

Observations éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale

M. le Professeur Giovanni Distefano

Citer ce document / Cite this document :

Distefano Giovanni. Observations éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale. In: Annuaire français de droit international, volume 53, 2007. pp. 105-128;

doi : 10.3406/afdi.2007.3971

http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2007_num_53_1_3971

Document généré le 12/03/2016

OBSERVATIONS ÉPARSES SUR LES CARACTÈRES DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE INTERNATIONALE

GIOVANNI DISTEFANO

Au commencement de tout manuel de droit international public, ainsi que de tout cours général consacré à cette discipline, l'auteur est amené la plupart du temps à opérer un choix qui relève de l'axiome. Faut-il débiter par les sujets ou par les sources de l'ordre juridique international ? Cette question est d'autant plus troublante que le droit international public étant un ordre d'autonomie, ces mêmes sujets sont en général – nous reviendrons plus loin sur cet aspect fondamental – les législateurs. Cette question devient d'ailleurs encore plus intrigante, voire perturbatrice de la sérénité scientifique, si après s'être plongé dans force lectures on en retire au bout du compte et « trop souvent une impression d'insatisfaction »¹. D'ores et déjà, l'auteur fait amende honorable si au terme de cette investigation sommaire il a lui aussi contribué à accroître ce sentiment de frustration².

Confronté à la question de la personnalité juridique, le juriste de droit international public, comme mû par un réflexe compulsif qui traduit un sentiment d'infériorité, atavique mais néanmoins injustifié, va chercher secours dans les expériences du droit interne, donc finalement dans les droits étatiques. De même pour la thématique qui nous occupe ici, les auteurs se bornent très souvent à exporter dans l'ordre international la définition du sujet de droit³ qui a été élaborée *in foro domestico*. Sans trop se soucier de la validité, en sus de la pertinence, d'une telle démarche, l'appareil définitionnel est transposé *de plano* dans la texture du droit international public. Or, le concept de personnalité internationale est trop important pour qu'on puisse se contenter de transvaser de manière acritique les concepts qui ont mûri dans des systèmes juridiques foncièrement différents du nôtre. De surcroît, dans un ordre juridique où le défaut de constatation obligatoire est l'une des caractéristiques saillantes⁴, cette problématique assume une connotation tout aussi délicate et les réponses qu'on peut formuler laissent *room for dubiety*⁵.

(*) Giovanni DISTEFANO, chargé de cours à la faculté de droit de l'Université de Genève ainsi qu'à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains (ADH).

1. DUPUY (P.M.), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297 (2002-I), p. 106.

2. « [N]ous avons le sentiment qu'en cette matière il existe un champ de réflexion encore largement ouvert » (DOMINICE, Ch., « La personnalité juridique dans le système du droit des gens » (1996), in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris-Genève, 1997, p. 58).

3. Dans la suite de l'exposé, la notion de « subjectivité » sera systématiquement utilisée pour viser la qualité de sujet de droit qui appartient à une entité, étant entendu que nous assumons par ailleurs une identité conceptuelle totale entre les binômes que sont la personnalité juridique et la personne juridique, d'une part, et la subjectivité juridique et le sujet de droit, d'autre part.

4. ABI-SAAB (G.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207 (1987-VII), pp. 216-227 ; DISTEFANO (G.), « Le Protocole de Londres du 17 janvier 1871 : miroir du droit international », *Journal of the History of International Law*, vol. 6 (2004), pp. 124-126.

5. JENNINGS R.Y., « General Course on Principles of International Law », *RCADI*, vol. 121 (1967-II), p. 346.

Un bref détour exégétique s'impose avant de s'immerger dans les subtilités des propositions théoriques qui ont été avancées jusqu'à maintenant dans le dessein d'habiller la personnalité internationale. Habiller, justement ; le verbe n'a pas été choisi au hasard si l'on se remémore que *persona* veut dire « masque » en latin. Étrange destin donc que celui d'un être humain qui a besoin d'un déguisement avant d'apparaître et de jouer sur la scène juridique. En d'autres mots, ne sont des personnes juridiques que celles qui portent un masque : « [l]a personne juridique est une notion qui fut conçue au sein de la civilité romaine pour mettre en scène l'homme sur le théâtre de la vie juridique »⁶.

Ce n'est pas un hasard, au demeurant, si l'on parle souvent, afin de se référer aux sujets de l'ordre juridique international, d'« acteurs » – à savoir ceux qui agissent – à l'instar des acteurs de théâtre ou de cinéma. Bref, les sujets d'un ordre juridique donné à l'instar des *dramatis personae*. En poussant la métaphore jusqu'au bout, nous chercherons à identifier les conditions auxquelles est soumise leur entrée sur la scène juridique : quelles sont les caractéristiques, donc, de la subjectivité internationale. Les sections différentes dans lesquelles est structuré cet article correspondent à autant de fenêtres au travers desquelles nous regarderons la phénoménologie de la subjectivité internationale. Toutefois, cela ne signifie pas que le concept de personnalité juridique internationale devienne pour autant une catégorie à géométrie variable⁷, car il ne peut point varier eu égard au type de sujet pris en examen. La norme qui définit les attributs de la personnalité juridique internationale ne peut qu'être une et une seule, en se nourrissant certes de la variété faunistique internationale, mais en la transcendant⁸. Par ailleurs, toute définition, ainsi que les conditions corrélatives, de la personnalité juridique internationale est nécessairement auto-référentielle, dans la mesure où à chacune d'entre elles correspond une énumération différente des sujets de droit international public.

A. La conception orthodoxe de la personnalité internationale ou la définition extensive de celle-ci

Nous avons naguère évoqué le tribut que tout juriste de droit international paie, en conformité avec l'unité de la science juridique, aux concepts formulés dans les systèmes de droit interne. Or, selon le paradigme largement accepté sur la personnalité internationale, on définit celle-ci comme « [l']aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartient à toutes les personnes physiques et dans des conditions différentes aux personnes morales »⁹.

L'accent s'étant déplacé sur la notion de *titularité* des droits (et par extension des obligations), il convient de s'arrêter sur celle-ci. À cet égard, on a coutume de distinguer entre *bénéficiaires* et *titulaires* de droits. Sont des « bénéficiaires », ceux dont les règles de droit s'occupent, en engendrant à leur bénéfice ou à leur préjudice respectivement des avantages ou des désavantages matériels. En revanche, les titulaires non seulement sont les vrais destinataires de droits et obligations, mais en plus, *et surtout*, jouissent de la capacité de faire valoir ces droits ou de se voir opposer ces obligations dans l'ordre juridique duquel ils

6. BAUD (J.P.), *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993, p. 59.

7. En ce sens DUPUY (P.M.), (*op. cit.*, p. 112), pour lequel « [t]out dépend de la fonction en vue de laquelle cette personnalité est accordée au sujet considéré ».

8. Il va de soi, que, comme il a été adroitement observé par KELSEN (*Principles of International Law*, New York, 1952, p. 152), « *The concept of legal personality is a thoroughly formal concept* ».

9. *Vocabulaire juridique* (sous la dir. de CORNU, G.), 7^e éd., Paris, 1998, p. 616 (italiques ajoutées).

émanent¹⁰. En d'autres termes, c'est la *capacité* de faire valoir ses droits dans un ordre juridique déterminé qui représente le test ultime de la subjectivité juridique dans ce même ordre juridique (responsabilité active ou passive). Bref, ces droits et ces obligations peuvent être actionnés par les titulaires.

Si, au contraire, on adopte le critère de la simple possession des « droits et devoirs internationaux »¹¹, l'on risque de friser la tautologie. Le fait de dire qu'une entité, pour qu'elle puisse être considérée sujet de droit international public, doit posséder « les droits et devoirs internationaux » ne veut en effet rien dire de plus que être « titulaire de droits et être assujetti [immédiatement] à des normes internationales ». Mais la question est justement de savoir qui possède cette caractéristique.

Or, la distinction entre bénéficiaires et titulaires est particulièrement frappante dans l'ordre juridique international dans la perspective du statut de l'individu dans le panorama de la personnalité juridique internationale. Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal arbitral jette une lumière bienvenue :

« [l']Accord du 27 mars 1972 est un traité conclu entre deux États souverains qui crée des droits et des obligations réciproques dans le chef de ces deux États. S'il est vrai que, selon la terminologie utilisée par l'Accord, le droit de « continuer à pêcher » est destiné à profiter à des « bâtiments de pêche » (article 3), à des « embarcations de pêche » (article 4a) et à des « chalutiers » (article 4b), les États signataires de l'Accord n'en sont pas moins les seuls titulaires de ces droits habilités à en exiger le respect au bénéfice de leurs ressortissants respectifs »¹².

Selon cette définition (que nous dénommerons de « définition extensive »¹³ de la subjectivité internationale), sont sujets de droit international public les entités qui, étant destinataires de droits et d'obligations, possèdent la *capacité d'agir* sur le plan international vis-à-vis d'un autre sujet de ce même ordre juridique et, éventuellement, devant l'un de ses organes juridictionnels. La Cour internationale de Justice, bien que notoirement et légitimement avare en matière de constructions théoriques, notamment en ce qui concerne la personnalité juridique, nous a énormément aidé dans son avis de 1949 à distiller les prérequis de cette notion :

« [c]ela signifie que l'Organisation est un sujet de droit international, qu'elle a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et qu'elle a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale »¹⁴.

Le papier de tournesol de la personnalité internationale est partant représenté par la capacité de faire valoir des droits (et obligations) dans l'ordre international, à savoir la « qualité pour présenter une réclamation internationale »¹⁵. En fin de compte, comme nous le verrons plus tard [*infra C*], cette capacité juridique n'est rien d'autre que la marque de l'*indépendance* d'une entité par rapport aux autres sujets de droit international public et simultanément sa soumission immédiate à ce dernier (*l'immédiateté*).

10. Voy. C. DOMINICÉ, *op. cit.*, p. 69.

11. Voy., à titre d'exemple : FAUCHILLE (P.), *Traité de droit international public*, Vol. 1^{er}, tome 1^{er}, Paris, 1923, § 159, p. 216.

12. Affaire du *Filetage dans le golfe du Saint-Laurent* (France c. Canada), sentence arbitrale du 17 juillet 1986, *RGDIP*, Vol. 90 (1986-3), p. 732, § 26.

13. Nous avons pris la liberté de qualifier cette définition d'« extensive », par opposition à celle qui sera étudiée ultérieurement (*infra E*), car la première, moins exigeante, s'étend de ce fait à un nombre plus élevé de candidats à la personnalité juridique internationale.

14. *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, *CIJ Recueil 1949*, p. 179.

15. *Réparations des dommages*, *op. cit.*, p. 178.

Nombreux sont les auteurs¹⁶ qui, dans le sillage de l'avis consultatif de 1949¹⁷, ont vu dans cette capacité d'agir le stigmate de la personnalité internationale. Nous aussi, nous nous étions originellement ralliés à cette conception, avant de changer de cap suite à une analyse positiviste du panorama de la subjectivité juridique internationale. Mais avant de décrire les raisons de ce revirement, il convient d'évoquer les éléments incontournables dont toute théorisation sur la personnalité internationale doit tenir compte ; en d'autres mots, les points cardinaux de toute géométrie conceptuelle.

B. *Étendue et capacité juridique*

Dans l'avis qu'elle a rendu en l'affaire dite des « réparations », la Cour internationale de Justice a souligné que « [l]es sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits »¹⁸.

Cette différenciation, dense de conséquences pour la mosaïque de la subjectivité internationale, reflète le binôme inhérent à la qualité de sujet de droit international public. Du moment où l'on considère que la titularité d'un seul droit (ou obligation) suffit pour qu'on reconnaisse à l'entité concernée la qualité de sujet de droit, l'on en vient à affirmer que cette capacité est par définition fixe et inaltérable. En revanche, à l'unicité de la capacité – qui reflète l'unicité de la définition – s'oppose l'hétérogénéité dans l'étendue des droits auxquels se réfère la capacité à agir. La palette des droits et obligations varie en fonction des différentes catégories de sujets de droit international public aussi bien qu'à l'intérieur de celles-ci (*infra C*).

De même, les différentes catégories de sujets de droit international public se distinguent entre elles quant à la nature de leurs droits, c'est-à-dire eu égard à la modalité de la reconnaissance (ou attribution) de ces mêmes droits. Si l'on admet que seuls les États sont les sujets primaires, originels, dans l'ordre juridique international, il en découle en effet que tous les autres sujets leur doivent de près

16. Voir entre autres : SØRENSEN (M.), « Principes de droit international public. Cours général », *RCADI*, vol. 101 (1960-III), pp. 127-129 ; CAHIER (Ph.), « Changements et continuité du droit international », *RCADI*, vol. 195 (1985-VI), p. 93 ; PASTOR RIDRUEJO (J.A.), « Le droit international à la veille du XXI^e siècle : normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 274 (1998), p. 110 ; SEIDL-HOHENVELDERN (I.), « International Economic Law. General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 198 (1986-III), p. 32 ; GUGGENHEIM (P.), « Les principes de droit international public », *RCADI*, vol. 80 (1952-I), p. 80 ; MORELLI (G.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 89 (1956-I), § 63, p. 503 : « Les entités étant, dans ce sens, les sujets ou les destinataires de normes juridiques internationales (même d'une seule de ces normes) sont les *sujets de l'ordre juridique international* : autrement dit, les *personnes juridiques internationales* » ; BARBERIS (J.), « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *RCADI*, vol. 179 (1983-I), p. 168. *Contra* : QUADRI (R.), *Diritto internazionale pubblico*, 5^e éd., Napoli, 1968, d'après lequel serait inconcevable aussi bien en fait qu'en droit une subjectivité internationale qui ne se référerait qu'à une seule norme de droit international (pp. 397-398). Avant l'avis consultatif de 1949, cf. les affirmations éclaircissantes de DESPAGNET (F.), *Droit international public*, 3^e éd., Paris, 1905, § 72, p. 82.

17. Nous ne pouvons pas nous empêcher de relever que l'année 1949 est sans l'ombre d'un doute l'un des meilleurs millésimes dans la jurisprudence de la Cour. Celle-ci sut saisir l'occasion, au lendemain de la seconde guerre mondiale, de constater certains principes fondamentaux relatifs aux relations juridiques internationales dans cet avis consultatif et dans l'affaire du *Détroit de Corfo*.

18. *Réparation des dommages*, *op. cit.*, p. 178 ; *Texaco Calasiatic c. Gouvernement libyen*, sentence arbitrale (fond) du 19 janvier 1977 : *JDI (Clunet)*, vol. 104 (1977), § 47 ; FAUCHILLE (P.), *op. cit.*, § 159, p. 213 ; DOMINICÉ (Ch.), *op. cit.*, p. 70 ; VERDROSS (A.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 30 (1929-V), § 21, p. 322 ; MORELLI (G.), *op. cit.*, §§ 94, 95, pp. 537, 538 ; QUADRI (R.), *op. cit.* (1968), p. 396.

ou de loin leur existence¹⁹. Ce qui veut dire que, en raison de la structure actuelle de l'ordre international, les compétences des États sont *ipso facto* attachées à leur essence, le droit international se bornant à les leur reconnaître, cependant que les compétences de tout autre sujet sont *attribuées* par les États directement ou indirectement (par le truchement de règles de droit internationales créées elles aussi par les États). Tandis que pour le droit international le processus de formation de ces derniers est une réalité historique, objective qui s'impose à lui de l'extérieur et qui est par lui enregistrée, l'institution d'une organisation internationale ainsi que tous les aspects, faits et vicissitudes de leur existence sont en revanche réglementés par lui. La Cour internationale de Justice ne pouvait pas être plus claire à ce propos, lorsqu'elle affirma relativement aux organisations internationales :

« La Cour a à peine besoin de rappeler que les organisations internationales sont des sujets de droit international qui ne jouissent pas, à l'instar des États, de compétences générales. Les organisations internationales sont régies par le « principe de spécialité », c'est-à-dire dotées par les États qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir »²⁰.

Bien évidemment le raisonnement de la CIJ doit être étendu *mutatis mutandis* aux autres sujets de droit international public pour ce qui concerne la différence entre compétences *attribuées* (caractéristique commune à tous les sujets secondaires) et les compétences *reconnues* (apanage des seuls sujets originaires, à savoir les États). Faut-il préciser au passage que cette dichotomie ne se recoupe pas au millimètre près avec celle « *générale/spécifiques* »²¹, étant donné que, comme la Cour nous l'explique, il existe une organisation internationale qui, à la différence de toutes les autres, possède des compétences générales même si elles lui sont attribuées par les États membres. Nous faisons allusion, tout naturellement, à l'ONU²². Il reste cependant une limitation fondamentale qui distingue foncièrement cette dernière de tout État, fût-il le plus petit, à savoir la base conventionnelle. Ce qui fit dire précisément à la Cour dans son avis de 1949 que l'ONU n'est point un « super-État »²³ et ce d'autant plus que ses compétences, certes générales en regard de celles de toute autre organisation internationale, ne sont pas comparables, sous ce rapport, à celles des États.

Il en résulte ainsi une image kaléidoscopique de la scène juridique internationale. Cette faune bigarrée présente, l'on ne saurait s'en étonner, des caractères communs constitutifs précisément de la subjectivité internationale. Le premier d'entre eux, qui saute aux yeux, est celui qu'on peut identifier par le concept d'« immédiateté ».

19. Voir déjà DESPAGNET (F.), *op. cit.* « Les puissances peuvent cependant attribuer le caractère de personne du Droit international à des institutions créées par elles, par exemple aux commissions de navigation du Danube et du Congo » (§ 69, p. 79).

20. *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État lors d'un conflit armé*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil 1996*, § 25.

21. *Contra* : *Texaco-Calasiatic, op. cit.*, § 47.

22. *Ibid.*, § 26. La Cour affirme que l'ONU est « dotée de compétences de portée générale » par opposition aux institutions spécialisées du système des Nations Unies, dotées de « compétences sectorielles ».

23. *Réparations des dommages, op. cit.*, p. 179.

C. *Immédiateté, gage d'indépendance*

Il convient de préciser que les premiers efforts (doctrinaux et jurisprudentiels) de théorisation de la personnalité juridique internationale dans la science du droit moderne se sont concentrés et ont pris comme parangon naturel l'État et ses variations [*infra* G]. Et cela jusqu'à l'apparition des organisations internationales originellement dénommées, comme il se devait, de « unions d'États » ou encore d'« associations d'États ». Même les premières commissions fluviales (et des détroits) se virent reconnaître des miettes de subjectivité internationale en tant qu'elles exerçaient des compétences territoriales, preuve de leur immédiateté par rapport au droit international public.

En conséquence, de nombreux auteurs ont lié la personnalité juridique internationale à la soumission immédiate de l'entité concernée au droit international public, qui révélait son ancrage dans l'ordre juridique international. On a ainsi déclaré que :

« [L]a théorie allemande accepte avec raison l'indice distinctif de cette qualification : une communauté de droit (*Rechtsgemeinschaft*) est en tant un sujet de droit international qu'elle puisse se trouver en relation et en rapport immédiat et direct avec l'ordre international (*völkerrechtsunmittelbare Gemeinschaft*) »²⁴.

ou que

« [...] l'on entend par cela que l'État n'a au-dessus de soi aucune autre souveraineté, si ce n'est celle du droit international »²⁵.

L'assujettissement *immédiat* – au sens de « sans intermédiaire politique » – devient ainsi le critère à l'aune duquel la prétendue personnalité juridique de tout candidat est examinée. Point n'est besoin de rappeler la limpide affirmation de Max Huber dans l'affaire de l'île de Palmas, d'après lequel

« *Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State* »²⁶.

Si la souveraineté est l'élément distinctif de l'État, en tant qu'elle permet de le différencier de ses imitations, c'est-à-dire des entités qui, tout en possédant territoire population et gouvernement, ne sont pas des sujets de droit international public, alors le test de l'indépendance, appliqué aux autres sujets non territoriaux, sera le révélateur de leur personnalité internationale. Jadis, Heffter avait individualisé dans l'immédiateté le critère-clef : « [L]es personnes physiques ou morales que l'on peut considérer comme des sujets immédiats du droit international [...] »²⁷.

L'auteur allemand ne put néanmoins l'appliquer qu'aux seuls États ainsi qu'aux espèces disparates du dégradé étatiste, à savoir les États protégés et

24. *La Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du Travail, Recueil CPJI, C 18-II*, p. 41 [Discours de M. Rundstein (Pologne)]. Voy. de même : WESTLAKE (J.), *Chapters in the Principles of International Law*, Cambridge, 1894, p. 78 ; LAWRENCE (Th.), *Principles of International Law*, London, 1911, § 34, p. 54 ; *Hall's International Law*, ed. by Pearce Higgins, 8th ed., Oxford, 1924, § 2, p. 20 ; VERDROSS (A.), *op. cit.*, § 21, p. 321 ; KELSEN (H.), « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, vol. 42 (1932-IV), p. 189 ; GUGGENHEIM (P.), *op. cit.*, p. 83.

25. *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (Protocole du 31 mars 1931), avis consultatif du 5 septembre 1931, *Recueil CPJI, A/B 41*, p. 57 (opinion dissidente du juge Anzilotti).

26. *Island of Palmas Case* (Netherlands/United States of America), award of 4 April 1928, *RSA*, vol. II, p. 838.

27. HEFFTER (A.G.), *Le droit international public de l'Europe*, trad. de l'allemand, Paris, 1866, § 14, p. 31. De même, ROMANO (S.), *Corso di diritto internazionale*, 3^e éd., Padova, 1933, pp. 60-61.

autres entités infra-étatiques, c'est-à-dire non soumises *immédiatement* à l'ordre juridique international. Un demi-siècle plus tard, l'évolution structurelle de ce dernier aidant, Fauchille pourra en revanche s'exprimer différemment au regard d'un spécimen d'organe international, voire d'organisation internationale, à savoir les « commissions internationales » (fluviales, etc.). Il en soulignera l'« indépendance » ainsi que les *capacités* internationales (« de préparer, de promulguer et d'appliquer tous règlements nécessaires »), concluant de ce fait qu'elles possèdent une « organisation qui [leur] est propre »²⁸. L'indépendance, comme jadis pour l'État la souveraineté, devient le prisme à travers lequel est vérifiée la personnalité juridique internationale de tout autre sujet de droit. La pratique internationale nous enseigne en effet que la soumission d'une entité au droit international représente la marque de son indépendance (*capacité d'agir*) par rapport aux autres sujets de celui-ci. Le brillant exposé de la notion d'« indépendance » opéré par le juge Anzilotti dans son opinion individuelle jointe à l'avis consultatif de la CPJI dans la question relative au régime douanier austro-allemand, permet de voir en quoi elle est le papier de tournesol de la *subjectivité* internationale dans un ordre juridique façonné par (et pour ?) les États :

« L'indépendance ainsi comprise n'est, au fond, que la condition normale des États d'après le droit international : elle peut être aussi bien qualifiée comme souveraineté (suprema potestas) ou souveraineté extérieure, si l'on entend par cela que l'État n'a au-dessus de lui aucune autre autorité, si ce n'est celle du droit international. Rien ne saurait préciser la notion d'indépendance, considérée comme la qualité normale des États en tant que sujets de droit international, mieux que la comparaison avec la catégorie exceptionnelle et de quelque manière anormale des États dits "États dépendants" »²⁹.

Par conséquent, en prenant en tant que postulat historique de départ l'État comme sujet originel et primaire de l'ordre international, on peut affirmer que l'indépendance (ou souveraineté pour l'État) demeure la caractéristique distinctive de la personnalité juridique internationale³⁰. En vérité, et nous ne nous lasserons pas de le répéter, l'État n'est pas le paradigme – encore moins l'*exemplar aeternum*³¹ – de la personnalité internationale dans l'ordre international contemporain, mais il reflète l'exigence d'indépendance vis-à-vis des autres sujets que tout sujet de droit international public doit posséder. À ce titre il représente néanmoins le parangon, la mesure de la *subjectivité* juridique internationale contemporaine.

28. FAUCHILLE (P.), *op. cit.*, § 159, p. 214.

29. Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche (Protocole du 31 mars 1931), avis consultatif du 5 septembre 1931, *Recueil CPJI*, A/B 41, p. 57 [italiques ajoutées].

30. « I requisiti generali nei quali la capacità giuridica consiste sono sempre gli stessi. Essi possono riassumersi nell' "indipendenza" degli enti [...]. Perciò se il concetto dello Stato rimane il criterio di misura di quello della personalità internazionale, – e la comunità internazionale è essenzialmente, fondamentalmente, una comunità di Stati, – ogni altro Ente e solo ogni altro Ente che sfugga all'effettivo controllo degli ordinamenti interni [o di altri soggetti] e che si ponga come rilevante sul piano superiore ["immediateté"] avrà carattere di soggetto di DI. Con ciò è anche detto che la personalità internazionale è una posizione assoluta, erga omnes, non è relativa a questo o a quel contro-soggetto ; non può essere, quindi, dedotta da norme particolari [infra La personalità internazionale est nécessairement erga omnes] », QUADRI (R.), *op. cit.* (1968), p. 397.

31. « L'indépendance actuelle des États n'est donc point leur condition matérielle, originaire, indépendante du droit international, mais elle est tout à fait contingente ; elle dérive des caractères particuliers que celui-ci a récemment revêtus. [En conséquence,] la condition d'égalité et d'indépendance des États constatée aujourd'hui n'est pas préjuridique, mais découle de la structure [actuelle] de leur communauté », ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, trad. de l'italien [2^e éd., 1946], Paris, 1975, § 17, p. 45.

Il n'est pas dès lors oiseux de passer au crible deux candidatures à la subjectivité internationale en tenant précisément en compte l'exigence de l'indépendance. Commençons par les organisations internationales. Dans l'avis célèbre sur les *Réparations*, la Cour paraît assumer un raisonnement – que l'on pourrait étendre à toute organisation interétatique – qui jette une lumière bienvenue sur l'indépendance révélée par la capacité à introduire une réclamation internationale. La Cour, par une réflexion *a contrario*, affirme que

« [l]orsque l'Organisation a subi un dommage résultant du manquement par un Membre à ses obligations internationales, il est impossible de voir comment elle pourrait en obtenir réparation si elle n'avait pas qualité pour présenter une réclamation internationale. On ne saurait supposer que dans ce cas tous les Membres de l'Organisation, à l'exception de l'État défendeur, devraient s'unir pour présenter une réclamation contre celui-ci pour le dommage subi par l'Organisation »³².

La volonté propre de l'organisation internationale, qui est exprimée par ses organes – qui ne sont ni la somme ni la sublimation de la volonté des États membres³³ – est, nous semble-t-il, à l'origine de la capacité à introduire une réclamation internationale et représente en fin de compte la preuve de son indépendance vis-à-vis de ses États membres. Indépendance d'autant plus consubstantielle à la notion d'organisation internationale que celle-ci est dotée la plupart du temps d'un pouvoir de sanction (au sens large)³⁴ vis-à-vis de ses créateurs³⁵.

32. *Réparations des dommages*, *op. cit.*, pp. 180-181.

33. « Il y a une différence de fond entre une réunion ou une conférence internationale dans laquelle la volonté commune prend ses effets par la concordance des déclarations isolées, et entre une organisation collective investie d'une vie juridique indépendante de la volonté isolée. Dans ce cas, il s'agit de résolutions du corps, tandis que les déclarations de volonté des membres individuels sont tout à fait irrelevantes. C'est un mérite inoublié de la science italienne du droit international d'avoir démontré l'importance primordiale de la notion d'organes collectifs pour l'entendement de l'action simultanée et complexe des États. L'école italienne a rejeté le concept trop étroit de l'organe commun, dont la construction a été entreprise par Jellinek et Donati. [...] La théorie des organes communs [comme par exemple un tribunal arbitral] est dès à présent totalement désavouée ; elle a méconnu la différence très profonde existant entre une entité pourvue d'organes propres et une simple société temporaire aux buts isolés, à laquelle on peut appliquer le proverbe latin : *vix oritur-moritur*. D'après la théorie du professeur Rapisardi-Mirabelli, association internationale veut dire : « en prenant l'expression dans son sens le plus large, entité internationale pourvue d'organes internationaux ». *Ces organes internationaux ne sont guère des organes étatiques communs : leur activité, étant un produit de la volonté collective, est de même l'objectivation de la volonté collective* » (Discours de M. Rundstein (Pologne), affaire relative à la *Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du Travail*, 1930, vol. C 18-II, pp. 47-48 ; italiques ajoutées).

34. On vise par là toutes les mesures qui « d'une façon ou d'une autre sont défavorables à l'État qui les subit, et sont prises par [l'organisation internationale], contre la volonté de celui-ci, en réaction contre une situation ou contre un acte qu'elle désire voir disparaître ou ne pas se renouveler ; toutes associent les deux idées de punition et d'atteinte à une situation conventionnellement protégée », COMBACAU (J.), *Le pouvoir de sanction de l'ONU. Étude théorique de la coercition non militaire*, Paris, 1974, p. 2 [en italiques dans le texte].

35. R. QUADRI, après avoir conclu à la personnalité juridique internationale des organisations internationales, sur la base de l'existence d'une règle coutumière la leur reconnaissant (*La sudditanza nel diritto internazionale*, Padoue, 1936, p. 77), va finalement changer d'idée : « [...] l'indépendance, le détachement des organisations internationales, par rapport aux États membres ne sont que des vains mots, car dans la réalité les choses se passent bien différemment [...] C'est que les organisations internationales ne disposent pas d'assez de ressources, ni d'une base territoriale ou autre pour être indépendantes » (« La personnalité internationale de la Communauté » (1967), in *Scritti giuridici*, vol. III, 1988, pp. 76, 77). De même WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237 (1992-VI), p. 106) : « Les organisations internationales ne sont pas autre chose que le bras séculier des États qui le composent et l'instrument de leur action », et ce serait seulement en vertu d'un langage à la mode et grâce à « l'habillage diplomatico-médiatique » (p. 110) qu'elles sont considérées comme indépendantes des États et partant comme des sujets de droit international public.

Qu'en est-il en revanche pour une autre candidature, beaucoup plus controversée, à savoir celle de l'individu ? L'obligation pour l'individu, même dans le régime juridique qui lui est le plus favorable (c'est-à-dire celui érigé par la convention européenne des droits de l'homme), d'épuiser les voies de recours internes³⁶, paraît bien démontrer l'absence d'indépendance sur la scène juridique internationale. De même, dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice, après avoir affirmé que l'article 36, § 1^{er} de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 « crée des droits individuels », s'empresse d'ajouter que ceux-ci peuvent « en vertu de l'article premier du protocole de signature facultative, [...] être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité »³⁷.

La référence à un lien de nationalité ainsi que la nécessité pour l'individu de faire valoir ses droits par le mécanisme classique de la protection diplomatique semblent se concilier difficilement avec la prétendue subjectivité internationale de celui-ci par le truchement de la responsabilité internationale active qu'il pourrait engager. C'est en ce sens qu'il faut lire le paragraphe suivant de l'arrêt de la Cour, dans lequel celle-ci liquide assez rapidement l'argumentation de l'Allemagne visant à dire que la disposition susmentionnée « n'était pas seulement un droit individuel, mais avait aujourd'hui acquis le caractère d'un droit de l'homme »³⁸. Or, il s'ensuit que, à la différence des (autres) sujets ou prétendus tels, l'individu doit se soumettre, pour pouvoir faire valoir ses droits internationaux, à l'examen de l'ordre juridique par les tribunaux de l'État prétendument responsable. Situation inimaginable pour tout véritable sujet de droit international public : *par in parem non habet iurisdictionem* ! L'immunité dont jouit tout sujet de droit international public devant les juridictions internes (étatiques) est précisément l'un des attributs de la personnalité internationale, qui découle de son indépendance³⁹. Se référant aux seuls États, mais la réflexion garde tout entière sa validité à l'égard des autres sujets de droit international public, Kelsen s'exprimait ainsi :

« En revanche c'est l'une des caractéristiques essentielles de l'ordre juridique national ou de l'État qui le personnifie, qu'il est soumis seulement à l'ordre juridique international et non à un autre ordre juridique national »⁴⁰.

Il convient de rappeler que le domaine réservé de l'État connaît une double limitation, l'une verticale, en raison de la soumission au droit international public – à ne pas confondre avec le postulat de la délégation scellienne⁴¹ – et l'autre horizontale en vertu de l'égalité souveraine des États. La juxtaposition des sujets de droit international public engendre le principe de l'immédiateté, gage de leur indépendance et ce au-delà de la diversité de leur nature ou de leur origine.

36. Nous est-il permis de relever au passage que l'exigence dans la plupart des procédures (juridictionnelles ou pas) d'un épuisement des voies de recours internes, originellement introduite dans le mécanisme de la protection diplomatique, trahit l'évidente filiation de celles-là à celle-ci.

37. *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, *CIJ Recueil 2001*, § 77.

38. Voy. également l'arrêt du 31 mars 2004 (fond) rendu dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique), *CIJ Recueil 2004*, §§ 40-42.

39. « Un État jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État... », article 5 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004.

40. KELSEN (H.), « Théorie du droit international public », *RCADI*, vol. 84 (1953-III), p. 81.

41. Cf. CONDORELLI (L.), « Scholies sur l'idiome scellien des manuels francophones de droit international public », *EJIL*, vol. 1 (1990), pp. 232-234.

D. La personnalité internationale est nécessairement erga omnes

Affirmer que la personnalité juridique internationale se réfère nécessairement à une situation juridique déployant ses effets *erga omnes*, friserait le plus candide des truismes. Toutefois, nombreux sont les cas dans la pratique internationale dans lesquels on observe des incongruités, voire des négations de ce principe.

Dans son avis de 1949 sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour, dans l'un des passages fondateurs et controversés (du moins à l'époque) de sa jurisprudence, tint à déclarer que :

« [elle] est d'avis que cinquante États, représentant une très large majorité des membres de la communauté internationale, avaient le pouvoir, conformément au droit international, de créer une entité possédant une personnalité internationale objective – et non pas simplement une personnalité reconnue par eux seuls – ainsi que la qualité de présenter des réclamations internationales »⁴².

Bien évidemment, la Cour a dû affronter cette question parce que l'État contre lequel l'ONU entendait introduire une action en réparation, c'est-à-dire Israël, n'était pas membre des Nations Unies au moment des faits. Le motif ne révèle toutefois aucun raisonnement, la Cour se contentant de relever que cette « très large majorité des membres de la communauté internationale avaient le pouvoir conformément au droit international ». Rien n'est précisé quant à l'origine ou à la nature du susdit pouvoir. Quoi qu'il en soit, il convient de retenir, pour notre propos, que, pour la Cour, la personnalité juridique internationale se caractérise par un rayonnement *erga omnes*, sinon elle n'en est pas une. Compte tenu de la structure de l'ordre juridique international contemporain, l'on ne peut pas imaginer que la *subjectivité* internationale puisse n'avoir qu'un effet relatif. En d'autres termes, on ne peut guère admettre une fragmentation de la personnalité internationale *ratione personarum*, c'est-à-dire en fonction des autres sujets existants. Une telle conception n'est pas seulement inacceptable au point de vue théorique, mais elle est surtout en porte-à-faux par rapport à la pratique internationale. Accueillir une telle thèse équivaldrait à réfuter l'unicité de l'ordre juridique international et à imaginer autant de sous-systèmes que de relations entre sujets. *Mutatis mutandis*, on pourrait rapprocher l'exigence d'une personnalité juridique internationale *unique*, et partant *erga omnes*, du phénomène des règles de droit international général qui sont universellement opposables. Aussi bien que l'on a une « toile de fond normative »⁴³, de même il y a une toile de fond de la subjectivité. En effet, au-delà des systèmes normatifs régionaux, il y a non seulement un substrat normatif universel, mais de surcroît un ordre juridique universel (au sens d'institution). C'est un problème de structure de l'ordre juridique international. De même qu'on ne peut concevoir des normes impératives régionales, de même on ne peut pas s'imaginer qu'il puisse y avoir des « sujets » ou, pire, des « catégories de sujet » régionaux. Ce ne serait alors qu'une pantomime de subjectivité internationale, pour reprendre une métaphore théâtrale. En conséquence, il doit y avoir des normes de droit international général qui nous indiquent les caractéristiques que doivent réunir les sujets de droit international public. Ces normes, qui tiennent compte des spécificités de chaque catégorie de sujets, n'en

42. *Réparation des dommages*, op. cit., p. 185.

43. *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (Canada/États-Unis d'Amérique), arrêt du 12 octobre 1984 (fond), *Recueil CIJ 1984*, p. 291, § 83.

précisent pas moins les conditions d'existence qui sont et ne peuvent être que les mêmes. Comme le dit de manière lapidaire Quadri :

« [c]hi non proceda da una ricostruzione dei punti di vista generali che emergono dall'analisi dei caratteri fondamentali dell'ordinamento internazionale, potrà essere facilmente tratto in inganno da fallaci apparenze di personalità, da un lato ; smarrirà il senso fondamentale unitario dell'istituzione della personalità, dall'altro. Sarà così portato a moltiplicare presunti fenomeni di personalità internazionale, individuando magari a favore o a carico di un ente un presunto singolo diritto o dovere o una singola presunta situazione soggettiva senza neppur dar valore assoluto, erga omnes alla personalità ; ed a vedere dappertutto fenomeni sui generis »⁴⁴.

Cela ne veut pas dire, faut-il le rappeler, qu'il n'y a pas de sujets aussi disparates que les États, les mouvements insurrectionnels ou encore le CICR pour n'en nommer que les plus distants entre eux. Mais plutôt que, au-delà et en dépit des différences de nature et de création, tous les sujets de droit international public en tant qu'ils sont tels ne peuvent que satisfaire aux mêmes critères. Il peut donc y avoir des sujets hétéroclites (CICR), voire « bizarroïdes » (l'Ordre souverain militaire de Malte) ou encore bien établis (États et organisations internationales), sans que cela porte préjudice à l'unité de la faune : fussent-ils des mammifères, vivipares ou ovipares, ils sont tous des animaux par opposition aux minéraux et végétaux.

Deux exemples, appartenant à des époques et des sujets différents, peuvent être évoqués afin de mettre en relief l'exigence du caractère *erga omnes* de la personnalité internationale. L'un a trait au statut du Saint-Siège sur la scène juridique internationale, notamment à la lumière de la « loi [italienne] sur les garanties ». Plus récent, l'autre renvoie au CICR sous l'angle spécialement de l'accord de siège que celui-ci a conclu le 19 mars 1993 avec la Suisse⁴⁵.

S'agissant du Saint-Siège, on lit dans la loi du royaume d'Italie (13 mai 1871) qui vient d'être évoquée que ce dernier lui reconnaît une palette de droits internationaux qui sont caractéristiques d'un sujet de droit international public. Or, comme Anzilotti le releva avec finesse, cette loi n'est rien d'autre qu'une mesure de l'ordre juridique italien « par laquelle l'Italie a voulu remplir le devoir international d'assurer la liberté du Pape dans l'exercice de sa fonction religieuse et de laisser aux États étrangers pleine liberté de communications avec le chef de l'Église catholique »⁴⁶. Il s'ensuit donc que cette loi interne ne peut point accorder des droits internationaux, et encore moins la personnalité internationale au Saint-Siège⁴⁷. Ce dernier existait ou n'existait pas en tant que sujet de droit international public *indépendamment* des lois italiennes. Certes, cette loi reconnaissait aux envoyés étrangers auprès du Pape les immunités traditionnelles prévues par le droit diplomatique ; cependant le *ius legationis* – l'une des trois capacités constitutives de la subjectivité internationale – ne pouvait point être conférée par l'État italien⁴⁸. D'ailleurs cette détermination des effets juridiques

44. QUADRI (R.), *op. cit.* (1968), p. 395.

45. Texte dans *RGDIP*, vol. 99 (1995-I), p. 205. Il convient de remarquer que le Conseil fédéral a adopté, tant pour le contenu que pour la forme, le même type d'acte que pour les accords de siège avec les organisations internationales classiques.

46. ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, trad. de l'italien (3^e éd. italienne) par G. Gidel, Paris, 1929, p. 149.

47. « *Il Trattato [les accords du Latran] non crea il nuovo Stato ; tanto meno ne suppose fittiziamente l'esistenza* », ANZILOTTI (D.), *Corso di diritto internazionale*, 4^e éd., Padoue, 1955, p. 140.

48. Dans les accords du Latran, on lit au demeurant que : « L'Italie reconnaît au Saint-Siège le droit de légation actif et passif, selon les règles générales du droit international » (article 12).

produits par cette loi sur la personnalité internationale du Saint-Siège est confirmée par l'article 2 des accords du Latran (11 février 1929) aux termes desquels « [l']Italie reconnaît la souveraineté du Saint-Siège dans le domaine international comme un attribut inhérent à sa nature, en conformité avec sa tradition et avec les exigences de sa mission dans le monde »⁴⁹.

Le Royaume d'Italie, en réglant ainsi la « question romaine », s'engageait à reconnaître – avec un effet déclaratif sur la scène juridique internationale – la personnalité internationale du Saint-Siège.

Un constat analogue peut être fait à propos de cet autre spécimen étrange de la faune internationale, à savoir le CICR. Nous bornerons ici aussi à examiner un aspect particulier de la personnalité juridique internationale de cette entité, c'est-à-dire l'accord de siège avec la Suisse. Personne juridique établie « en association régie par les articles 60 et suivants du Code civil suisse »⁵⁰, le CICR n'était pas prédestiné à *devenir* un sujet de droit international public. Et pourtant ! Bien évidemment, ce n'est pas du fait de l'accord de siège précité que cette personne morale du droit suisse acquiert la subjectivité internationale, tant s'en faut. De même que pour le Saint-Siège – mais différemment, puisque celui-ci était déjà un sujet de droit international public – un accord bilatéral, *res inter alios acta*, ne peut pas reconnaître, voire attribuer la personnalité internationale. Ce qui n'eût été envisageable que si était en cause un traité (multilatéral) créant une situation objective⁵¹.

La simple conclusion d'un traité bilatéral (pour le CICR) – voire, pour le Saint-Siège, une loi interne – ne peut pas créer un nouveau sujet de droit international public. Un acte juridique conventionnel ne peut pas à la fois attribuer la personnalité juridique internationale à l'entité concernée et présupposer celui-là comme la preuve de celle-ci : ce serait comme le baron de Münchhausen qui se sauva d'un marécage en se tirant par les cheveux. En conséquence, le traité international de reconnaissance ne permet pas la lévitation de l'entité reconnue dans la sphère juridique internationale. F. Rigaux écrit avec force acuité :

« L'anarchie est déjà suffisante pour ne pas envisager qu'un seul État puisse passer à l'un de ses partenaires [commerciaux], entreprise privée, une carte de membre du club et lui permettre ainsi de se prévaloir plus tard d'une prétendue limitation de souveraineté »⁵².

Si l'on voulait pousser jusqu'au bout la métaphore du club, l'on pourrait ajouter que l'admission à un club, quel qu'il soit, se fait en principe par un processus décisionnel au sein d'un organe si possible plénier (assemblée). Tout au plus pourrait-on concevoir un organe plus restreint, *habilité par une règle d'organisation [infra F]*, à exercer une telle fonction. Or, dans l'ordre juridique international, hors le cas de figure très controversé des statuts objectifs, il n'y a point d'aréopage d'États qui soit en droit d'attribuer la personnalité juridique

49. L'article 4 vient étayer cette interprétation : « La souveraineté et la juridiction exclusive que l'Italie reconnaît au Saint-Siège sur la Cité du Vatican implique cette conséquence qu'aucune ingérence de la part du Gouvernement italien ne pourra s'y manifester, et qu'il n'y aura pas là d'autre autorité que celle du Saint-Siège ». C'est à nouveau l'exigence de l'indépendance comme caractère saillant de tout sujet de droit international public qui est ici mise en relief [voir *supra* C], et qui n'est pas, faut-il le rappeler, attribuée mais seulement reconnue par l'État italien...

50. Article 2 des statuts du CICR adoptés le 24 juin 1998.

51. *Supra* p. 114 (personnalité objective de l'ONU).

52. RIGAUX (F.), « Des Dieux et des héros. Réflexion sur une sentence arbitrale », *Revue critique de droit international privé*, vol. 67 (1978), p. 445.

internationale (donc *erga omnes*) à telle ou telle autre entité ou de créer une nouvelle catégorie de sujets de droit international public.

En revanche, le fondement de la personnalité internationale doit, dans tous les cas, être recherché dans la possession effective de trois capacités (*potestates*) bien distinctes. Le CICR, pour ne prendre que la dernière des entités examinées, conclut des traités⁵³, envoie et reçoit des délégations diplomatiques et introduit des réclamations internationales.

E. Les trois capacités constitutives de la subjectivité juridique internationale : la conception restrictive de la personnalité juridique internationale

Par opposition à la « définition extensive » de la personnalité internationale, examinée plus haut (*supra* A), nous faisons référence – sous l'étiquette « conception restrictive »⁵⁴ de la personnalité internationale – aux trois capacités lucidement délinées par Ch. Dominicé :

« Il s'agit des trois capacités de conclure des traités, d'établir des relations diplomatiques, et de participer aux mécanismes généraux de la responsabilité internationale »⁵⁵.

Deux raisons principales nous ont mené à reconnaître dans ces trois capacités la quintessence de la subjectivité juridique internationale. La première tient à une observation non aprioriste de la réalité internationale telle qu'elle est et non pas telle que certains voudraient qu'elle fût. La deuxième, en revanche, relève d'une analyse des spécificités structurales de l'ordre juridique international, à savoir la dispersion dans la fonction législative, déterminée par l'absence d'une norme secondaire identifiant ce pouvoir [*infra* F]. S'agissant d'un droit d'autonomie⁵⁶, tout sujet est nécessairement à la fois législateur et destinataire des normes de cet ordre juridique. Il s'ensuit que le *jus tractatum* (au sens large) – ou *jus contrahendi* [*infra* E.1] – est l'un des attributs de la personnalité juridique internationale. Ceci parce que, en raison de son indépendance, tout sujet doit pouvoir exercer sa fonction de législation⁵⁷.

L'un des mérites heuristiques de cette conceptualisation restrictive de la personnalité juridique est celui de contenir l'ensemble des critères énoncés jusqu'ici : de la capacité à agir jusqu'au *jus contrahendi* en passant par l'immédiateté. Par ailleurs, de l'identité entre souveraineté et indépendance⁵⁸ découlent les trois capacités. Cette équation, valable originellement pour les États, représente le véritable test de leur subjectivité internationale. À ce titre elle incarne les trois capacités constitutives de la personnalité internationale pour tout autre sujet de droit international public ; autrefois révélatrice de l'État souverain, elle est devenue l'*acid test* de la personnalité pour les autres sujets du droit international,

53. On en recense plus de quatre-vingts à ce jour.

54. Que l'on pourrait également dénommer – si l'on veut – mais avec des différences conceptuelles, la « théorie élitaire du sujet » (KOLB (R.), « Nouvelle observation sur la détermination de la personnalité juridique internationale », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 57 (2002), p. 237.

55. DOMINICÉ (Ch.), *op. cit.*, p. 70. De même : JENNINGS (R.), *op. cit.*, p. 347.

56. CONDORELLI (L.), *Droit international public*, photocopié de la faculté de droit de l'Université de Genève (1987-1988), p. 6.

57. « [...] dans l'ordre international, l'indépendance des États est, d'une part, la base sur laquelle repose le droit international en ce sens particulier que les États indépendants sont en même temps les sujets créateurs des règles écrites et coutumières de ce droit, et les sujets soumis aux règles du droit international », *Régime douanier austro-allemand*, *op. cit.*, vol. C 53, p. 276 (exposé de M. Kaufmann, Autriche).

58. Affaire de l'Île de Palmas, *op. cit.*, p. 838.

non territoriaux et donc dépourvus de souveraineté territoriale⁵⁹, qui doivent précisément leur existence aux États.

En d'autres termes, être indépendant (pour un sujet de droit international public) signifie posséder les trois capacités précitées. Seule une entité *indépendante* les réunit⁶⁰ ; de même, ceci veut dire qu'elle est immédiatement soumise *ipso jure* au droit international public. Sa soumission immédiate au droit international public constitue la preuve qu'elle est indépendante – au même titre et par-delà les différences structurelles – par rapport aux autres sujets de droit international public.

On peut aussi aller plus loin en affirmant qu'à partir de ces reconnaissances ponctuelles ne naîtra finalement une catégorie spécifique y relative, au sens qu'elle englobera toutes ces entités qui remplissent les conditions y énoncées. En d'autres termes, de telles reconnaissances formeront le substrat matériel d'une *opinio juris*, bref d'une règle coutumière consacrant la personnalité internationale de ces différentes entités subsumées sous la catégorie générale (de sujets secondaires). La catégorie est donc la règle coutumière attributive de la personnalité internationale, à la différence des sujets primaires pour lesquels il n'y a pas d'attribution mais reconnaissance (ayant des effets déclaratifs) par le droit international. Ceci vaut pour chaque phase structurelle de l'ordre juridique international, dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'État en tant que sujet primaire, n'est pas *consubstantiel de l'ordre international*⁶¹.

À titre d'exemple d'une règle coutumière établissant la personnalité internationale, Ch. Dominicé cite celle qui est relative au CICR. Or, dans ce cas il s'agit véritablement d'une règle coutumière spéciale puisqu'elle se rapporte à un sujet *sui generis*⁶². En revanche, les règles (*sur la personnalité*) relatives respectivement aux mouvements de libération nationale, aux insurgés ou aux organisations internationales sont des règles-catégories ; elles sont « générales », dans la mesure où il y a plusieurs entités qui sont qualifiées comme telles. Ne peut-on partant dire que, presque à l'image des États sujets primaires de l'ordre international contemporain, les sujets secondaires, pour être tels, doivent posséder ces trois capacités et que, en conséquence, toute règle, spécifique ou générale, *sur la personnalité internationale* (relative aux sujets secondaires) comporte ces trois conditions ?

De tout ce qui précède, peut-on toujours transposer purement et simplement la conception orthodoxe de la personnalité qui a été mûrie dans l'ordre interne [*supra* A], dans l'ordre juridique international, sans tenir compte des spécificités de ce dernier ? L'interrogation paraît légitime si l'on passe en revue les sujets incontestés de droit international. Si on les observe attentivement, on remarquera en effet que tous – au-delà de leur nature différente⁶³ – partagent des éléments

59. « Une organisation internationale est, comme un État, un sujet de droit international, mais possédant une capacité juridique internationale restreinte et surtout, à la différence de l'État, elle est un sujet dépourvu de toute base territoriale » (Opinion individuelle du juge Ago jointe à l'avis consultatif sur l'interprétation de l'accord de siège entre l'OMS et l'Égypte, *CIJ Recueil 1980*, p. 155).

60. Comp. DOMINICÉ (Ch.), (*op. cit.*, p. 66) : « Il nous paraît que, pour qu'une telle reconnaissance puisse produire ses effets, certaines conditions d'autorité, effectivité et d'organisation doivent être réunies, toutes conditions qui résultent du droit international. [N'est-on pas en train ici de parler d'« indépendance », donc des trois caractéristiques ?] On est proche de l'acquisition de la personnalité juridique du fait de la réunion de critères énoncés par le droit, la reconnaissance étant d'ailleurs l'une de ces conditions ».

61. *Supra*, note 31.

62. « [...] dans des rares cas, une norme coutumière spécifique attribue la personnalité juridique internationale à une entité particulière » (*op. cit.*, p. 67). Tel peut également être le cas du Saint-Siège et sûrement de l'Ordre Souverain Militaire de Malte (SMOM), si tant est qu'il est considéré sujet de droit international public.

63. Voy. *supra*, p. 4, le motif de la CIJ dans l'affaire relative à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies...*

communs, à savoir les trois capacités (*potestates*) inhérentes à la personnalité internationale. Ces dernières pourraient représenter le fond commun, le noyau dur de la personnalité juridique internationale, auquel tout sujet de droit international doit satisfaire. La réunion de ces trois capacités révèle ce que, peut-être à défaut d'un terme plus heureux, on peut appeler l'« indépendance ». Cet emprunt lexical à la caractéristique moderne de l'État souverain, nous sert à désigner la situation – juridique et matérielle – de tout sujet par rapport aux autres. L'indépendance est à tout sujet de droit international, autre que les États, ce que la souveraineté est à tout État : la mesure et l'essence véritable de la subjectivité internationale. *In fine*, il convient de préciser ce qu'on entend par « indépendance » par rapport aux conditions et éléments de la personnalité juridique internationale. L'indépendance n'est pas une condition ultérieure à laquelle est soumise la qualité de sujet du droit international, elle en est le résultat. En d'autres termes, elle représente la condition juridique et matérielle de ce sujet. Autres sont les capacités que doit réunir un tel sujet et elles sont au nombre de trois (*infra E*), ce triptyque révélant la qualité de sujet attachée par le droit international à telle ou à telle autre entité.

1. Jus contrahendi

Le *jus contrahendi* s'entend de la capacité de contracter des engagements internationaux (conventionnels et autres). En raison de la structure normative dans l'ordre juridique international, caractérisée par l'*autonomie*, c'est-à-dire par l'absence du *pouvoir normatif*. Ses sujets sont ceux qui exercent la fonction normative, ce qui en fait tout à la fois les destinataires de la règle et les législateurs.

Quelques précisions terminologiques et conceptuelles s'imposent d'entrée de jeu. Plutôt que de parler, de manière indûment limitative, de *jus tractatus*, nous avons préféré parler, plus correctement de *jus contrahendi* étant donné, de surcroît que la « toile de fond normative » est coutumière... et que la personnalité est justement générale, *erga omnes* [*supra D*] ⁶⁴. De même, et en poussant cet effort de débroussaillage plus loin, plutôt que de *jus contrahendi*, il conviendrait de parler de *jus legiferandi* étant donné la structure de l'ordre international, les deux se confondent. Toutefois, les normes générales, à la différence du droit interne, sont secrétées par les destinataires (droit d'autonomie) qui par la même occasion *contractent* les engagements qu'elles contiennent.

Selon Anzilotti, puisque le droit international repose sur un accord, dès que les sujets concluent un premier accord, ils existent. Cet accord signifie et engendre la reconnaissance :

« La reconnaissance n'est donc autre chose que qu'un pacte conclu sur la base de la règle *pacta sunt servanda* : la personnalité internationale, rendue possible par cette norme, devient effective et concrète par la reconnaissance » ⁶⁵.

Cet accord va produire l'effet juridique de la personnalité en vertu de la « norme-hypothèse *pacta sunt servanda* ». Ainsi cette dernière joue non seulement le rôle de norme secondaire sur la production normative, mais également celui de norme (secondaire) sur la *subjectivité* juridique internationale ⁶⁶. La reconnaissance aurait dès lors des effets constitutifs sur la personnalité juridique internationale.

64. Même si d'aucuns, plus prudemment (DUPUY P.M., *op. cit.*, p. 116), affirment que la capacité normative « se résorbe essentiellement dans celle de conclure des traités ».

65. ANZILOTTI (D.), *op. cit.* (1929), p. 161.

66. Sur le caractère « secondaire » de la norme qui reconnaît la personnalité juridique internationale, *infra F*.

Qu'à la différence de ce qui se passe en droit interne, les sujets de l'ordre international exercent la fonction de création normative, découle de l'absence d'une règle secondaire prévoyant ce pouvoir ; d'où la dispersion dans l'exercice de la fonction y relative. La nécessité du *ius contrahendi*, et notamment de normes générales et abstraites, découle de la structure horizontale. Suite à une observation empirique et à une déduction logique, il appert que dans les ordres dits horizontaux (*Koordinationsrecht*) l'exercice de cette fonction exprime, à l'heure actuelle, la quintessence de la notion de sujet de droit international public⁶⁷. Il en va tout autrement dans les ordres dits de subordination (*Zwangsrecht*). En droit privé, la capacité contractuelle (qui n'est pas aussi étendue que le *jus legiferandi* en droit international public) est d'ailleurs inhérente à la qualité de sujet de droit interne.

Enfin, il convient encore de dire deux mots sur l'exigence de la capacité de conclure des traités comme caractère distinctif de la personnalité juridique internationale⁶⁸. Par rapport plus précisément aux organisations internationales, il a été justement écrit que :

« [...] through the capacity to conclude treaties with States on a level of parity an international organization receives a valid entry ticket to the world of international relations at the level of international law »⁶⁹.

Il n'est pas douteux que tout sujet de droit international public quel qu'il soit doit la posséder la capacité de contracter des engagements internationaux, même le plus atypique⁷⁰. Il faut cependant nuancer cette affirmation en précisant que cette capacité à elle seule n'est pas décisive aux fins de la détermination de la personnalité juridique internationale. Qu'il suffise de songer aux cantons suisses⁷¹, aux Länder allemands, aux régions italiennes, aux provinces canadiennes et, par le passé, aux dominions, aux colonies, aux États protégés qui, à des titres différents, étaient habilités, certes par « par le droit interne », à conclure des traités internationaux⁷². Il convient donc de réaffirmer l'importance de la deuxième capacité, c'est-à-dire le *jus standi*.

2. Jus standi

Le *jus standi* s'entend de la capacité de participer aux mécanismes généraux de la responsabilité internationale. Corollaire de la première qualité⁷³, la capacité d'introduire et de recevoir des réclamations internationales en vertu du droit international général (et non pas exclusivement conventionnel), reflète l'indépendance

67. Cf. la circulaire du Secrétaire général des Nations Unies sur le « Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies », 6 août 1999 (SGB/1999/13).

68. CAHIER (Ph.), *op. cit.*, p. 152 ; DUPUY (P.M.), *op. cit.*, p. 111.

69. TOMUSCHAT (C.), « International Law : Ensuring the survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 281 (1999), p. 131.

70. « Au point de vue du droit international, la Ville libre [de Dantzig] jouit d'une personnalité distincte puisqu'elle est apparue comme Partie contractante à des traités et qu'elle a pris part à des conférences internationales », *La Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du Travail, CPJI*, vol. C 18-II, p. 166 (Mémoire du BIT).

71. En conformité avec l'article 56 § 1 de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 : « Les cantons peuvent conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence ».

72. Cf. *Oppenheim's International Law*, 9th ed. by Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, Vol. 1 Parts 2 to 4, Harlow, 1992, p. 1218.

73. Comme en témoigne : « [i]l en résulte que Dantzig a des relations étrangères qui lui sont propres ; c'est de lui qui acquiert des droits internationaux, qui assume des obligations internationales, qui est responsable à l'égard des autres États et qui est en droit de demander l'accomplissement des obligations internationales que les autres États ont à son égard », *La Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du Travail, CPJI*, vol. C 18-II, p. 21 (Discours de M. Kaufmann, Dantzig).

que tout sujet de droit international public possède. En d'autres termes, l'on touche ici à la capacité d'enclencher les *garanties*⁷⁴ que le droit international prévoit à l'égard des sujets de droit international public afin d'assurer leur effectivité : la responsabilité internationale⁷⁵ aussi bien que la faculté de créer, avec d'autres sujets du droit international public, un tribunal arbitral ou tout simplement l'introduction par voie diplomatique d'une réclamation juridique, etc. :

« La qualité pour présenter une réclamation internationale c'est, pour qui en est revêtu, la capacité de recourir aux méthodes habituelles reconnues par le droit international pour l'établissement, la présentation et le règlement de réclamations. Parmi ces méthodes, on peut mentionner la protestation, la demande d'enquête, la négociation et la demande de soumettre l'affaire à un tribunal arbitral ou à la Cour, dans la mesure où son Statut le permet »⁷⁶.

Depuis l'affaire des *Réparations* il est incontesté que d'autres sujets du droit international public que les États peuvent voir leur responsabilité internationale activement ou passivement engagée⁷⁷. Quelques décennies plus tard, la Cour a ouvert une brèche dans le paradigme étatique de la personnalité juridique internationale lorsqu'elle a évoqué dans l'affaire *Nicaragua* l'engagement de la responsabilité internationale d'un mouvement insurrectionnel⁷⁸.

Lorsqu'on parle de *jus standi*, on fait référence, comme le dit fort bien Ch. Dominicé, à la « capacité de participer aux mécanismes généraux de la responsabilité internationale »⁷⁹. L'adjectif « général » renvoie principalement aux mécanismes, procédures et institutions envisagés par le droit international général. Il s'agit partant d'une faculté propre au sujet indépendamment de tout instrument conventionnel. Les mécanismes spéciaux que les traités peuvent prévoir ne sont pas significatifs aux fins de la détermination de la personnalité juridique internationale, car, étant forcément relatifs, ils sont sans pertinence au regard du droit international général et universel. La personnalité internationale étant une situation juridique forcément opposable *erga omnes*, elle ne peut être ancrée dans ou rattachée à un droit circonscrit *ratione personarum*. La condition de l'individu est particulièrement éloquente sous cet angle. Celui-ci possède dans

74. Au sens de R. QUADRI : « *Il concetto di garanzia è pertanto più ampio di quello di sanzione in quanto comprende ogni atto, procedimento e situazione che miri a mantenere e a stabilire quell'equilibrio sociale in potenza o in atto turbato dai soggetti. Norma e sanzione stanno in rapporto di reciproca presupposizione, la norma essendo tale solo in quanto socialmente garantita* » (op. cit. (1968), p. 229).

75. « [Un] État capable de responsabilité à raison d'acte illicites (capacité qui est donnée par la notion même de personnalité internationale)... », ANZILOTTI (D.), op. cit. (1929), p. 534 [italiques ajoutées].

76. *Réparation des dommages*, op. cit., p. 177.

77. Jadis déjà, il avait été justement soutenu que « [la Ville libre de Dantzig] engage sa responsabilité comme les autres États engagent leur responsabilité à son égard », *La Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du Travail, CPJI*, vol. C 18-II, p. 223 (Exposé écrit du gouvernement de la Ville libre de Dantzig).

78. « La Cour ne considère pas que l'assistance fournie par les États-Unis aux contras l'autorise à conclure que ces forces sont à tel point soumises aux États-Unis que les actes qu'elles pourraient avoir commis seraient imputables à cet État. Elle estime que les contras demeurent responsables de leurs actes et que les États-Unis n'ont pas à répondre de ceux-ci mais de leur conduite à l'égard du Nicaragua, y compris celle qui est liée aux actes en question [...] *La licéité ou l'illicéité de tels actes des États-Unis est une question distincte de celle des violations du droit humanitaire dont les contras se seraient éventuellement rendus coupables. Aussi la Cour n'a-t-elle pas à établir s'ils ont en fait commis les violations du droit humanitaire qui leur sont attribuées* », Nicaragua, op. cit., § 116 [italiques ajoutées]. La Commission du droit international a par ailleurs clairement précisé les conditions auxquelles était soumis l'engagement de la responsabilité internationale, dans l'article 10 du texte d'articles sur la responsabilité adopté en août 2001 (A/56/10).

79. DOMINICÉ (Ch.), op. cit., p. 70.

des cadres restreints – au point de vue aussi bien normatif que géographique – une capacité d’agir qui lui a été attribuée par les États parties au traité concerné. À cet égard, il suffit de citer la convention européenne des droits de l’homme qui, telle qu’amendée par le protocole n° 11, accorde à tout particulier – abstraction faite de sa nationalité – un droit de recours international (« *ein völkerrechtliches Klagerecht gegen Staaten* »)⁸⁰. Les droits en question – inscrits dans la convention – sont ainsi *juridictionnables* par les individus qui peuvent obtenir au stade ultime de la procédure une décision juridiquement contraignante émanant d’un organe juridictionnel international qui modifie leurs relations juridiques avec tout État contractant, y compris celui de sa nationalité. L’arrêt, mettant en œuvre la responsabilité internationale de l’État, fera ainsi naître un nouveau faisceau de droits et obligations entre les deux parties à l’instance et plus généralement entre les parties contractantes puisque les obligations découlant de la CEDH sont opposables *erga omnes* : obligation de réparer d’une part et droit à l’obtenir d’autre part. Toutefois, ces effets juridiques sont forcément limités aux seuls États parties à la convention de Rome, de manière telle qu’on ne peut parler de rayonnement *erga omnes* de cette prétendue personnalité juridique internationale de l’individu⁸¹.

En tout état de cause, le *jus standi* ne peut pas fournir à lui seul le critère de la personnalité juridique internationale de l’individu ou de tout autre candidat à la *subjectivité* juridique internationale. Comme le dit avec acuité Cavaglieri :

« Les États sont souverains et donc, dans leurs accords réciproques, peuvent stipuler ce qu’ils veulent. Rien en soi ne les empêche de convenir dans un traité d’accorder à des tiers, qui seraient de simples individus, des droits immédiats, directs, qu’ils puissent faire valoir sans qu’ils aient besoin de passer par leur droit interne respectif »⁸².

La vision est radicale, même si elle préfigure une évolution possible du droit international public. Cela dit, elle contient une part de vérité en ce qu’elle montre les limites de la conception dite extensive de la personnalité juridique internationale en ce qui concerne les individus. À ces derniers ferait toujours défaut l’indépendance que seule la possession des autres capacités pourrait donner.

3. Jus legationis.

Le *jus legationis* vise le droit de représentation diplomatique active et passive. Par cette expression, on ne fait référence qu’à la capacité (*potestas*) de le faire, l’établissement effectif de telles relations dépendant du commun accord des sujets de droit international public. De tout temps, la capacité juridique d’entretenir des relations diplomatiques a été considérée comme inhérente à la qualité de sujet de droit international public. Dans son arrêt en l’affaire du *Personnel*

80. « Compétence des Tribunaux de Dantzig », *CPJI*, vol. C 14-I, p. 134 (Réplique du gouvernement polonais à l’appel du gouvernement de la Ville libre de Dantzig).

81. Par ailleurs, le récent arrêt de la CIJ dans l’affaire *Lagrand* (fond, 27 juin 2001) semble confirmer que même si la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires créé des « droits individuels », ces derniers « [ne] peuvent être invoqués devant la Cour [que] par l’État dont la personne détenue a la nationalité » (*CIJ Recueil 2001*, § 77). La référence à la condition du lien de nationalité appose une pierre tombale sur la prétendue subjectivité internationale de l’individu au regard de la convention de Vienne de 1963 et ce même si l’on prenait en compte la définition extensive de la personnalité juridique internationale (*supra* A).

82. « Compétence des Tribunaux de Dantzig », *CPJI*, vol. C 14-I, p. 278 (Consultation de M. Cavaglieri adressée au Président de la SdN par le Commissaire général de Pologne à Dantzig).

diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, la Cour, rappelant son ordonnance du 15 décembre 1979, affirme que :

« [L']institution de la diplomatie, a-t-elle poursuivi, « s'est avérée un instrument essentiel de coopération efficace dans la communauté internationale, qui permet aux États, nonobstant les différences de leurs systèmes constitutionnels et sociaux, de parvenir à la compréhension mutuelle et de résoudre leurs divergences par des moyens pacifiques » (*CIJ Recueil 1979*, p. 19) »⁸³.

La question ici sous examen ne se confond pas avec celle des immunités, connues par le droit diplomatique, qui sont codifiées dans la convention de Vienne de 1961, mais touche au contraire à l'essence de la personnalité internationale révélée par le droit de représentation diplomatique. D'un point de vue strictement logique, les trois capacités constitutives de la personnalité juridique internationale sont étroitement enchevêtrées. Il nous paraît néanmoins que le *jus contrahendi* précède logiquement (mais pas forcément en importance) les deux autres. Car, le *jus standi* en découle tout autant que le *jus legationis* qui est de surcroît naturellement subordonné à ce dernier. Toutefois, la dépendance de ceux-ci par rapport au *jus contrahendi* ne signifie pas qu'ils soient moins importants ou même superfétatoires, tant s'en faut. En revanche, cette subordination exprime une relation logique qui ne se confond pas avec la question de l'importance ou de l'« essentialité » de telle ou telle autre. Le simple raisonnement logique ne peut en droit emporter la conviction finale que le *jus legationis* est effectivement, à la lumière d'une analyse positiviste, exigé aux fins de la détermination de la qualité de sujet de droit international public. Et les précédents jurisprudentiels et étatiques⁸⁴ ainsi que les avis doctrinaux⁸⁵ n'abondent pas vraiment. Faut-il en déduire que le *jus legationis* est si nécessairement relié au *jus standi* que la question n'ait jamais été débattue ? Ce serait aller trop loin. Certains tribunaux internes et internationaux se sont en effet penchés sur cette problématique lorsque, confrontés à une entité au statut international douteux, ils ont dû précisément en déterminer la qualité de sujet de droit international public. Il convient de citer à cet égard la décision de la Cour de l'amirauté dans l'affaire *The Charkieh*, qui concernait le statut juridique de l'Égypte, au temps des khédives⁸⁶, qui a mentionné le droit de représentation diplomatique active et passive parmi les attributs de la personnalité juridique internationale.

« *Every nation, so far sui juris as to be capable negotiating in its own name with other nation, has the right of sending an Embassy* (droit actif – *actives Gesandtschaftsrecht*) »⁸⁷.

L'un des pères fondateurs de la science de droit international, Grotius, introduisit dans son « *Droit de la guerre et de la paix* », une distinction entre les entités souveraines et les autres (qui n'étaient pas sujets de droit international public) sous l'éclairage du *jus legationis* :

83. Arrêt du 24 mai 1980 (fond), *CIJ Recueil 1980*, § 91.

84. Cf. l'Acte final (*Wiener Schlussacte*) du 15 mai 1820, dont l'article 50 attribue à la seule Confédération germanique le droit de représentation diplomatique active et passive.

85. PHILLIMORE, Sir Robert, *Commentaries upon International Law*, Vol. I, Part I, London, 1879, § 75, p. 98 ; FIORE (P.), *Il diritto internazionale codificato*, 4^e éd., Milan, 1909, p. 113, article 57 lit.a) ; HEFFTER (A.W.), *Le droit international public de l'Europe*, trad. de l'allemand (d'après la 9^e éd. allemande), Paris, 1866, § 199, p. 375 ; DESPAGNET (F.), *op. cit.*, § 73, p. 82 ; LAWRENCE (T.J.), *op. cit.*, § 38, p. 63.

86. *The Charkieh case* (1873), in COBBET (P.), *Leading Cases and Opinions on International Law*, London, 1885, p. 7 : opinion de Sir Robert Phillimore ; CAHIER (Ph.), *op. cit.*, p. 153.

87. PHILLIMORE (Sir Robert), *op. cit.*, Vol. II, Part I, § 114, p. 157.

« Mais il faut savoir premièrement, que ce droit des gens, quel qu'il soit, [...] concerne les ambassadeurs que s'envoient entre eux ceux qui sont en possession de la souveraineté ; car ceux qui, en dehors des précédents, sont députés des provinces, des villes municipales, et autres, sont régis non par le droit des gens, qui existe entre les nations diverses, mais par le droit civil »⁸⁸.

Un autre passage mérite d'être cité, d'où il ressort, on ne peut plus nettement, le lien entre la subjectivité internationale et le droit de représentation diplomatique. Celui-ci prouvant celle-là, il ne peut exister que dans ces domaines où une entité, qui n'est pas totalement *indépendante* (ou souveraine), exerce la *plénitude* des prérogatives de la puissance publique à l'*exclusion* de tout autre État⁸⁹ :

« ... auront le droit d'ambassade [...] même ceux qui en partie sont sujets, en partie ne le sont pas, *pour la partie à l'égard de laquelle ils ne sont pas sujets* »⁹⁰.

La consubstantialité entre souveraineté et droit de légation saute immédiatement aux yeux :

« [t]out État souverain est donc en droit d'envoyer et de recevoir des Ministres Publics [...] On peut voir dans le premier Chapitre de cet Ouvrage, quels sont les Souverains et les États indépendants, qui figurent ensemble, dans la grande Société des Nations. Ce sont-là les Puissances, qui ont le Droit de l'Ambassade »⁹¹.

Plus génériquement, le lien consubstantiel existant entre la personnalité juridique internationale et le *jus legationis* apparaît évident même pour d'autres sujets que les États, comme le dit Lorimer :

« [n]ous noterons ici que tout droit susceptible d'être reconnu implique un droit d'ambassade correspondant. La reconnaissance de belligérant entraîne un droit d'ambassade, en ce sens que le belligérant peut entrer en communication avec les États qui le reconnaissent, pour tout ce qui a trait à la guerre »⁹².

Il en ressort on ne peut plus clairement que le *jus legationis* non seulement est le reflet de personnalité juridique internationale, mais de surcroît il reflète, pour tout autre sujet de droit international public que les États, l'étendue de sa capacité juridique (*supra* B). Ce que nous appelons le principe de spécialité pour les organisations internationales n'est pas un attribut qui est réservé à ce type de sujet mais, bien au contraire, une caractéristique commune à tous les sujets autres que les États. En toute logique, le *jus legationis* est circonscrit par les règles dont un sujet peut demander le respect (*jus standi*) et à la création desquelles il a contribué (*jus contrahendi*). Le fil d'Ariane qui sous-tend ces trois capacités fournit la mesure de la subjectivité internationale de tout type de sujet dérivé de droit international public.

88. GROTIUS (H.), (1625), trad. du latin par P. Pradier-Fodéré, Paris, 1867, Livre II, Ch. XVIII.II.1.

89. Nous employons ici l'heureuse formulation du juge Huber dans l'affaire de l'Île de Palmas (*op. cit.*, p. 838).

90. GROTIUS (H.), *op. cit.*, Livre II, Ch. XVIII.II.2 [italiques ajoutées].

91. VATTTEL (E. de), *Le Droit de gens ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des Nations et de Souverains*, Amsterdam, 1758, IV.V.57.

92. LORIMER (J.), *Principes de droit international*, trad. de l'anglais, Bruxelles, 1885, p. 129 ; LAWRENCE (T.J.), *The principles of International Law*, Part I, London, 1911, § 41, p. 72.

F. *Les règles secondaires et la personnalité juridique internationale*

Tout ordre juridique détermine ses sujets et les caractéristiques qu'ils doivent posséder afin d'être qualifiés comme tels⁹³. Cette détermination ne peut qu'émaner de l'ordre juridique qui énonce positivement les conditions qui doivent être remplies à cette fin en tenant compte des exigences d'organisation de la base sociale⁹⁴. À cet égard, l'ordre international ne saurait constituer une exception⁹⁵. Il y aura donc, dans l'ordre juridique international, une règle (voire un corps de règles) qui identifie(nt) les conditions et les caractéristiques de la subjectivité internationale. Cette règle, de par sa fonction, ne peut qu'appartenir au cercle restreint des normes dites d'« organisation ». Par norme secondaire ou d'organisation,

« [n]ous entendons... ces règles qui ont pour objet la société internationale dans son ensemble que dans chacun de ses secteurs, dans le but et avec l'effet de déterminer des modèles d'organisation structurale, obligatoires pour les membres de la société »⁹⁶.

Ces normes sont logiquement opposées aux « règles de conduite », à savoir ces « règles qui ont pour objet la vie de relation entre les sujets de la société internationale, leur attribuant des droits et des obligations »⁹⁷. L'exigence de cette *summa divisio* entre normes primaires (ou de conduite) et normes secondaires (ou d'organisation) et partant l'existence tout particulièrement de ces dernières a été avancée par certains éminents spécialistes de la théorie générale du droit au XX^e siècle. Au-delà des inévitables spécificités individuelles, les auteurs qui prônent l'existence de cette bipartition considèrent que tout ordre juridique est composé de normes primaires et de normes secondaires :

« Le point de départ de la théorie de Hart est une distinction aussi simple que séduisante entre ce qu'il appelle les « règles primaires d'obligation » (primary rules of obligation), en d'autres termes les règles de conduite qui prescrivent le comportement exigé des sujets du droit ; et les « règles secondaires » (secondary rules), qui régissent le cycle de vie et la mise en œuvre des règles primaires, c'est-à-dire la structure, les fonctions et les modalités de fonctionnement du système juridique lui-même. Ce sont donc des règles qui ont pour objet le système juridique et non pas le comportement des sujets de droit, car elles codifient sa composante institutionnelle : sa structure, ses mécanismes et ses processus ; des « règles sur les règles » telles qu'elles ont été décrites par les juristes musulmans il y a plus d'un millénaire, ou des « règles d'organisation » selon une certaine doctrine italienne »⁹⁸.

On ne pouvait mieux dire. Les normes secondaires portent sur l'organisation et le fonctionnement de l'ordre juridique ; elles sont en ce sens indispensables. Santi Romano avait même affirmé, peut-être de manière exagérée (mais à dessein), que l'on pourrait concevoir un ordre juridique composé par une seule et unique norme, à savoir celle qui identifierait l'organe (le juge) chargé de trancher les litiges entre les sujets. En réglant le différend, le juge (ou un autre organe

93. PERASSI (T.), *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, 1967, pp. 43-44.

94. Cf. *Réparation des dommages*, *op. cit.*, p. 178 : « Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté » (italiques ajoutées).

95. ANZILOTTI (D.), *op. cit.* (1955), p. 153.

96. ZICCARDI (P.), « Règles d'organisation et règles de conduite en droit international », *RCADI*, vol. 152 (1976-IV), p. 133.

97. *Ibid.*, p. 132.

98. ABI-SAAB (G.), *op. cit.*, p. 115.

quel qu'il soit) poserait (bref, créerait) ainsi la norme dans le cas concret⁹⁹. En conséquence, conclut-il, « le juridique, dans l'hypothèse envisagée, réside non dans des normes [primaires], qui font défaut, mais dans le *pouvoir*, dans le magistrat qui exprime la *conscience sociale objective*, avec des moyens différents de ceux qui sont propres à des ordres plus complexes et plus évolués »¹⁰⁰. Or, la norme à laquelle on est ici confronté – norme sur la reconnaissance de la personnalité juridique internationale – est une règle secondaire (au sens de Hart et de Romano)¹⁰¹ ou d'organisation (au sens de Ziccardi) relative aux pouvoirs et aux compétences des sujets de droit international public, que Raz désigne par l'expression de « P-Rule »¹⁰².

L'existence de cette norme secondaire contenant les trois capacités constitutives de la personnalité juridique internationale serait étayée par l'observation de la scène juridique internationale et représente le fruit d'une extrapolation des traits communs des sujets disparates de droit international public existants à l'heure actuelle, dont la qualité de sujet de droit est indiscutée. Comme le dit très bien Quadri :

« [...] *il concetto di c.g. [capacità giuridica]*¹⁰³ è categoria dogmatica in quanto frutto d'astrazione scientifica, in quanto indicazione sintetica di un elemento comune in generale alle norme di un ordinamento (che può essere opera anche di una disposizione ad hoc, senza per questo cambiar natura); in quanto quindi espressione di un punto di vista generale dell'ordinamento, dato che nei singoli precetti normativi si riflettono appunto certe idee generali »¹⁰⁴.

En d'autres termes, la norme générale qui reconnaît (attribue ?) la personnalité juridique internationale à différentes entités – aussi bien dans leur nature que dans leur origine (pour employer le raisonnement de la CIJ dans l'avis sur les *Réparations*) – transcende la variété phénoménologique pour atteindre l'identité ontologique.

*G. Épilogue : variations sur le thème « État »
ou les espèces simili-étatiques (dégradé étatique)*

Les trois capacités précitées doivent être réunies pour que l'on puisse parler de sujet de droit international. Sur ces prérequis vont ensuite se greffer les spécificités relatives à chacun des types de sujet de droit international. Par exemple, pour l'État, c'est la souveraineté qui englobe les trois capacités et qui différencie l'État indépendant de ses faux-semblant. Pour l'organisation internationale, la possession des trois capacités – en tant que pouvoirs explicites ou implicites – révèle sa personnalité internationale. Et ce même si d'aucuns affirment qu'il n'y a pas de « personnalité internationale commune à toutes les organisations internationales, mais autant de personnalités différemment dosées qu'il existe d'organisations internationales »¹⁰⁵. Il convient en revanche de croire que le dosage se

99. Encore au XIV et XV^e siècles, par ailleurs, « les fonctions de juge et de législateur ne se distinguent pas toujours » dans les ordres juridiques internes ; OST (F.)/VAN DE KERCHOVE (M.), « Interprétation », *Archives de philosophie du droit*, Tome 35, p. 79.

100. ROMANO (S.), *op. cit.* (1946), § 7, p. 14 (italiques ajoutées).

101. HART (H.L.A.), *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 77-96 ; ROMANO (S.), *op. cit.* (1946), § 22.

102. RAZ (J.), *The concept of a Legal System*, Oxford, 1983, p. 224.

103. Pour cet auteur, « capacité juridique » est synonyme de subjectivité juridique tout court (*op. cit.* (1968), p. 389).

104. QUADRI (R.), *op. cit.* (1968), p. 391.

105. WEIL (P.), *op. cit.*, p. 104.

réfère plutôt à l'étendue des droits couverts par les trois composantes de la capacité qu'à la subjectivité. Le principe de spécialité prend en compte la spécificité des différentes organisations internationales tout en affirmant l'unicité de la catégorie juridique de la personnalité¹⁰⁶. Par-delà la différence de leur nature et de leur origine, tous les sujets de droit disposent des trois capacités dont il est question ci-dessus.

De tout ce qui précède, le paradigme autrefois inébranlable de l'unicité de la subjectivité internationale et son dégradé étatique [para et simili étatique] sort passablement malmené. La « variété » faunistique qui s'observe aujourd'hui sur la scène internationale est une diversité foncièrement et ontologiquement différente de celle qui existait en tout cas avant la 1^{re} guerre mondiale. Jadis, elle ne visait que les différents types de modèle étatique (« le dégradé étatique »), c'est-à-dire les diverses variations sur le seul sujet envisageable, l'État. On en recensait d'une part les formes « mineures » : États protégés, États quasi-indépendants et autres entités étatiques *amoindries* et d'autre part les nouveaux « monstres » que constituaient les associations ou unions d'États, à savoir – dans la grammaire contemporaine – les organisations internationales. En fin de compte, il y avait des États, des États *light* et enfin des associations d'États. En revanche, à l'heure actuelle, les nouveaux sujets, comme le dit la Cour dans l'avis des *Réparations*, sont différents des États dans leur origine et dans leur nature. Emprisons-nous cependant de nuancer. Si l'État n'est plus le seul modèle de la subjectivité internationale, il n'en demeure pas moins qu'il reste le modèle (d'imitation) le plus diffus. Tous les sujets, ainsi que les candidatures les plus sérieuses à ce statut, sont, à l'exception notable de l'individu, des entités : a) qui aspirent à devenir des États (comme les mouvements de libération nationale ou insurrectionnels)¹⁰⁷ ; b) créées par les États (comme les organisations internationales) ; c) qui singent les États : Ordre souverain de Malte, Palestine, Saint-Siège, villes internationales (Dantzig ? Trieste ? Jérusalem¹⁰⁸... ?) ; d) qui sont des contrefaçons des organisations internationales (les ONGs) ; e) qui, sous prétexte de leur puissance matérielle et de la nature internationale de leurs activités ainsi que des contrats qu'elles passent avec les États, revendiquent un *locus standi* sur la scène juridique internationale (les sociétés transnationales).

De surcroît, il ne faut pas oublier que s'il est vrai que d'autres entités que les États possèdent, dans des mesures différentes, les trois capacités susvisées, autrefois apanage de celui-ci, il n'en est pas moins vrai que l'État reste l'unique « agent de création d'autres sujets de droit dans l'ordre juridique international »¹⁰⁹ ! Et ce même si l'on devait imaginer – événement certes rare mais historiquement advenu – la création d'un nouveau sujet de droit international public par une organisation internationale (Dantzig ? Trieste ?). Car,

106. « La Cour a à peine besoin de rappeler que les organisations internationales sont des sujets de droit international qui ne jouissent pas, à l'instar des États, de compétences générales. Les organisations internationales sont régies par le « principe de spécialité », c'est-à-dire dotées par les États qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir », *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État lors d'un conflit armé*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil 1996*, § 25.

107. Ces deux sujets sont fonctionnellement et ontologiquement transitoires, car si le premier ambitionne de se muer en un État indépendant, de s'associer à un État préexistant ou de s'y faire absorber tout court, le deuxième vise à se substituer au gouvernement d'un État (donc en fin de compte un élément constitutif de l'État) contre lequel il guerroe ou carrément à devenir le premier gouvernement d'un nouvel État (sécessionniste). Voy. à propos de ce dernier cas de figure *supra* note 78.

108. Selon le plan de partage adopté le 29 novembre 1947 par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 181 (II).

109. DUPUY (P.M.), *op. cit.*, p. 117.

même dans cette hypothèse, les États seraient ultimement les véritables créateurs par le truchement de l'organisation internationale.

Comme autrefois pour les organisations internationales, et encore tout récemment pour le CICR, il n'est absolument pas exclu que d'autres *acteurs* – qui ne sont actuellement pas sujets de droit international (comme par exemple, les ONGs) – n'en viennent finalement à être considérés comme tels. Or, le critère sur la base duquel leur candidature à la personnalité juridique internationale sera vérifiée demeure l'« indépendance » révélée par la possession des trois capacités susvisées (*supra* E). Ainsi, en maintenant ce critère comme le facteur discriminant, la liste de sujets risque de s'allonger si les candidats, par suite de leur évolution, acquièrent cette indépendance. Ce n'est donc pas le critère qui change, mais les entités qui évoluent. Car, au niveau normatif, nous ne voyons aucune raison qui militerait pour une évolution de la catégorie de la subjectivité elle-même. Dès lors, ce sont les candidats à la personnalité internationale qui doivent réunir les conditions énoncées et non celles-ci s'accommoder à leurs spécificités. En effet, nous ne pensons pas que la pression émanant de la base sociale (ONGs, multinationales, individus etc.) ait provoqué des changements structurels de l'ordre juridique international, qui soient susceptibles de bouleverser la règle (secondaire) relative à la subjectivité internationale. À cet égard, nous ne pouvons pas nous empêcher de songer au débat qui fit (fait-il toujours ?) rage autour de la *soft law* et sur lequel s'est interrogé un juriste français dans un fameux article¹¹⁰. À l'instar de la normativité, et dans le même élan de ramollissement des catégories ou encore de leur gradation, ne pourrait-on pas imaginer des « *soft-persons* » de droit international ? Au-delà de la facétie, nous ne voyons cependant pas de tels monstres *agir* sur la scène juridique internationale, ni ne ressentons le besoin social de leur fabriquer un habit tout neuf qui puisse leur servir. En conclusion, et pour reprendre la métaphore évoquée au commencement de cet écrit, seules ces entités qui portent un « masque » sont des sujets de droit international public, les autres sont au mieux des comparses, des figurants sur la scène juridique internationale et ce quelle que soit leur importance matérielle.

110. WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP*, 1982, p. 5.