de refléter l'opinion publique et la défense des intérêts collectifs, la sincérité de ses

interne, et non point dans les relations internationales, où elles sont représentées par leurs États respectifs. Il en est de même pour diverses personnes morales du droit public sans but lucratif, également représentées par leurs États d'origine » (Serge Krylov, « La doctrine soviétique du droit international » (1947) 70 RCADI à la p 448). Cet auteur ajoute cependant : « Bien qu'il en soit ainsi jusqu'ici, on peut cependant envisager pour l'avenir un élargissement du cercle des sujets du droit international. Il se peut que certaines organisations internationales, telles, par exemple, la Fédération syndicale mondiale, occupent une plus large place dans le droit international. Enfin certains des organismes de l'ONU, le Conseil de sécurité, par exemple, le Conseil économique et social et le Conseil de tutelle, ont reçu le droit de conclure des accords avec des États ou des groupes d'États » (*Ibid* à la p 450).

⁸³ Alain Pellet, dir, « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle (La société internationale contemporaine - Permanences et tendances nouvelles) » *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. I, 1997, Aranzadi, Pampelune, 1998 à la p 98 [Pellet].

⁸⁴ *Ibid*.

⁸⁵ James Crawford, « Chance, Order, Change : The Course of International Law » (2013) 35 RCADI à la p 155 aux para 252-254 [Crawford].

⁸⁶ Mahiou, *supra* note 81 à la p 248.

⁸⁷ *Ibid* à la p 261.

engagements, la vitalité entreprenante de ses initiatives même lorsqu'elles sont teintées parfois d'utopie⁸⁸. Et le professeur Mahiou de conclure :

on peut donc penser qu'il ne serait pas réaliste ni pratique d'envisager un quelconque statut général ; chaque ONG va donc continuer à être à cheval entre l'ordre juridique national de rattachement (notamment pour son organisation et son fonctionnement) et l'ordre juridique international (pour ses activités). À défaut d'avoir une personnalité juridique internationale, les ONG bénéficient d'une certaine reconnaissance internationale qui se traduit par le statut d'observateur auprès des organisations internationales ; c'est ce statut qui leur sert de voie d'accès aux activités internationales interétatiques⁸⁹.

Le refus de voir dans ces « nouveaux » acteurs internationaux de véritables sujets du droit international n'est donc pas une position purement dogmatique (du moins la plupart du temps), même si pour certains il y a en ce domaine une « répugnance instinctive que l'idée de mettre sur le même plan, dans le domaine du droit international, les États et des entités de toute autre nature éveille dans les esprits nourris d'expérience historique »⁹⁰. Néanmoins, il ne s'agit pas tout à fait de « mettre sur le même plan » les États et les personnes morales de droit privé. Si l'on se fie à la CIJ, « [l]es sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature et à l'étendue de leurs droits »⁹¹. Cette célèbre formule, déjà évoquée, suggère la diversité des sujets du droit international ou, du moins, sa possible diversification. Pourquoi celle-ci se limiterait-elle aux organisations internationales, voire aux individus ?

2. UNE APPROCHE PLUS OUVERTE THÉORIQUEMENT POSSIBLE

Comme cela vient d'être évoqué, de nombreux auteurs perpétuent une analyse prudente ou classique de la question, souvent très largement centrée sur l'État et refusant ainsi la qualité de sujet de droit international à des acteurs qui ne disposent pas des caractéristiques étatiques⁹². Pourtant, comme l'affirment les professeurs Daillier et Pellet, « [r]econnaître aux entreprises transnationales la qualité de sujets du droit international, sujets mineurs et dérivés au demeurant, ne se heurte à aucun obstacle théorique ou pratique dirimant »⁹³. Il en va de même (et on ne voit pas pourquoi cela serait différent) pour les ONG.

⁸⁸ *Ibid* à la p 249.

⁸⁹ *Ibid* aux pp 250-53. Le professeur Mahiou distingue cependant des ONG au statut hybrides telles que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) et l'Organisation mondiale du tourisme (OMT), ce qui laisse à penser que sa conclusion n'est peut-être pas aussi définitive quelle pourrait paraître.

⁹⁰ Manfredi Siotto Pintor, « Les sujets du droit international autres que les États » (1932) 41 RCADI à la p 278.

⁹¹ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, Recueil CIJ 1949 à la p 178.

⁹² Voir section I.

⁹³ Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^e éd, 2009 à la p 714 [Daillier, Forteau et Pellet].

Une part de la doctrine en effet, s'appuyant sur la distinction entre personnalité et capacité juridique, estime que les sujets de droit interne peuvent devenir des sujets de droit international : si la capacité juridique est susceptible de gradation, tel n'est pas le cas de la personnalité juridique qui est une, indivisible⁹⁴. Or, les ONG et les STN peuvent tout à fait se voir reconnaître « l'aptitude à être passivement titulaires de droits et d'obligations »⁹⁵ par le droit international, c'est-à-dire la personnalité juridique internationale. Cela ne signifie pas que ces entités non étatiques auront forcément les mêmes droits et devoirs et qu'elles pourront les exercer de la même façon que les États ou les organisations internationales, ce qui relève de leur capacité juridique internationale qui peut être moindre, plus limitée. Encore une fois, les sujets d'un ordre juridique donné n'ont pas forcément tous la même capacité juridique sans pour autant que cela remette en cause leur personnalité juridique⁹⁶. D'où les expressions et qualificatifs déjà évoqués de sujets dérivés ou mineurs qui ne semblent cependant pas très heureux dans la mesure où ils suggèrent une personnalité juridique internationale moindre.

Une approche plus ouverte de la question est donc théoriquement possible, d'autant que certains éléments interrogent et révèlent les limites de l'approche « dominante ». À titre d'exemples, outre l'appellation STN qui revêt certaines ambiguïtés et, selon le professeur Mahiou, « sous-entend la naissance de nouvelles personnes juridiques qu'il faut reconnaître au plan international, à côté des États et des organisations internationales »⁹⁷, on mentionnera la fiction de la protection diplomatique qui présente également certaines incohérences⁹⁸ et qui, bien qu'elle soit devenue le mécanisme de droit commun pour qu'une personne privée obtienne réparation au niveau international (l'État faisant ici écran entre le droit international et la personne privée), « porte témoignage de la volonté tenace des États de ne pas reconnaître aux particuliers, qu'il s'agisse de personnes morales ou d'individus, une personnalité juridique internationale « majeure » qui concurrencerait la leur »⁹⁹.

En fin de compte, on peut constater ici que le droit international a recours à deux techniques opposées pour gérer certains problèmes : la technique de la fiction, qui permet de reconnaître une situation juridique dont l'existence est incertaine, et la technique de l'occultation, qui permet d'ignorer une

⁹⁴ Voir Dominicé, *supra* note 4 à la p 70 ; Combacau et Sur, *supra* note 14 à la p 316 ; Vaurs-Chaumette, *supra* note 3 à la p 5.

⁹⁵ Combacau et Sur, *supra* note 14 à la p 316. Ces auteurs s'appuient sur l'avis précité de la CPJI dans l'affaire de la compétence des tribunaux de Dantzig et y voient une « affirmation de l'aptitude essentielle des sujets internes à la qualité de sujets internationaux », avant d'ajouter : « et le rejet de toute réponse de principe à la question de savoir s'ils se voient traiter en tant que tels » (*Ibid* à la p 318).

⁹⁶ On évoquera simplement ici l'exemple (classique) des sujets incapables en droit interne.

⁹⁷ Mahiou, *supra* note 81 à la p 268.

⁹⁸ Le professeur Pellet évoque à ce sujet une confusion du droit de l'État à faire respecter le droit international et du droit du particulier lésé à obtenir réparation, la subordination du droit de l'État à l'épuisement des voies de recours internes par le particulier, le calcul de l'indemnité due à l'État sur la base du dommage subi par le particulier, et s'interroge sur l'exigence d'un lien continu de nationalité si l'État exerce son propre droit. Voir Pellet, *supra* note 83 aux pp 84-85.

⁹⁹ *Ibid* à la p 85.

situation juridique réelle. Le cas des sociétés transnationales (STN) est assez significatif à cet égard, puisqu'elles occupent largement le devant de la scène internationale tout en échappant aux règles du droit international, ce qui pose le problème de leur rôle et de leur statut¹⁰⁰.

Encore une fois, il en va de même pour les ONG.

Si ces entités apparaissent aux yeux d'une large part de la doctrine (positiviste ?¹⁰¹ publiciste ?¹⁰²) comme de simples acteurs nationaux ou transnationaux, voire comme de simples faits ou objets au regard du droit international (car, principalement, nées d'un droit interne), il n'en demeure pas moins que, d'une part, ces personnes morales de droit privé tendent à prendre une place sans cesse plus importante sur la scène internationale, de façon diverse (selon qu'il s'agisse des STN ou des ONG), mais certaine ; et, d'autre part, que, en pratique, leur existence tend à s'imposer aux États étrangers qui n'ont, en fin de compte, pas (ou peu ou plus) de prise sur elles¹⁰³.

Est-ce que cela peut avoir une incidence sur la reconnaissance de la personnalité juridique internationale à ces acteurs ? Sur leur qualité de sujet de droit international ? Les soubresauts qui agitent la pratique peuvent contribuer à remettre en cause ce rejet (ou prudence) doctrinal en fournissant des éléments, des indices, d'une capacité juridique internationale – et donc d'une personnalité juridique internationale, la première découlant à notre sens de la seconde – et mettant ainsi à l'épreuve certaines positions théoriques.

La pratique a connu (et connaît encore) un certain nombre d'évolutions qui pourraient aboutir à la remise en cause d'une approche souvent très (trop ?) positiviste et centrée sur l'État. La reconnaissance de droits et d'obligations relevant de l'ordre juridique international (ou les prémices de cette reconnaissance) aux STN comme aux ONG alimente ainsi la question de leur qualité de sujets de droit international, apportant autant d'indices de ce qui ressemble à une capacité (ou un début de capacité) juridique internationale, mise en œuvre concrète d'une personnalité juridique internationale.

¹⁰⁰ Mahiou, *supra* note 81 à la p 263.

¹⁰¹ Pour Charles De Visscher, « [l]e positivisme volontariste n'atteindra toute sa rigueur et son étroitesse qu'au cours du XIX^e siècle, quand le mouvement des nationalités aura décuplé la puissance et l'exclusivisme des États souverains » (Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1953 aux pp 31-32), faisant du « positivisme volontariste du XIX^e siècle [...] l'expression doctrinale de l'exclusivisme des souverainetés » (*Ibid* à la p 428). Et cet exclusivisme tend à l'immobilisme : « le positivisme volontariste accentue singulièrement la propension du droit international à l'immobilité. Le XIX^e siècle a fait une place très large aux préoccupations de stabilité au détriment des aspirations à la transformation » (*Ibid* à la p 68), un constat qui s'applique peu ou prou à la question des sujets de droit international et dont la réponse d'une large part de la doctrine s'explique par ce cadre doctrinal.

¹⁰² La doctrine de droit international privé semble moins radicale, suivant une approche plus ouverte : voir, par exemple, Jürgen Basedow, « The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law » (2013) 360 RCADI à la p 52.

¹⁰³ Voir par exemple Pierre Vellas, « Les entreprises multinationales et les organisations non gouvernementales, sujets du droit international », dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1974 aux pp 749-73.

Les STN et les ONG ayant connu (et connaissant encore) des évolutions différentes, la reconnaissance à leur égard d'une personnalité juridique internationale emprunte des chemins différents.

B. Les indices en faveur d'une reconnaissance des STN

Les États se sont rendu compte qu'ils n'avaient pas ou peu de prise sur ces « nouveaux » acteurs des relations internationales que sont les STN et dont les stratégies et les politiques pouvaient entrer en contradiction avec celles des États, notamment les États décolonisés qui, par idéologie (socialiste) ou par pragmatisme (pour protéger leur secteur privé trop faible), ont décidé « de jouer un rôle plus important et parfois essentiel dans la politique de développement de leurs pays »¹⁰⁴. Et de fait, les contrats ou accords entre États et STN vont se multiplier, tout comme les contentieux qui soulèvent la question de la protection de chacun des cocontractants (protéger la souveraineté de l'État faible, car en développement et protéger les STN contre les éventuels abus de ces États) et donc de leur statut¹⁰⁵.

Pendant longtemps, les divergences entre États en développement et États développés à l'égard des STN ont bloqué toute réponse à la question de leur éventuel statut international, malgré les tentatives pour mettre en place des codes de conduites sous l'égide des Nations Unies. Les évolutions du contexte international¹⁰⁶ vont cependant conduire à une nouvelle approche des STN – les PED vont ainsi abandonner leur lutte contre les STN (dont le flambeau sera repris par les ONG) et tenter de les attirer, ainsi que leurs investissements, tandis que les Nations Unies vont développer un partenariat avec les STN (notamment à travers le Pacte mondial lancé en 2000¹⁰⁷) – sans pour autant que cette évolution se traduise par une reconnaissance formelle d'un statut international (et notamment que la qualité de sujets de droit international) aux STN. Les STN ne militent d'ailleurs pas spécifiquement pour l'obtention d'un tel statut. La zone grise entre droit international et droit interne (ce droit transnational) dans laquelle elles évoluent présente en effet un certain confort. D'une part, n'étant pas considérées comme des sujets de droit international à part entière, elles ne devraient pas se voir imposer d'obligations de nature internationale ; d'autre part, au moins pour certaines STN, du fait de leur implantation territoriale multiple et de leur poids économique, elles peuvent profiter des diversités des législations nationales. D'ailleurs, face au projet de la Sous-commission de la

¹⁰⁴ Mahiou, *supra* note 81 à la p 265.

¹⁰⁵ *Ibid* aux pp 363-70. Ces contrats et accords sont à l'origine de « tout un pan du droit international qui n'a de raison d'être que par rapport aux sociétés transnationales, qui sont alors associées, directement par la voie contractuelle ou indirectement par la voie conventionnelle, à la formation de certaines normes du droit international du développement. C'est l'un des arguments avancés par certains auteurs pour revendiquer en faveur des sociétés transnationales sinon le statut de sujet de droit international, du moins la soumission à un tiers ordre juridique ou *lex mercatoria* » (*Ibid* à la p 368).

¹⁰⁶ L'effondrement du bloc socialiste et le triomphe du modèle libéral de développement, auxquels s'est ajouté l'affaiblissement de la solidarité du Groupe des 77, font partie de ces évolutions (*Ibid* à la p 271).

¹⁰⁷ Pour plus d'informations, voir le site officiel « Pacte mondial », en ligne : <http://www.pactemondial.org/> ou <http://www.un.org/fr/globalcompact/index.shtml>.

promotion et la protection des droits de l'homme des Nations Unies relatif aux normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises (2003)¹⁰⁸ – document qui prévoit un certain nombre d'obligations à destination de ces personnes morales non étatiques –, les STN sont loin de s'être montrées enthousiastes, tout comme les États, ou du moins leurs représentants au sein de la Commission des droits de l'homme : cette dernière, en effet, n'a pas approuvé le projet et a demandé la désignation d'un nouveau représentant spécial sur la question. Ce nouveau Représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises – le Professeur John Ruggie, nommé en 2005 – a néanmoins proposé, par la suite, un projet sur la question, projet adopté par le Conseil des droits de l'homme en 2011 et qui pose les bases pour « améliorer » la responsabilité des STN en matière de droits de l'homme¹⁰⁹. D'autres instruments internationaux¹¹⁰ vont dans le même sens, relevant parfois de la soft law (codes de bonne conduite, déclarations, etc.), mais posant, petit à petit, les jalons vers une responsabilisation des STN.

Ces tentatives de régulation des activités des STN ou firmes multinationales ne sont que l'illustration d'ébauches de solutions collectives aux questions et problèmes que soulèvent certaines de ces personnes morales de droit privé sur la scène internationale et qui interrogent quant à une éventuelle personnalité juridique internationale reconnue aux STN. À ce sujet, on peut évoquer la question de la responsabilité de ces STN. Entités constituées en vertu d'un droit interne, mais dont les activités à l'étranger en font des acteurs incontestables des relations internationales, elles ne devraient pas avoir de droits, ni de devoirs dans l'ordre juridique international, n'étant pas considérées comme sujets de droit international. Comment dès lors peuvent-elles violer le droit international ? Or, la pratique et l'actualité nous démontrent régulièrement qu'elles le font ! Pas toutes et pas systématiquement, mais plusieurs entreprises ont fait l'objet de poursuites judiciaires, certes devant des juridictions internes étrangères, mais sur la base du droit international. Olivier De Frouville relève par exemple le cas – considéré par James Crawford comme exceptionnel¹¹¹ – des ONG et organisations de victimes qui « tentent d'engager la responsabilité civile des entreprises sur la base de l'*Alien Tort Claims Act* de 1789 »¹¹².

¹⁰⁸ Voir Conseil économique et social, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des Sociétés Transnationales et autres entreprises*, 26 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

¹⁰⁹ John Ruggie, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies*, 21 mars 2011, A/HRC/17/31.

¹¹⁰ Voir, par exemple, OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 25 mai 2011, en ligne : OCDE <<http://www.oecd.org/>>.

¹¹¹ Crawford, *supra* note 85 à la p 157.

¹¹² De Frouville, *supra* note 47 à la p 345. L'*Alien Tort Claims Act* de 1789 donne compétence aux juridictions américaines « pour toute action civile intentée par un étranger en raison d'un dommage causé par une violation de la « law of nations » ou d'un traité » (*Ibid.*).

La question se pose en termes similaires, mais avec une pertinence accrue, concernant les sociétés privées de sécurité dont les activités « internationales » se sont développées à travers leur intervention croissante en territoire étranger, notamment dans des zones de conflits armés, à la manière (organisation, taille, armement) ou en collaboration avec les forces militaires étatiques. L'inadaptation du droit international (notamment humanitaire, mais aussi en matière de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) interroge quant aux règles encadrant la responsabilité de ces entités (parfois qualifiées de sociétés militaires privées)¹¹³. Hormis certaines législations étatiques (limitées par leur effet territorial) et en l'absence d'instrument international (sans doute difficile à mettre en place du fait des réticences des États), c'est aux règles de la responsabilité internationale qu'il faut s'en remettre par l'attribution des faits commis par ces entités privées à un État dont elles relèvent et au nom et/ou pour le compte duquel elles sont considérées agir¹¹⁴. On retrouve ici la médiation de l'État, ce voile ou écran étatique entre la personne privée et l'ordre juridique international, déjà présente à travers le mécanisme de la protection diplomatique et qui, encore une fois, ne règle pas tout dans la mesure où « la question de la responsabilité reste entière lorsque ces sociétés agissent à la demande d'entités privées. C'est ici que l'on peut parler d'un vide juridique sur le plan international »¹¹⁵.

Cette (quasi) absence de prise en compte des personnes morales de droit privé dans l'ordre juridique international a pour conséquence notamment de les rendre non justiciables devant une juridiction internationale, un argument souvent utilisé pour refuser de reconnaître la qualité de sujet de droit international à ces entités. Les principales juridictions internationales ne peuvent en effet juger directement de litiges impliquant une entreprise par exemple, sauf par le truchement de la protection diplomatique comme c'est le cas devant la CIJ. Dans le même sens, les entreprises n'apparaissent pas formellement (ou très peu) dans la procédure contentieuse de l'OMC, si ce n'est en tant qu'*amicus curiae*¹¹⁶, alors que les opérateurs privés se

¹¹³ Mahiou, *supra* note 81 aux pp 274-81.

¹¹⁴ Voir notamment les articles 5, 8 et 11 du Projet de la CDI sur la responsabilité internationale des États (AGNU, Résolution 56/83, 12 décembre 2001). Voir également les articles 6 à 9 du Projet de la CDI sur la responsabilité internationale des organisations internationales adopté en 2011. *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés AG 56/83, Doc off AG NU, 56^e sess, annexe, point 162, Doc NU A/RES/56/83 (2001).

¹¹⁵ Mahiou, *supra* note 81 à la p 280.

¹¹⁶ Voir art 13 au para 1 du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, annexé à l'*Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce* (Annexe 2) qui prévoit cette possibilité devant les groupes spéciaux. L'Organe d'appel l'a étendue à la procédure d'appel tout en restant néanmoins des plus prudents à ce sujet. Voir, par exemple : *États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998 (Rapport du groupe spécial) et WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998 (Rapport de l'Organe d'appel) ; *Canada, Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, 19 janvier 2004 (Rapport de l'Organe d'appel) ; *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001 (Rapport de l'Organe d'appel). Les raisons de cette prudence tiennent aux craintes d'un engorgement des procédures du fait de l'activisme de groupes de pression et d'un détournement de procédure, si un intervenant défendait sous couvert d'*amicus curiae*, des thèses visant à appuyer l'une des parties. Ce dernier point a généré une jurisprudence sanctionnant plus ou moins implicitement les conflits d'intérêts, en pratique très fréquent. Voir *Thaïlande - Droits antidumping sur les profilés en fer*

trouvent très souvent (pour ne pas dire la plupart du temps) à l'origine du différend – dans la mesure où, lorsque les règles du système commercial multilatéral sont violées, c'est du fait des entreprises tout autant que du fait des États ou parce que celles-ci « subissent [...] directement les conséquences d'éventuelles violations des accords OMC »¹¹⁷ – et qu'ils peuvent apporter une contribution importante à l'établissement des faits dans le cadre d'une telle procédure, de par leur connaissance du marché lié à un différend¹¹⁸. L'exclusion des personnes privées du mécanisme de règlement des différends de l'OMC favorise ainsi *de facto* une forme déguisée ou occulte de la protection diplomatique : c'est l'État membre de l'OMC qui décide de mettre en œuvre (ou pas) les procédures de règlement des différends de cette organisation ; et quand il le fait, on peine souvent à le distinguer d'entreprises à la base ou concernées par le contentieux¹¹⁹. Il y a là un nouvel exemple de la médiation (persistante !) de l'État.

On trouve un autre exemple de cette exclusion des personnes morales de droit privé dans le cadre des juridictions internationales pénales. Le droit international pénal exclut traditionnellement de ses sujets les personnes morales de droit privé¹²⁰. La logique qui a prévalu pour les individus n'a pas été étendue aux personnes morales de droit privé, sans doute considérées comme trop « proches » de la personne morale qu'est l'État – et dont la responsabilité internationale ne saurait être pénale – pour risquer une « contamination ». La pratique est cependant agitée ici par ne serait-ce que des hésitations qui témoignent d'une évolution encore brimée, mais qui ne demande qu'à s'épanouir. À ce titre, une controverse semble occuper le Tribunal spécial pour le Liban quant à sa compétence personnelle et sur l'inclusion ou non des personnes morales de droit privé. L'imprécision sur ce point du Statut de cette juridiction internationalisée est une brèche dans laquelle certains juges se sont engouffrés pour tenter de poursuivre, en l'espèce, deux sociétés de médias pour outrages¹²¹. Bien que

ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne, WT/DS122/AB/R, 12 mars 2001 (Rapport de l'Organe d'appel) ; *CE - Subventions à l'exportation de sucre*, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R 28 avril 2005 (Rapport de l'Organe d'appel) ; *CE - Communautés européennes - Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 septembre 2006 (Rapport du groupe spécial).

¹¹⁷ Philippe Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux de l'Organe d'appel de l'OMC » (2005) 51:1 AFDI à la p 629.

¹¹⁸ *Ibid.* Ceci n'entraîne pas pour autant la reconnaissance d'une participation à la procédure devant l'ORD, mais simplement une possibilité ouverte aux États (et non une obligation) d'entrer en contact avec les entreprises ayant un intérêt dans la procédure en cours. Le Professeur Maddalon prend comme exemple l'*Accord anti-dumping* (art 12 au para 1) et la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Mexique – Mesures anti dumping visant la viande de bœuf et le riz*, WT/DS295/AB/R, 29 novembre 2005, aux para 245-53.

¹¹⁹ Voir par exemple, *Corée - Droits antidumping sur les importations de certains papiers en provenance d'Indonésie*, WT/DS312/R, 28 octobre 2005 (Rapport du groupe spécial).

¹²⁰ Voir par exemple, de Frouville, *supra* note 47 aux pp 344-345 ; Anne-Laure Vaurs-Chaumette, « Les personnes pénalement responsables », dans Hervé Ascensio et al, dir, *Droit international pénal*, 2^e éd, Paris, Pedone, 2012 aux pp 478-82.

¹²¹ Le juge Baragwanath a ainsi considéré que le Règlement de Procédure et de Preuve du Tribunal spécial pour le Liban (du fait de l'imprécision de son article 60 bis) ne lui interdisait pas expressément de poursuivre pour outrage les personnes morales (TSL (Contempt Judge), *Decision in proceedings for*

contestée¹²² (et peut-être contestable), cette tentative (certes limitée) illustre les soubresauts de la pratique à l'égard de la justiciabilité des personnes morales. Et ces soubresauts apportent des arguments aux partisans de la reconnaissance de la personnalité juridique internationale et de la qualité de sujet de droit international à ces entités privées : si celles-ci peuvent répondre de leurs actes au plan international, il y a là un élément de capacité internationale qui n'est pas sans rappeler l'évolution de la prise en compte de l'individu en droit international¹²³.

Par ailleurs, et dans le même sens, certains de ces soubresauts tendent à se concrétiser, à se pérenniser, voire se développer. Ainsi, certaines voies de recours internationales se voient ouvertes aux particuliers pour faire valoir leurs droits, faire une réclamation internationale. Tel est le cas pour les STN notamment du système de tribunaux arbitraux mixtes¹²⁴ mis en place dans le cadre de la Convention de Washington (1965) établissant le Centre International de Règlement des Différends liés à l'Investissement (CIRDI). Dans ce cadre conventionnel, les personnes privées (physiques et morales) ont ainsi accès à un tribunal arbitral au même titre que les États¹²⁵. Les limites et risques de la protection diplomatique sont ici à l'origine de ce mécanisme¹²⁶ – remarquable bien que limité – dans lequel les États contractants acceptent, en signant la convention CIRDI, de renoncer à exercer toute protection diplomatique à propos d'un litige entre un de leurs ressortissants (personnes physiques ou morales) et un autre État contractant¹²⁷. La personne privée se trouve ainsi « débarrassée » de l'écran étatique et, par conséquent, est directement partie prenante dans toutes les phases du mécanisme, ce qui démontre que, ne serait-ce que

contempt with orders in lieu of an indictment (case against Akhbar Beirut SAL & Ibrahim Mohamed Al Amin), 31 janvier 2014, STL-14-06/1/CJ, aux para 18-19).

¹²² La décision du 31 janvier 2014 a été contredite par une deuxième décision du TSL du 24 juillet 2014 qui interprète différemment l'article 60 bis du RPP à la lumière du Statut du TSL et des règles d'interprétation en droit international et exclut de la juridiction du tribunal les personnes morales, conformément au principe traditionnel en la matière : « *societas delinquere non potest* » : TSL (Contempt Judge), *Decision on motion challenging jurisdiction and on request for leave to amend order in lieu of an indictment (in the Case against New Tv S.A.L. & Karma Mohamed Tahsin Al Khayat)*, 24 juillet 2014, STL-14-05/PT/CJ, aux para 58-79. Cette deuxième décision sera par la suite elle-même contredite par une troisième décision, cette fois-ci par le Collège d'appel du Tribunal, qui a considéré – comme la première décision du 31 janvier 2014 – que le Tribunal avait juridiction sur les personnes morales (TSL (Collège d'appel), *Décision relative à l'appel interlocutoire concernant la compétence personnelle du tribunal en matière d'outrage (en l'affaire New Tv S.A.L. & Karma Mohamed Tahsin Al Khayat)*, 2 octobre 2014, STL-14-05/PT/AP/AR126.1, §§33-92). Voir Yvonne McDermott, « Criminal Liability for Legal Persons for Contempt returns to the STL » (8 octobre 2014), en ligne : PhD Studies in Human Right <<http://humanrightsdoctorate.blogspot.fr/>>.

¹²³ Voir section I. B.

¹²⁴ Voir par exemple, Pellet, *supra* note 83 aux pp 91-92.

¹²⁵ Voir les articles 25 au para 1 et au para 36 au para 55 de la convention CIRDI. Pour une étude plus détaillée de ce mécanisme, voir Charles Leben, « Arbitrage (CIRDI) », Répertoire international Dalloz, mars 2010 aux para 5, 269.

¹²⁶ Le souci d'éviter de faire dépendre le règlement du différend au niveau international de la seule volonté de l'État de nationalité de l'opérateur privé de prendre fait et cause pour son ressortissant est une des raisons qui a présidé à ce recours à un arbitrage mixte. Voir Dominique Carreau et Patrick Julliard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2010 à la p 19 au para 47.

¹²⁷ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 19 mars 1965, 575 RTNU 169 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966), art 27.

dans certains domaines, les personnes morales de droit privé sont capables de faire des réclamations internationales¹²⁸. Un nouvel indice d'une capacité et donc d'une personnalité juridique internationale qui ne dit pas (encore ?) son nom.

C. Une reconnaissance encore imparfaite pour les ONG

À l'image des STN bien que par des voies différentes, les ONG ont vu leur nombre et leur rôle au niveau international s'accroître pour leur conférer en pratique un grand pouvoir d'influence à travers leur « fonction dans l'action internationale »¹²⁹. Cette évolution remarquable ne suffit cependant pas pour la doctrine, et dans une certaine mesure le droit positif, pour leur reconnaître la qualité de sujet de droit international.

On fera ici l'économie de la liste exhaustive (impossible ?) des activités et actions des ONG ayant eu ne serait-ce qu'un impact sur la conduite des relations internationales et sur le droit international pour ne mentionner que quelques exemples constituant autant d'indices d'une capacité juridique internationale, induisant une personnalité juridique internationale. Outre leur présence sur le terrain, les activités et actions des ONG se déploient dans deux directions : vers la participation à l'élaboration du DI et vers la participation à sa mise en œuvre.

1. UNE PARTICIPATION CROISSANTE À L'ÉLABORATION DU DROIT INTERNATIONAL

On remarquera simplement ici que si leur participation (en tant que lobbies et groupes de pression sur les États) à l'élaboration du droit international dans certains domaines est connue¹³⁰, on constate, parfois, une institutionnalisation de cette participation (dans des proportions et limites diverses et inégales). On rappellera tout d'abord le cas, certes quelque peu isolé¹³¹ et limité, de l'Organisation Internationale

¹²⁸ À contre-courant de cette tendance, on relèvera la sentence du 21 novembre 2007 d'un tribunal CIRDI (ALENA) (*Archer Daniels Midland Company and Tate and Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, n° ARB(AF)/04/05, §§168-180) qui « a considéré que l'investisseur qui saisit le CIRDI ne fait qu'exercer un droit d'action en défense d'obligation dues à son État, mais qu'en revanche, il n'a pas de droit propre à faire valoir (à la différence de la situation qui existe en droit international des droits de l'homme) : cette position très conservatrice, qui a été justifiée par le Tribunal par des motifs propres à la rédaction du traité créant l'ALENA, va à contre-courant des tendances récentes relatives à la personnalité juridique internationale des personnes privées et invente une sorte de « fiction Mavrommatis » inversée fort contestable au regard du droit international général » (Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 93 aux pp 716-17).

¹²⁹ Mahiou, *supra* note 81 à la p 249.

¹³⁰ Leur rôle dans l'adoption de la convention sur l'interdiction des mines antipersonnel ou du Statut de la Cour pénale internationale sont les exemples les plus connus.

¹³¹ Mahiou, *supra* note 81 à la p 244. Le professeur P-M Dupuy note également que cette expérience « apparaît comme un prototype et un modèle d'une singulière modernité, à certains égards jamais dépassé ni même égalé » : P-M Dupuy, « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », dans Habib Gherari et Sandra Szurek, dir, *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Paris, Pedone, 2003 à la p 11.

du Travail (OIT) dans laquelle « on a admis la représentation des organisations d'employeurs et d'employés, dans le cadre d'une formule originale de tripartisme. En outre, on a établi une représentation paritaire entre les délégués gouvernementaux, d'un côté, et les délégués des organisations professionnelles, patronales et syndicales, de l'autre »¹³². Un autre exemple peut être trouvé dans le cadre de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones adoptée sous les auspices des Nations Unies¹³³ à l'élaboration de laquelle les ONG représentant les peuples autochtones ont participé, comme les représentants des États, au sein du groupe de travail créé à cet effet par la Commission des droits de l'homme. Ces mêmes ONG participent de façon paritaire, avec les représentants des États, à l'Instance permanente des peuples autochtones (organe subsidiaire créé par l'ECOSOC en 2000) en charge de fournir à l'ECOSOC des conseils sur les questions touchant au développement social et économique, aux droits de l'homme, à l'éducation, à la santé et à l'environnement en relations avec les peuples autochtones¹³⁴, tandis que d'autres ONG (représentant également les peuples autochtones) s'y voient reconnaître un statut consultatif¹³⁵.

C'est d'ailleurs cette dernière situation qui s'avère la plus courante tant les cas à l'image de la *Charte sur les droits des peuples autochtones* apparaissent rares. Plus souvent, cette institutionnalisation prend donc la forme de la reconnaissance d'un statut d'observateurs auprès de certaines organisations internationales pour certaines ONG. On a parlé à ce propos d'embryon de personnalité juridique. L'association des ONG aux travaux de l'ONU, sur la base de l'article 71 de la *Charte*, illustre ce début de reconnaissance qui demeure cependant limitée et inégale¹³⁶ et loin de satisfaire les ONG et de conférer une capacité et une personnalité juridique internationale pleine et entière à ces entités non étatiques. On relèvera le cas, sans doute particulier et isolé là aussi, du CICR dont l'accord avec l'État hôte de son siège a pu être considéré et assimilé à un accord international¹³⁷, suggérant une certaine (et donc possible) capacité juridique internationale au moins pour cette ONG particulière¹³⁸.

¹³² Mahiou, *supra* note 81 aux pp 243-44.

¹³³ AGNU, *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, A/61/295.

¹³⁴ ECOSOC, *Résolution 2000/22*, 28 juillet 2000, E/2000/22.

¹³⁵ On relèvera comme autre exemple les articles 93 et 95 du *Règlement intérieur de l'Assemblée des États Parties à la CPI* qui prévoient la participation d'ONG aux réunions de l'Assemblée et de ses organes subsidiaires : voir *Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session, New York, 3 -10 septembre 2002* (ICC-ASP/1/3 et Corr.1), en ligne : http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/RulesOfProcedureASP-FRA.pdf.

¹³⁶ Mahiou, *supra* note 81 aux pp 253-56.

¹³⁷ Voir Philippe Gautier, « À propos de l'accord conclu le 29 novembre 1996 entre la Suisse et la Fédération des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge » (1997) *RBDI* aux pp. 172-89.

¹³⁸ Pour le CICR, la reconnaissance d'un statut international s'est trouvée renforcée, prolongée par la pratique et la doctrine tend désormais à en faire une entité *sui generis* (une appellation bien commode) ou une entité au statut hybride (mi-association de droit interne privé, mi-personne internationale de par ses fonctions). Voir Mahiou, *supra* note 81 aux pp 250-51 ; Crawford, *supra* note 85 à la p 154.

2. LE DÉVELOPPEMENT DE LA PARTICIPATION À LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT INTERNATIONAL

Si la participation des ONG à l'application du droit international s'est dans un premier temps manifestée par un rôle de veille, de surveillance de l'application et du respect de traités internationaux et d'alerte et d'informations, souvent à destination de l'opinion publique, les ONG entendent également pouvoir recourir au juge (notamment international) pour garantir l'application du droit international et s'opposer à ses violations.

La possibilité de porter une réclamation au plan international est, si ce n'est un élément essentiel, du moins une partie de la définition de la personnalité juridique internationale donnée par la CIJ en 1949. Les ONG ont-elles cette possibilité ? Ici encore, il est difficile d'apporter une réponse définitive dans un domaine encore en évolution. Si au début du XX^e siècle la réponse aurait été facile, cela s'avère moins évident de nos jours. Malgré les réticences, des exemples d'accès au juge international existent, notamment en matière de droits de l'homme, notamment au niveau régional que ce soit dans le cadre de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*¹³⁹, de la *Convention européenne des droits de l'homme*¹⁴⁰, ou de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*¹⁴¹. Ce droit d'accès, quand il existe, n'est cependant pas inconditionnel et parfois entravé. Outre le cas de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁴², on remarquera, par exemple, que les ONG ne peuvent ni saisir directement la Cour interaméricaine, ni saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour une action d'intérêt collectif¹⁴³ en l'absence d'un intérêt propre et distinct de celui de leurs membres¹⁴⁴.

¹³⁹ Selon l'article 44 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* « toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un État partie », *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123, STOÉA n° 36 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978).

¹⁴⁰ L'article 34 de la CEDH (« requêtes individuelles ») mentionne explicitement que « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles ». *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 [*Convention européenne des droits de l'homme, CEDH*].

¹⁴¹ En attendant la future Cour de Justice de l'Union africaine, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples peut être saisie, entre autres, par les ONG bénéficiant du statut d'observateur auprès de la Commission (et les individus). Voir article 5(3) du *Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, 9 juin 1998, en ligne: <<http://www.african-court.org/>>.

¹⁴² Les ONG qui peuvent saisir cette juridiction sont celles bénéficiant du statut d'observateur auprès de la Commission à la condition que l'État dont ils sont ressortissants a accepté cette procédure par une déclaration spéciale. En février 2014, 5 pays seulement avaient procédé à une telle déclaration. Ces pays sont le Burkina Faso, le Ghana, le Malawi, le Mali et la Tanzanie.

¹⁴³ Voir par exemple Yves Winisdoerffer, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement » (2003) 2 RJE 213 à la p 213.

¹⁴⁴ CJE, *Greenpeace International c. Commission, Aménagement-environnement*, C-321/959 [1998] ECR I-01651 à la p 293.

En matière pénale, la porte est moins ouverte puisque, en vertu de l'article 15 du *Statut de Rome*, le Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative, sur la base notamment des informations qui lui auront été transmises par des États, des organisations internationales, des individus et des organisations non-gouvernementales¹⁴⁵. La participation est donc ici très limitée et les ONG ne peuvent, en tant que tel, saisir la CPI.

Une autre possibilité s'offre cependant aux ONG pour intervenir dans la procédure juridictionnelle internationale : en tant qu'*amicus curiae*¹⁴⁶. On retrouve cette possibilité devant la justice internationale pénale¹⁴⁷ ou devant l'ORD de l'OMC¹⁴⁸. Ce type de participation demeure cependant limité dans la mesure où elle n'est pas censée permettre de faire valoir des droits, mais plutôt des intérêts, ce qui peut poser problème pour une éventuelle reconnaissance de la personnalité juridique internationale de ces entités au regard de la définition de la CIJ. Encore ici, c'est la question du verre à moitié vide ou à moitié plein : l'évolution est certes lente, mais elle se traduit en pratique.

Enfin, au titre des tentatives de droit positif pour aller plus loin qui se sont vues limitées par la réticence traditionnelle des États à reconnaître de nouveaux « partenaires » dans l'ordre juridique international, on mentionnera la *Convention du Conseil de l'Europe sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales* du 24 avril 1986 : adoptée après de longs travaux, cette convention se limite à consacrer le principe de la reconnaissance par tous les États parties de la personnalité juridique obtenue par une ONG en vertu du droit d'un autre État partie¹⁴⁹. Outre le contenu, la nature conventionnelle et régionale de cet instrument est une limite. Si à cela on ajoute le nombre de ratifications (11 États au 29 septembre 2014), la portée du texte conventionnel n'en apparaît que plus limitée. D'autant qu'il s'agit là plus d'un statut « internationalisé » que d'un statut international.

¹⁴⁵ Le Procureur de la CPI a ainsi ouvert une enquête sur la situation au Kenya en 2010 par exemple sur la base, notamment, d'informations provenant d'ONG de victimes.

¹⁴⁶ Cette procédure – qui permet à des entités autres que les parties ou les tierces parties de présenter des communications écrites portant sur des points de droit, voire des éléments d'ordre factuels – ne se retrouve pas devant toutes les juridictions internationales : si les juridictions qui traitent du contentieux intéressant la protection des droits de l'homme et du droit international humanitaire connaissent de cette pratique, d'autres juridictions, celles qui tranchent les contentieux strictement interétatiques (telle la CIJ) se montrent beaucoup plus réservées. Voir, par exemple, Fabrizio Marrella, « L'individu et le droit international économique » dans Jean-Marc Sorel, dir, *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 2009 à la p 235.

¹⁴⁷ Les articles 74 du *Règlement du TPIY* et 103 du *Règlement de la CPI* prévoient que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, une chambre peut « inviter ou autoriser tout État, toute organisation ou toute personne à présenter par écrit ou oralement des observations sur toute question qu'elle estime appropriée ».

¹⁴⁸ Voir art 13 au para 1 du MARD. Voir ce qui a été dit à propos des STN et de leur place dans la procédure de l'ORD et qui est applicable aux ONG.

¹⁴⁹ Voir Marie-Odile Wiederkehr, « La Convention du Conseil de l'Europe sur le statut des Organisations non-gouvernementales » (1987) 33:1 AFDI 749.

Malgré ces éléments que révèle la pratique internationale, la doctrine dans sa grande majorité peine à reconnaître aux ONG une personnalité juridique internationale et donc la qualité de sujet du droit international, pleine et entière tout du moins. L'exemple du CICR montre cependant, même s'il demeure particulier, que, sous l'effet de la pratique, la doctrine est amenée à évoluer sur cette question. Il ne s'agit pas de dire ici que toutes les ONG sont des sujets de droit international pleins et entiers ou devraient l'être, mais de montrer que certains éléments de la pratique pourraient permettre une évolution vers la reconnaissance d'une personnalité juridique internationale avec une capacité spéciale, limitée comme le CICR l'a connue. La CIJ a précisé qu'il pouvait y avoir plusieurs sortes de sujets de droit international, et les ONG pourraient donc en devenir une, tout comme les STN.

Ces éléments sont-ils suffisants pour dire que les ONG et les STN sont des sujets de droit international, disposant d'une personnalité juridique internationale ou plutôt d'une capacité suffisante ? Ou les personnes morales de droit privé sont-elles condamnées à errer dans les limbes du droit international, avec une place variable, incertaine et un statut au mieux hybride dans l'ordre juridique international ? Plusieurs branches du droit international portent les prémices d'une responsabilisation de ces entités non étatiques, ce qui représente un premier pas, une première reconnaissance d'obligations internationales. Qu'en est-il des droits et de leur garantie ? La possibilité de porter réclamation au plan international (sans l'entremise d'un État) germe ici et là, approfondissant lentement, mais toujours un peu plus la fissure entamée par les organisations dans le mur de l'exclusivisme étatique en matière de personnalité juridique et de qualité de sujet de droit international.

C'est ici, en fin de compte la question du point d'équilibre entre médiation de l'État et immédiateté évoquée par les Professeurs Combacau et Sur¹⁵⁰. Ce point d'équilibre évolue-t-il sous l'influence de la pratique ? Sans doute, mais évolue-t-il suffisamment pour faire des individus et des autres personnes privées (ONG et STN) des sujets de droit international ? Pour certains, tels n'est pas le cas¹⁵¹. Pour d'autres, même si « les entreprises transnationales ou les ONG n'ont pas, dans l'ordre juridique international, les mêmes droits, ni les mêmes devoirs que les individus [...], elles en ont, et, dans cette mesure, plus limitée, ce sont des sujets du droit international »¹⁵². Individus, STN et ONG apparaissent ainsi comme des sujets de droit international – la reconnaissance de leur personnalité juridique (théoriquement possible) étant induite par un certain nombre d'éléments attestant d'une certaine capacité juridique internationale – dont la capacité peut être plus ou moins limitée selon les personnes et la situation concernées.

¹⁵⁰ Combacau et Sur, *supra* note 14 aux pp 316-17.

¹⁵¹ Voir Crawford, *supra* note 85 à la p 159.

¹⁵² Pellet, *supra* note 83 à la p 98.

Une fois que cela est dit, une question demeure (et dont l'issue pourrait rendre inutile cette communication) : quelle est l'utilité (concrètement) de la notion de sujet de droit international ? La doctrine demeure ici très partagée, comme ont pu le montrer, par exemple, les débats lors du colloque de la SFDI de 2005 consacré au sujet en droit international¹⁵³. Pour certains, la qualité de sujet de droit international présente cependant une utilité certaine, notamment en termes d'efficacité du droit international : pour le Professeur Cosnard, « parce qu'on aura reconnu cette qualité de sujet à une plus grande diversité de personnes, le droit sera plus et mieux appliqué »¹⁵⁴.

Outre les réticences étatiques et parfois de certaines STN ou ONG, cette diversification se heurte encore pour le moment à une partie de la doctrine, même si on a vu que la pratique était prise en compte concernant les individus et, *a minima*, donnait des indices quant à la personnalité juridique et surtout la capacité juridique des STN et ONG. Et pourtant, cette diversification des sujets de droit international serait sans doute le signe que le droit international quitterait ainsi progressivement l'âge de l'inter-étatisme pour prendre mieux en compte la réalité des relations internationales contemporaines. Il entrerait (si ce n'est pas déjà le cas) progressivement dans un nouvel âge fait de pluralisme : celui de la communauté internationale. Cette diversification, loin de complexifier inutilement le droit international, marque (ou marquerait) sa maturité poursuivant son développement à l'image de ce que connurent les ordres juridiques internes.

¹⁵³ Voir les interventions de Pierre Michel Eisemann et Hélène Ruiz Fabri lors des « Débats » du colloque de la SFDI de 2005 à ce propos. Michel Cosnard, « Débats » dans SFDI, *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 2005 aux pp 73-74.

¹⁵⁴ *Ibid* à la p 74.