

L'ÉTATISME SPÉCIFIQUE DU DROIT INTERNATIONAL

*Frédéric Mégret**

Le droit international servirait moins à atteindre les objectifs qu'il se donne explicitement (paix, justice, développement, etc.) qu'à perpétuer une certaine théorie des sujets légitimes des relations internationales, à savoir les Etats. Tout dans le droit international est historiquement secondaire à cet objectif cardinal. En réalité, les évolutions des dernières décennies n'ont que très peu déplacé la centralité juridique (la question sociologique est distincte) des souverains en droit international, malgré les tentatives d'encadrer l'Etat et de redéfinir la souveraineté. Le droit international fait partie intégrante de la construction du monopole de la violence légitime de l'Etat dans l'ordre international; il confère à l'Etat un rôle unique et inégalé dans la gouvernance du droit international; et même ses projets substantifs les plus réformistes semblent réinscrire la centralité de l'Etat à chaque tournant. Il s'agira donc de comprendre en quoi consiste l'étatisme spécifique du droit international, c'est-à-dire un étatisme de reproduction des formes malgré le changement des buts. On conclura avec quelques réflexions sur la difficulté d'une réforme fondamentale d'un système normative dont la vocation principale est la perpétuation d'un certain ordre de puissance.

This article argues that international law is less about some of the goals it purports to achieve (peace, justice, development, etc) than about perpetuating a certain theory of the legitimate subjects of international relations, namely states. Everything in international law is historically secondary to that cardinal goal. The article suggests that developments in recent decades have in some ways hardly made a dent in the legal (as opposed to sociological) centrality of the state, even as they ambition to restrain it and redefine sovereignty. International law is part and parcel of the construction of the state's monopoly of legitimate violence in the international arena; it grants the state a unique and unrivaled role in the governance of international law; and even its most reformist substantive projects tend to reinscribe the centrality of the state at every turn. The challenge is thus to explain the specificity of international law's state-centrism, as a mode of reproduction of forms even as the substance of goals changes. The article concludes by offering some thoughts on the difficulty of fundamental reform from within a normative system whose main goal is perpetuation of a certain order of power.

* Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université McGill.

Les finalités du droit international se conçoivent souvent dans une perspective dynamique et régulatrice. Le droit international est dans cet esprit classiquement largement tourné vers un certain nombre d'objectifs (paix, développement, humanitarisme, protection de l'environnement etc.) et de règles substantives en découlant, visant notamment à encadrer les prérogatives des souverains au nom d'une certaine vision de la communauté internationale. L'État préexiste, en quelque sorte, aux règles qui viennent organiser sa coexistence avec d'autres, et le droit international s'appuie sur les souverainetés pour mieux les dépasser. Le droit international est ici vu comme un droit essentiellement réformiste, c'est-à-dire visant avant tout à contrôler, pacifier ou civiliser les souverains.

Dans ce contexte, les États sont parfois critiqués comme insuffisamment impliqués dans la poursuite des visées du droit international, là où d'autres, au contraire, affirment les prérogatives des États contre une certaine hégémonie du droit international¹. En tout état de cause cependant, une certaine antinomie entre droit international et souveraineté est souvent posée. Pourtant, on soupçonne que la relation est ici dialectique : le droit international affaiblit ce qu'il renforce par ailleurs, et l'enjeu est souvent moins de dépasser la souveraineté que de la redéfinir, au gré d'un exercice constant et consubstantiel au projet internationaliste². À tel point que l'on peut se demander si, en réalité, le droit international ne sert pas moins à atteindre les fins substantives qu'il se donne explicitement, qu'à protéger une vision de ses sujets légitimes, indélébilement centrée sur le souverain? Au-delà de ses métamorphoses, le droit international s'organiserait avant tout comme *un discours de construction de la centralité de l'État*.

Assurément, ni l'analyse du rôle de l'État en droit international ni l'étude de ses sujets ne sont des thèmes nouveaux dans la littérature internationaliste. La question des sujets du droit international est dominée par l'étude de l'État. Dire que le droit international est étatiste est un peu le lieu commun de la discipline. Ce l'est cependant le plus souvent sous un angle doctrinal et tautologique : le droit international serait un droit d'États car les États sont ses seuls sujets exclusifs, lesquels à leur tour engendreraient un droit international fortement étatiste. Moins qu'une construction doctrinale, ce qui intéresse ici, c'est le rôle du droit international comme partie prenante à une certaine idéologie de l'État. On suggèrera ici que seule une compréhension du rôle spécifique que joue le droit international dans le maintien de la centralité de l'État peut permettre de comprendre pourquoi poser la question du dépassement de l'État est aujourd'hui une tâche si difficile. Là où le discours sur le droit international oscille en permanence entre annonce de la fin imminente de la souveraineté³ et réaffirmation indignée de sa centralité, on tentera de comprendre ces deux mouvements comme profondément imbriqués. Le droit international ne serait

¹ Martti Koskenniemi, « The Future of Statehood » (1991) 32 Harv. Int'l L.J. 397.

² Voir notamment David Kennedy, « Some Reflections on The Role of Sovereignty in the International Order » dans *State Sovereignty: The Challenge of a Changing World : Proceedings of the 1992 Conference of the Canadian Council on International Law*, Ottawa, CCIL/CCDI, 1992, 237.

³ Christoph Schreuer, « The Warning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law? » (1993) 4:1 E.J.I.L. 447; Oscar Schachter, « The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law » (1998) 36 Colum. J. Transnat'l L. 7.

que le projet en creux de la souveraineté et des interrogations qu'elle suscite⁴.

À la question « À quoi sert le droit international? » posée par ce symposium, il s'agit donc de répondre en relativisant la problématique des fins substantives traditionnellement mises en avant par les internationalistes, pour insister sur le rôle du droit international dans l'entretien d'une sorte de constance dogmatique sur la notion de sujet légitime⁵. Pour utiliser les termes employés par Sébastien Jodoin dans un remarquable article du *Leiden Journal of International Law* appliquant l'analyse lévinassienne à la problématique de la souveraineté, le droit international s'intéresse plus à l'ontologie - celle de l'existence de l'État comme fait central du droit international - qu'à l'éthique, la question du rapport à l'autre⁶. D'où peut-être sa capacité unique et proprement épistémologique à se maintenir contre vents et marrées comme système de pensée dominant, y compris lorsque les évolutions du monde (on pense notamment à la mondialisation) semblent démentir ses postulats fondateurs.

En cela, la discipline juridique internationale participe bien d'un dogme dont une des conséquences est de limiter les possibilités d'imaginer des formes de juridicité autres que celles émanant des États. De plus, on tentera de montrer comment le discours du dépassement de l'État - discours comme consubstantiel au droit international contemporain - est aussi et paradoxalement un discours remarquable de confirmation de sa centralité. Remarquons que cette centralité du sujet d'État est la règle qui ne dit pas son nom, ou très peu, ce qui explique peut-être qu'elle soit parfois tenue pour peu de choses là où elle est absolument essentielle. Aucune règle de droit international à proprement parler ne l'énonce. Elle se construit plutôt d'une part au travers du substrat conceptuel de la discipline, et d'autre part au travers d'une infinité de renvois à partir du droit positif. On dira par exemple « les États parties s'engagent », mais jamais « les États parties sont les seuls à pouvoir s'engager » tant une telle règle est antérieure, implicite et presque indicible.

Cette tension entre la plasticité, le dynamisme et la visibilité des fins du droit international et la relative constance et discrétion de son attachement à une vision monopolistique de la notion de sujet en est une de ses caractéristiques les plus durables. On tentera donc de mettre en lumière ici ce que l'on se propose de décrire comme *l'étatisme spécifique* du droit international, c'est-à-dire un étatisme qui est bien produit par le droit international, bien plus qu'il n'est subi par lui, et de ce fait beaucoup plus difficile tant à analyser qu'à transcender. On l'envisagera ici tel qu'il s'exprime à trois niveaux : celui du monopole de la violence légitime internationale (I), celui du monopole de la « gouvernance » légitime du droit international (II), et enfin celui du monopole du projet réformiste international (III).

⁴ Gerry Simpson, « The Guises of Sovereignty » dans Trudy Jacobsen, Charles J.G. Sampford et Ramesh C. Thakur, dir., *Re-envisioning Sovereignty: the End of Westphalia?*, Burlington, Ashgate Publishing, 2008.

⁵ La notion de sujet en droit international est bien sûr une question classique, qui relève la plupart du temps d'analyses doctrinales susceptibles de réponses doctrinales. On l'entendra plutôt ici comme une partie intégrante du projet idéologique du droit international, le sujet étant bien plus « produit » par le discours juridique qu'il n'est posé par lui ou ne lui préexiste.

⁶ Sébastien Jodoin, « International Law and Alterity: The State and the Other » (2008) 21:1 *Leiden J. Int'l L.* 1 [Jodoin].

I. Le souci ontologique : monopole de la violence internationale légitime

La centralité de l'État au droit international se lit peut être avant tout par le rôle central qu'y occupe la question de la violence. C'est celle-ci qui donne *in fine* son caractère profondément étatique au droit international, en faisant du souverain le dispensateur ultime de toute force dans l'ordre international. Certes, le droit international se donne explicitement avant tout le rôle de limiter cette violence, mais la réalité est bien plus complexe et l'on pourrait dire que le droit international a aussi et surtout pour rôle de la légitimer lorsqu'elle est le fait de l'État (A), et de la rejeter lorsqu'elle est le fait d'acteurs non-étatiques (B).

A. Centralité de la violence légitime étatique

Le droit international a un rôle dans la construction *interne* de l'État comme détenteur du monopole de la violence légitime. L'État est reconnu précisément car il est en mesure d'exercer celle-ci sur son territoire de manière incontestable. Un État incapable de monopoliser en ses mains le monopole de la violence n'en est à la limite pas un. Toutes les théories de la reconnaissance de l'État, par l'accent mis sur l'effectivité du contrôle du territoire, renforcent l'idée que la force légitime est au cœur de ce qui fait l'État (la légitimité s'entend ici la plupart du temps d'une légitimité de fait, socio-légale, plus que normative). En outre, on assiste à l'époque contemporaine à toute une discipline internationale de la reconstruction de l'État, fortement axée sur la consolidation ou la reconsolidation du monopole de la violence légitime⁷. Il y aurait beaucoup à dire sur la manière dont la consolidation *interne* du monopole de la violence légitime doit beaucoup à son cadre international. On s'intéressera cependant surtout ici à la manière dont le projet international insiste sur la légitimité du recours à la force des États sur la scène internationale, c'est-à-dire dans une dimension externe.

L'importance du monopole de la violence étatique pour le droit international se lit peut-être avant tout au travers des règles du *jus ad bellum*. Le *jus ad bellum* est censé marquer une des grandes zones de progrès du droit international. Il s'agit en effet de « civiliser » le recours à la force par les États, par exemple afin que celle-ci ne puisse être utilisée qu'en légitime défense ou suite à une action autorisée par le Conseil de sécurité. L'adoption graduelle d'un régime de l'agression internationale consacre les limites d'un recours à la force qui se ferait dans l'impunité. Ce régime a

⁷ James D. Fearon et David D. Laitin, « Neotrusteeship and the Problem of Weak States » (2004) 28:4 *International Security* 5. Bien entendu, il peut s'agir de reconstruire des États forts... mais point trop, tant la logique de reconstruction de l'État est aussi liée à des logiques néo-impérialistes. David C. Chandler, *Empire in Denial: The Politics of State-Building*, Londres, Pluto Press, 2006. Nonobstant, on voit bien qu'à la limite un État très faible (et donc incapable de « tenir » son territoire ou sa population) est aujourd'hui perçu comme une plus grande menace pour la sécurité et l'ordre internationaux qu'un État fort, qui a le mérite d'une certaine prévisibilité et susceptibilité aux calculs d'intérêt national. Charles T. Call et Vanessa Wyeth, dir., *Building States to Build Peace*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2008.

incontestablement ses forces et, par la promesse qu'il réalise d'un ordre international pacifié, s'inscrit dans la meilleure tradition internationaliste. Cependant, il aboutit également à une réelle réification de l'idée selon laquelle, quoiqu'il en soit, *seuls les États* sont habilités internationalement à utiliser la force. Un non-dit particulièrement évident de toutes les tentatives de restreindre le recours à la force par les souverains, en effet, est que s'il existe malgré tout des cas de figure de recours licite à la force, ce sont uniquement les États qui peuvent s'en prévaloir⁸.

Inversement, il n'est sans doute pas plus grand crime pour l'État, dans une perspective classique que de se laisser déposséder de son monopole de la violence légitime par des acteurs non-étatiques, comme ce fut le cas de l'Afghanistan des Talibans ou aujourd'hui de la Somalie des pirates, ou encore de tel ou tel État ayant permis à certains de ses ressortissants de s'en prendre à des intérêts étrangers⁹. À tout le moins, le droit international organise de plus en plus une responsabilité internationale de l'État pour les actes violents commis par des individus opérant sous sa compétence et causant un préjudice à d'autres États¹⁰. Même non-étatiques par nature, de tels actes deviennent donc étatiques par le fait qu'ils auraient dû être prévenus par l'État responsable, ou qu'ils ont été implicitement endossés par lui¹¹.

La centralité de l'État correspond opportunément aussi, il faut le dire, à une exigence propre au système international lui-même, lequel cherche par ce biais historiquement à jeter les fondements d'un ordre public global, au sein duquel le problème de la violence n'est certes pas résolu mais peut être ramené à des proportions gérables (en cela, le droit international est bien une ébauche de solution à un problème qui n'existerait pas – du moins en ces termes – si le droit international lui-même n'existait pas). Le *Traité de paix (Traité de Westphalie)*¹² est, fondamentalement, une condamnation de la violence de la guerre de Trente Ans, notamment telle qu'elle résulta d'une trop grande dispersion de l'administration de la violence et des luttes fratricides qui en découlèrent. L'insécurité endémique et la guerre privatisée caractéristiques du Moyen-Âge sont remplacées par la seule guerre légitime, celle des États entre eux. Les populations gagneraient au change, troquant l'effroyable violence des guerres de religion contre une relative sécurité intérieure désormais assurée par les souverains. Et ce même au risque de véritables « guerres », dont on verra seulement bien longtemps par la suite que c'était sans doute une chimère que de penser qu'elles fussent plus inoffensives que la guerre de Trente Ans¹³. En attendant, cependant, le droit international renforce sa légitimité et donc

⁸ Comme le souligne Herz, la sécurité collective n'est pas « *the extreme opposite of power politics, but [...] an attempt to maintain, and render more secure, the impermeability of what (are) still territorial states* ». John H. Herz, « Rise and Demise of the Territorial State » (1957) 9:4 World Politics 473 à la p. 484 [Herz].

⁹ On pense ici notamment aux attaques d'ambassades par des acteurs non-étatiques, qu'elles correspondent d'ailleurs à une incapacité ou un manque de volonté d'exercer sa compétence pénale.

¹⁰ Henry C. Burmester, « The Recruitment and Use of Mercenaries in Armed Conflicts » (1978) 72 Am. J. Int'l L. 37 aux pp. 44-47.

¹¹ Wolfgang Friedmann, « The Growth of State Control over the Individual, and Its Effect upon the Rules of International State Responsibility » (1938) 19 Brit. Y.B. Int'l L. 118; Derek Jinks, « State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups » (2003) 4 Chicago J. Int'l L. 83.

¹² *Traité de paix (Traité de Westphalie)*, 24 octobre 1648, Heisse, Histoire de l'Empire, T. v à la p. 118.

¹³ Herz, *supra* note 8.

celle des États en présentant le monopole de la violence étatique comme un procédé fondamentalement pacificateur.

En outre, l'État centralisé et détenant le monopole de la force légitime est présenté comme un modèle de « bon citoyen » international, rouage essentiel dans le maintien de l'ordre, voire de l'aspiration à une certaine justice. Il devra et saura, par exemple, prévenir l'utilisation de son territoire par des acteurs privés de la violence (crime organisé et terroristes) lesquels font peser une grande menace sur la sécurité de l'ensemble des États; il sera capable d'assurer la protection des étrangers, de leurs investissements et de leurs ambassades; il saura mettre en œuvre ses obligations internationales, y compris financières¹⁴, grâce à un appareil gouvernemental solide capable d'extraire la ponction fiscale; il pourra punir - prérogative souveraine s'il en est - ceux coupables d'attenter à l'ordre international (pirates, terroristes et autres preneurs d'ambassades); il pourra, le cas échéant, endosser une responsabilité internationale qui n'a de sens qu'à partir du moment où un réel contrôle s'exerce non seulement sur ses agents mais aussi sur sa population; il pourra, enfin, mettre ses forces au service d'une éventuelle cause internationale (maintien de la paix, etc). Chaque État est ainsi en mesure de contribuer sa part au maintien d'un ordre public collectif¹⁵. La violence de l'État s'avère donc un rouage essentiel de l'ordre international. Elle confère aux États un pouvoir sans pareil sur la scène internationale.

B. Exclusion de la violence non-étatique

Une des conséquences les plus évidentes de la reconnaissance par le droit international du monopole de la violence légitime de l'État est donc l'illégitimité du recours à la force par tout autre acteur que celui-ci. Ce tabou de la violence non-étatique touche d'abord les acteurs entièrement privés : bandits de grand chemin, seigneurs ou sectes rétifs à l'autorité centrale, ou encore pirates, etc. C'est à ces acteurs privés de la violence que le droit international réserve ses plus sévères stigmates lorsqu'ils ont le malheur de s'illustrer dans des zones particulièrement

¹⁴ On remarquera que le développement du système financier international et l'ampleur des dettes souveraines impliquent un État qui puisse, afin de pouvoir faire face à ses créanciers et dès lors qu'il ne s'agit plus, comme dans le passé, de simplement faire tonner la canonniers, bénéficier d'un monopole effectif lui permettant d'extraire l'impôt de sa population afin de satisfaire à ses obligations. Il est donc beaucoup question, à propos de la situation financière difficile que traverse la Grèce à l'heure actuelle, de la faiblesse de son gouvernement et de son incapacité à faire respecter ses lois justement en ce qu'elle frustrer les créanciers internationaux.

¹⁵ C'est notamment Gregory Fox qui a défendu cette thèse, remarquant que le droit international dépend pour sa mise en œuvre d'États forts et allant jusqu'à en appeler à un droit international du renforcement de l'État : « *the coherent and efficient functioning of national governing institutions has become a central concern of international law. Treaty norms, and a broad body of State practice, are now directed at strengthening States' capacities to function as cohesive and robust political communities. Far from marginalizing States, the objective is to produce States that are more than juridical constructs or mere territorial enclosures with the bare bones of a collective identity. Rather the goal is to create State institutions that are perceived as legitimate and, as such, conducive to their citizens' obedience. These institutions will allow States to be more effective participants in the international legal community, strengthening their ability to implement treaty obligations* ». Gregory H. Fox, « Strengthening the State » (1999) 7:1 *Ind. J. Global Legal Stud.* 35 à la p. 39.

sensibles pour le système international. Le pirate, par exemple, est bien *hostis humanis generis*, un ennemi du genre humain, ce qui serait une bien bizarre hyperbole sauf à la comprendre comme se référant moins au caractère nécessairement barbare des actes de piraterie, qu'au fait que les pirates sont les ennemis *des États*. Les souverains, en obtenant le droit de les juger au titre de la compétence universelle, participent indépendamment et collectivement d'une fonction internationale de protection du monopole étatique de la violence légitime sur la haute mer. Le tabou contre la violence non-étatique est tel qu'on reprochera par exemple aux États-Unis de s'être égarés en ayant déclaré après le 11 septembre une « guerre contre le terrorisme » qui, si elle permettait mentalement la mise en place de moyens politiques et militaires considérables, avait aussi pour effet de paradoxalement rehausser le statut des terroristes au niveau de protagonistes à part égale à un conflit armé¹⁶!

On remarquera que le label de pirate aura été historiquement utilisé pour délégitimer des acteurs dont l'usage de la violence pouvait parfois se prévaloir d'une certaine légitimité politique, par exemple contre l'impérialisme des grandes puissances. Plus près de nous, c'est une utilisation extensive du label de « terrorisme » (y compris au-delà d'hypothèses où des acteurs non-étatiques commettent l'équivalent de violations du droit international humanitaire), ou une condamnation sans appel des mercenaires ou compagnies de sécurité, qui consacrent un considérable effort *a priori* contre la violence privée. Dans ce contexte, même si la violence non-étatique est exceptionnellement reconnue comme légitime, c'est uniquement parce qu'elle a vocation à se couler *in fine* dans les catégories du droit international public puisqu'elle aspire à un État. C'est le cas par exemple des mouvements de libération nationale ou de certains mouvements rebelles visant au renversement d'un gouvernement et disposant d'un surcroît de légitimité par rapport à d'autres groupes, précisément car ils s'inscrivent dans l'ombre de la souveraineté.

Contrepartie de l'étatisme du *jus ad bellum* précédemment invoqué, il n'existe pas, du moins dans une démarche classique, de « *jus ad bellum* des acteurs non-étatiques » tel que ceux-ci pourraient par exemple se prévaloir de la légitime défense pour répondre à certaines agressions¹⁷. La *Charte des Nations Unies*¹⁸, en tant qu'instrument faisant autorité comme régime global du recours à la force, n'émet à aucun moment l'hypothèse que celui-ci puisse être le fait légitime d'autres acteurs. Le *Traité de mise hors la loi de la guerre*¹⁹ (*Pacte Briand Kellog*) sur le renoncement du recours à la force dans les relations internationales ne faisait quant à lui mention que

¹⁶ Mary Ellen O'Connell, « Enhancing the Status of Non-State Actors through a Global War on Terror » (2004) 43 Colum. J. Transnat'l L. 435. La critique est, assurément, plutôt subtile. Il n'en demeure pas moins que l'élévation des terroristes au rang de partie à un conflit armé avec les États Unis fut toute relative. Elle n'aboutit pas pour autant à ce que ceux-ci se voient reconnaître la qualité de combattants ou le statut de prisonniers de guerre une fois capturés. Néanmoins l'article de O'Connell souligne l'idée que les États devraient faire attention aux gestes symboliques qui, même si c'est pour mieux les combattre, agrandissent formellement le statut des acteurs non-étatiques.

¹⁷ On a néanmoins souligné ailleurs que certaines « causes » bénéficient d'un préjugé plus favorable lorsqu'elles sont défendues, y compris violemment, par des acteurs non-étatiques. Frédéric Mégret, « Causes Worth Fighting For : Is There a Non-State Jus Ad Bellum? » dans Aristotle Constantinides et Nikos Zaikos, dir., *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

¹⁸ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can 1945 n° 7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

d'un renoncement *par les États*. Quant au jugement de Nuremberg²⁰, s'il condamne des individus pour crime d'agression, c'est uniquement de manière en quelque sorte dérivative et parce que l'État au sein duquel ils s'inséraient étaient lui-même coupable d'une telle violation du droit international. À ce titre, le droit international est bien ce système juridique qui, dans ses grandes lignes, s'empêche de penser réellement la question de la légalité d'une violence autre que celle de l'État.

Il est à noter que le droit international s'en prend également aux pratiques des États ayant consisté de temps à autres à confier des missions de violence publique à des acteurs non-étatiques. Longtemps en effet c'est l'État lui-même qui avait volontiers délégué l'usage de la force à des acteurs privés, véritables entrepreneurs de la violence internationale, qu'il s'agisse de mercenaires ou de corsaires ou de divers aventuriers de la colonisation. Cette habilitation toute partielle à utiliser la violence au nom des souverains (mais en laissant tout de même une assez large marge de manœuvre aux acteurs non-étatiques), sera remise en cause dans son principe par l'ambition croissante des États de concentrer tout usage de la force en leurs mains et de s'assurer que d'autres feront de même. L'abolition des lettres de marque par le *Traité de Paris*²¹ en 1856, par exemple, consacre la volonté des États de se passer de ces troupes maritimes supplétives, utiles certes, mais susceptibles de fondamentalement brouiller les cartes du jeu interétatique. De même la « normalisation » de la Compagnie des Indes sonne le glas d'une époque qui avait vu la Couronne britannique s'accommoder de ce que l'entreprise coloniale fut sous-traitée à un conglomérat capitaliste, mais pour qui l'appropriation des territoires des Indes devait désormais relever de la seule puissance publique. Enfin, la grande tolérance dont firent l'objet les mercenaires à travers l'histoire du droit international, se tarit petit à petit via le renforcement légal du monopole des allégeances, les citoyens se voyant de plus en plus interdire d'offrir leurs services militaires à d'autres souverains. La condamnation graduelle du mercenariat scelle enfin l'idée que la guerre est une chose trop sérieuse pour être confiée à des acteurs dont les allégeances sont douteuses, la discipline difficile à contrôler, et les pratiques parfois à la limite de la légalité humanitaire.

¹⁹ *Traité de mise hors la loi de la guerre*, Paris et États-Unis, 27 août 1928, S.D.N, vol. 94 à la p. 47 (entrée en vigueur : 6 avril 1929).

²⁰ *Avalon Project* - The International Military Tribunal for Germany, *Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, 2008, en ligne : Yale Law School, Lillian Goldman Law Library <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp>.

²¹ Suite notamment au dévoilement de l'institution et l'apparition de corsaires « *freelance* » obtenant des lettres de marque du plus offrant, en violation d'un devoir d'allégeance à un souverain unique perçu comme de plus en plus crucial aux États. *Traité de paix signé à Paris avec les conventions qui en font partie, les protocoles de la conférence et la déclaration sur les droits maritimes en temps en guerre*, Sardaigne, Autriche, France, Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, Prusse, Russie et Turquie, 30 mars 1856, Turin, Imprimerie Royale.

II. Le souci systémique : monopole de la gouvernance juridique internationale

À la construction de l'État comme forme privilégiée d'organisation du territoire et fondement de l'organisation internationale, il faut ajouter le monopole que les États se voient reconnaître sur ce que l'on pourrait appeler, pour utiliser à dessein un terme qui est étranger au vocabulaire doctrinal classique, la « gouvernance » du droit international, et inversement la manière dont le droit international verrouille cette gouvernance au profit des États. De toute évidence, cette mainmise sur les destinées du droit international va de pair avec une volonté par ailleurs de dépasser l'étatisme substantif du droit international, qui peut faire temporairement oublier sa centralité, comme on le verra plus loin. Mais on assiste bien à un contraste permanent entre par exemple l'importance croissante des nouveaux « horizons » du droit international (droits de l'homme, droit de l'environnement, par exemple), et la continuité du contrôle qu'exerce l'État sur toutes les fonctions essentielles de la communauté internationale. En ce sens, le système juridique international est bien un système qui, quelles que soient ses allées et venues substantives, s'assure plus largement que les États conservent le monopole de la qualité de sujet (A), là où la prise en compte des acteurs non-étatiques relève un caractère très ambigu (B).

A. Monopole de la qualité de sujet

On peut ici raisonner en termes de grandes « fonctions » du système international. La fonction législative internationale, pour commencer, est censée participer de l'approfondissement du lien social international en permettant notamment aux États de limiter volontairement leur souveraineté. À ce titre, elle est manifestement un progrès par rapport à un droit international qui serait purement contractualiste. En même temps, cette fonction est largement monopolisée par les États. Le meilleur exemple en est le droit des traités, droit des accords internationaux et donc de la possibilité de limitations librement consenties à la souveraineté, mais aussi par là même de renforcement de cette souveraineté. La *Convention de Vienne sur le droit des traités*²² n'a en définitive même pas besoin de le dire, puisqu'un traité dans sa définition même est une convention entre États. Seuls les souverains peuvent formellement peser sur l'avenir du droit international.

Certes, il est beaucoup question du pouvoir d'influence de la société civile internationale dans certains forums internationaux. Un auteur tel que Serge Sur n'allait-il pas jusqu'à ironiser sur la Cour pénale internationale (CPI), traité conclu « entre » la société civile internationale et le Conseil de sécurité²³? Mais on oublie parfois de souligner à quel point ce pouvoir s'exerce, obsessionnellement même, en direction de l'État, qu'il s'agisse de pratiquer un « entrisme » au sein de délégations

²² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

²³ Serge Sur, « Vers une Cour pénale internationale: la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité » (1999) 103:1 R.G.D.I.P.29. On demeure cependant là, il est vrai dans le domaine d'une sorte de légitimité internationale plus que dans celle du droit international *stricto sensu*.

gouvernementales plus ou moins poreuses en amont, ou de faire pression sur l'État pour qu'il ratifie un accord, en aval. Pour la « société civile internationale », souvent très paradoxalement marquée par une vision étatiste du monde, c'est avant tout par la civilisation des États et l'adoucissement de leurs mœurs – et non par la construction d'un univers juridique non-étatique alternatif - que passe le salut international.

En tout état de cause, il demeure clair que les acteurs non-étatiques souhaitant adhérer à des traités internationaux ne peuvent le faire, quand bien même cela pourrait avoir certains des effets bénéfiques qu'escompte le droit international. Un exemple intéressant est fourni par la tentative faite par certains acteurs non-étatiques de la violence d'accéder aux *Conventions de Genève*²⁴. Il s'agit là sans aucun doute d'une aspiration qui dans son principe est *a priori* légitime, et dont on pourrait attendre beaucoup en termes de régulation de la violence armée. Pourtant lorsque l'Organisation de libération de la Palestine (OLP) tente dans les années 70 d'accéder aux *Conventions de Genève*, elle se voit opposer une fin de non-recevoir (polie, comme il se doit) par le Comité International de la Croix Rouge (CICR), lequel met en avant le fait que seuls les États peuvent adhérer à un traité²⁵. En d'autres termes, on est ici dans un cas particulièrement clair où l'attachement du droit international à sa doctrine des sujets est manifestement plus forte que son aspiration à atteindre un projet substantif positif et pourtant proclamé comme prioritaire²⁶. Les acteurs non-étatiques sont encore bien loin d'être passés du statut de « *law takers* » à celui de « *law makers* » comme l'annonçait peut être un peu imprudemment un ouvrage récent²⁷.

La fonction juridictionnelle internationale quant à elle est auréolée de son rôle dans le règlement des différends, et continue de compter pour beaucoup dans l'imaginaire d'un ordre international fondé sur le droit. Elle est cependant aussi fondamentalement cadencée par les États, quand bien même les juridictions

²⁴ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [*Conventions de Genève*].

²⁵ Antonio Cassese, « Wars of National Liberation and Humanitarian Law » dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge - en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984 à la p. 313.

²⁶ Aujourd'hui, l'accession des acteurs non-étatiques de la violence à des engagements humanitaires (et peut-être demain à d'autres normes) se fait par le truchement de pirouettes juridiques telles que celles incarnées par « l'appel de Genève » qui, pour innovantes qu'elles soient, laissent transparaître de fortes limitations. D'autres exemples existent où les acteurs non-étatiques souscrivent informellement à des obligations internationales, auquel le droit international ne leur permet pas d'être liés formellement. On pense notamment aux obligations assumées par l'ONU en matière de droit international humanitaire ou par les entreprises multinationales en matière de droits humains. Ces formes d'accession nouvelles par les acteurs non-étatiques opèrent cependant tout à fait en marge de la légalité internationale, dans le cadre d'une *soft law* qui, si elle s'inspire des principes retenus par les États, ne saurait prétendre à la même autorité.

²⁷ Math Noortmann et Cedric Ryngaert, dir., *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, Burlington (VT), Ashgate Publishing, 2010. Les auteurs s'interrogent d'ailleurs eux-mêmes dans leur conclusion de savoir s'il s'agit là de la bonne question.

internationales s'aventureraient de plus en plus au-delà de thèmes strictement interétatiques. En termes de règles de fond, la centralité et l'exclusivité de la notion de responsabilité internationale désignent systématiquement l'État comme l'acteur « responsable » (au sens anglais de « *in charge* » et non pas seulement « *liable* »). Au niveau procédural, il n'est sans doute pas besoin de rappeler ici que seuls les États sont habilités à ester en justice devant les juridictions internationales. Les cours internationales en matière de droits de l'homme font figure d'exception notable, mais le droit de pétition dans ce cas est un droit dérivé et non un plein droit, qui découle du consentement de l'État et demeure relativement exceptionnel car circonscrit à certains ensembles régionaux. En outre, cette exception se comprend dans la limite où il s'agit là d'une branche du droit international spécifiquement tournée vers les droits des individus, et dont la prétention à leur conférer des droits juridictionnels, est de ce fait particulièrement forte. Quant aux tentatives d'accorder une voix aux individus devant certaines juridictions internationales plus généralistes dont la Cour internationale de justice (CIJ), thème ancien et régulièrement débattu, elles demeurent au stade vague de projet, à forte connotation instrumentale²⁸.

Notons que l'interdit fait aux individus d'ester en justice internationalement ou même seulement de se joindre à des causes existantes persiste y compris lorsque les questions en jeu sont d'une sorte qui intéressent éminemment ces mêmes individus et où leur opinion, sans même parler de leur participation, pourrait éminemment enrichir le débat. Par exemple, nul besoin de souligner que la Cour internationale de justice n'a pas plus entendu d'opinions d'acteurs non-étatiques à l'occasion d'affaires mettant en jeu les droits humains ou le droit à l'autodétermination, que cela n'a été le cas à l'occasion d'affaires plus classiquement interétatiques. Les *Affaires Avena* et *LaGrand*²⁹ par exemple, où il était indirectement question de la peine de mort aux États-Unis, se traitèrent entièrement entre États concernés. Robert Howse et Ruti Teitel soulignaient récemment ce problème suite à l'avis consultatif sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*³⁰, au sujet duquel les principaux intéressés n'avaient pas de locus standi³¹. On ne peut s'empêcher de penser que l'avis de la CIJ qui en découla, auquel on a pu reprocher de largement éluder la question pressante de l'autodétermination, le faisait aussi car la CIJ n'avait à aucun moment été confrontée à ceux qui eussent été ses plus éloquents porte-paroles.

Enfin, il va presque de soi que les États ont le monopole de la fonction « exécutive » en droit international, qu'il s'agisse de mettre en œuvre les obligations internationales ou de participer à des organes décisionnels internationaux. Les acteurs non-étatiques n'ont que très peu de rôles formels dans la mise en œuvre du droit international. Ce serait de leur part s'arroger un rôle d'exécution dont ils ne sauraient

²⁸ Andrea Kupfer Schneider, « Democracy and Dispute Resolution: Individual Rights in International Trade Organizations » (1998) 19:2 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 587.

²⁹ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, [2004] C.I.J. rec. 12; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, [2001] C.I.J. rec. 466.

³⁰ *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif, 2010, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15988.pdf>>.

³¹ Robert Howse et Ruti Teitel, « Are We Really Secessionists Now? » (26 juillet 2010), en ligne : Project Syndicate <<http://www.project-syndicate.org/commentary/rteitel5/English>>.

se prévaloir et qui relève des seuls États dans le cadre d'un « *self-help* » plus ou moins juridicisé. L'on convoquera tel ou tel acteur non-étatique devant le Conseil de sécurité pour entendre son point de vue, l'on sommara tel autre de se plier à des contre-mesures, embargos ou représailles, ou l'on utilisera peut-être tel autre comme intermédiaire dans de délicates négociations diplomatiques, mais à aucun moment il ne s'agit pour les acteurs non-étatiques d'avoir un rôle décisif formellement. Au mieux la fonction exécutive est déléguée à des organes supranationaux, au pire elle demeure exclusivement dans les mains des États.

B. Caractère ambigu de la prise en compte des acteurs non-étatiques

Entendons-nous bien : le droit international bruit plus que jamais de rumeurs sur l'importance des acteurs non-étatiques : groupes armés, multinationales, société civile, la scène juridique internationale est largement parcourue par des rationalités non-étatiques³², que l'on présente sans doute justement comme susceptibles d'un impact sensible sur le droit international³³. Ce n'est pas la place ici d'étudier en détail la place que prennent ces acteurs dans l'environnement international. On se bornera néanmoins à souligner quelques aspects parfois un peu vite oubliés qui montrent comment les pas franchis en direction d'une reconnaissance des acteurs non-étatiques demeurent malgré tout très limités et même contradictoires, au-delà peut-être du frisson et de l'engouement de la nouveauté.

Premièrement, relevons que la réflexion sur « l'autre » non-étatique est aussi ancienne que le droit international, au point qu'on puisse dire qu'elle lui est consubstantielle. Une relecture attentive du *Traité de Westphalie* révélera par exemple qu'il y est question, à côté certes de la consécration de la place de l'État montant, du statut et des obligations d'une multitude d'entités que l'on ne saurait décrire comme non-étatiques. En réalité, on peut se demander si ce rapport à l'altérité non-étatique n'était pas tout aussi constitutif et renforçant de l'identité étatique que l'affirmation brute et, pour ainsi dire, un peu vaine, de celle-ci. Anthony Anghie a bien montré comment la souveraineté avait été irriguée à ses débuts (et encore aujourd'hui) d'un contraste entre l'État européen et le monde non-étatique non-européen³⁴. Or à côté de ce rapport identitaire horizontal et exogène, il existe au sein même du monde européen qui accoucha du droit international un rapport vertical et endogène aux acteurs non-étatiques de la modernité européenne naissante : petits seigneurs, ordres religieux ou chevaleresques, confréries, aventuriers, grands banquiers et entrepreneurs, etc. La mise en exergue constante de ce qui sépare ces acteurs des

³² Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006. On se concentrera ici uniquement sur les acteurs réellement non-étatiques, c'est-à-dire le plus souvent infra-étatiques plutôt que les acteurs supra-étatiques de type organisation internationale, lesquels demeurent fortement ancrés dans et redevables au monde étatique.

³³ Voir par exemple, parmi une très abondante littérature, Jessica T. Mathews, « Power Shift » (1997) 76:1 *Foreign Affairs* 50; Richard A. Higgott, Geoffrey R. D. Underhill et Andreas Bieler, *Non-State Actors and Authority in the Global System*, Londres, Routledge, 2000.

³⁴ Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

véritables sujets du droit international (absence de territoire ou de contrôle exclusif, de population, etc.) participe incontestablement de la genèse du droit international³⁵. On pense par exemple au rapport à la piraterie, qui voit les États s'arroger une liberté de circulation et un libre passage maritimes contre des acteurs perçus comme intrinsèquement illégitimes.

Deuxièmement, le « non-étatisme » comme phénomène n'est souvent entrevu que comme une question intéressant le droit international que dans la mesure où il crée des problématiques entrant dans ses catégories d'intelligibilité. On s'intéressera, par exemple, aux conditions d'attribution des actes des acteurs non-étatiques aux États, plutôt qu'à développer les contours d'une responsabilité des acteurs non-étatiques eux-mêmes... ce qui n'est en fin de compte qu'une manière de ramener tout à l'État. Ainsi pour autant d'auteurs qui tentent de cerner la question de la responsabilité des corporations en droit international, plus encore tentent de rattacher celle-ci au tronc de la responsabilité étatique. Si l'on parle de la possibilité que des acteurs non-étatiques violent les droits de l'homme, c'est souvent uniquement à travers le prisme de l'effet horizontal indirect plus qu'un véritable *Drittwirkung*. L'État est dans cette hypothèse responsable des abus commis par des acteurs non-étatiques qu'il n'a pu ou su empêcher³⁶. De même, certains désespèrent des acteurs non-étatiques de la violence dont l'intérêt pour respecter le droit international humanitaire serait d'emblée inexistant, et voient dans la responsabilité de l'État la modalité naturelle de régulation de leurs écarts³⁷. Il est jusqu'à certains auteurs qui n'hésitent pas à affirmer que le crime de droit international engageant la responsabilité individuelle n'est en réalité jamais qu'un crime d'État, attribué un peu rapidement à des individus³⁸... et voilà que l'individu se voit retirer, doctrinalement du moins, jusqu'à la capacité à commettre un crime en droit international, son seul et douteux « *claim to fame* ».

Troisièmement, qui dit acteur ne veut pas – surtout pas en droit international – dire sujet, et dans la pratique deux discours cohabitent de manière très sophistiquée sans jamais se rejoindre. Il existe d'une part un discours sur les révolutions de la scène internationale provenant surtout de la littérature en sciences sociales mais dont les internationalistes ne sont pas absents. En effet, les juristes reconnaissent peut être d'autant plus volontiers le rôle croissant des acteurs non-étatiques que celui-ci ne semble pas impliquer de conséquences formelles. Il existe d'autre part un discours d'une grande constance et comme figé dans le temps sur l'ordre formel établi par le

³⁵ Sur cette question plus générale du rapport du droit international à l'altérité, on consultera Jodoin, *supra* note 6.

³⁶ Nicholas Bamforth, « The Application of the Human Rights Act 1998 to Public Authorities and Private Bodies » (1999) 58 Cambridge L.J. 159; Andrew Drzemczewski, « The European Human Rights Convention and Relations Between Private Parties » (1979) 26:02 Nethl. Int'l L. Rev. 163; John H. Knox, « Horizontal Human Rights Law » (2008) 102 Am. J. Int'l L. 1.

³⁷ Comme le souligne Sabel, « *most non-state armed groups, however, do not possess legal personality in international law, have no regard for laws as such and it is therefore irrelevant to talk about their compliance with international law* ». Robbie Sabel, « Weapons to Non-State Armed Groups - Back to Westphalia? » dans Chris Smith, dir., *Engaging Non-State Armed Groups*, Genève, United Nations Institute for Disarmament Research (UNIDIR) (2008).

³⁸ Rafaëlle Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

droit international et son attachement à une « théorie des sujets ». En bref, l'influence réelle voire déterminante des entités non-étatiques est loin de se traduire par une reconnaissance correspondante de leur qualité de sujet, conçue plus comme une propriété formelle du système juridique que comme un brevet de pertinence sociale réelle³⁹.

Quatrièmement, il existe une véritable hiérarchie entre les acteurs non-étatiques tels que reconnus par le droit international. Par exemple, à y regarder de près, on se rend compte que les acteurs les plus susceptibles de se voir reconnaître comme sujets sont aussi ceux qui ressemblent plus à l'État, comme si le droit international peinait à penser la qualité de sujet en dehors des critères du souverain. C'est ainsi que si certains acteurs se sont vus reconnaître un statut assez ample, c'est souvent qu'ils prétendaient tôt ou tard et crédiblement à remplacer le gouvernement d'un État, qu'il s'agisse de mouvements de libération nationale ou même de certains gouvernements rebelles. Ici, la reconnaissance ne fait qu'anticiper légèrement sur la réalité étatique à venir des acteurs en cause. Si l'on évoque parfois la possibilité que les acteurs non-étatiques violent les droits humains, c'est d'ailleurs le plus souvent car ils exercent une influence unique et quasi-exclusive sur certaines populations (cas des groupes armés ou multinationales contrôlant de manière « quasi-souveraine » un territoire)⁴⁰. Les acteurs qui s'éloignent en tous points de manifestations de la puissance étatique sont quant à eux des candidats très improbables à la notion de plein sujet.

Cinquièmement, lorsque la qualité de sujet est reconnue à certains acteurs non-étatiques, c'est souvent moins car ils se comportent réellement comme tels et au nom d'une théorie de ce qu'est un sujet, que parce que dans une perspective instrumentale leur reconnaître cette qualité peut aider à atteindre certains objectifs. En d'autres termes, l'octroi de la qualité de sujet du droit international aux acteurs non-étatiques revêt plus un aspect *fonctionnel* qu'ontologique; ce qui importe est moins de savoir si les acteurs en question se comportent réellement comme sujets (quoique cela puisse vouloir dire) que de savoir ce que l'on pourrait obtenir (d'eux) en les qualifiant comme tels. De fait, un individu ou une multinationale sont bien autant des sujets en termes théoriques, et on voit mal en quoi ils ne pourraient pas devenir des sujets à part entière. Dotés d'une certaine autonomie et volonté, ils sont capables de souscrire et d'assumer des obligations juridiques dans l'ordre interne. L'attribution utilitaire et

³⁹ Par exemple, il est sans doute acquis que les grandes ONG en matière de protection des droits de l'homme ont une influence largement plus décisive sur le sort des droits humains internationalement que moult mécanismes intergouvernementaux, ou trop éthérés ou trop politiques pour être réellement efficaces. Et pourtant très peu de manuels en matière de droits de l'homme leur accorderont une place, comme si la pensée juridique internationale peinait fondamentalement à prendre en compte des phénomènes ne correspondant pas à son paradigme dominant. De même, le fait que le budget de certaines multinationales dépasse largement celui de certains États et que leur impact sur l'environnement, la sécurité, l'économie ou les droits de l'homme soit parfois bien plus significatif ne semble pas à même de reposer la question de leur statut autrement que sur le mode un peu fatigué d'une question doctrinale rabâchée.

⁴⁰ Frédéric Mégret et Florian Hoffmann, « The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities » (2003) 25:2 Hum. Rts. Q. 314; Steven R. Ratner, « Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility » (2001) 111 Yale L.J. 443.

segmentée de la qualité de sujet aboutit à une logique d'inféodation au monde étatique, en créant des sujets partiels, entièrement dépendants du bon (et du mauvais) vouloir étatique⁴¹.

Sixièmement, l'attribution parcellaire de la qualité de sujet⁴² aboutit souvent à un déséquilibre et une asymétrie entre droits, privilèges et obligations, là où ceux des États s'équilibrent dans une parfaite harmonie (chaque État endosse en égale mesure les contraintes et les privilèges d'être souverain). Lorsque les sujets non-étatiques du droit international acquièrent la qualité de sujet, c'est avant tout pour devenir titulaires d'obligations, et souvent du fait d'une vision assez négative de leur rôle⁴³. Subjectiviser c'est aussi, en quelque sorte, assujettir. L'on ne peut pas dire que les acteurs non-étatiques soient « payés en retour » pour leur soumission occasionnelle à certaines obligations internationales. Par exemple, l'obsession est que les acteurs non-étatiques de la violence respectent le droit international humanitaire. Il n'est pas ou peu question en revanche de leur accorder en retour des prérogatives en matière de recours à la violence (le *jus ad bellum* non-étatique précédemment invoqué, par exemple). Un groupe armé non-étatique est obligé de respecter certaines normes humanitaires, mais dans un conflit armé non-international, il ne se verra pas pour autant reconnaître la qualité de combattant, et dans quelque conflit que ce soit, ne sera pas pour autant fondamentalement habilité à recourir à la force. Les multinationales sont de plus en plus obligées de respecter certaines normes internationales, mais cela ne se traduit pas par une plus grande capacité à ester en justice internationalement ou à participer de la gouvernance économique du monde,

⁴¹ Elle n'est en outre sans doute pas vierge d'arrière pensées : la responsabilisation de certains acteurs non-étatiques n'est-elle pas aussi une manière de déresponsabiliser les États? C'est ce qui fait craindre à certains par exemple que les efforts pour imposer des obligations en matière de droits humains aux multinationales n'aboutissent à faire baisser la pression qui devrait peser sur les États en la matière. Songeons aussi à la responsabilité pénale de l'individu en droit international, souvent présentée comme l'aboutissement d'un mouvement de dépassement de l'État car elle permet certes de « percer » le voile de la souveraineté. En réalité, on peut penser que l'État réalise aussi à cette occasion une bien belle opération : n'est-ce pas désormais des individus qui seront à blâmer pour les actes commis par le souverain, individus auxquels on refusera jusqu'à la possibilité d'invoquer le fait qu'ils ne faisaient qu'obéir aux lois et injonctions dudit État?

⁴² On pense par analogie à certaines lois aux États-Unis qui rendent capable un individu de commettre un crime à sa minorité ou de combattre dans l'armée, mais pas, par exemple de voter ou de boire de l'alcool. De même au niveau international, il est difficile d'expliquer comment un individu est suffisamment un sujet pour commettre un crime de droit international ou se faire le défenseur de ses droits en présentant une cause devant une juridiction internationale des droits de la personne, mais ne le serait pas pour toute une série d'autres obligations ou privilèges.

⁴³ Lorsque les acteurs non-étatiques entrent dans le champ de vision du droit international comme sujets, c'est souvent comme sujets néfastes, délinquants, ayant par exemple besoin d'être réprimés ou régulés par les États. Voir Chris Jochnick, « Confronting the Impunity of Non-State Actors : New Fields for the Promotion of Human Rights » (1999) 21:1 Hum. Rts. Q. 56. Le statut de l'individu en droit international en offre ici une illustration éclatante : le premier sujet individuel du droit international ne fut-il pas historiquement, tout auréolé de son infamie, le criminel contre l'humanité? Ainsi, l'attribution de la qualité de sujet à l'individu coïncide-t-elle avec sa disqualification sans appel. De reste, à bien y penser, l'individu est toujours pris au piège : on lui reprochera tantôt de s'être trop éloigné de l'État, d'être « sans foi ni loi » (le pirate), et tantôt d'avoir trop suivi la réalité étatique, de n'avoir point su s'en dégager (le criminel contre l'humanité). C'est seulement tardivement et encore souvent du seul fait de l'initiative des acteurs non-étatiques que s'est entamée une réflexion sur la contribution positive qu'ils pourraient avoir.

etc. L'économie générale de la reconnaissance des acteurs non-étatiques aboutit en définitive à un bilan dont le solde est nettement négatif.

III. Le souci substantif : monopole du projet réformiste international

Le rôle de rappel de la centralité de l'État va au-delà de ce substrat fonctionnel et touche également les règles substantives du droit international. Dans le système juridique international, en effet, chaque règle substantive prétendant transcender, encadrer ou civiliser le souverain est aussi une règle qui rappelle et renforce sa centralité, ne serait-ce que parce que cette règle ne peut totalement s'affranchir de ce qu'elle lui doit sa validité. Cela est peut-être tout particulièrement vrai de ces règles qui prétendent le plus dépasser le fait souverain au nom de considérations humanitaires et qui, souvent paradoxalement, en viennent à l'entériner toujours plus avant. On donnera ici quatre illustrations de cette intuition, chacune renvoyant à une facette de l'exclusivisme étatique : le droit international humanitaire qui renforce le monopole étatique de la violence légitime (A); le droit international des réfugiés et des migrations qui consacre le monopole des États sur la mobilité des peuples (B); le droit international des minorités et de l'autodétermination qui entérine le monopole des États sur la constitution de collectivités politiques (C); et, enfin, le droit international des droits de l'homme qui installe l'État comme seul garant du salut des individus (D).

A. Droit international humanitaire

Le droit international humanitaire se présente comme avant tout un droit de limitation de la manière dont la force armée peut être utilisée. Il est éminemment un droit qui se veut une entreprise de pacification des États par une régulation invoquant volontiers des considérations d'humanité. En même temps, le droit de la guerre est plus généralement complice du préjugé du droit international en faveur d'un recours légitime à la violence réduit aux seuls États. Ceci est en partie implicite : les États sont formellement les seuls sujets des obligations humanitaires, telles que contenues par exemple dans les *Conventions de Genève*⁴⁴. Mais cela ressort également d'un certain nombre de stipulations implicites et notamment le fait qu'un grand nombre d'obligations humanitaires ne peuvent être remplies que par des États. Par exemple, l'obligation de poursuivre les personnes s'étant rendues coupables de crimes de guerre requiert une organisation juridictionnelle et une capacité de police qui sont manifestement des caractéristiques souveraines. L'étatisme inhérent au droit international humanitaire ressort enfin également d'un certain discours plus idéologique. Le droit international tend en effet à générer un portrait peu flatteur des acteurs non-étatiques de la violence perçus, qu'ils soient mouvements rebelles ou compagnies militaires de sécurité, comme intrinsèquement plus tournés vers la

⁴⁴ Frédéric Mégret, « Jus In Bello as Jus Ad Bellum » (2006) 100 *Am. Soc. Int'l L. Proc.* 121.

violence criminelle, précisément du fait de leur caractère moins public. C'est donc que le monopole de la violence légitime de l'État se trouve encore renforcé : non content d'être légitime car effectif internationalement, il se trouve sur-légitimé car plus propice aux menées humanitaires⁴⁵.

Dès lors, si les acteurs non-étatiques violents se voient à l'occasion reconnaître la qualité de sujet, c'est largement grâce à leur capacité à émuler l'État (commandement, uniforme, discipline, contrôle d'un territoire), présentée comme une sorte de garantie minimale de bon comportement. Inversement, c'est le fait de ne pouvoir assumer certaines de prérogatives de l'État (par exemple l'absence de juridiction susceptibles d'entamer des poursuites judiciaires pour crimes de guerre) qui fit que l'Organisation des Nations Unies (ONU) se considéra longtemps non-liée par les *Conventions de Genève* et que l'on hésite à prendre au sérieux comme acteurs humanitaires certains mouvements rebelles. Il existe à ce propos une considérable asymétrie qui est rarement soulignée : les acteurs non-étatiques ne deviennent participants à la violence semi-légitimes (c'est à dire au plan du droit humanitaire uniquement) qu'au prix d'un sursaut de conformité avec le droit humanitaire (une des exigences du *Protocole I*⁴⁶ est notamment qu'ils soient en mesure de le respecter), là où les agents étatiques auront toujours *ipso facto* le statut de combattant, même lorsque leur État est engagé dans une politique systématique de violation des règles les plus élémentaires d'humanité⁴⁷. Où l'on voit le droit international manifester un coupable attachement à la forme souveraine, au moment même où il prétend s'en détacher...

En outre, et de manière plus profonde le droit international humanitaire s'inscrit dans une matrice qui, tout en rendant certains types de violence illégaux, le fait au prix d'une formidable concession à la réalité du monde étatique : l'idée que la guerre entre États est la forme archétypique de la violence internationale légitime⁴⁸.

⁴⁵ Ce qui est bien sûr une grossière généralisation qui révèle plus un préjugé en faveur de la chose publique que d'une analyse des faits. Lorsque l'on songe à la « performance » des États dans la guerre au cours du XX^{ème} siècle, supposer qu'ils sont nécessairement plus susceptibles de respecter le droit de la guerre, est un formidable raccourci. Ce qui ne veut pas dire pour autant que les acteurs non-étatiques de la violence soient quant à eux par définition irréprochables. On remarquera juste que ce genre de diagnostic mériterait d'être fait au cas par cas, et qu'il a en tout état de cause existé des acteurs de la violence non-étatiques au moins aussi vertueux que les États. Sur les discours de disqualification de la violence non-étatique par le droit international plus généralement, voir Frédéric Mégret, « Grandeur et déclin de l'idée de résistance à l'occupation : à propos des 'insurgés' » (2008) 41:1-2 Rev. B.D.I. 382.

⁴⁶ *Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978), en ligne : CICR <<http://www.icrc.org/fre/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>.

⁴⁷ Ainsi, le dernier des fantassins de la *Wermacht* sur le front de l'Est sera toujours considéré comme un combattant légitime quand bien même il se serait livré aux pires atrocités (et pourrait être malgré tout jugé comme criminel de guerre), tandis que le membre d'un mouvement de résistance à une occupation illégale ou à une domination coloniale qui aurait le malheur de commettre quelques violations du droit humanitaire donnerait de très bons arguments à l'État pour lui dénier le statut de combattant...

⁴⁸ D'ailleurs, on peut se demander si l'humanitarisme lui-même en tant que projet de modération de la guerre n'a de sens autrement que dans un monde d'État. C'est en effet justement parce que la guerre oppose nécessairement en droit international des souverains, qu'elle laisse une place pour les considérations d'humanité. On pense par exemple à l'idée rousseauiste que la guerre étant un conflit entre Princes, elle ne devrait susciter d'inimitié particulière entre belligérants individuels de part et

Certes, à l'heure de la mise hors la loi de la guerre, celle-ci est loin d'être toujours *fondamentalement* légitime. Elle n'en demeure pas moins *suffisamment* légitime pour faire l'objet d'une régulation humanitaire (*a contrario* il ne viendrait à personne à l'idée d'humaniser la pratique du génocide...), et en tout état de cause *plus* légitime que tout usage de la violence par des acteurs non-étatiques contre un État. Traditionnellement, c'est en effet avec la plus grande réticence que les États ont reconnu l'existence de conflits armés les opposant à des mouvements rebelles⁴⁹ et, si le droit de la guerre appelle bien à une prise en compte de ce type de conflits au nom du pragmatisme humanitaire, c'est uniquement pour insister que rien dans une telle prise en compte n'implique une reconnaissance de leur légitimité⁵⁰. C'est uniquement dans l'hypothèse de l'école du conflit armé inter-étatique que les protagonistes se voient automatiquement octroyer un « privilège de belligérance » au terme duquel le fait pour un combattant de tuer un autre combattant n'est pas en soi un crime. Il est difficile d'imaginer plus concrète réification du monopole légitime de la violence. C'est ainsi que se trouve renforcée au cœur du droit international la reconnaissance d'une activité telle que la guerre, peut être d'autant mieux que le droit international humanitaire s'acharne à la réformer et la civiliser.

B. Droit international des réfugiés et des migrations

Le droit international des réfugiés est présenté comme un droit dont l'ambition est de protéger ceux qui sont victimes de persécution. Suite à la *Convention relative au statut des réfugiés*⁵¹, des centaines de milliers de personnes ont obtenu l'asile et pu fuir avec succès des situations d'oppression. Pour un peu, cependant, l'existence d'un droit international des réfugiés ferait oublier que s'il existe un tel régime, c'est que l'asile politique ne se construit paradoxalement que sur les ruines de la mobilité des peuples⁵². Le droit international des réfugiés est en effet lui-même enchâssé dans un ensemble normatif plus grand de *l'immobilité* (ou en tous les cas de la faible mobilité) des individus qui laisse aux États une presque entière

d'autre, lesquels n'ont pas à proprement parler de *casus belli* personnel. C'est là invoquer à juste titre l'humanité commune des protagonistes, mais aussi renvoyer à l'étatisme fondamental de la guerre. C'est au contraire parce que certaines guerres contemporaines (ou pré-westphaliennes) ne sont pas des guerres mettant aux prises uniquement des États, qu'elles revêtent souvent un aspect beaucoup plus « personnel », passionnel et donc meurtrier.

⁴⁹ Gérard Noiriel, *La tyrannie du national : le droit d'asile en Europe, 1793-1993*, Paris, Calmann-Lévy, 1991 [Noiriel].

⁵⁰ Voir notamment les articles 3 et 6 du *Protocole II aux Conventions de Genève*. Les insurgés dans un conflit armé non-international peuvent tout à fait être passibles de poursuites pénales pour actes de sédition. *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, 8 juin 1977 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978), en ligne : CICR <http://www.icrc.org/fre/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>.

⁵¹ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954).

⁵² Comme le souligne Gérard Noiriel, « la rupture politique de la fin du XIX^e siècle a pour conséquence principale de rendre impossible toute vie sociale individuelle ou collective qui ne soit pas fondée sur le principe de la nationalité, ce qui conduit progressivement le droit international à élaborer la catégorie juridique de 'réfugié' ». Noiriel, *supra* note 49 à la p. 22.

marge de discrétion quant à la détermination de qui peut quitter⁵³ et surtout pénétrer leur territoire⁵⁴. Il vient ainsi se substituer à ce qui pourrait être un droit international à la migration, véritable droit international de la mobilité humaine fondée sur les droits humains, en lieu et place de quoi frontières et passeports demeurent une des violences symboliques et réelles les plus extrêmes jamais faites aux aspirations humaines⁵⁵. Tout au plus, le droit international *des* migrations tente-t-il de limiter à la marge les conséquences humanitaires de certaines situations particulièrement abusives (trafic, esclavage, etc.), mais à la condition semble-t-il de ne jamais remettre en cause la structure même du système⁵⁶.

C'est ce que John Torpey a appelé la concentration par l'État du « monopole étatique des “moyens légitimes de circulation” », lequel a été obtenu historiquement en « priv[ant] les individus de la liberté de se déplacer à l'intérieur de certains espaces et les [rendant] dépendants de l'État et du système étatique pour obtenir l'autorisation de circuler »⁵⁷, par exemple à travers la nécessité d'obtenir des documents tels que le passeport. Ce droit des « moyens légitimes de circulation » renforce l'État bien plus qu'il ne le contraint réellement, lui arrachant une concession humanitaire là où il en ratifie massivement les prérogatives fondamentales. Il participe ainsi à la construction du territoire et de la citoyenneté et de l'exclusion de l'autre, désormais « étranger ». En outre, il se nourrit de la collaboration entre États, le contrôle des allées et venues des individus devenant « une des caractéristiques principales du système international dans son ensemble »⁵⁸. Le droit de l'asile se traduit par une violence symbolique faite aux demandeurs, prompts à internaliser les normes du pouvoir étatique et à solliciter leur entrée sur le territoire dans les termes désormais balisés par le droit international⁵⁹.

C. Droit des minorités et de l'autodétermination

Le droit international des minorités est *a priori* par sa nature même un droit international destiné aux acteurs non-étatiques. Il impose en effet certaines obligations aux États en matière de protection de groupes minoritaires sur son territoire. Même si le droit international des minorités n'est plus ce qu'il était pendant l'entre-deux-guerres, il existe néanmoins des efforts pour s'assurer de ce que certains standards

⁵³ Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

⁵⁴ James A. R. Nafziger, « The General Admission of Aliens Under International Law » (1983) 77 Am. J. Int'l L. 804 à la p. 816.

⁵⁵ Il y a d'ailleurs une certaine ironie à l'engouement récent parmi les internationalistes pour la condamnation des « murs » (Palestine, Mexique), comme s'ils n'étaient pas eux-mêmes les meilleurs gardiens de ces murs souvent infranchissables et iniques que sont les frontières.

⁵⁶ Zolberg Aristide, « International Migration Policies in a Changing World System », dans William McNeill et Ruth Adams, dir., *Human Migration : Patterns and Policies*, Bloomington, Indiana University Press, 1978.

⁵⁷ John Torpey, « Aller et venir : le monopole étatique des ‘moyens légitimes de circulation’ » (1998) 31-32 Cultures & Conflits 66.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Noiriél, *supra* note 49.

minimaux sont respectés, notamment en termes de pratiques culturelles ou linguistiques. En même temps, ces protections ne doivent pas faire oublier que c'est le droit international lui-même qui crée les minorités. La notion elle-même n'a de sens que dans un monde étato-centré, où les hasards de la géopolitique ont fait que tel ou tel groupe qui n'est pas encore intrinsèquement une minorité le devienne. Or c'est cette constitution même de certains groupes en minorité par le droit international qu'il est extrêmement difficile de contester, car elle reviendrait à contester le cadre des États existants⁶⁰.

Le droit international des minorités tend en effet à limiter les possibilités que celles-ci ont de s'instaurer en majorité ou du moins de conquérir une large autonomie. C'est en partie le cas car le droit international sait s'allier à l'occasion le registre des droits de l'homme, et dissoudre les revendications collectives dans une série de revendications individuelles et donc nécessairement moins fortes. C'est également le cas du fait de l'étatisme inhérent à la notion d'autodétermination. De deux choses l'une, en effet. Ou bien le droit à l'autodétermination trouve à s'exercer et, tout en permettant à un « peuple » de s'affranchir, il confirme que l'aspiration à un État est bien l'aspiration suprême, laquelle presque inmanquablement, d'ailleurs, créera à son tour des minorités. La radicalité du concept s'épuise alors immédiatement au seuil de sa réalisation comme une validation du système même qu'elle est censée contester. Ou bien le droit à l'autodétermination et son potentiel de contestation du statut de minorité sont sérieusement bridés, et ce sont les États existants qui, élevés au rang de tuteur de l'autodétermination des peuples en leur sein, se trouvent renforcés. Bien plus que des nations se trouvant un État, l'on assiste historiquement au spectacle d'États produisant des nations, preuve s'il en fallait de la primauté des souverains.

C'est à ce résultat que le droit international aboutit lorsqu'il fait du droit à l'autodétermination un droit « interne », c'est-à-dire consistant en la capacité à participer à un système démocratique. En d'autres termes, le droit à l'autodétermination, dans ce qu'il pouvait avoir de radical comme outil de contestation des frontières, est ici, assez largement neutralisé en vecteur de légitimation de la démocratie des États existants. Par un remarquable jeu de passe-passe et juste au moment où la reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples semblait marquer son triomphe, celui-ci devient largement un droit... à la souveraineté des États. C'est que la souveraineté est entre temps devenue « populaire », ce qui vaut bien que les minorités ethniques ou nationales acceptent de vivre, bon an mal an, leur statut de minorité au sein d'un régime politique chargé de les protéger. C'est à ce titre que le droit à l'autodétermination est aujourd'hui largement limité en dehors du contexte colonial. On privilégie ainsi les États installés au détriment des aspirations d'acteurs non-étatiques à reconfigurer les espaces dans lesquels ils vivent. On le fait sans doute pour des raisons tout à fait défendables - il n'est que de penser aux Balkans - mais aussi au nom d'un attachement à l'intangibilité des formes étatiques qui n'est rien d'autre qu'une formidable réification de l'ordre international

⁶⁰ Patrick Macklem, « What Is International Human Rights Law - Three Applications of a Distributive Account » (2007) 52 McGill L.J. 575.

hérité du passé⁶¹.

Quant à l'État post-colonial, présenté comme une victoire des principes (de l'autodétermination) sur leur déni, il n'aura souvent émergé que comme un quasi-État, devant son existence plus aux nécessités propres au système international et son entrain à généraliser le modèle étatique qu'à sa réalité empirique et même sa désirabilité normative⁶². Ce à quoi il faut ajouter l'arbitraire que les rares exercices d'autodétermination aboutis durent s'incarner prioritairement, selon le droit international, à l'intérieur de frontières existantes coloniales (Afrique) ou fédérales (ex-Yougoslavie). L'autodétermination aboutit donc à faire changer les territoires de maître bien plus qu'elle ne permet de changer les territoires. La doctrine de *l'uti possidetis* fait ici, office de sanctification du tracé existant des frontières, au nom de considérations d'ordre qui ont plus à voir avec le conservatisme inhérent au système juridique international qu'avec une vision de principe forte de la *polis* optimale. Surtout, malheur à ceux, des Roms aux Sahraouiés, qui voudraient développer des formes de gouvernance correspondant à des modes d'organisation sociale plus nomades ou diasporiques, et ne se réduisant pas à une mainmise sur un territoire.

D. Droit international des droits de l'homme

Le droit international des droits de l'homme est peut-être censé réaliser la plus parfaite transcendance du monde des souverains. Dans sa constitution même, il s'agit d'un droit éminemment intrusif, prétendant réguler des matières qui traditionnellement relevaient du domaine le plus intime de l'État. L'idéologie des droits de l'homme ne relève-t-elle pas d'une sorte de mystique anti-souverainiste et universaliste transcendant les souverains? Les États liés par des instruments internationaux en matière de droits de l'homme reconnaissent implicitement que la matière ne relève plus de leur seule souveraineté, et dans certains cas acceptent de se soumettre à des mécanismes de supervision aux pouvoirs réels.

Mais la réalité du rapport du droit international des droits de l'homme aux

⁶¹ On relèvera en outre que le droit international demeure plus disposé à reconnaître *a posteriori* l'autorité effective de tout groupe ayant réussi à conquérir par un fait d'arme son indépendance, qu'à envisager *a priori* celle de certains peuples à réclamer un territoire propre. Le droit international de la reconnaissance et de l'effectivité semble ainsi plus fort que le cadre normatif de l'autodétermination, et comme une invitation aux peuples à prendre par la force ce que le droit international ne leur reconnaîtrait pas d'office par le droit. Leçon que, par exemple, les Kosovars albanais ne comprirent que trop bien, tant ils y furent incités par la communauté internationale.

⁶² Ce par quoi on ne veut bien entendu pas dire que les indépendances n'aient pas été voulues ou n'aient pas été souhaitables, mais que, avec le bénéfice des années, on peut bien sûr se demander si la forme étatique aura été à la hauteur des espoirs mis en elle. En réalité, l'État post-colonial se sera souvent rapidement transformé en un fantôme dédié à l'enrichissement de quelques-uns, et prompt à invoquer la légitimité de son droit à l'autodétermination externe (qui lui fut abondamment reconnue par le droit international) pour mieux dénier à son peuple l'autodétermination interne. L'autodétermination devrait bien sûr pouvoir s'entendre de la capacité à librement choisir de se doter d'une autre forme d'organisation politique que l'État... mais c'est justement ce que le droit international rend impossible, ne concédant le droit qu'à la condition qu'il vienne fondamentalement renforcer le système plutôt qu'en questionner les fondements normatifs.

souverainetés est plus complexe. Tout d'abord, l'idée de droits de l'homme entretient elle-même un rapport tout à fait ambivalent à l'État : source potentielle de toutes les violations et sommée à ce titre de se désister de porter atteintes aux êtres humains, l'État se voit également impérieusement conférer la qualité de garant des droits. Qu'il s'agisse de s'assurer du bon comportement de ses agents, de fournir certains services jugés fondamentaux, ou encore de protéger les individus contre des atteintes par des tiers, l'État est consacré grand pourvoyeur de droits. Il est jusqu'au droit pénal international qui se voit élevé au rang d'ultime garant des droits humains et qui réhabilite fondamentalement le pouvoir coercitif de l'État (pourtant pas toujours en odeur de sainteté pour les droits de l'homme!) au nom de la lutte contre les crimes contre l'humanité⁶³. En outre, l'État souverain serait en même temps l'objet naturel du droit à l'autodétermination et le réceptacle de la démocratie, tous deux assimilés à des conditions préalables à la réalisation des droits. En réalité, les droits de l'homme renforcent le caractère dominant de la souveraineté en proposant une lecture potentiellement éminemment positive : de mécanisme de pouvoir et d'ordre, celle-ci se voit investie d'une véritable mission de justice. La généralisation de l'idéologie des droits de l'homme participe alors à la popularisation de la souveraineté et de sa diffusion à l'échelle mondiale⁶⁴.

Cette centralité du rôle de l'État n'est bien sûr qu'accrue par le droit international, qui lui surimpose son propre biais étatique, lequel se marie assez harmonieusement avec certains concepts clefs des droits de l'homme. Il est jusqu'à certaines justifications théoriques de la souveraineté qui relèvent la manière dont, dans le système international, celle-ci est aussi le réceptacle de l'autodétermination, érigée au rang de droit des droits, ou encore la garantie d'un sain pluralisme dans un monde à la diversité irréductible. Si la souveraineté sera alors parfois critiquée par certains comme un obstacle au règne universel des droits humains, elle apparaîtra aussi aisément pour d'autres comme un rempart contre les impérialismes et les aventures militaires, indispensable à ces mêmes droits⁶⁵. À l'heure de la mondialisation, en outre, il est de nombreuses voix qui réclament au nom des droits humains une réinvention de la souveraineté pour mieux protéger les populations⁶⁶.

Cette profonde connivence entre droit international des droits de l'homme et souveraineté va par la suite se décliner à travers toute une série de positions normatives. C'est, par exemple, la tendance de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) à mettre l'accent sur la subsidiarité de la supervision internationale en matière de droits de l'homme et à s'en remettre à une « marge d'appréciation nationale » large, quitte à chercher des compromis souples qui ne heurtent pas trop

⁶³ Pour une exploration récente de cette opération de renflouage normatif du droit pénal via les droits de l'homme voir notamment Frédéric Mégret, « ICC, R2P and the Security Council's Evolving Interventionist Toolkit » (2011) *Finnish Yearbook of International Law* [à paraître].

⁶⁴ Christian Reus-Smit, « Human Rights and the Social Construction of Sovereignty » (2001) 27:4 *Review of International Studies* 519.

⁶⁵ Pour une analyse subtile du rôle international de la souveraineté dans la protection des droits humains, voir Karima Bennouna, « 'Sovereignty vs Suffering'? Re-examining Sovereignty and Human Rights through the Lens of Iraq » (2002) 13:1 *E.J.I.L.* 243.

⁶⁶ Louis Henkin, « That "S" Word : Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, Et Cetera » (1999) 68 *Fordham L. Rev.* 1 aux pp 7-8.

frontalement les sensibilités nationales⁶⁷; c'est encore la tendance, exprimée le plus clairement en matière pénale dans l'affaire *Yerodia* de la CIJ⁶⁸ et en matière civile (et de manière plus surprenante) dans l'affaire *Al-Adsani* de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁹, d'affirmer la supériorité des immunités souveraines si caractéristiques du droit international classique sur l'exigence de responsabilité pour violations graves des droits de l'homme; c'est, enfin, la très grande hésitation manifestée par les juridictions tant internes qu'internationales à appliquer les droits de l'homme de manière extraterritoriale, trahissant ainsi une volonté de s'en tenir au cadre territorial et volontariste marqué du droit international, plutôt que de risquer d'empiéter sur les prérogatives de d'autres souverains⁷⁰. Il ne s'agit pas ici de particulièrement le déplorer, on remarquera juste que c'est souvent les droits humains qui sont sommés de se couler dans le moule étatique et non pas l'inverse, ce qui en définitive renforce le système international tout en faisant mine de le déplacer.

L'« utilité » du droit international serait en définitive moins l'utilité d'un outil permettant d'atteindre certains buts que l'utilité d'un système permettant d'assurer une continuité discrète en matière d'attribution des pouvoirs dans le système international. Face à une vision classique qui voit la question des « sujets » du droit international comme une sorte de question préalable, à laquelle il s'agit de répondre rapidement afin de, en quelque sorte, se « retrousser ses manches » et tourner ses efforts vers quelques fins substantives, on a suggéré une vision inverse où les fins substantives ne servent finalement qu'à renvoyer, presque obsessionnellement, à la question première, celle de l'autorité légitime. Le droit international ne serait-il qu'un discours oblique sur son sujet de prédilection, à savoir l'État? Certes, l'acceptation de ce sujet change un peu avec le temps et que le jeu des normes constituantes de la souveraineté est justement de permettre d'adapter la notion à une réalité évolutive. Il n'en demeure pas moins que le droit international comme système de pensée fait montre d'une remarquable résilience précisément, car il est fondamentalement auto-référentiel. Le formalisme étato-centré a ici une remarquable capacité de résistance aux transformations du monde⁷¹ car il n'aspire pas tant, précisément, à être un reflet

⁶⁷ Pour une critique de la réification de la marge d'appréciation nationale dans son application à la question de la laïcité, voir Frédéric Mégret, « Le Canada à la pointe de la tolérance? L'accommodement raisonnable à l'aune du droit international des droits de la personne » dans Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir., *La religion, le droit et le raisonnable : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

⁶⁸ *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, [2002] C.I.J. rec. 4.

⁶⁹ *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n°35763/97, [2001] XI C.E.D.H. 79.

⁷⁰ *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants* [GC], n°52207/99, [2001] XII C.E.D.H. 334.

⁷¹ D'où bien entendu, des appels à en finir avec ce formalisme pour dégager un paradigme plus adapté à la réalité. Pour une tentative de remettre au goût du jour l'école de New Haven en droit international comme facilitant une meilleure prise en compte de la problématique non-étatique, voir Math Noortmann, « Understanding Non-State Entities in the Contemporary World Order : Transcending the International, Mainstreaming the Transnational, or Bringing the Participants Back In? » dans Math

de ce dernier qu'à tenter de le modeler à son image.

Si l'on a dressé un portrait assez implacable de l'étatisme du droit international, c'est moins pour le déplorer ou l'applaudir, que pour comprendre la manière dont il structure nos modes de pensée et préjuge presque toujours de la réponse aux questions qu'il pose. La question reste bien sûr ouverte de savoir à qui profite l'étatisme du droit international. Il s'agit d'une question dont le champ dépasse le cadre de cette étude, qui a voulu se borner à mettre en exergue la profondeur du phénomène de reproduction normative à l'infini auquel participe le droit international. Tout juste pourra-t-on souligner que la question n'a de sens que par rapport à un point de vue, et connaîtra de réponses différentes selon que l'on se place d'une part dans la perspective des élites dirigeantes, des nations constituées et de celles qui exercent sans complexe leur autodétermination ou leur légitime défense ou des victimes d'atrocités commises à l'abris des frontières, de minorités opprimées, de groupes transnationaux, de migrants, ou de rebelles dans un conflit armé non-international d'autre part.

Dans ce contexte et sans céder au cynisme, on peut remarquer que le droit international a le don de prétendre adoucir des problèmes qu'il a, en quelque sorte, lui-même causés. Il n'en est que plus difficile de voir comment, derrière l'évidente tentative de limiter les maux internationaux, ceux-ci sont construits par un mode de savoir qui a le don de contraindre les imaginaires juridiques. Dès lors, chaque tentative de réforme de la souveraineté par le biais du droit international risque bien d'accoucher d'un renforcement de celle-ci. C'est le cadre conceptuel, la manière même d'entendre le monde comme un ensemble de souverains dont les relations doivent être pacifiées mais dont la centralité ne peut être dépassée, qui réinscrit en permanence au cœur du projet ce qui est son nœud constitutif. Le projet est ainsi condamné aux mieux à la réforme, au pire à la répétition, faute de pouvoir jamais entièrement s'abstraire de ses origines. Ce thème de l'éternel retour est sans doute insuffisamment compris et analysé et jette une lumière assez crue sur les promesses régulièrement faites au nom du droit international. Il permet en tous les cas de problématiser de manière critique la tension entre objectifs proclamés et persistance des formes latentes.

Il n'y a sans doute là rien d'inéluctable. En revanche, le dépassement de l'État, si dépassement de l'État il doit y avoir, passera vraisemblablement par l'invention de formes de juridicité dépassant le droit international lui-même. En dernière analyse, la théorie des sujets du droit international et l'épistémologie qui en découle contraignent durablement tout projet de réinvention du monde. Ces nouvelles formes de juridicité, qui sont sans doute en train de voir le jour, remettront vraisemblablement en cause des frontières aussi apparemment intangibles en droit international que celles qui séparent différents territoires, ou encore les sphères privées et publiques. Elles seront fondées sur une nouvelle compréhension du rôle que les acteurs non-étatiques peuvent avoir dans la mise en œuvre dynamique du droit

Noortmann et Cedric Ryngaert, dir., *Non-State Actor Dynamics in International Law : From Law-Takers to Law-Makers*, *supra* note 27.

international. Elles consacreront peut-être une notion de pluralisme juridique global⁷², un *patchwork* de relations juridiques diagonales qui, sans éliminer l'État, le normaliseraient comme acteur juridique, au prix sans doute d'une immense complexité mais aussi d'une libération des imaginations.

⁷² Paul S. Berman, « Global Legal Pluralism » (2006) 80 S. Cal. L. Rev. 1155; Gunther Teubner, « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society » dans Gunther Teubner, dir, *Global Law Without a State*, Brookfield, Dartmouth Publishing, 1997; Ralf Michaels, « Global Legal Pluralism » (2009) 5 Annual Review of Law and Social Science 243.