

EUI WORKING PAPERS

LAW No. 2006/14



Fragmentation du droit international
ou des perceptions qu'on en a ?

PIERRE-MARIE DUPUY



EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

Department of Law

**EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE
DEPARTMENT OF LAW**

Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ?

PIERRE-MARIE DUPUY

EUI Working Paper LAW No. 2006/14

This text may be downloaded only for personal research purposes. Any additional reproduction for such purposes, whether in hard copies or electronically, require the consent of the author. If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper, or other series, the year and the publisher.

ISSN 1725-6739

© 2006 Pierre-Marie Dupuy

Printed in Italy
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

<http://www.iue.it/>
<http://cadmus.iue.it/dspace/index.jsp>

Abstract

Dans cet article qui constitue la préface à un ouvrage publié sous la direction des professeurs Wellens et Huesa Vinaixa sur les sources et la fragmentation du droit international (Bruylants, 2006), on examine les causes premières du danger de fragmentation de ce droit en tant qu'il est perçu comme un ordre juridique; c'est-à-dire un ensemble organisé de normes et d'institutions destinées, notamment, à établir les conditions de création des obligations de ses sujets et à permettre la mise en oeuvre des sanctions frappant ceux d'entre eux qui ne les respectent pas. L'occasion est ainsi fournie, par référence aux démonstrations systématiques par ailleurs menées par l'auteur dans son ouvrage sur "l'unité de l'ordre juridique international" (*RCADI 2002, vol. 297*) de rappeler la vanité de la doctrine dite des "régimes auto-suffisants". Cette posture théorique renvoie davantage à la fragmentation du savoir de beaucoup parmi ses défenseurs à propos des divers aspects et branches du droit international, en processus constant de densification et de complexification, qu'à sa réalité même. Le rôle de la doctrine est alors envisagé de façon critique par référence à une question : celle de savoir pourquoi l'unité de l'ordre juridique international doit être maintenue. Il y va, en réalité, de l'intelligibilité même des conditions de fonctionnement et de la dynamique propre à cet ordre dans le monde international contemporain. Cette dynamique est caractérisée par les tensions générées entre deux principes d'unité prétendant à la structuration de cet ordre juridique., L'une est formelle. Elle rend compte essentiellement des modes de formation, d'évolution et d'"adjudication" (H. Hart) du droit international. L'autre est matérielle. Trouvant ses fondements dans la Charte des Nations Unies, elle renvoie à une hiérarchisation normative fondée sur le contenu de certaines règles perçu en relation avec l'importance que leur accorde "la communauté internationale dans son ensemble" (société civile internationale comprise). C'est par référence à ces deux polarités, formelle et matérielle, que s'éclaire le rôle des sources dans le maintien de l'unité ou le danger de fragmentation de l'ordre juridique, sauf à retomber dans les lieux communs sur les distinctions bien connues entre droit général et "lex specialis".

Keywords

self-contained regimes; legal order, fragmentation, conflict of norms, conflict of case law, doctrine

Fragmentation du droit international
ou des perceptions qu'on en a ?

par

Pierre-Marie Dupuy¹

*Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas) et à
L'Institut Universitaire Européen de Florence.*

Le 27 octobre 2000, le Président de la Cour internationale de Justice monta à la tribune de l'Assemblée générale de l'O.N.U. Il devait, comme chaque année, lui présenter le rapport annuel de l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Ce que les délégations nationales entendirent ce jour là ne fut cependant pas un banal bilan administratif. Ce fut une mise en garde, sinon même un cri d'alarme. L'unité de ce que le Président Guillaume appelait spontanément l' « ordre juridique international » risquait d'être remise en cause pour laisser place à sa « fragmentation ». Le danger avait déjà été dénoncé dans les années auparavant de divers côtés. Tel avait été notamment le cas du professeur Karel Wellens, faisant ainsi, dès 1994, acte de précurseur²; pourtant, en l'an 2000, les propos du Président de la Cour officialisaient une préoccupation croissante, dont il était ainsi avéré qu'elle n'était plus seulement le fait de la doctrine.

¹ Ce texte est destiné à paraître en préface à l'ouvrage tiré des actes du colloque de Palma des 20 et 21 mai 2005, sous la direction des professeurs K. Wellens et R. Huesa Vinaixa, intitulé *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, et publié en 2006 aux éditions Bruylants.

² K. Wellens, "Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends", 25 *N.Y.I.L.* (1994), pp. 3637; parmi les études les plus précoces, voir notamment I. Brownlie, « Problems Concerning the Unity of International Law », *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 156 et s.; M. Perez Gonzalez, En torno a la tension entre lo general y lo particular en Derecho de gentes, *Homenaje al Profesor Alfonso Otero*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 665-685; P.M. Dupuy, "Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international", *Harmonie et contradiction en droit international (Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Colloque des 11-13 avril 1996)*, Paris, Pedone, 1996, pp. 17-54. Voir aussi Oriol Casanova, « Unity and Pluralism in Public International Law », Martinus Nijhoff Publishers, 2001 272 p

L'alerte formulée ce jour là était essentiellement liée à un phénomène organique : la multiplication contemporaine des juridictions internationales et le risque corrélatif de l'apparition de *jurisprudences internationales contradictoires*. Telle Cour régionale des droits de l'homme ou tel organe judiciaire (ou quasi judiciaire) spécialisé pourraient ainsi donner, d'un nombre croissant de règles du droit international général, une interprétation différente de celles jusque là retenues notamment par la C.I.J. elle-même. Or, au-delà du principe de l'effet relatif des jugements de la Cour, consigné à l'article 59 de son Statut, chacun sait que de telles interprétations judiciaires sont le plus souvent déterminantes pour l'ensemble des sujets du droit international. A ce titre, la Cour joue un rôle central notamment dans le maintien de l'unité d'interprétation du droit international; c'est d'abord cette fonction qui paraissait menacée. On sait, en effet, par quoi la préoccupation justifiée du Président avait été suscitée. L'origine se trouvait dans la prise de position assez tranchée, et, semble t'il, volontairement dissidente que la Chambre d'appel du Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie, alors sous la présidence du professeur A. Cassese, avait prise dans l'affaire *Tadic* à l'encontre de la jurisprudence de la C.I.J.; ceci, à propos des conditions d'imputation à l'Etat des faits imputables à un mouvement armé et des critères du « contrôle » de l'un sur l'autre³.

I. Beaucoup sentaient alors qu'au delà de cette contradiction de jurisprudence, peut-être plus apparente que réelle, la question de la « fragmentation de l'ordre juridique international » dépasse largement la question d'une concurrence potentielle entre cours et tribunaux internationaux. Un spectre avait été fort agité notamment dans une certaine doctrine nord-américaine, souvent excessivement spécialisée; c'était celui des « *self-contained regimes* », sortes de monades juridiques flottant, totalement autonomes, dans un éther juridique. Cet ectoplasme avait déjà déplacé son ombre portée sur diverses régions d'un droit par ailleurs en voie d'expansion⁴. D'abord repéré sur les terres, pourtant coutumières, du droit des relations diplomatiques, certains l'avaient vu planer sur le nouveau droit international du commerce; d'autres l'apercevaient dans le champ du droit communautaire européen, cependant que beaucoup, au gré de leurs préférences ou de leur champ de recherche, le signalaient en relation avec les droits de l'homme, le droit de l'environnement ou telle ou telle branche du droit international économique⁵.

C'est, en effet, que l'installation de barrières autour d'un domaine déterminé de la production normative internationale a ses avantages. Elle permet à chacun de borner son champ d'études en le coupant de son contexte juridique global. On peut alors se dispenser d'approfondir sinon même de percevoir les liens substantiels qu'entretient telle ou telle circonscription de la « *lex specialis* » avec le droit international général. De fait, nous sommes tous confrontés à la question de savoir comment appréhender l'évolution générale du droit international général à travers l'interaction de ses productions, de ses interprétations et de ses pratiques spéciales. Il est alors tentant de se concentrer sur l'analyse d'un champ de production déterminé en le coupant volontairement de tout contexte normatif.

³ Comparer en particulier les paragraphes 108, 109, 115 de l'arrêt de la CIJ du 27 juin 1986 entre le Nicaragua et les Etats-Unis (*Rec. CIJ 1986*) et le second arrêt de la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadic*, du 15 juillet 1999 (IT-94-1-T), aux paragraphes 112-114; sur cette divergence de jurisprudences voir notamment Cl. Kress, « L'organe de facto en droit international public », *RGDIP*, 2001/1, pp. 93-144.

⁴ Voir P.M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international, *Cours général de droit international public*, *RCADI 2002*, vol. 297, pp.432-450.

⁵ Ibid.

Aucune, pourtant, des justifications théoriques avancées par ceux qui voient des régimes spéciaux partout où cela les arrange ne résiste vraiment à l'analyse. Même lorsqu'un sous-système de droit comporte des originalités quant à ses normes secondaires, de reconnaissance, de production et d' « adjudication », il ne devient pour autant coupé du corps des principes gouvernant en particulier l'interprétation des obligations internationales, notamment conventionnelles.

Révéléateur est à cet égard l'intérêt accru porté ces dernières années à la portée de la règle énoncée à l'article 31, 3, c) de la convention de Vienne sur le droit des traités. Selon cette disposition, un traité doit être interprété compte tenu « *de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties* ». L'importance qui lui a été notamment donnée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Plates-formes⁶ mais aussi par des organes quasi judiciaires comme l'Organe d'appel de l'O.M.C.⁷ prouvent qu'il faut au minimum s'entendre sur les mots. Si l'on désigne par « *self-contained regimes* » des systèmes juridiques internationaux prétendant fonctionner totalement en vase clos, ce que l'expression veut d'ailleurs dire littéralement, alors il s'agit tout simplement d'un mythe. Je ne reprendrai pas ici les développements consacrés par ailleurs à cette réfutation de l'autosuffisance normative en prenant les exemples du droit de l'O.M.C. et même du droit communautaire européen⁸ : *mutatis mutandis*, la même démonstration pourrait se faire également pour le droit international de la protection de l'environnement; à fortiori pour celui des droits de l'homme. Loin d'être un appendice du droit international contemporain, il en constitue désormais l'un des fondements, concurrent de la souveraineté étatique⁹. Le rapport très remarquable de Madame Ineta Ziemele sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégrité du droit international que l'on trouvera dans cet ouvrage démontre parfaitement qu'au-delà des spécificités évidentes du système des droits de l'homme européen, lui-même à l'origine d'un ordre public régional affirmé de longue date, la Cour de Strasbourg sait bien manifester l'attachement de sa jurisprudence au corps des règles fondamentales du droit international général; fut-ce, comme le démontre également Philippe Weckel dans son propre rapport, au prix de ce qui peut paraître un temps comme une incohérence ou une contradiction.

En réalité, comme cette dernière étude l'analyse de façon convaincante, on doit constater depuis un certain temps que c'est bien la jurisprudence de la Cour internationale de justice, manifestement soucieuse de ne pas aller plus vite que l'*opinio juris* des Etats, qui semble toujours donner le *tempo* à l'évolution générale du droit international. A cet égard, fondamental, l'admonestation exprimée à la tribune des Nations Unies par le Président de la C.I.J. en octobre 2000 semble avoir été entendue par les autres juridictions.

II. L'invocation spontanée du concept de « fragmentation » implique que l'on situe ce phénomène comme affectant un ensemble cohérent; un tout perçu comme organisant en lui-même de façon rationnelle les rapports entre des normes posant des droits et des obligations, leur destinataires et les conséquences attachées à leur violation. En d'autres termes, parler de

⁶ Rec. CIJ, arrêt du 6 novembre 2003 (fond), Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis), p. 215s. para. 41 (<http://www.icj-cij.org>).

⁷ V.G. Marceau, « A Call for Coherence in International Law – Praises for the Prohibition against 'Clinical Isolation' », *WTO Disputes Settlement Journal of World Trade*, 1999, n°5, pp. 87-152.

⁸ Voir P.M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international, *Cours général de droit international public, RCADI 2002*, vol. 297, respect. pp. 450s. et 445s.

⁹ Ibid. pp. 414s.

« fragmentation » est une façon, pour tous ceux qui emploient ce concept sans remettre en cause sa pertinence, d'attester l'existence effective d'un ordre ou système juridique, en l'occurrence, le système juridique international. Or, cette reconnaissance, démarche en elle-même subjective et donc nécessairement marquée par les cultures et les idéologies, est très importante; ceci, pour la simple raison qu'un ordre juridique existe d'abord comme une *représentation* mentale, une façon de rendre compte d'une relation immatérielle entretenue entre les acteurs des relations juridiques, les uns et les autres animés par la conviction qu'ils entrent ainsi dans un jeu dont les règles doivent être respectées¹⁰. C'est cette origine mentale, donc subjective, qui a parfois conduit certains auteurs, précisément parce qu'ils sont attachés à la théorie du droit, comme l'est ici la professeur Emmanuelle Jouannet, à émettre encore quelques doutes sur la réalité du droit international comme ordre juridique. Denis Alland, avec le talent qu'on lui connaît, semblait également avoir été tenté, il y a quelques années, par une telle remise en cause¹¹. Ce n'est pourtant pas une idée neuve d'affirmer que l'univers juridique est, par essence, un ensemble de représentations et de convictions lui-même véhiculé par un langage même s'il est également soutenu par des institutions. La dimension subjective mais non virtuelle du droit international comme ordre juridique est renforcée par le fait que les sanctions y sont rarement centralisées, contrairement à ce qui se rencontre dans les ordres juridiques internes. Quoiqu'il en soit, je ne poursuivrai pas ici le détail d'une argumentation menée par ailleurs¹². Qu'il soit simplement permis de rappeler qu'un ordre juridique existe à partir du moment où son altérité par rapport à d'autres systèmes de droit est avérée par la pratique, notamment judiciaire. C'est pourquoi ce sont les plus grands internationalistes dualistes, tels Triepel ou Anzilotti, qui ont introduit parmi les premiers la reconnaissance doctrinale d'une réalité sociale, celle d'après laquelle l'ordre juridique international existait indépendamment des ordres juridiques internes. Cette existence ne fait aujourd'hui plus de doute; toute l'attention que la communauté internationale apporte au danger de sa « fragmentation » en est précisément le témoignage le plus récent sinon le moins paradoxal. Le mandat donné par l'Assemblée générale des Nations Unies à la Commission du droit international d'examiner la question en ces termes en est un témoignage. Mais il est non moins significatif que, sur les rapports du rapporteur spécial, le professeur Martti Koskenniemi, la Commission n'ait pas tardé à constater que, plutôt que de « fragmentation », on ferait mieux de parler de « complexification » de l'ordre juridique international¹³.

III. Comme l'indiquent les remarques qui précèdent, la réalité de l'ordre juridique dépend de la perception et de l'interprétation que l'on en fait. Cette réalité est notamment tributaire de la façon dont l'appréhendent, d'une part, les normateurs, d'autre part, les exégètes du droit. Du côté des premiers, lorsque par exemple le législateur national se réfère au droit international, il contribue par cette reconnaissance à consolider ce dernier en tant qu'il constitue un ordre juridique. Il en va bien sûr de même chaque fois que les Etats, par leur comportement et leur action, attestent qu'ils reconnaissent être liés par un ensemble cohérent de droits et d'obligations qui leur est commun. Chaque fois, par exemple, que dans l'un des deux milliers et demi de traités bilatéraux pour le traitement et la protection des investissements, les Parties

¹⁰ Voir P.M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international, *Cours général de droit international public, RCADI 2002*, vol. 297, pp.59-67.

¹¹ D.Alland, De l'ordre juridique international, *Droits*, vol. 35, octobre 2002, pp. 79-101 et la réponse apportée dans mon cours général, op.cit. supra, pp. 59-67.

¹² Voir P.M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international, *Cours général de droit international public, RCADI 2002*, vol. 297, notamment pp. 59s. et 257s.

¹³ Voir Rapport de la Commission du droit international, A/59/10, notamm. pp. 331s.

se réfèrent aux « règles du droit international » pour définir ce qu'est un « traitement juste et équitable » des investissements étrangers par leur Etat d'accueil, ils renforcent encore un peu plus non tant l' « objectivité » de l'ordre juridique international que son *effectivité*, ce qui revient à dire sa réalité, donc aussi sa validité. Le droit, et le droit international en particulier résulte ainsi d'un équilibre subtil entre fiction et réalité; entre cet instrument qu'est l'utilisation de la « fiction juridique », sur laquelle on s'est expliqué par ailleurs¹⁴, et la référence, explicite ou non, au principe d'effectivité, en relation avec la réalité sociale qu'elle engendre.

Du côté non plus directement des normateurs mais, cette fois, des exégètes de la loi, on trouve ceux qu'à juste titre les organisateurs du colloque de Palma avaient choisi d'étudier, juges, d'un côté, « doctrine » de l'autre. Des juges internationaux, on a déjà parlé plus haut. Ils ont évidemment, dans le maintien de l'unité ou le déclenchement de la fragmentation de l'ordre juridique international un rôle déterminant¹⁵. C'est ici que l'on retrouve les préoccupations justifiées du Président Guillaume. En effet, du sens de la responsabilité que tous les juges internationaux auront à l'égard de la cohérence de l'ordre dont ils tirent compétence dépendra en grande partie le maintien de celle-ci. Les juridictions pénales internationales, y compris, désormais, la Cour pénale internationale, mais aussi le Tribunal du droit de la Mer, les cours et organes de contrôle du respect des droits de l'homme, l'organe d'appel de l'OMC, les tribunaux arbitraux, y compris ceux des systèmes CIRDI et ALENA, qui font désormais couramment usage du droit international, enfin, toute la cohorte des « *follow up machineries* », tous sont ainsi désormais embarqués à bord du même droit. Ils devront s'y mouvoir avec précaution et concertation s'ils ne veulent pas le faire chavirer. Pour faire usage d'une autre métaphore, tous parlent un langage dont la grammaire commune est le droit international.

La difficulté vient ici du fait qu'en dépit de la multiplication des juridictions internationales et organes assimilés, il n'y a pas pour autant de véritable « pouvoir judiciaire » international au sens de la théorie classique de la « séparation des pouvoirs »¹⁶. Pas de centralisation formelle du pouvoir d'interprétation, pas de juridiction de dernier recours. Pas même une simple « fonction » judiciaire, structurée et hiérarchisée du moins organiquement. Certes, la Cour internationale de Justice a, seule, une compétence générale. Elle est placée en position statutaire d'accueillir des demandes pour le règlement de *tous* types de différends, sauf à respecter la compétence exclusive de chacune des cours spéciales dans leurs champs respectifs d'application¹⁷.

L'expérience prouve cependant que cette situation lui donne à la fois un atout mais pas de privilèges. Reconnue comme la référence principale, ainsi que l'atteste par exemple l'attitude de l'Organe d'appel de l'O.M.C. allant spontanément consulter sa jurisprudence pour voir s'il y trouve trace de la reconnaissance du principe de précaution, elle n'est jamais à l'abri d'une dissidence de prétoire. C'est ce qu'a montré le précédent de l'affaire Tadic. Le phénomène est cependant resté jusqu'ici heureusement assez isolé; même si la Cour inter-américaine des

¹⁴ Voir P.M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international, *Cours général de droit international public, RCADI 2002*, vol. 297, pp.258-265.

¹⁵ Voir P.M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international, *Cours général de droit international public, RCADI 2002*, vol. 297, pp.463-479 et conclusion générale, p. 479s.

¹⁶ Ibid. pp. 480-489.

¹⁷ C'est ainsi, par exemple, qu'elle n'aurait pas compétence à se substituer à la Cour de justice des communautés européennes pour juger de l'application du droit communautaire par les Etats membres.

droits de l'homme, sans doute au nom d'un régionalisme normatif de longue tradition, n'hésite pas souvent à aller beaucoup plus loin que la Cour de La Haye, notamment dans la référence au droit international impératif¹⁸. C'est donc à l'auto-discipline des juges comme à leur sagesse que l'on doit en partie s'en remettre pour organiser à tout le moins la compatibilité de leurs interprétations respectives des règles du droit international général.

A raison de la position que l'on vient d'évoquer, la C.I.J. a aussi la place la plus difficile. Toujours saisie sur la base du consentement des Etats, dont elle doit ainsi respecter l'*opinio* qu'ils ont à l'égard du droit applicable, elle ne doit pas non plus heurter ni méconnaître les tendances de fond manifestées au sein du corps social international (y compris, désormais, les composantes les plus représentatives de la « société civile internationale »).

La notion d'« *interprétation évolutive* », déjà apparue dans l'avis consultatif sur la Namibie en 1970 et retrouvée en 1997 dans l'arrêt relatif à l'affaire de Gabcikovo, sera (ou devrait être) sans doute ainsi appelée à un avenir fertile¹⁹.

Restent alors les autres exégètes de la loi internationale que nous sommes, nous, les auteurs, vaste cohorte d'exégètes et de commentateurs, constituant ce qu'on appelle généralement « la doctrine », même si d'aucuns d'entre nous sont aussi amenés à plaider le droit ou à arbitrer des différends en son application. Là encore, les professeurs Wellens et Huesa Vinaixa avaient à juste titre prévu de faire examiner le rôle du discours académique sur le droit international en tant qu'unité; non qu'il demeure aussi déterminant qu'il le fut au début du XX^e siècle, lorsqu'un Anzilotti posait les bases de la doctrine positiviste de la responsabilité avant d'aller les faire triompher à la Cour permanente de justice internationale. La tâche fut, au colloque de Palma, dévolue au professeur Antony Carty. Il est actuellement l'un des trop rares internationalistes à être attentifs à la façon, souvent très contrastée, dont la doctrine rend compte du droit international dans le monde anglo-saxon comparée à celles que l'on trouve dans les différents pays de la « vieille Europe », qu'il s'agisse de l'Allemagne, très séduite par le modèle sinon la métaphore constitutionnels, la France, plus que jamais majoritairement fidèle à un positivisme très formaliste, l'Italie, au sein de laquelle les traditions objectiviste/moniste et positiviste/dualiste se manifestent et s'affrontent encore de manière explicite, etc... Antony Carty contribue ainsi à une analyse de l'arrière plan des doctrines sur le droit international d'un intérêt tout particulier. Il me semble cependant, et je le dis avec beaucoup d'amitié pour sa personne et de respect pour sa démarche, qu'à propos du rôle de la doctrine à l'égard des risques de fragmentation de l'ordre juridique international, il reste quelque peu en deçà des prémisses de la perspective « critique » dont il se réclame. Au fond, la question était, me semble t'il, celle des savoir si la problématique de la fragmentation est elle-même le reflet d'un parti pris idéologique, lequel ne reflèterait pas nécessairement un phénomène socio-juridique réel; ou bien si, ce phénomène existant, la « grande peur » des « scholars » ne serait pas plutôt l'expression de leur désarroi devant les mutations d'un droit international général au sein duquel l'expression de l'*opinio juris* est en passe d'émaner non

¹⁸ Voir notamment L. Caflish et A. Cancado Trindade, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP* 2004/1, p. 5s.

¹⁹ Voir à cet égard l'opinion individuelle du Président M. Bedjaoui sous l'arrêt du 25 septembre 1997 dans l'affaire précitée. Pour comparer la jurisprudence respective de la CIJ et de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'interprétation évolutive, voir notamment F. Sudre, « A propos du dynamisme de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP – La semaine juridique Edition Générale*, 2001, pp. 1365-1368.; voir aussi S.C. Prebensen, « Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights », in *Protecting Human Rights : The European Perspective, Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1123-1137.

plus seulement des Etats mais aussi de la pluralité de ceux que, faute de mieux, on appelle à la suite de l'école de Yale, les « acteurs » du droit international.

Sans s'arrêter à l'absence véritable de réponse d'Antony Carty à cette question, ceci m'amène à poser à sa place une question simple : *pourquoi* l'unité ? Pourquoi tant tenir à elle ? Pourquoi tant s'effrayer non pas même de sa disparition mais de la seule menace de sa remise en cause ? Ne serait-ce pas, par hasard, que l'on se trouve ici, sans le dire, devant l'un des derniers avatars de la mort de Dieu ?

IV. Répondons à cette question. J'avais du reste, été surpris, il y a quelques années, lors d'un colloque réuni sur le même sujet à la New York University²⁰, que mon ami David Kennedy, lui-même tête de liste des *Critical Legal Studies*, n'ait pas songé à la poser, alors qu'elle me paraît friser l'évidence ! Etrange, à cet égard, que des auteurs comme Kennedy, Carty ou Koskenniemi, tous trois pourvus d'une vaste culture, plurilingues et s'appuyant particulièrement sur la lecture d'auteurs critiques français tels Derrida, Foucault ou Ricoeur, ne tirent rien, du moins à ma connaissance, de l'œuvre de Pierre Legendre, professeur de droit, philosophe et psychanalyste.

Or, dans plusieurs ouvrages importants²¹, il a, me semble t'il, montré de façon magistrale combien les mentalités juridiques occidentales restaient encore imprégnées par une marque : celle de la pensée scholastique. Nous l'aurions nous-mêmes héritée, via le Thomisme, de la vision romaine du droit léguée par le Code de Justinien. Si l'on accepte un instant de se situer dans une telle perspective, proprement critique au sens des « *critical legal studies* », on pourrait se demander²² si, en dépit du triomphe au XX^e siècle du positivisme, sous ses deux espèces volontariste et normativiste, un succédané de la pensée scholastique et du droit naturel ne se retrouve pas dans cette crainte irraisonnée de perdre un centre, une source initiale de toute signification juridique, une origine unique dont découlerait la signification de l'ensemble dont, non sans quelque ironie, la « *Urnorm* » de Kelsen elle-même manifesterait encore comme une nostalgie.

C'est ici que pensée juridique et pensée théologique se rejoignent dans l'arrière fond des consciences puisque la première a servi d'appui à la seconde pendant près des quinze siècles d'un christianisme intégré à la religion d'Etat, avant de contribuer lui-même à générer la religion *de* l'Etat. On n'efface pas en quelques décennies une imprégnation aussi profonde des mentalités juridiques.

Que répondre à cela ? Que la marque est restée, en effet. Mais qu'elle continue à témoigner d'un besoin, non plus théologique, mais, tout simplement, *logique*. Besoin d'un centre : même lorsque, dans son cours de droit international de 1929, il décrit un univers juridique totalement conditionné par la seule volonté des Etats souverains, Dionisio Anzilotti reconnaît l'altérité de l'ordre juridique international par rapport aux souverainetés, alors pourtant qu'elles sont ses auteurs autant que ses sujets²³. Il reconnaît aussi, à l'instar de Kelsen, dont il connaît déjà très bien l'œuvre, la nécessité d'une norme fondamentale, qu'il qualifie – de

²⁰ Voir les actes du colloque dans *N.W.Y. Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999).

²¹ Voir notamment « L'amour du censeur : essai sur l'ordre dogmatique », Paris, Seuil, collec. Champ freudien, nouvelle édition.; « Sur la question dogmatique en Occident », Paris, Fayard; Le désir politique de Dieu, Leçons VIII, « Etude sur les montages de l'Etat et du droit », Paris, Fayard, Nouvelle édition.

²² Comme je dois dire l'avoir fait moi-même avant de consacrer un livre de près de cinq cent pages à l'unité de l'ordre juridique international.

²³ Voir D.Anzilotti, Cours de droit international, Traduction G.Gidel, Editions Panthéon-Assas, *LGDJ Diffuseur*, collec. Les introuvables, préface de P.M.Dupuy et Ch. Leben, 1999, p. 43

façon au demeurant significative – comme « *métaphysique* », voulant ainsi témoigner du fait que sa connaissance échappe à l'analyse juridique.

Quant à Kelsen lui-même, on sait le rôle de cette même norme dans sa réflexion; même s'il lui trouve, au long de son existence, des fondements ou des appellations différents²⁴. Kelsen insiste d'ailleurs à plusieurs reprises sur le fait qu'il ne peut y avoir d'ordre juridique sans *unité* de celui-ci. C'est même à ce propos qu'il distingue deux catégories de systèmes juridiques, les uns statiques et les autres dynamiques, distinction fertile sur laquelle on ne peut s'étendre ici²⁵. Alors, pourquoi l'unité ? Pour au moins deux raisons, l'une technique et l'autre socio juridique mais l'une et l'autre étroitement imbriquées, l'une concernant le sens et l'autre l'efficacité des règles de droit international.

En premier lieu, c'est de l'unité que dépend le sens, c'est-à-dire à la fois, en français, la *direction* et la *signification* d'un système articulé de normes, de sujets et de sanctions. Prenons en quelques exemples : l'expression « responsabilité internationale » doit avoir le même objet et la même signification, quels que soient les types d'obligations à la violation desquels elles s'applique; ceci, même si elle reçoit, dans son régime d'application, des modalités voire même des fondements différents. On comprend alors que le *dictum* de la C.P.J.I. dans l'affaire du *Lotus* sur le devoir de réparation des dommages causés par le fait illicite d'un Etat revienne inlassablement dans les écrits des auteurs, mais, surtout, dans les mémoires des plaideurs, devant la Cour ou tout tribunal arbitral saisi d'une affaire en responsabilité, inter étatique ou transnational. *Leitmotiv* omniprésent, quelles que soient les originalités de son champ d'application, cet adage du *Lotus* sur le devoir de réparation marque ainsi l'unité de sens apporté à un terme comme à l'institution juridique à laquelle il se réfère, la responsabilité.

On pourrait multiplier les exemples qui nous montreront le lien entre nécessités technique et sociale du « maintien de l'ordre », entendant ici de l'ordre juridique international. De ce second point de vue, si des notions comme celles de « nullité » des actes juridiques, de « reconnaissance » (d'Etat, de gouvernement ou de situation juridique), d'« acquiescement », de « souveraineté territoriale », de « titre juridique », de « nationalité » ou de « protection diplomatique » et les règles que ces termes gouvernent prenaient une signification différente en fonction de leur aire géographique ou de leur domaine matériel d'application, c'est la *sécurité même* des rapports réglés par le droit international, donc l'efficacité même de celui-ci qui serait remise en cause. L'unité d'application du droit international, est comme, à une moindre échelle, celle du droit communautaire dans le cadre de l'Union Européenne : une condition de son efficacité donc aussi de sa survie. Rien moins que cela.

Or, comme l'illustre la jurisprudence comparée des juridictions (et quasi-juridictions) internationales contemporaines, l'interpénétration est constante entre l'application du droit international général et celle des droits internationaux spéciaux. Outre que les seconds ne se

²⁴ Chez Hart, on trouve également son équivalent dans la catégorie des « normes de reconnaissance » dont la « *Urnorm* » kelsennienne offre une parfaite illustration.

²⁵ Voir N. Bobbio, « Struttura et funzione nella teoria del diritto di Kelsen », in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 50, 1973, pp. 187-215, repris et traduit en français dans N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Bruylant, LGDJ, Paris, 1998, pp. 207s.; voir aussi P.M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international, *Cours général de droit international public, RCADI 2002*, vol. 297, pp. 67s.; et Ch. Leben, « Ordre juridique », in « Dictionnaire de la culture juridique, Paris, Lamy PUF, 2003, pp. 1113s.

définissent que par référence au premier, celui-ci fournit le cadre linguistique, conceptuel et instrumental rendant possible l'application, fut-elle dérogatoire, des règles spéciales. Il est d'ailleurs particulièrement frappant de constater que des domaines particuliers comme celui du droit gouvernant les investissements entre Etats et personnes privées étrangères, longtemps disputés entre des ordres juridiques concurrents, sont de plus en plus, aujourd'hui, gagnés à l'application des règles et principes du droit international général, lequel leur donne leur sens et leur portée. A une époque où l'on parle tant de fragmentation, c'est plutôt ici d'unification sous la bannière du droit international qu'il conviendrait de parler²⁶.

Le paradoxe de tout système juridique, mais il n'est finalement qu'apparent, réside alors en ceci : la notion même d'ordre juridique dépend en partie de la base subjective fournie par la reconnaissance de son existence émanant des sujets et entités concernés²⁷; mais, une fois constitué cette base « conventionnelle » (au sens large où les uns et les autres sont persuadés, par convention et donc assentiment social de son existence), cet ordre prend une dimension quasi objective; son existence s'impose à chacun, sous la réserve de son adaptation aux besoins de la communauté qu'il régit. Adaptation accomplie par les soins respectifs du législateur (ici, les Etats par voie de traité mais aussi d'accumulation progressive de textes programmatoires réitérant l'apparition d'une nouvelle conviction juridique) ou bien encore du juge ou de l'arbitre.

On est alors sans doute plus près de Santi Romano que de Kelsen, quand le premier cité repartait du vieil adage « *Ubi societas, ibi jus* » pour fonder sa théorie de l'*ordinamento juridico*²⁸. Pourtant, comme on le disait plus tôt, le maître de Vienne lui-même ne concevait pas d'ordre sans unité de principe et d'organisation. Ainsi, dans sa théorie des systèmes dynamiques, ce qui se joue n'est pas seulement l'unité de signification des principes et des concepts clé; c'est l'attribution de leur validité aux normes et aux situations juridiques auxquelles les premières s'appliquent²⁹.

Dès lors, on comprend que la recherche du maintien de l'unité de l'ordre juridique international ne soit pas la vaine croisade menée par la troupe fourbue de néo-conservateurs en goguette. C'est tout simplement le résultat d'une prise de conscience, d'abord empirique, par les praticiens du droit, juges, conseils des Etats ou même acteurs d'une société civile à vocation juridique, qu'il ne peut y avoir de communauté internationale efficacement régie par la « *rule of law* » que si l'on comprend partout ses termes de la même manière.

La doctrine, quant à elle, un peu comme les carabiniers d'Offenbach, arrive le plus souvent après; généralement un peu en retard, souvent essoufflée, qu'elle se veuille « *main streamed* » ou « *critique* », version « *post-moderne* »... Soyons pourtant indulgents avec la critique. Elle a aussi son rôle à jouer. La doctrine est utile, non pas, d'abord, pour s'interroger sur sa propre légitimité, comme le font par ailleurs utilement, les « *critical legal studies* »; mais en premier lieu pour remplir une fonction technique : contribuer à l'*intelligibilité* d'un édifice normatif à l'arborescente complexité, dont les ramifications entremêlées ne cessent de se

²⁶ Voir Ch. Leben, La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements, *A.F.D.I.* 2004, pp. 683-714.

²⁷ Ceci, encore une fois, est d'autant plus vrai pour le droit international dans lequel la sanction n'a ni la verticalité ni la centralisation que lui assure l'Etat dans l'ordre juridique interne qu'il génère et qu'il régit lui-même.

²⁸ Voir P.M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international, *Cours général de droit international public, RCADI 2002*, vol. 297, pp. 69s.

²⁹ Ibid. pp. 67s.

développer. Parce que c'est la cohérence, et donc l'unité de l'ordre juridique international qui donnent leur signification aux normes et aux institutions, les auteurs doivent, par exigence fonctionnelle, se faire d'abord, à travers l'analyse technique des normes et de l'interprétation que les normateurs en ont faite, « les gardiens de l'unité »³⁰. Ceci, encore une fois, n'exclue pas l'interrogation sur les origines idéologiques de tel ou tel discours juridique, contrairement à ce que la doctrine positive classique a elle-même trop longtemps cru (alors qu'ainsi que le montra d'abord Norberto Bobbio, le positivisme est bien entendu lui-même non seulement une théorie et une méthode mais également une idéologie³¹).

Cette remarque sur les rapports du droit et de l'idéologie m'amène ainsi naturellement à ma dernière observation. Elle se rapporte à la façon dont, à mon sens, il convient d'analyser *le rôle des sources* dans le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international.

V. Le présent ouvrage s'interroge, selon son titre même, sur « l'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international ». On y trouvera ainsi des développements très stimulants sur les traités, la coutume et les principes généraux du droit. Cependant, il paraît nécessaire de rappeler que toute interrogation sur le rôle des sources dans la « fragmentation » ou, au contraire, dans le maintien de l'unité de l'ordre juridique doit se faire en fonction du double registre des principes d'unité qui se concurrencent, au sein même de cet ordre juridique. Deux unités, non pas une, et c'est sans doute trop. Mais c'est ainsi parce que ce sont les Etats l'ont voulu³². L'une *formelle*, l'autre *substantielle*. L'une orientée vers les modes de formation, d'interprétation et d'application du droit; unité intéressant pour l'essentiel les « normes secondaires » de Hart, et dont les instruments de la méthode positiviste permettent dans l'ensemble une analyse appropriée. L'autre, l'unité substantielle, ou, si l'on préfère, matérielle, est de formation beaucoup plus récente. Elle remonte à l'affirmation, notamment par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) de l'existence d'un ordre public international, lui-même constitué à partir des normes de droit impératif. Celles-ci, par définition, appartiennent à ce que la Cour, dans l'affaire de la Barcelona Traction, appela des normes « *erga omnes* » (dont chaque Etat est débiteur à l'égard de tous les autres). Unité matérielle en partie fictive, voire utopique, sans doute, mais dont les origines se retrouvent dans la Charte des Nations Unies elle-même; unité qui plus est affirmée dans des normes de droit positif en vigueur et attestée par une jurisprudence internationale grandissante, même si, jusqu'ici, la Cour internationale de justice est restée à son égard bien timide³³. Deux unités, rivales ne serait-ce que parce qu'il n'en faudrait qu'une pour être efficace. Deux unités, l'une remontant à la paix de Westphalie, l'autre à l'apparition des Etats issus de la décolonisation mais déjà théorisée, dès 1925, par des juristes occidentaux comme en premier lieu Alfred Verdross et bientôt Hersch Lauterpacht³⁴.

A oublier de se situer par rapport à ces deux pôles, on risque, en abordant les sources, de devoir s'en tenir à des observations quelque peu circulaires et, nécessairement, un peu courtes.

³⁰ Voir l'Unité de l'ordre juridique, op.cit.supra, notamm. p. 200s.

³¹ Voir notamment de cet auteur *Sur le positivisme juridique* in Essais de théorie du droit, Paris, LGDJ, 1998, pp. 23-38, à partir d'un article publié en italien en 1961. Voir aussi L'unité de l'ordre juridique, op.cit. supra, notamm. pp. 26-32 et 207-213.

³² Voir, une fois de plus, L'unité de l'ordre juridique, op.cit. supra, dont c'est la thèse principale.

³³ Ibid., en particulier, pour ce qui concerne le jus cogens, pp. 269-307.

³⁴ Voir R.Kolb, « Théorie du *Jus Cogens* international, Essai de relecture d'un concept », Préface de G. Abi-Saab, Public. de l'IUHEI, Genève, PUF, 2001, 402p.

En première approximation, en effet, on peut distinguer l'influence des traités de celle de la coutume sur l'unité ou la fragmentation du droit international. Chaque traité, à la fois acte et norme, fonde et établit, de façon plus ou moins développée, son propre régime juridique³⁵. Il pose également des obligations propres aux Parties qui ne sont obligatoires qu'entre elles. Les traités sont donc, au moins potentiellement, des ferments de fragmentation. A l'opposé, la coutume et les principes généraux du droit, s'appliquant à tous sauf le cas exceptionnel des coutumes régionales, sont par excellence des facteurs d'unification. On ne saurait cependant s'en tenir là; surtout si l'on s'applique à percevoir les relations entre les divers types de « sources » entre elles³⁶.

Ainsi, c'est à propos de la codification du droit des traités qu'a été affirmée la notion de droit impératif, fondement de l'unité matérielle et limite à l'autonomie de la volonté contractuelle des Etats. A l'intérieur de la grande diversité des catégories de traités existants, qui plus est, certains s'assignent d'atteindre à l'universel. Ces conventions multilatérales générales se rapprochent alors des sources, générales par excellence, que sont la coutume et les principes généraux. On trouve en leur sein des obligations dont certaines sont « interdépendantes », d'autres « intégrales », pour reprendre la terminologie de Sir Gerald Fitzmaurice. Or ces types d'obligations génèrent entre leurs différents destinataires différents types de solidarités statutaires dont les conséquences les éloignent à bien des égards du principe pourtant fondamental, en droit conventionnel, de la réciprocité³⁷.

D'un autre côté, les choses seraient simples si, s'agissant de la coutume et des principes, on était sûr que toutes ces règles générales sont cohérentes ou au moins compatibles entre elles. Or, il n'en va pas nécessairement ainsi. Les principes de l'immunité juridictionnelle des Etats et des personnes qui les incarnent vont à l'encontre de celui, certes, plus récent mais en voie d'affirmation croissante, selon lequel les auteurs de certains types de crimes, les crimes contre l'humanité en particulier, ne doivent pas rester impunis. Par ailleurs, et pour prendre un autre exemple des heurts du droit international général non seulement avec le droit conventionnel mais parfois aussi avec lui-même, la Cour internationale de Justice, dans l'avis de 1996 sur la légalité de la menace et de l'emploi de la force a - au fond - bien montré que les développements contemporains des droits de l'homme et du droit humanitaire vont directement à l'encontre de l'utilisation de tous types d'armements, notamment nucléaire, n'obéissant pas aux principes de proportionnalité; leur utilisation, fut-elle justifiée par l'invocation du prétendu droit fondamental de l'Etat à sa propre survie³⁸.

Le *jus cogens*, qui intéresse le contenu des normes et non plus seulement leur forme, conditionne ainsi le droit conventionnel, permettant pourtant d'édifier du droit spécial; les coutumes et principes peuvent quant à eux se révéler incompatibles et ce, au nom de généralités contradictoires. Or, s'il existe de longue date des principes d'interprétation destinés à résoudre les antinomies entre normes dans l'univers de l'unité formelle (« les

³⁵ Voir F.Poirat, *Le traité, acte juridique international*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 505 p.; voir aussi P.M.Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international*, op.cit. supra, notamm. p. 127s.

³⁶ Sur la critique de la théorie classique de sources, voir *L'unité de l'ordre juridique*, op.cit. supra, notamm. pp. 187-200.

³⁷ Voir P.M. Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international*, *Cours général de droit international public*, *RCADI 2002*, vol. 297, pp. 138s.

³⁸ Voir P.M.Dupuy, *Between the Individual and the State : International Law at a Crossroad ?* in Ph. Sands and L. Boisson de Chazournes, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999, pp. 449s.

règles spéciales dérogent aux règles générales»; « *les règles postérieures dérogent aux règles antérieures* »), ces mêmes axiomes ne sont pas transposables dans le registre de l'unité matérielle. Ce dernier appelle en effet à une hiérarchisation normative; à raison non plus des formes mais du *contenu* des normes et de l'éthique sociale qu'elles incorporent. On ne peut même pas, à ce propos, s'en tenir toujours à une inversion de la formule précédente, selon laquelle il suffirait de poser que « *les règles générales dérogent aux règles spéciales* ». Dans la mesure où certaines des valeurs incorporées dans les règles générales entrent en contradiction les unes avec les autres, ce serait, en principe, aux normateurs étatiques, ici par voie de convention ou de déclarations interprétatives, à venir en aide au juge, lequel peut difficilement se substituer à eux pour édifier la *hiérarchie* des valeurs reconnues prépondérantes par « la communauté internationale dans son ensemble »³⁹.

On retrouve alors le rôle de ceux qui émettent un discours sur le droit, normateurs, juges et arbitres ou membres de la doctrine. A tous il revient, chacun à sa place, par l'exercice de la fonction d'interprétation, de rétablir sens et cohérence entre droit spécial et droit général ou entre droits généraux entre eux.

Le débat sur les sources est ainsi inévitablement lié à celui intéressant la fonction du juge et celle de la doctrine; mais dans la perspective, dynamique, de la résolution des tensions sans cesse renaissantes entre « unité formelle » et « unité matérielle ».

Les actes du colloque que l'on va lire contribuent à illustrer ce phénomène. On doit remercier les professeurs Wellens et Huesa Vinaixa d'avoir ainsi permis la poursuite d'un débat dont on espère avoir montré qu'il ne devra jamais s'arrêter.

Florence, le 28 janvier 2006.

³⁹ Sur toutes ces questions, voir L'unité de l'ordre juridique international, op.cit. supra, notamment pp. 470-489.